

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

YBHD'nin Temmuz 2024'te çıkacak yeni sayısı için 15.04.2024 tarihine kadar Türkçe, İngilizce, Almanca veya Fransızca dillerinden birinde yazılmış çalışmalarınızı <http://yghukukdergisi.com> adresinden ulaşabileceğiniz Dergipark sayfamızdan bizlere ulaştırabilirsiniz. E-mail ile makale kabulü yapılmayacaktır.

YBHD

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi
Yıldırım Beyazıt Law Review

MAKALE ÇAĞRISI CALL FOR PAPERS

Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde yazılmış hukukun çeşitli alanlarıyla ilgili makale, çeviri ve karar tahlillerinizi Dergipark sistemi üzerinden bize ulaştırabilirsiniz.

Yıldırım Beyazıt Law Review accepts submissions in the form of articles, commentaries and case notes in Turkish, English, German and French in all fields of law, for any query or submissions kindly contact via YBHD-Dergipark web site.

FOR THE ISSUE OF
2024/2
SAYISI İÇİN

Son Gönderim Tarihi / Deadline For Submissions: 15.04.2024

Web Sitesi / Web Site: <https://www.aybu.edu.tr/ybhd/>

Dergipark: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ybuhukuk>

İletişim / Contact: ybhukukgergisi@ybu.edu.tr

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi 15 Temmuz Şehitleri Binası Etlik-Keçiören/ANKARA

<https://www.aybu.edu.tr/ybhd/> • ybhukukdergisi@ybu.edu.tr



ANKARA YILDIRIM BEYAZIT
ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi

Yıldırım Beyazıt Law Review

YBHD • 2024/1

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi (YBHD)

Yıldırım Beyazıt Law Review

Adına Yayın Sahibi / Owner on Behalf

Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Managing Editor

Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

EDİTÖRLER KURULU

Baş Editör

Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

Editörler

Dr. Öğr. Üyesi Belkıs VURAL ÇELENK

Dr. Öğr. Üyesi Anıl Güven YÜKSEL

Yabancı Dil Editörleri

Dr. Öğr. Üyesi Ebru DEMİR (İngilizce Dil Editörü)

Dr. Öğr. Üyesi Tuğrul ÇAKIR (Fransızca Dil Editörü)

Dr. Öğr. Üyesi Köroğlu KAYA (Almanca Dil Editörü)

Editör Yardımcıları

Arş. Gör. Emre İkbal AÇIKGÖZ - Arş. Gör. Ömer Vehip ÖNEN

Arş. Gör. Dilara KARLI - Arş. Gör. Hatice AKTÜRK

Arş. Gör. Mehmet Zahid YENER - Arş. Gör. Sıdıka BULUŞ

Arş. Gör. Muhammed Emin YILDIZ - Arş. Gör. Elif Banu ÜNAL

Arş. Gör. Miray ÖZHAN

ISSN: 2149-5831

E-ISSN: 2791-8971

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGISİ (YBHD) 6 aylık yaygın süreli hakemli bir dergidir.

"Dergide yayınlanan yazılardaki görüşler yazarlarına aittir."

Yayın Türü / Publication Type: Uluslararası Süreli Yayın / International Periodical Publication

Yayın Yeri-Yılı / Place-Year of Publication: Ankara-Ocak 2024

Yönetim Yeri Adresi / Place of Management: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

15 Temmuz Şehitleri Binası Ayvalı Mah. Halil Sezai Erkut Cad. 150. Sok. Etlik / ANKARA

Tel. / Phone: (+90) 312 906 21 02 • **Belge Geçer / Fax:** (+90) 312 906 29 62

Elektronik Ağ / Website: www.ybhukukdersisi.com

E-posta / E-mail: ybhukukdersisi@ybu.edu.tr - ybhukukdersisi@aybu.edu.tr

YAYIN KURULU

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Ankara-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Murat ATALI	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İstanbul-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Talat CANBOLAT	<i>Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İstanbul -Türkiye)</i>
Doç. Dr. Ahmet KILINÇ	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Ankara-Türkiye)</i>

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Yücel ACER	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Ankara-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Murat ATALI	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İstanbul-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ	<i>İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İstanbul-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Ankara-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Talat CANBOLAT	<i>Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İstanbul-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Murat DOĞAN	<i>Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Kayseri-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İstanbul-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ	<i>Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İzmir-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Cemil KAYA	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İstanbul-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Mahmut KOCA	<i>İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İstanbul-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES	<i>Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İzmir-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İstanbul-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER	<i>Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Konya-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	<i>Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Ankara-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Ankara-Türkiye)</i>
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Ankara-Türkiye)</i>
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Ankara-Türkiye)</i>
Assoc. Prof. Dr. Pablo FERNANDEZ	<i>Carballo-Calero University of Vigo Faculty of Law (Pontevedra-İspanya)</i>

Saygıdeğer Okuyucularımız,

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi'nin (YBHD) 17. sayısını (2024/1) sizlerle buluşturmanın mutluluğunu ve heyecanını yaşıyoruz. Tr Dizin, EBSCO, Heinonline ve Asos indekslerinde taranan Dergimiz, değerli okuyucularımızın da desteği ve ilgisiyle, yayın hayatına başladığı 2016 yılından bugüne kadar ara vermeksizin istikrarlı bir şekilde faaliyetini sürdürmektedir.

Yayınlanan ilk sayısından itibaren, her aşamasında en ince ayrıntılara kadar büyük emeklerle yayına hazırladığımız dergimizin gerek akademisyenler gerekse de uygulayıcılar tarafından tercih edilen bir dergi olmaya devam ettiğini görüyoruz; her yeni sayıda daha çok okuyucuya ulaşma hedefimizi hala sürdürüyoruz.

YBHD'nin bu sayısında hukukun çeşitli alanlarından teori ve uygulamaya ilişkin dört kamu hukukuna, beş de özel hukuka ilişkin çok değerli dokuz makale yer almaktadır.

Makale gönderen bütün yazarlarımıza ve makaleleri titizlikle inceleyen, değerli görüşlerini bizlerle paylaşan ve herhangi bir karşılık beklemezsizin hakemlik yaparak katkılarını esirgemeyen bütün Hocalarımıza bu vesileyle teşekkürü bir borç biliriz.

Yayın aşamasındaki çalışmalarımızda desteklerini sunan herkese ve özellikle de Yayın Kurulu'ndaki bütün arkadaşlarımıza teşekkür eder, tüm okuyucularımıza saygılarımızı sunarız. Bir sonraki sayıda görüşmek dileğiyle...

YBHD Editörler Kurulu

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD)

Yıldırım Beyazıt Law Review (YBLR)

İÇİNDEKİLER / CONTENTS^(*)

Editörler Kurulundan	vi
İçindekiler	vii

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

PVSK m. 4/A KAPsamında Durdurma ve Kimlik Sorma

Stopping and Asking for Identity within the Scope of Article 4/A of the Law on Police Duties and Powers (PVSK)

Öğr. Gör. Zeliha ALPSOY 1

Ceza Muhakemesi Hukuku Tarihi Perspektifinden Engizisyon Yargılamaları

The Inquisition Proceedings in the Perspective of the History of Criminal Procedure Law

Prof. Dr. Murat BALCI..... 51

Adil Yargılanma Hakkının John Locke'un Toplum Sözleşmesi Kuramından Hareketle Gereçlendirilmesi

Justification of the Right to a Fair Trial Based on John Locke's Social Contract Theory

Arş. Gör. Sermet ERDEM 85

Theories of Interpretation: Islamic Law v. International Law

Yorum Teorileri: İslam Hukuku ve Uluslararası Hukuk

Dr. Haitam SULEIMAN - Res. Asst. Hatice AKTÜRK 151

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

Türk ve Amerikan Hukuklarında Canlandırmama Talimatının (DNR) Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi

Legal Evaluation of "Do not Resuscitate" Instruction (DNR) in Turkish and American Laws

Dr. Öğr. Üyesi Pelin ÇAVDAR..... 197

(*) Makaleler yazarların soyadlarına göre sıralanmıştır.

Farklı Görünüleriyle Fazla Çalışma ve Uygulamadaki Bazı Sorunlar <i>Overwork with Different Appearances and Some Problems In Implementation</i>	
Arş. Gör. Atanur KARAAHMETOĞLU	241
Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma <i>Benefitting from the Collective Bargaining Agreements</i>	
Gizem KILIÇ ÖZTÜRK	287
Borçlunun Konutunda Haciz Yapılması (İİK m. 79/a) <i>Attachment Fulfill in the House of the Debtor (EBL art. 79/a)</i>	
Arş. Gör. Dr. Mesut KÖKSOY	327
Bağımsız Çalışanların Toplu Pazarlık Hakkı <i>Collective Bargaining Right of Self-Employed Persons</i>	
Arş. Gör. Dr. Doğukan KÜÇÜK	369

KAMU HUKUKU

PUBLIC LAW

PVSK m. 4/A KAPSAMINDA DURDURMA VE KİMLİK SORMA^(*)

Öğr. Gör. Zeliha ALPSOY^()**

ÖZET

Durdurma ve kimlik sorma birbirinden farklı işlemler olmakla birlikte mevzuatımıza bakıldığında kanun koyucunun farklı bu iki işlemi aynı madde kapsamında düzenleme eğiliminde olduğu görülmektedir. Her iki işlem de çeşitli kanunlarda düzenlenmekle birlikte çalışmada Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu (PVSK) m. 4/A temel alınarak konu incelenmiştir.

Durdurma ve kimlik sorma işlemleri kolluk tarafından icra edilen işlemlerdir. Bu nedenle çalışmada önce kolluk kavramı ve kolluk türleri hakkında bilgi verilmiştir. Kolluğa ilişkin verilen bilgilerin ardından çalışmanın ilk ayağını oluşturan durdurma işlemi incelenmiştir. Durdurma üst başlığı altında işlemin ilişkili olduğu hak ve özgürlükler, işlemin benzer işlemlerden farkları, makul sebep kavramı, durdurma sebepleri ve durdurma yetkisinin kullanılması incelenmiştir. Çalışmada özellikle durdurma işlemi ile kısıtlanan hak ve özgürlükler ortaya konulmaya çalışılmış konuya ilişkin tartışmalara yer verilmiştir.

Durdurma işleminin incelenmesinin ardından çalışmanın diğer ayağı olan kimlik sorma işlemi incelenmiştir. Bu başlık altında kimlik kavramı ile kimlik sorma işlemiyle bağlantılı hak ve özgürlükler üzerinde durulmuştur.

Her iki işleme ilişkin doktrindeki görüşlere yer verildikten sonra konu yargı kararları açısından da değerlendirilmiştir.

Çalışmanın son kısmında hukuka aykırı icra edilen durdurma ve kimlik sorma işlemlerinin sonuçları ve bu işlemleri denetlenme yolları incelenmiştir.

Kişinin hukuk kurallarına uyuyor olması, bu işlemlerin kendisi hakkında uygulanmayacağı anlamına gelmemektedir. Bu nedenle ceza hukuku kapsamında yer alan diğer tedbirlere nazaran karşılaşımla ihtimali daha yüksek olan bu işlemlerin hukuki çerçevesinin bilinmesi öğretiyi uygulama bakımından yararlı olacaktır.

Anahtar Kelimeler

Durdurma, Kimlik Sorma, Kolluk, Yoklama, Seyahat Hürriyeti.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1356323 - **Geliş Tarihi:** 06.09.2023 - **Kabul Tarihi:** 10.01.2024.

^(**) KTO Karatay Üniversitesi, Adalet Meslek Yüksekokulu, Konya-Türkiye,
E-posta: zeliha.alpsoy@karatay.edu.tr; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-5260-6117>.

STOPPING AND ASKING FOR IDENTITY WITHIN THE SCOPE OF ARTICLE 4/A OF THE LAW ON POLICE DUTIES AND POWERS (PVSK)

ABSTRACT

Whereas stopping and asking for identity are different procedures, when our legislation is examined, it is seen that the legislator tends to regulate these two different procedures under the very same article. Even though both procedures are regulated in various laws, this study examines the issue based on Article 4/A of the Law on Police Duties and Powers (PVSK).

The procedures of stopping and asking for identity are carried out by law enforcement. Therefore, the study first provides information on the concept of law enforcement and types of law enforcement. Following the information on law enforcement, the stopping process, which constitutes the first pillar of the study, is analyzed. The rights and freedoms related to the procedure, the differences of the procedure from similar procedures, the concept of reasonable cause, the reasons for stopping, and the use of the authority to stop are examined under the subheading of stopping. In the study, the rights and freedoms restricted by the stopping procedure are tried to be revealed and discussions on the subject are included.

Following the examination of the stopping process, the other pillar of the study, asking for identity, is examined. Under this heading, the concept of identity and the rights and freedoms related to the process of asking for identity are emphasized. After the views in the doctrine on both procedures are given, the subject is evaluated in terms of judicial decisions. In the last part of the study, the consequences of unlawful stopping and asking for identity and the ways of controlling these procedures are analyzed. The fact that a person complies with the rules of law does not mean that these procedures will not be applied to the person. Therefore, knowing the legal framework of these procedures, which are more likely to be encountered compared to other measures within the scope of criminal law, will be beneficial in terms of doctrine and practice.

Keywords

Stopping, Asking for Identity, Law Enforcement, Inquiry, Freedom of Travel.

GİRİŞ

İnsanlar toplumsal hayatın bir gereği olarak evlerinin dışında bulunabilirler. Bu insanlardan bazıları hukuk ile çizilen sınırlara riayet etmeye özen gösterirken, bazıları da hukuk dışına çıkma amacıyla hareket etmektedir. Durdurma ve kimlik sorma her iki insan grubuna da uygulanabilecek işlemlerdir. Yani kanunlara riayet ediyor olmak kişinin durdurulması ya da bu kişiye kimlik sorulmasını engelleyici bir durum değildir.

Hukuk kurallarına uygun bir hayat sürmeyi amaçlayan insanların kolluk görevlileri ile karşı karşıya kalmaları olasılığı, hukuk kurallarına uymayanlara göre daha azdır. Fakat durdurma ve kimlik sorma işlemlerinin hangi hallerde uygulanacağına ilişkin belirsizliklerin bulunması bu durumu değiştirebilir. Bu nedenle işlemlerin kime, hangi şartlar altında uygulanabileceğine ilişkin düzenlemelerin keyfiliğe yakın bir belirsizlik taşımaması gerekir.

Çalışmada, PVSK¹ m. 4/A'daki düzenleme merkeze alınarak konu incelenmiştir. Bahsi geçen işlemlerin uygulamadaki yansımalarıysa, konuya ilişkin mahkeme kararları vasıtasıyla çalışmaya dahil edilmeye çalışılmıştır.

I. KOLLUK

A. KAVRAM

Kişilerin güven içerisinde yaşamalarını sağlamak devletin görevidir. Devlet bu görevini, diğer hizmetlerinden ayrı bir teşkilatı olan ve kolluk olarak isimlendirilen kamu hizmeti vasıtasıyla yerine getirir². İç güvenliğin sağlanmasına ilişkin hizmetler, kolluk tarafından yerine getirilir³. Kamu düzeni, kolluk teşkilatı tarafından kolluk faaliyetleri kapsamında sağlanır⁴. Kolluk, kamu düzenininin

¹ T.C. Resmî Gazete, S: 2751, T: 14.07.1934.

² Çağlayan, Ramazan (2018) İdare Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Ankara, Adalet, s.261.

³ Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe (2020) Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Seçkin, s.165.

⁴ Çağlayan, s.265.

bozulmasını engellemek ve kamu düzeni bozulmuş ise yeniden tesisini sağlamak için çeşitli faaliyetlerde bulunur⁵.

Kolluğun suç öncesi ve suç sonrasında olmak üzere iki tür kollama görevi vardır. Suç öncesinde koruma, önleme ve yardım suretiyle; suç sonrasındaysa suç ve suçluların araştırması suretiyle bu görevlerini yerine getirir⁶. Kolluk görev bakımından yapılan tasnife göre adli ve idari kolluk şeklinde alt başlıklara ayrılır. İdari kolluk ise genel idari kolluk ve özel idari kolluk olarak kendi içerisinde ikiye ayrılmaktadır⁷.

PVSK'nın açılımında "Polis" ifadesine yer verilmesine rağmen, buradaki polis kelimesi bir kolluk türü olan polisi değil, kolluk kavramını temsilen kullanılmıştır. PVSK'daki hükümler sadece polis tarafından değil, tüm kolluk tarafından doğrudan uygulanabilir nitelikte olan hükümlerdir⁸. PVSK m. 25⁹ bu durumun yasal dayanağını oluşturmaktadır. Bu nedenle çalışmada PVSK hükümleri değerlendirilirken polis yerine kolluk kavramı tercih edilmiştir. PVSK, genel kolluğun görev ve yetkileri açısından ortak bir kanun niteliğindedir¹⁰. PVSK'da ağırlıklı olarak suçun işlenmesini önlemeye yönelik tedbirler düzenlenmiştir. Suç işlenmesi sonrasında başvurulacak olan tedbirler ise çoğunlukla Ceza Muhakemesi Kanunu¹¹nda (CMK) düzenlenmiştir¹².

⁵ **Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil** (2017) Türk İdare Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Seçkin, s.642.

⁶ **Yenisey/Nuhoğlu**, s.165.

⁷ **Çağlayan**, s.271.

⁸ **Erdağ, Ali İhsan** (2010) "Kolluğun "Durdurma ve Kimlik Sorma" Yetkisi (PVSK madde 4/A)", Ankara Barosu Dergisi, S:4, s.39, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/397756>> s.e.t. 20.12.2023.

⁹ PVSK m. 25 "Polis teşkilâtı bulunmayan yerlerde il, ilçe ve bucak jandarma komutanları ile jandarma karakol komutanları bu kanunda yazılı vazifeleri yapar ve yetkileri kullanırlar."

¹⁰ **Sönmez, Nevzat** (2011) "Önleyici Kolluk Hizmetleri Bağlamında Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'na Göre Polisin Durdurma Yetkisi", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:6, S:1, s.221.

¹¹ **T.C. Resmî Gazete**, S: 25673, T: 17.12.2004.

¹² **Eryılmaz, Mesut Bedri** (2012) Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s.417-418.

PVSK m. 2'de kolluğun genel emniyete ilişkin görevleri ikiye ayrılmıştır. Buna göre kolluk, düzenleyici işlemler ve kamu düzenine aykırı hareketlerin işlenmesinin bu kanunda çizilen sınırlar çerçevesinde önüne geçmek ve işlenmiş olan suçlara ilişkin olarak CMK'da gösterilen görevleri yerine getirmekle görevlidir (PVSK m. 2/1-A-B).

B. ADLİ KOLLUK VE İDARİ KOLLUK

Ülkemizde kolluk personeli ya da kolluk teşkilatına yönelik adli kolluk/idari kolluk şeklinde bir ayırım bulunmamaktadır. Burada kolluk faaliyetine yönelik olarak adli kolluk/idari kolluk ayırımı yapılmaktadır¹³. Personelin görev alanı adli kolluk veya idari kolluk şeklinde sınırlandırılmamıştır. Bu ayırım, yapılan işin niteliği göz önüne alınarak yapılmaktadır. Buna göre aynı personelin hem idari kolluk hem de adli kolluk olarak görev yapması mümkündür¹⁴. İdari kolluk; suç işlenmesini, kamu düzeninin bozulmasını engellemeyi hedeflerken; adli kolluk, kamu düzenini bozan ve suç olarak tanımlanan fillerin işlenmesinin ardından harekete geçmektedir¹⁵.

Adli kolluk, idari kolluk ayırımının bazı sonuçları vardır. Buna göre¹⁶; idari kolluk, idari makamların emrinde olup bu faaliyet nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıklar idari yargıda çözümlenir. Buna karşı adli kolluk, adli makamların emrinde görevini ifa ederken bu görevin ifası nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıklar hakkında adli yargıya başvurulur. İdari kolluk görevinden kaynaklanan bir suç işlerse 4483 sayılı Kanun hükümlerince hareket edilirken, adli kolluğun görevi nedeniyle suç işlemesi durumunda savcı tarafından olay re'sen kovuşturulur (CMK m. 161/5). İdari kolluk idare hukuku, adli kolluk ceza hukuku hükümlerine tabidir.

Tüm ülkede kamu düzenini korumak amacıyla yürütülen faaliyete genel idari kolluk faaliyeti denir. Genel idari kolluk personeli; polis, jandarma, çarşı ve

¹³ Gözler, Kemal/Kaplan, Gürsel (2017) İdare Hukuku Dersleri, 19. Baskı, Bursa, Ekin, s.580.

¹⁴ Çağlayan, s.271-272.

¹⁵ Kalabalık, Halil (2019) İdare Hukuku Dersleri, 4. Baskı, C. II, Ankara, Seçkin, s.244.

¹⁶ Kalabalık (2019), s.245-246.

mahalle bekçilerdir¹⁷. Polis ve jandarmanın faaliyet konuları aynı olmakla birlikte, faaliyet gösterecekleri yerler açısından birbirlerinden ayrılmaktadırlar¹⁸.

Kolluk tarafından yapılan işlem bir suç ile bağlantılı değil ise idari kolluk, bir suç ile bağlantılı ise adli kolluk faaliyeti içinde yer alır¹⁹. Kamu düzenini korumak amacıyla faaliyet gösteren idari kolluğun harekete geçebilmesi için bir karara/emire ihtiyacı yoktur. İdari kolluk ancak kanunda öngörülmüş ise temel hak ve hürriyetleri sınırlandırabilir²⁰.

II. DURDURMA

A. KAVRAM

Durdurma işlemi ile kolluk görevlileri kişilerin hayatındaki olağan akışın içine girmektedir. Durdurma işleminin icra edilebilmesi için durdurulan kişinin buna sebep olan bir fiil işlemesi şart değildir. Durdurma işlemi hareket halinde olan ya da duran kişilere ilişkin olarak icra edilebilir²¹. Kişilere ek olarak araçların da durdurulması mümkündür. Araçlar açısından durdurma, aracın içerisinde aranan bir kişinin bulunmadığından ya da aracın bir tehlike unsuru olmadığından emin olmak gibi amaçlarla gerçekleştirilebilir²². PVSK her ne kadar araçların durdurulması şeklinde düzenlenmiş olsa da düzenlemenin araçların değil, “*araçla seyir halindeki kişilerin durdurulması*” şeklinde olması daha yerindedir. Bu değişikliğe paralel olarak da kişilerin durdurulması ibaresinin, “*açık alanda bulunan kişilerin durdurulması*” olarak değiştirilmesi, m. 4/A’nın amacına daha uygundur²³.

¹⁷ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.651.

¹⁸ Çağlayan, s.277.

¹⁹ Çağlayan, s.273.

²⁰ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.649.

²¹ Eryılmaz, M. Bedri (2003) Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, Ankara, Seçkin, s.32.

²² Eryılmaz (2003), s.32-33.

²³ Centel, Nur/Zafer, Hamide (2021) Ceza Muhakemesi Hukuku, 20. Bası, İstanbul, Beta, s.372, Dipnot No: 399.

Durdurulan kişi, durdurma sebebini öğrendikten sonra kendisini hala serbest hissediyor olmalıdır²⁴. Kişinin bu serbestlik hissini taşımaması halinde yapılan işlem durdurma olarak kabul edilmez. Durdurma işleminde kişi, kendisini serbest hissetmekle birlikte o an için oradan ayrılmaması gerektiğini de düşünmelidir. Bu nedenle kolluğun yapılan işlemi durdurma olarak nitelendirmesi, işlemin durdurma olarak kabul edilmesi için yeterli değildir²⁵. Esasında yakalama olan bir işlemin kolluk tarafından durdurma olarak nitelendirilmesi, yapılan işlemin durdurma olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmamaktadır. Durdurma işlemine ilişkin yapılan bu tanımlama, işlem ile sınırlandırılan temel hak ve özgürlüğün tespiti noktasında büyük önem taşımaktadır. Bu hususta benimlenen görüş farklılıkları nedeniyle sonraki başlıklarda belirtildiği üzere, PVSK m. 4/A'nın Anayasa'ya aykırı olup olmadığı hususunda doktrinde bir tartışma bulunmaktadır.

Ortada bir zarar ihtimali varsa, başvurulacak olan tedbir türü tehlike tedbirleridir²⁶. Önlenmek istenen tehlike uzak bir tehlikeyse başvurulacak tedbir türü önleme tedbirleridir. Yakın bir tehlikenin varlığı durumundaysa koruma tedbirlerine başvurulmaktadır²⁷. Durdurma işlemi; trafik, önleme ya da adli amaçla icra edilebilir. İşlem hangi amaçla gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin, polisin ön görülen prosedürler çerçevesinde hareket etmesi gerekir. Bu durum polisin güvenliğinin sağlanması açısından da önemlidir²⁸.

Durdurma işlemi; PVSK m. 4/A, 2016/9741 sayılı Yönetmelik m. 46, 7245 sayılı Kanun m. 7, AÖAY (Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği) m. 27, 2016/9743 sayılı Yönetmelik m. 45'te düzenlenmiştir. Çalışmada PVSK'daki düzenleme temel alınarak konu incelenmiştir.

²⁴ **Yenisey, Feridun** (2015) Kolluk Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Beta, s.242.

²⁵ **Yenisey** (2015), s.242; **Yenisey/Nuhoğlu**, s.304.

²⁶ **Yenisey/Nuhoğlu**, s.275.

²⁷ **Yenisey/Nuhoğlu**, s.275.

²⁸ **Galeri, Aytakin** (2009) Önleyici Polislik, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s.108.

B. DURDURMA VE İLİŞKİLİ OLDUĞU HAK VE ÖZGÜRLÜKLER

PVSK ile kamu düzeni sağlanmaya çalışılır. Bu amaca ulaşmaya çalışılırken karşımıza kişi özgürlükleri çıkar. Kamu düzeni ile kişi özgürlüklerinin bağdaştırılması gerekir. Bunun için de bu kavramlardan ödün verilmesi kaçınılmaz bir sonuçtur. Bu iki kavramdan birinin ağırlık kazanması, amacın gerçekleşmesini imkansızlaştırır²⁹.

Bu başlık altında konu önce durdurma işlemiyle doğrudan bağlantılı olduğunu düşündüğümüz seyahat hürriyeti açısından incelenecek, sonrasında olayın gerçekleşme biçimine göre kısıtlanması muhtemel diğer hak ve özgürlükler açısından da değerlendirme yapılacaktır.

1. Seyahat Hürriyeti

Yerleşme ve seyahat hürriyeti Anayasa m. 23'te düzenlenerek güvence altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) Ek 4 No.lu protokol'de düzenlenmiştir. Anayasa ve AİHS'nde seyahat hürriyetinin yasa ile sınırlandırılabilmesi ön görülmüş olup sınırlama için ayrıca hâkim kararının varlığı aranmamıştır. Bu hürriyet, bünyesinde dört farklı hakkı barındırmaktadır. Bunlar; *ülkesi içinde seyahat hakkı, ülkesi içinde bir yerleşim yeri seçme hakkı, ülkesi de dahil herhangi bir ülkeden ayrılma hakkı ve ülkesine giriş hakkıdır*³⁰.

Konumuzla doğrudan bağlantılı olduğu için bu haklardan “ülke içinde seyahat hakkı” üzerinde durulacaktır. Ülke içinde seyahat hakkı kişilerin, bir ülkede serbestçe hareket etme hakkına sahip olmalarını ifade eder³¹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) göre serbestçe dolaşma özgürlüğünün sınırlandırılması halinde, Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamında kalan bir özgürlükten mahrumiyet yerine, bir sınırlama söz konusu olduğu için 4 No.lu protokolün 2.

²⁹ Yurtcan, Erdener (2007) “PVSK Değişikliğine Dair Birkaç Not”, Güncel Hukuk, 8-44 Sayısı, s.21.

³⁰ Jayawickrama, The Judicial Application of Human Rights Law, s.441; Naklen, Kalabalık, Halil (2017) İnsan Hakları Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Seçkin, s.485-486.

³¹ Kalabalık (2017), s.486.

maddesi kapsamında değerlendirme yapılması gerekir³². AİHM kararlarında, kişi özgürlüğünün kısıtlanması kavramının, kişi özgürlüğünden yoksun kalınması kavramından farklı olduğu ve AİHS m. 5'in kişinin özgürlüğünden yoksun kaldığı durumlarda uygulanabileceği belirtilmiştir³³. Bununla birlikte kamuya açık alanlarda, başka bir deyişle belli bir kapalı alanın söz konusu olmadığı durdurma işlemlerinde, AİHS m. 5/1 kapsamında yer alan bir sınırlamanın gerçekleşme ihtimali oldukça düşüktür³⁴.

Mahkeme konuya ilişkin olarak *Guzzardi v. İtalya* davasında; özgürlükten mahrumiyet ile özgürlüğün kısıtlanması arasındaki farkın, tedbirler arasındaki özellikten ziyade tedbirlerin yoğunluğundan kaynaklandığı, olayda hangisinin olduğunun tespiti zor olsa da mahkemenin bu tespiti yapmak zorunda olduğu ifade edilmiştir³⁵. Kişi özgürlüğünden mahrumiyet ile gitme ya da gelme serbes-tisinin kısmen kısıtlanması birbirinden farklı kavramlardır³⁶. Her olayın kendine has özellikleri göz önüne alınarak, “özgürlükten yoksunluk” mu yoksa “özgürlüğün kısıtlanması” mı olduğuna karar verilmesi gerekir³⁷.

AİHM *Foka-Türkiye* davasında, cebir uygulanması nedeniyle AİHS m. 5'in düzenleme alanında kalan bir özgürlükten yoksun bırakma durumunun varlığını kabul etmiştir³⁸. AİHM, kişi özgürlüğüne getirilen tüm sınırlamaların AİHS

³² **Gözübüyük, A. Şeref/Gölcüklü, Feyyaz** (2016) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 11. Baskı, Ankara, Turhan, s.279.

³³ **Sürücü, A. Sinan** (2010) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında ve Türkiye’de Tutuklama, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s.33.

³⁴ **Şirin, Tolga** (2018), Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 1, <https://www.anayasa.gov.tr/media/3544/01_ozgurluk_guvenlik_hakki.pdf> s.e.t. 20.12.2023, s.30.

³⁵ **Dutertre, Gilles** (2003) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Almanya, Avrupa, s.75, <<https://www.anayasa.gov.tr/media/3600/aihmkararlarindanornekler.pdf>> s.e.t. 18.12.2023.

³⁶ **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.237.

³⁷ **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.238.

³⁸ **Foka v. Türkiye Başvurusu (4)**, AİHM, Başvuru No: 28940/95, K.T. 24.06.2008, para. 78-79, <<https://insanhaklari.gen.tr/MetinGoster.aspx?id=46808&d=E>> s.e.t. 25.12.2023.

Durdurma işlemi ile kişilerin seyahat hürriyetinin mi yoksa kişi hürriyetinin sınırlandırıldığı noktada farklı görüşler vardır. İlk görüşe göre; durdurma işlemi ile kişi hürriyeti sınırlanmakta olup, PVSK m. 4/A-5'te durdurmaya sebep olan hal ortadan kalktıktan sonra kişi ve araçların “ayrılmalarına izin verilir” denilmektedir. Fıkra da geçen “izin verilir” şeklindeki ifade de durdurma işlemi ile kişi hürriyetinin kısıtlandığının bir göstergesidir. Bu görüşe göre, durdurma işlemi Anayasa m. 19'da sayılan işlemler arasında yer almadığı için Anayasa'ya aykırıdır⁴⁵. Durdurma ve kontrol işlemlerine ilişkin olan AÖAY m. 27'deki düzenlemenin iptali için açılan bir davada Danıştay, işlemleri somut esaslara bağlaması, işlemlerin kişilerin özel alanına müdahale niteliğine varmayan ve keyfîlik taşımayan bir şekilde icrasını sağlayan kurallar öngörmesi sebebiyle hukuka aykırı bulmamıştır⁴⁶. Durdurulan kişinin durdurma sebebi ortadan kalktıktan sonra gitmesine izin verilmemesi, başka bir işlemin icrasına başlandığı anlamına gelmektedir. Maddenin anlamın netleştirilmesi için madde metninden izin verilir ifadesinin çıkarılarak, “ayrılması sağlanır” ifadesi gibi gidebilme inisiyatifinin durdurulan kişide olduğu noktada şüphe uyandırmayacak bir ifadenin maddeye eklenmesi işlemin esası açısından daha yerinde olacaktır.

Bir diğer görüşe göre ise durdurma, seyahat özgürlüğü ile ilgili bir işlemdir⁴⁷. Kişinin fiilen denetim altına alınmadığı durdurma işleminin, Anayasa m.

⁴⁵ **Ergül, Ozan/Ketizmen, Muammer** (2007) “Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Üzerine”, Güncel Hukuk, S:44, s.14-15; **Altıparmak, Kerem/Aytaç, Ahmet Murat/Karahanoğulları, Onur/Hançer, Türkan/Aydın, Devrim** (2007) “Polis Vazife ve Salahiyet Kanununda Değişiklik: Durdurma - Kimlik Sorma - Arama - Parmak İzi Alınması - Silah Kullanma”, Hukuk ve Adalet, S:11, s.126; **Şahinkaya, Onur** (2020) Önleyici Yakalama ve Durdurma Dünyü-Bugünü-Yarını, 1. Baskı, İstanbul, On iki levha, s.154; **Özbek, Veli Özer** (2021), Polis Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Temel Haklara Müdahaleler, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s.53-54.

⁴⁶ Danıştay 10. Daire, E: 2005/6392, K: 2007/948, T: 13.3.2007 (Lexpera).

⁴⁷ **Metli, Osman** (2015) “Kolluk Görevlilerinin Durdurma Kontrol Kimlik Sorma ve Kimlik Tespiti Yetkileri”, (Yüksek Lisans), Zirve Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.5, <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>> s.e.t. 29.05.2021; **Sevindik, Mürsel** (2010) Polis Savunma Taktikleri, 5. Baskı, Ankara, Detamat Tanıtım Matbaacılık Hizmetleri San, Tic. Ltd. Şti., s.79; **Belci, Ozancan** (2020), “Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanununun Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:22, S:2, s.1099.

23/3 ile korunan seyahat özgürlüğü ile ilgili olması nedeniyle PVSK m. 4/A Anayasa'ya aykırı değildir⁴⁸. Başka bir görüşe göre ise, önemli olan durdurma ile kişilerin özgürlüğünün kısıtlanıp kısıtlanmadığı ya da hangi aşamada özgürlüğü kısıtlayıcı bir hal aldığıdır. Neticeten durdurma işlemi ile kişi fiilen denetim altına alınmamakta olup bu durum da özgürlük kısıtlaması olarak kabul edilmemektedir. Bu nedenle durdurma Anayasa m. 19'a aykırı değildir⁴⁹.

Durdurma işleminde kişi kendisini serbest hissetmektedir⁵⁰. Kolluk tarafından cebire başvurulmamış olması gerekir. Keza kişi kendisini serbest hissetmiyor ise yapılan işlem durdurma değil başka bir işlemdir. Kişinin kendisini serbest hissetmemesi kişi hürriyetini kısıtlayan bir işleme başvurulduğunun göstergesidir. Bu nedenlerle kanaatimizce de durdurma işlemi ile kişilerin seyahat hürriyeti sınırlandırılmaktadır. Durdurma işleminin Anayasa'ya uygunluğuna, seyahat hürriyetinin kısıtlanmasına ilişkin şartlara uyulup uyulmadığına göre karar verilmelidir. Keza madde gerekçesinde durdurulan kişi, polise yardım edeceği umulan kişi olarak tanımlanmış olup bu kişi, polise yardım etme hususunda ahlaki yükümlülük altındadır⁵¹.

Anayasa m. 23'e göre seyahat hürriyeti, bir soruşturma ya da kovuşturma nedeniyle ya da suç işlenmesini önlemek amacıyla kanunla sınırlandırılabilir. Anayasa ile çizilen bu genel çerçeveye paralel olarak PVSK m. 4/A düzenlenmiştir. İşlemin PVSK'daki düzenlenmesi Anayasa'ya uygundur⁵². Başka bir görüşe göre ise, Anayasa'da "durdurma" bağımsız bir kavram olarak yer almamaktadır. Bu nedenle durdurma işlemine ancak Anayasa'da düzenlenmiş olan bir işleme araç olması halinde başvurulabilir. Bu çerçevede, durdurma işlemi bir diğer işleme aracı konumunda değil ise uygulanmaması gerekir⁵³. Bu görüşe göre, Anayasa'da düzenlenmemiş olan durdurma işleminin mukayeseli hukukta var olma-

⁴⁸ Yenisey/Nuhoğlu, s.304.

⁴⁹ Centel/Zafer, s.374.

⁵⁰ Yenisey (2015), s.242.

⁵¹ Centel/Zafer, s.375.

⁵² Yenisey (2015), s.238-239; Metli, s.5.

⁵³ Altıparmak/Aytaç/Karahanoğulları ve diğerleri, s.122; Metli, s.4.

sı, işlemi bizim hukuk düzenimizde meşru hale getirmemektedir⁵⁴. Fakat PVSK hükümlerine bakıldığında, durdurma işleminin başka bir işleme aracı olarak düzenlenmediği görülmektedir. Kanuna göre, durdurma işlemi gerçekleştirildikten sonra şartları oluşmuş ise diğer işlemlerin icrası söz konusu olabilmektedir. Bu durum kimlik sorma yetkisi için de geçerlidir⁵⁵. Görüldüğü üzere durdurmanın bağımsız bir işlem olmadığı yönünde görüşler⁵⁶ bulunmakla birlikte aksi yönde de görüşler vardır. Anayasa’da hak ve özgürlüklere hangi şartlar altında müdahale edilebileceği düzenlenmiştir. Anayasa m. 19’da olduğu gibi hak ve özgürlüğün hangi işlemlerle sınırlandırılabilirliğinin açıkça belirtildiği haklar hariç olmak üzere, müdahale aracı olan işlemin adının Anayasa metninde geçmesinin zaruri olmadığı görüşüdeyiz. Anayasa m. 13⁵⁷ ile çizilen sınırlara riayet edilmek şartıyla, durdurma işleminde olduğu gibi yeni tehlike tedbir türlerinin kanunlarla düzenlenmesi mümkündür.

Anayasa m. 23’te seyahat hürriyetinin suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla kısıtlanabileceği ifade edilmekle birlikte, maddede kabahatlere ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Bu durum kabahatlere ilişkin olarak icra edilen durdurma işlemlerinin Anayasa’ya aykırı olduğu fikrini uyandırabilir. Fakat Anayasa Mahkemesinin kararlarında, suç ve ceza kavramlarını kabahatleri de kapsayacak biçimde kullanıldığı görülmektedir⁵⁸. Bu nedenle işlemin kabahatler hakkında uygulanması Anayasa’ya aykırı değildir.

⁵⁴ Altıparmak/Aytaç/Karahanogulları ve diğerleri, s.122.

⁵⁵ Ergül/Ketizmen, s.15.

⁵⁶ Şahinkaya, s.147.

⁵⁷ AY m. 13 “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*”

⁵⁸ Akbulut, Berrin (2021) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, Adalet, s.104. İlgili karar içerikleri için bakınız; AYM, E: 2005/42, K: 2006/27, T. 23.02.2006, T.C. Resmî Gazete, 23.03.2007; AYM, E: 2017/103, K: 2017/108, T. 31.05.2017, T.C. Resmî Gazete, 18.07.2017, Akbulut, s.104, Dipnot No:7.

2. Durdurma İşlemiyle İhlal Edilen Hak ve Özgürlükler

Kolluk, yaptığı pek çok işlemle çeşitli hak ve özgürlüklere müdahale etmektedir. Kanaatimizce buradaki çıkış noktası, kolluğun hangi isim altında işlem yaptığı değil, yapılan işlem ile hangi hak ve özgürlüğe, nasıl müdahale edildiği olmalıdır. Burada amaç işlemden hareketle değil, durdurma işlemiyle doğrudan müdahale edilen temel hak ve özgürlüğe göre bir değerlendirme yapılması daha yerinde olacaktır. Bununla birlikte PVSK m. 4/A'daki durdurma işleminin Anayasa'ya uygun olup olmadığına, işlem sonrasında gerçekleştirilen kimlik sorma veya arama gibi işlemler ile ihlal edilen hak ve özgürlüğe göre belirlenmesi gerektiği yönünde görüşler vardır. Örneğin, yakalama kişi özgürlüğü ile güvenliği (Anayasa (AY) m. 19) kısıtlayan bir işlemidir. Buna göre, durdurmaya ilişkin düzenlemenin Anayasa'ya uygunluğu amaç olan asıl yetki açısından değerlendirilmelidir⁵⁹.

Anayasa Mahkemesi Özen başvurusunda, durdurma işlemiyle başlayan süreç sonunda toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edilmiş olduğunu ifade etmiştir⁶⁰. Karara konu olayda da görüldüğü üzere durdurma işlemi sadece seyahat hürriyeti kapsamında değerlendirilmemelidir. Durdurma işlemi kişinin seyahat hürriyetinin kısıtlanmasıyla başlayan, durumun özelliklerine göre başka hak ve özgürlüğün sınırlanmasının kapısını açabilecek bir işlemdir. Öncelikle, durdurma işleminin kişinin hayatındaki yansımaları temel alınarak hangi hak ve özgürlüğünün ihlal edildiği belirlenmelidir. Olayda bu temel hak ve özgürlüğün kısıtlanması için aranan şartlar yok ise durdurma işleminin hukuka aykırı olduğu kabul edilebilir.

⁵⁹ Centel/Zafer, s.372-373.

⁶⁰ Başvuruya konu olayda; başvurucunun sendikasının çağrısı üzerine belirtilen yere gittiği ve iki yüz kişilik bir gösterici grubunun içine katıldığı olayda; başvurucu kolluğa, amaçlarının Başbakanlık Çalışma Ofisi'ne yürüyerek, Başbakan ve üniversite rektörleri arasında gerçekleştirilecek olan toplantıda temsilcileri vasıtası ile üniversitelerin sorunlarına ilişkin hazırladıkları dosyayı ilgililere sunmak olduğunu belirtmiştir. Grubun yürüyüşe geçmesi üzerine sivil polisler tarafından durdurulmak istenmişler ve grubun durmaması üzerine çevik kuvvetin olaya müdahalesi ile yürüyüş sonlandırılmıştır. **Ezgi Özen Başvurusu (1)**, AYM, Başvuru No: 2015/12753, K. T. 8/5/2019. (Kazancı)

C. DURDURMA VE BENZER İŞLEMLER

1. Durdurma ve Yakalama

Yakalama işlemiyle kişi hürriyeti ve güvenliğinin sınırlandırılması söz konusudur⁶¹. Durdurma, yakalama işleminden farklı bir işlemdir⁶². Durdurma işleminde kişinin geçici olarak bekletilmesi söz konusu olup bu işlemle, Anayasa m. 23/3 ile düzenlenmiş olan seyahat hürriyeti sınırlandırılmaktadır⁶³.

Durdurma işleminde kişinin, fiilen denetim altına alınması söz konusu değildir⁶⁴. Makul bir kişi muhatabı olduğu işlemin geçici nitelikte olduğunu hissetmiyor, fiilen denetim altında olduğunu hissediyor ise bu kişi durdurulmuş değil, yakalanmış kişi statüsündedir⁶⁵.

Yakalama işlemi, suç sonrasında gerçekleştirilen adli yakalama ve bir tehlikenin önlenmesi amacıyla gerçekleştirilen önleme yakalaması olarak iki alt başlığa ayrılmaktadır⁶⁶. Adli yakalama kolluk ve CMK m. 90'da sayılan hallerde herkes tarafından icra edilebilir. Fakat önleme amaçlı yakalama sadece kolluk tarafından icra edilebilir⁶⁷. Adli yakalamanın yapılabilmesi için suç işlenmiş olması gerekir. Bir kabahat söz konusu ise kolluğun adli yakalama yetkisi bulunmamaktadır. Bu durumda, kolluğun “durdurma” ya da “tutma” yetkisi söz konudur⁶⁸. Önleme yakalamasında amaç bir tehlikenin gerçekleşmesini önle-

⁶¹ Yenisey (2015), s.243.

⁶² Yenisey (2015), s.240; Eryılmaz (2003), s.34; Sevindik, s.79.

⁶³ Yenisey/Nuhoğlu, s.304.

⁶⁴ Yenisey, Feridun (2008) “Faili “Tekrar Tanımaya Yarayan” Önleme ve Koruma Tedbirleri Durdurma, Kimlik Sorma, Kimlik Tespiti, Parmak İzi Alma, Fotoğraf Çekme Fizik Kimliğin Tespiti”, Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliği II, Ankara, s.6; Özbek, Veli Özer (2005) CMK İzmir Şerhi, Ankara, Seçkin, s.315.

⁶⁵ Yenisey (2015), s.243.

⁶⁶ Yenisey/Nuhoğlu, s.307.

⁶⁷ Avcı, Mustafa (2008) “Önleme Amaçlı Özgürlük Kısıtlamaları”, Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliği II, Ankara, s.172.

⁶⁸ Yenisey/Nuhoğlu, s.321.

mektir. Önleme yakalamasının bir suç ile bağlantılı olması şart değildir⁶⁹. Yakalama işlemi ile kişi hürriyeti sınırlanmaktadır. Yakalanma anının tespitinde kişinin fiilen denetim altına alındığı zamana bakılır. Kısa süreli olarak gerçekleştirilen durdurmalar ya da trafik kontrolü amacıyla gerçekleştirilen durdurmalar yakalama değildir⁷⁰.

PVSK m. 4/A-9 kimliği belirlenemeyen kişinin tutularak durumdan savcının haberdar edileceği gerektiğini düzenlemiştir. PVSK m. 4/A-9 kapsamında kalan kişinin mevzuat ile sağlanan güvenceler görmezden gelinerek, bu kişi hakkında otomatik olarak kişi hürriyetini sınırlandıran işlemlere başvurulması hukuka aykırıdır. Düzenleme bu haliyle, şüpheli olmayan bir kişinin durumunu şüpheli kişilerden daha az güvenceye sahip konuma getirmiştir⁷¹. Maddeye ilişkin başka bir görüş ise buradaki tutuklama yetkisi, kişiye tutuklunun sahip olduğu hakları kullanabilmesi açısından hukuki bir garanti sunan yerinde bir düzenlemedir⁷².

2. Durdurma ve Tutma

PVSK m. 4/A-9 ile kimliği belirlenemeyen kişinin tutularak durumdan savcının haberdar edilmesi gerektiği, kişinin kimliği anlaşılana kadar gözaltına alınabileceği düzenlenmiştir. Kanunda “yakalama” terimi kullanılmayarak, “tutularak” ifadesinin kullanılması dikkat edilmesi gereken bir husustur⁷³. Tutma kavramı, Anayasa m. 83’te de yer almaktadır. Burada geçen tutma ifadesiyle ne kastedildiği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, burada tutma kavramının tercih edilmesi hatalı olup tutma kavramını yakalama olarak anlamak gerekir⁷⁴. Başka bir görüşe göre ise, burada tutma ile kastedilen işlem gözaltına almaktır⁷⁵. PVSK

⁶⁹ Yenisey/Nuhoğlu, s.307.

⁷⁰ Yenisey/Nuhoğlu, s.321.

⁷¹ Altıparmak/Aytaç/Karahanoğulları ve diğerleri, s.129-130.

⁷² Yenisey/Nuhoğlu, s.325.

⁷³ Yenisey (2015), s.249.

⁷⁴ Kunter, Nurullah (1986) Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, Kazancı Matbaacılık, s.89; Karakehya, Hakan (2022) Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Eskişehir, Nisan, s.185; Yenisey/Nuhoğlu, s.600.

⁷⁵ Centel/Zafer, s.80.

ve CMK'da ise tutma adı altında bir tedbir düzenlenmemiştir. Madde 4/A-9'da geçen tutulma ifadesinin yakalama olarak anlaşılabilirliğine ilişkin bir görüş bulunmaktadır⁷⁶. AİHS m. 5/c-f fıkralarında kavramlar, "yakalanması veya tutulması" şeklinde kullanılmış olup bu da yakalama ve tutulma kavramlarının birbirinden farklı olduğunun göstergesidir.

Durdurma, tutma işleminden farklı bir işlemdir. Tutulan kişi durdurma işleminde var olan serbestlik hissine sahip değildir. PVSK m. 4/A-9 kapsamındaki tutulmanın gerekçesi, kişinin kimliğinin tespit edilememesi olup kısa süreli bir işlemdir. Burada PVSK gereği derhal savcıya haber verilmesi gerekir.

Anayasa Mahkemesi bir kararında; kolluk tarafından gerçekleştirilen kısa süreli tutma işleminde, Anayasa m. 19 ile aranan şartların olayda gerçekleşmediği tespit edilerek hak ihlali kararı verilmiştir⁷⁷. Anayasa m. 19/6'da yakalama ya da tutuklama işlemlerini gerçekleştirmek amacıyla kişilerin tutulabileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme ve Anayasa Mahkemesi kararı birlikte değerlendirildiğinde; tutmanın ayrı bir işlem olduğu ve Anayasa m. 19 ile güvence altına alındığı söylenebilir. İç hukukumuzda farklı mevzuat hükümlerinde yer verilen tutma işleminin ayrı bir maddede düzenlenerek, şartlarının ortaya konulmasında yarar bulunmaktadır. Durdurma sonrası kişinin tutulması mümkün olmakla birlikte gerçekleştirilen her durdurma işlemi sonrasında tutma işlemi icra edilmemektedir.

⁷⁶ **Avcı**, s.168.

⁷⁷ Başvuruya konu olayda başvurucu; adliye binasına avukat girişinin bozuk olması nedeniyle engelli girişinden, kimliğini gösterdikten sonra giren avukatın girişi kapatmaması üzerine, polis girişi kapatmasını istemiş avukat tarafından giriş kapatılmayınca polis tekrar kimlik göstermesini istemiş, kimliğin gösterilmemesi üzerine avukat polis tarafından tutularak merkeze götürülmüştür. Polis olayda m. 4/A kapsamında hareket ettiğini ileri sürmüştür. Kararda kimlik sorma işlemi sonrasında tutma işleminin gerçekleştiği; olayda bir suç isnadının bulunmadığı, başvurucu avukatın kanunda öngörülen bir yükümlüğe uymama durumunun bulunmadığına ve icra edilen tutma işleminin Anayasa'ya aykırı olduğuna karar verilmiştir. **Bilal ÇEBİ Başvurusu (2)**, AYM, Başvuru No: 2019/41092, K. T. 27/7/2022.

3. Durdurma ile Bağlantılı İcra Edilen Yoklama ve Arama

Arama bir araştırma işlemi olup, bu işlemle aranılan şeyin ortaya çıkarılması amaçlanır⁷⁸. Arama, önleme amacı taşıyan önleme araması ve bastırma amacı taşıyan adli arama olarak ikiye ayrılır. Önleme araması PVSK m. 9'da adli arama CMK m. 116'da düzenlenmiştir⁷⁹.

Durdurma, arama işleminden farklı bir işlemdir⁸⁰. Durdurma işlemi kamuya açık alanda gerçekleştirilebilirken, arama işlemi kamuya açık ve kapalı alanlarda gerçekleştirilebilir⁸¹. Durdurulan kişinin üzeri yoklama (sıvazlama)⁸² yoluyla kontrol edilebilir. PVSK m. 4/A kapsamında icra edilen bu yoklama, Yargıtay kararlarında “kaba arama, kaba üst araması”⁸³ olarak da ifade edilmektedir⁸⁴. Yoklama, bir arama türü değildir⁸⁵. Bazı yazarlar “yoklama” ve “sıvazlama” işlemlerinin bir tür arama olduğunu kabul etmekle, bu işlemlerin aramanın şartlarına tabi olması gerektiği için düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmektedir⁸⁶.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda; önlü arkalı şekilde ve birbirleri ile göz teması kurarak ilerleyen kişilerden şüphelen kolluk görevlileri, bu kişileri

⁷⁸ Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erden, Mustafa Ruhan/Sırma Gezer, Özge/Saygılar Kırıt, Yasemin F./Alan Akcan, Esra/Özaydın, Özdem/Erden Tütüncü, Efser/Altınok Willemins, Derya/Tok, Mehmet Can (2019) Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Ankara, Seçkin, s.498.

⁷⁹ Öztürk/Tezcan/Erden ve diğerleri, s.499.

⁸⁰ Yenisey (2015), s.240.

⁸¹ Eryılmaz (2003), s.21.

⁸² Bıçak, Vahit (2018) Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, Ankara, Seçkin, s.326.

⁸³ Kaba üst araması terimi uygulayıcılar tarafından kullanılmak suretiyle ortaya çıkmıştır. Özbek, Veli Özer (2008) “Önleme Araması”, Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliği II, Ankara, s.69.

⁸⁴ Yargıtay 20. Ceza Dairesi, E: 2018/643, K: 2018/1456, T: 19.3.2018 (Kazancı); Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2016/20-800, K: 2017/120, T: 28.2.2017.(Kazancı)

⁸⁵ Özbek (2008), s.69.

⁸⁶ Ergül/Ketizmen, s.16; Aynı yönde, Şen, Ersan/Maviş, Mert (2022), Polisin Durdurma ve Arama Yetkisi”: Şen, Ersan (Editör), Yorumluyorum XXVI, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s.387; Centel/Zafer, s.377.

durdurarak kimliklerini sormuş, şahıslardan birinin siyah renkli çantasının açılması istenmiş ve hırsızlık suçuna konu eşyalar bulunmuştur. Yapılan işlem Yargıtay tarafından hukuka uygun bulunmuştur⁸⁷. Fakat kişinin çantasının açılması PVSK m. 4/A kapsamında icra edilen bir yoklama işlemi değil, arama işlemi niteliğindedir. Arama şartları oluşmadan bu işlemin yapılması hukuka aykırıdır. Yargıtay başka bir kararındaysa; yoklama ve kontrol işlemi yerine şartları gerçekleşmeden yapılan arama işlemini hukuka aykırı bularak, delillerin de hukuka aykırı delil statüsünde olduğuna karar vermiştir⁸⁸. Kolluğun yoklamanın sınırlarını aşarak işlemi arama haline getirmesi ihtimal dahilindedir. Yoklama yapan kolluk, arama yapılması gerektiğine kanaat getirirse, işlemler arasındaki bu geçişin önleme ve adli arama işlemlerinin şartlarına uyularak yapması gerekir. Aksi halde işlem hukuka aykırı bir hal alır.

Hukuka aykırı bir durdurma sonrasında gerçekleştirilen arama işleminin hukuka uygunluğunun, durdurma işleminden bağımsız değerlendirilmesinin gerekli olup olmadığı ise başka bir soru oluşturmaktadır. Burada her iki işlemin geçerliliğinin birbirinden bağımsız değerlendirilmesi gerekir⁸⁹. Yani hukuka aykırı bir durdurma işleminin ardından gerçekleştirilen arama, işlem için aranan şartlara haiz ise hukuka uygun olabilir. Konuya ilişkin bir olayda, sanığın iç çamaşırından delil elde edilmiştir. Yargıtay kararında, yapılan işlemin PVSK m. 4/A kapsamında kalan bir yoklama ve kontrol niteliğinde olmadığı, arama kararı/emri ve gecikmesinde sakınca olan bir hal ya da suçüstü halinin varlığına ilişkin bir belge bulunmadığı bu nedenle, elde edilen delillerin bu haliyle hukuka aykırı statüde olduğu ifade edilmiştir⁹⁰.

⁸⁷ Yargıtay 13. Ceza Dairesi, E: 2019/6337, K: 2019/17503, T: 3.12.2019. (Kazancı)

⁸⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2017/20-1045, K: 2019/609, T: 17.10.2019 (Kazancı). Yargıtay benzer mahiyetli başka bir kararında, uyuşturucu maddelerin bulunma anına kadar ortada suçüstü hali olmadığından cüzdanın içinde bir araştırma yapılabilmesi için dosyada bulunması gereken arama kararı/emrinin bulunmadığı, yapılan işlemin yoklama ve kontrol olarak kabul edilemeyeceği, bu nedenlerle ulaşılan delillerin hukuka aykırı delil olduğuna karar vermiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2016/20-805, K: 2019/480, T: 18.6.2019 (Kazancı).

⁸⁹ **Centel/Zafer**, s.476.

⁹⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2019/96, K: 2021/401, T: 16.9.2021. (Lexpera)

Yargıtay içtihadına konu olan başka bir olayda; sanık üzerinde arama işlemi ve m. 4/A uyarınca yoklama yapılmış, her iki işlem ile de yasaklı maddeler ele geçirilmiştir. Yargıtay, yoklama işlemi ile ele geçirilen hukuka uygun deliller doğrultusunda hüküm tesis etmiş ve hukuka aykırı arama neticesinde ele geçirilen delilleri değerlendirmeye almamıştır. Muhalefet şerhindeki bir görüşe göre, arama işlemi bir bütün olup bu şekilde bölünmemesi gerekir, tüm deliller hukuka aykırı niteliktedir⁹¹. Burada tek bir arama işlemi mi yoksa birbirini takip ederek icra edilen arama ve yoklama işlemleri mi vardır, bunun tespiti gerekir. Yoklama aramaya benzer olsa da birbirinden farklı işlemlerdir. Zaman olarak birbirlerini takip ederek icra edilmeleri, yoklama işleminin arama işlemi içerisinde erimesi sonucunu doğurmayacaktır. Bu nedenle Yargıtay kararının hukuka uygun olduğu kanaatindeyiz.

Dikkat çekici olan başka bir kararda; devriye esnasında durumlarından şüphelenerek yanına gidilen kişilerden birinin kaçması üzerine, bu kişi yaklanmış ve montu kabaca kontrol edilirken astar kısmında bir şey olduğu anlaşılmıştır. Sorulması üzerine, astar kısmında uyarıcı madde oluşu sanık tarafından beyan edilmiş ve bu maddeler polis tarafından ele geçirilmiştir. Yargıtay olayda suçüstü halinin var olması ve CMK m. 90/4 ile PVSK m. 13/1-A ve m. Ek 6. doğrultusunda gerekli tedbirler aldıktan sonra savcı talimatıyla hareket edildiği olayda hukuka aykırılık bulmamıştır⁹². Karara konu olayda usulüne uygun yoklama yapıldıktan sonra montun astarında gizli bir madde olduğu fark edilmiştir. Polis, montun astarında hap olduğunu sanığın beyan ettiğini söylese de sanık mahkemede böyle bir beyanının olmadığını ifade etmiştir. Olayda sanığın, astarda hap olduğunu beyanı üzerine bu arama yapılmış ise yapılan işlem hukuka uygundur. Fakat sanık mahkemede böyle bir beyanı olmadığını ifade etmiş olup sanığın mahkemedeki beyanına itibar edilmesi gerekir. Bu nedenle arama kararı/emri olmadan montun astarına bakılmak suretiyle bir arama işlemi yapılmıştır. Ortada bir arama kararı/emri bulunmadığı için yapılan işlem hukuka ayır ve elde edilen delilin de hukuka aykırı delil konumunda olduğu kanaatindeyiz.

⁹¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2019/342, K: 2021/414, T: 21.9.2021. (Lexpera); Aynı yönde, **Centel/Zafer**, s.476.

⁹² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2016/1106, K: 2017/54, T: 7.2.2017. (Lexpera)

D. MAKUL SEBEP KAVRAMI VE DURDURMA İŞLEMİNDE MAKUL SEBEP

Makul kelimesinin sözlük anlamı, *uygun ve elverişlidir*⁹³. Sebep kavramıysa, “*bir şeyin olmasına veya belli bir hâlde bulunmasına yol açan şey*” olarak tanımlanmaktadır⁹⁴. Bir sebebin makul olarak nitelendirilebilmesi için akla ve mantığa uygun olması gerekir⁹⁵. Genel geçer ve soyut ifadeler makul bir sebep olarak kabul edilmemelidir⁹⁶. Durdurma işlemi için var olması aranan sebep bünyesinde belirsizliği barındırmaktadır. Polis mevcut duruma bakacak ve kişilerin kıyafeti, duruşu ya da sebep olarak temel alınabilecek başkaca şeylerden hareketle durdurma işlemini icra edecektir⁹⁷. Durdurma işleminin ön şartı, durdurma için aranan makul sebebin gerçekleşmesidir. Bu ise bir durdurma sebebinin olayda gerçekleşmesiyle mümkündür⁹⁸.

Süreklilik oluşturan, fiili durum ve keyfi bir hal alacak şekilde durdurma işlemi yapılamaz (AÖAY m. 27/2). “Keyfi” kavramı, hukukun dışında olmaktan daha geniş bir anlam ifade eder. Bünyesinde haksızlığı ve adaletsizliği barındırır⁹⁹. Maddede keyfi olarak durdurma yapılamayacağını altı ayrıca çizilmemiş olsaydı bile ülkemizin hukuk devleti olması sebebiyle keyfi olarak durdurma yapılması mümkün değildir¹⁰⁰. Kişi hürriyetinin kısıtlanması ile neticelenen bir işlem iç hukuka uygun olsa bile bu işlem uluslararası standartlara göre keyfi olarak kabul edilebilir¹⁰¹.

⁹³ <<https://sozluk.gov.tr/>> s.e.t. 19.12.2023.

⁹⁴ <<https://sozluk.gov.tr/>> s.e.t. 19.12.2023.

⁹⁵ **Erdağ, Ali İhsan** (2008) “Kolluğun Durdurma Yetkisi ve Durdurma Üzerine Yapılabilecek İşlemler”, Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliği II, Ankara, s.40; **Bıçak**, s.324.

⁹⁶ Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E: 2014/21003, K: 2014/20401, T: 22.9.2014 (Lexpera); Yargıtay 7. Ceza Dairesi, E: 2014/16098, K: 2015/21539, T: 20.10.2015 (Karşı görüş). (Lexpera)

⁹⁷ **Şahinkaya**, s.79.

⁹⁸ **Yenisey** (2015), s.243.

⁹⁹ Av. Avustralya, Human Rights Committee, Communication No: 560/1993, HRC 1997 Report Annex VI.L; Naklen, **Kalabalık** (2017), s.443.

¹⁰⁰ **Atay, Ethem Ender** (2016) İdare Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Turhan, s.109.

¹⁰¹ **Kalabalık** (2017), s.444.

Makul sebep, değerlendirmesi o konunun uzmanı tarafından yapılan bir olgudur. Konunun uzmanı olan kişi, somut olguyu gördüğünde buna bir anlam verebilir. Makul sebebin varlığı için değerlendirilen olguya ilişkin olarak çok sayıda uzmanın aynı görüşü paylaşıyor olması gerekir¹⁰². Makul şüphenin ise konu hakkında uzmanlığı bulunmayan sıradan, makul birçok kişinin somut olguyu aynı doğrultuda değerlendirdiği durumlarda var olduğu kabul edilir¹⁰³. Bunlara ek olarak AÖAY m. 6'da makul şüphe kavramı, kavramın içinin doldurulması noktasında yol gösterici şekilde tanımlanmıştır. Makul şüphede somut olgulara dayanan bir şüphe vardır¹⁰⁴. Olayın kendine özgü özelliklerine bakılarak makul şüphenin varlığına ya da yokluğuna karar verilmesi gerektiğinden, mevzuatta makul şüphe ayrıntılı bir şekilde düzenlenmemiştir. Makul şüphenin gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin takdir yetkisi kararı verecek mercie bırakılmıştır¹⁰⁵.

Madde 4/A'da durdurma işlemi için makul sebebin varlığı yeterli görülürken, AÖAY m. 27/2'de araçların durdurulabilmesi için “umma” derecesinde makul şüphenin varlığının arandığı görülmektedir. Umma sözlükte, *ummak işi* şeklinde¹⁰⁶, ummak kelimesiyse; *sanmak, tahmin etmek* şeklinde tanımlanmıştır¹⁰⁷. Ummak kelimesi konuya ilişkin düzenlenen müfettiş raporunda, “*somut delil, emare ve olgulara dayanmaksızın şüphelinin mevcut haline göre tecrübelere dayalı soyut şüphedir*” şeklinde tanımlanmıştır¹⁰⁸. Yayla; “umma” kavramının “makul şüphe”ye denk olmadığını, ummanın subjektif nitelikteyken makul şüp-

¹⁰² Yenisey/Nuhoğlu, s.399.

¹⁰³ Yenisey/Nuhoğlu, s.399.

¹⁰⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2013/610, K: 2014/512, T: 25.11.2014. (Lexpera)

¹⁰⁵ AYM (Genel Kurul), E: 2014/195, K: 2015/116, T. 23.12.2015, para. 53. (Lexpera)

¹⁰⁶ <<https://sozluk.gov.tr/>> s.e.t. 19.12.2023.

¹⁰⁷ <<https://sozluk.gov.tr/>> s.e.t. 19.12.2023.

¹⁰⁸ Gök, Mehmet (2015) T.C. İçişleri Bakanlığı, “Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği, Önleme Aramalarında Mülki İdare Amirinin Görev, Yetki ve Sorumlulukları, nezarethanelerin Denetimi, Cezaevlerinin haricen Korunması, Sevk ve Nakillerle ilgili Faaliyetler, Mevzuat ve Uygulama örnekleri”, Sayı: 200/39, s.5, <<https://www.icisleri.gov.tr/mulkiyeteftis/inceleme-arastirma-raporlari>> s.e.t. 19.12.2023.

henin objektif nitelikte olduğunu ifade etmektedir¹⁰⁹. Maddeye göre bu şüphe- nin somut emarelerle desteklenmesi gerekir (AÖAY m. 27/2). Aynı işlem için farklı şartların aranması kafa karıştırıcıdır. PVSK m. 4/A açık olup yönetmelik bu açıdan kanunla çelişmektedir. Normlar hiyerarşisine göre durdurma işlemlerinde, PVSK m. 4/A-2 gereği makul sebebin varlığının aranması gerekir. Yargıtay bir kararında bu durumu irdelemiş olup, kolluğun PVSK m. 4/A-2 gereği durdurma işleminde makul şüphe kriterinin değil, kolluğun mesleki tecrübesi doğrultusunda elde ettiği bakış açısıyla var olduğunu düşündüğü makul sebebe dayanarak durdurma işlemi yapması gerektiğinin altı çizilmiştir¹¹⁰.

Makul sebep kavramının anlamı açık olmayıp Amerikan Yüksek Mahkemesi kavramı tanımlamayı reddetmiştir. Günlük hayat içinde makul sebebin varlığı hukukçular tarafından değil, mantıklı insanların yaşadıkları gerçek durumlara göre tespit edilir. Makul sebebin varlığının tespiti için suç hazırlığına ilişkin mevcut deliller ya da gerçeklerin değerlendirilmesine ihtiyaç vardır¹¹¹.

Makul sebebin kolluğun tecrübesine, var olan durumdan edindiği izlenime dayanması gerekir (PVSK m. 4/A-2). Burada aranan tecrübe kişiden kişiye değişen bir tecrübe değildir. Meslekte yeterli tecrübesi bulunan kolluk görevlisinin olaya ilişkin yapacağı değerlendirme esas alınır¹¹². Makul sebep kavramının ne olduğu ortaya konulmaya çalışılsa da kavramın hala belirsizlik taşıyor olması sebebiyle düzenleme eleştirilmektedir¹¹³. Mesleki birikim ile elde edilen bu tecrübe yapılan eğitimlerle kolluk görevlisine aktarılmaktadır. Bu nedenle kolluk görevlisinin bu tecrübeye sahip olması için yıllarca mesleği icra etmesi gerek-

¹⁰⁹ **Yayla, Mehmet** (2016) İspat ve Şüphe, Ankara, Seçkin, s.120.

¹¹⁰ Yargıtay 19. Ceza Dairesi, E: 2020/1901, K: 2021/3291, T: 18.3.2021 (Lexpera); Yargıtay 7. Ceza Dairesi, E: 2017/15432, K: 2018/2570, T: 8.3.2018. (Lexpera)

¹¹¹ **Dayton, A. Kimberley** (2001) “Oto Durdurma ve Amerikan Anayasası, 4 No’lu Ek Madde”, Çeviri: Akademi Tercüme, Ceza Hukuku Reformu Sempozyum 20-23 Ekim 1999 Taksim Park Plaza Otel, 1. Bası, İstanbul, Beta, s.33.

¹¹² **Eryılmaz, M. Bedri** (2008) “5681 Sayılı Kanun ile Polis Vazife ve Selahiyet Kanundaki Değişiklikler Sonrası Oluşan Yeni Durum; Bir Adım İleri, İki Adım Geri”, Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliğleri II, Ankara, s.24.

¹¹³ **Özbek** (2021), s.63.

mez¹¹⁴. Makul sebebe örnek olarak; bir yerin gözetlenmesi, suç mahallini uzaktan, tedirgin bir şekilde izlemek ve bir yardım çığlığı üzerine olay yerinden kaçıp saklanmak verilebilir¹¹⁵. Kolluğun durdurma sebebinin var olduğu yönünde takdir yetkisini kullanarak gerçekleştirdiği durdurma işleminin hukuka uygun olup olmadığı, işlem sonrasındaki adli ya da idari süreç içinde yapılacak olan değerlendirme ile belirlenebilir¹¹⁶.

Yargıtay kararına konu bir olayda; gece vakti boş bir arsada vakit geçiren kişi- lere durdurma işlemi uygulanmış olup, olayda makul sebebin varlığı kabul edilmiş ve durdurma sonrası yapılan yoklama işleminin de hukuku uygun olduğuna karar verilmiřtir¹¹⁷. İsimsiz bir ihbar doğrultusunda belirtilen yere giden kolluk gleri, ihbarda verilen eşkle uyan kişinin bir başkası ile alışveriş yaptığını görmesi üzerine bu kişileri durdurmuş ve kaba üst araması yapmıştır. Yargıtay olayda, makul sebebin var olduğunu kabul ettiği gibi yapılan kaba üst aramasını da hukuka uygun bulmuřtur¹¹⁸. Yine istihbarat uyarınca takip edilen kişinin, şüpheli hareketler sergilemesi makul sebep olarak kabul edilerek durdurulduğu ve PVSK uyarınca yoklama yapıldığı olayda, yapılan işlemler hukuka uygun bulunmuş ve deliller de hukuka uygun delil olarak kabul edilmiřtir¹¹⁹. Yargıtay kararına konu başka bir olayda; somut suç şüphesi oluşmasının ardından adli arama kararı/emri alınarak detaylı bir araştırma yapılması gerekirken, kaba üst araması adı altında adli arama işlemi yapılarak ele geçirilen delillerin hukuka aykırı olduğuna karar verilmiřtir¹²⁰.

Durdurma yetkisinin kullanılması için öncesinde bir emir ya da kararın varlığı aranmamaktadır. Durdurma işlemine karar verecek kişi bizzat kolluk personelinin kendisidir¹²¹. Kolluk durdurma işlemini uygulamaya karar verirken mevzuat

¹¹⁴ Eryılmaz (2012), s.430.

¹¹⁵ Metli, s.11.

¹¹⁶ Centel/Zafer, s.376.

¹¹⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2017/1150, K: 2019/482, T: 18.6.2019. (Lexpera)

¹¹⁸ Yargıtay 20. Ceza Dairesi, E: 2019/3883, K: 2020/1358, T: 27.2.2020. (Lexpera)

¹¹⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2016/756, K: 2019/301, T: 9.4.2019. (Lexpera)

¹²⁰ Yargıtay 10. Ceza Dairesi, E: 2020/2942, K: 2021/13282, T: 9.12.2021. (Lexpera)

¹²¹ Yenisey (2015), s.244; Erdağ (2008), s.39; Bıçak, s.323-324; Sevindik, s.78.

hükümlerine göre hareket etmelidir. Burada kolluğun bir sınırlamaya tabi olmaktan durdurma işlemini icra etmesi hukukun üstünlüğü ilkesine aykırıdır¹²². Yine durdurma işleminin uygulanmasına ilişkin yetkinin kötüye kullanmaya müsaade etmeyecek şekilde sınırlarının belli olması gerekmektedir¹²³. Anayasa'ya göre kişi hürriyeti ancak kanunla sınırlandırılabilirdiğinden düzenlemenin, Anayasa'ya aykırı olduğu yönünde görüşler vardır¹²⁴. Burada seyahat özgürlüğü sınırlandırıldığı için Anayasa m. 23'e bakmak gerekir. Madde 23'te sınırlamanın, suç işlenmesini önlemek amacıyla kanunla yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu nedenle PVSK'daki düzenlemenin Anayasa'ya uygun olduğu kanaatindeyiz.

Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından 1968'de karara bağlanan Terry v. Ohio davası polisin, şüpheli durumlarda kişilerin üstünde arama yapabilme koşullarına ilişkindir¹²⁵. Karar ile resmi bir amaç doğrultusunda kişilere dokunabilmesi için makul bir sebebin var olması gerektiği ifade edilmiştir¹²⁶. Bu karar uyarınca suç işlenmesini önlemek amacıyla yapılan durdurmada, kişiden şüphelenilebilmesi için objektif bir nedenin varlığının aranması gerekir¹²⁷.

Makul sebep, durdurma işleminden önce var olmalıdır. Başlangıçta olmayan fakat sonradan ortaya çıkan makul sebep, durdurma işlemini hukuka uygun hale getirmez¹²⁸. Makul sebep; önleme amaçlı durdurmada tehlikeye ilişkin somut emarelerin varlığına ilişkinken, adli amaçlı durdurmada durdurulmak istenen kişi ile aranan kişinin aynı kişi olduğuna yönelik olmasıdır¹²⁹.

¹²² **Gillan ve Qunton v. Birleşik Krallık Başvurusu**, AİHM, Başvuru No: 4158/05, T: 12.01.2010, para. 77, <<https://insanhaklari.gen.tr/MetinGoster.aspx?sr=5&nx=0&d=T>> s.e.t. 18.12.2023.

¹²³ **Gillan ve Qunton v. Birleşik Krallık Başvurusu**, AİHM, Başvuru No: 4158/05, T: 12.01.2010, para. 87, <<https://insanhaklari.gen.tr/MetinGoster.aspx?sr=5&nx=0&d=T>> s.e.t. 18.12.2023.

¹²⁴ **Altıparmak/Aytaç/Karahanoğulları ve diğerleri**, s.126.

¹²⁵ Terry v. Ohio, 392 U.S.1 (1968), <<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/392/1.html>> s.e.t. 26.12.2023.

¹²⁶ **Yenisey/Nuhoğlu**, s.307.

¹²⁷ **Dayton**, s.34.

¹²⁸ **Eryılmaz** (2012), s.431.

¹²⁹ **Eryılmaz** (2012), s.430.

Kolluk, keyfi olarak ya da fiili durum oluşturacak şekilde durdurma işlemini gerçekleştirirse ya da durdurma sebebi kişiye bildirilmezse, kanunun verdiği görevi uygulamadığı anlamına gelir ve bu durum suç teşkil edebilir¹³⁰. Durdurma işleminde süre her olayın içeriğine göre, oranlılık ilkesi temel alınarak belirlenmez¹³¹. Bununla birlikte işleminin süresine ilişkin açık bir düzenleme bulunmaması, işlemin keyfi uygulamalara açık hale gelmesine yol açmaktadır¹³².

Kolluğun belli bir bölgede rastgele kişi seçerek durdurma işlemi yapması, kimlik sorması bu kişiler üzerinde devletin gözetimi altında oldukları izlenimini uyandırabilir. Bu durum demokratik toplum ilkeleri ile bağdaşmadığı gibi sosyal yaşamın da olumsuz etkilenmesine sebep olabilir¹³³. Kamuya açık bir alanda kollukla karşılaşan kişinin kendisini güvende hissetmesi gerekir. Kolluğa sınırları belli olmayan yetkilerin verilmesi durumunda kolluk varlık amacının dışına çıkacak ve kişilerin tedirgin ve güvensiz hissetmesine neden olacaktır. Bu nedenle bir kişi durduruluyor ya da kişiye kimlik soruluyorsa bunun kanunda belirtilen sebeplere dayanması gerekir.

Yargıtay kararına konu olayda; polis istihbarat bilgisi doğrultusunda gittiği yerde, mesleki tecrübe ve içinde bulunduğu durumdan çıkardığı izlenime dayanarak ulaştığı makul sebeple, durdurma ve yoklama işlemlerini icra etmiştir. Araç içerisinde görünür yerde olan uyarıcı maddelere el konulmuştur. Yargıtay yapılan işlemi hukuka uygun bulmuştur. Fakat karar metnine bakıldığında olay nedeniyle ortaya çıkan “yeterli şüpheye” dayanılarak m. 4/A kapsamında hareket edildiği ifade edilmiştir. Madde 4/A’da makul sebebe dayalı olarak gerçekleştirilen işlemler düzenlenmiştir. Olayda bir şüphe türü gerçekleşmişse bu şüphe doğrultusunda gerekli işlemler yapılmalıydı. Kanaatimizce yapılan işlem hukuka uygun olmakla birlikte karar metninde yeterli şüphe kavramına yer verilmesi işlemin içeriğine aykırıdır¹³⁴.

¹³⁰ Yenisey (2015), s.244.

¹³¹ Özbek (2021), s.55.

¹³² Şahinkaya, s.156.

¹³³ Karakehya, Hakan (2009) “Gözetim ve Suçla Mücadele”: Gözetimin Tarihsel Gelişimi ile Yakın Dönemde Gerçekleştirilen Hukuki Düzenleme ve Uygulamalar Bağlamında Bir Değerlendirme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:58, S:2, s.342.

¹³⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2016/380, K: 2019/52, T: 24.1.2019 (Lexpera). Başka bir olayda ise; takibe alınan araçlara ilişkin gerçekleştirilen operasyon esnasında, takipte olan diğer araç-

E. DURDURMA SEBEPLERİ

Durdurma sebebinin durdurulan kişiye bildirilmesi, ortaya çıkması muhtemel bir direncin daha başlangıçta kırılmasına hizmet eder. Durdurma sebebi açıklanmadan ve bu sebebe ilişkin soru sorulmadan başka bir işlem yapılması durdurmayı keyfi bir hale getirir¹³⁵. Kolluğun durdurma işlemini çoğunlukla düşük gelirli kişilere karşı gerçekleştirmesi ayrımcılık yapıldığı ve insanların hak ve özgürlüklerinin kısıtlandığı anlamına gelir¹³⁶.

PVSK'ya, 2.6.2007 tarihli 5681 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile m. 4/A düzenlemesi eklenmiştir. PVSK m. 4/A'dan önce kanunda polisin durdurma yetkisi açıkça düzenlenmemiştir. Fakat PVSK eski m. 17'deki kimlik sorma yetkisinin kullanılabilmesi için durdurma yetkisinin de var olduğu kabul edilmekteydi¹³⁷. Madde, kolluğa sadece durdurma yetkisi vermekte, aramaya ilişkin bir yetki vermemektedir¹³⁸.

PVSK m. 4/A'ya göre kişiler ve araçlar;

a) Bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek,

b) Suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek,

c) Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek,

ç) Kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek”

amacıyla durdurabilir.

larla birlikte ve irtibatlı olduğu tespit edilen hareket halindeki aracın, delilleri yok etme, kaybetme tehlikesinin de bulunması nedeniyle araç, PVSK m. 4/A uyarınca durdurulmuş ve var olan önleme araması kararı uyarınca araçta arama yapılmıştır. Yargıtay işlemin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2016/20-707, K: 2019/220, T: 19.3.2019 (Kazancı).

¹³⁵ Eryılmaz (2012), s.431.

¹³⁶ Eryılmaz (2003), s.25.

¹³⁷ Yenisey (2015), s.242; Sönmez, s.216.

¹³⁸ Yenisey (2015), s.239.

Sayılan bu sebeplerin aynı anda gerçekleşmesi aranmaz. Sebeplerden birinin gerçekleşmiş olması durdurma işlemin icrası için yeterlidir¹³⁹.

PVSK m. 4/A'nın "a" fıkrası suç ya da kabahat işlenmesini önleme amacını taşıırken "ç" fıkrası bir tehlikenin öncesinde, tehlikeyi önlemek amacını taşımaktadır. Bu fıkralar uyarınca gerçekleştirilen durdurma işlemi önleme amaçlı olarak icra edilir¹⁴⁰. Bu fıkralar önleyici kolluk yetkisi kapsamında yer almaktadır¹⁴¹. Maddenin "b" ve "c" fıkraları doğrultusunda icra edilen durdurma işlemleri ise adli amaçlıdır¹⁴². Kolluk durdurma yetkisini hem idari hem de adli görevleri nedeniyle icra edebilir¹⁴³. Önleme amaçlı icra edilen durdurma işlemiyle; suç işlemek isteyen kişileri caydırmak ve yasalara saygılı kişilere güven vermek gibi amaçlar taşınmaktadır¹⁴⁴. Önleme amaçlı yapılan durdurma işlemi önleme tedbirleri arasında yer alırken, suç şüphesi sonrasında gerçekleştirilen durdurma işlemi koruma tedbiri niteliğindedir¹⁴⁵. Önleme amaçlı durdurmada kişi şüpheli sıfatında değildir. Uzak tehlike önlenmek istenmektedir. Adli amaçlı durdurma bir suçun varlığı söz konusudur¹⁴⁶.

1. Suç veya Kabahatin Önlenmesi

Kolluğun bu sebebe dayanarak durdurma işlemi gerçekleştirebilmesi için somut bazı olguların bulunması gerekir. Kolluk, bu somut olguları mesleki tecrübesi ile değerlendirerek suç ya da kabahat işleneceği neticesine ulaşır ise sebebini de bildirerek durdurma işlemi gerçekleştirilebilir¹⁴⁷.

¹³⁹ Aynı yönde; **Erdağ** (2010), s.43; **Şen/Maviş**, s.390.

¹⁴⁰ **Yenisey** (2015), s.239; **Centel/Zafer**, s.374.

¹⁴¹ **Ergül/Ketizmen**, s.13.

¹⁴² **Centel/Zafer**, s.374.

¹⁴³ **Yenisey** (2015), s.248; **Şahinkaya**, s.143.

¹⁴⁴ **Galeri**, s.111.

¹⁴⁵ **Erdağ** (2008), s.39; **Özbek** (2021), s.50; **Belci**, s.1101.

¹⁴⁶ **Eryılmaz** (2003), s.38-39.

¹⁴⁷ **Yenisey** (2015), s.244.

Sıcak bir yaz gününde palto giyen ve paltosunun içinde bir şeyler olduğu düşünülen kişinin durdurulup duruma ilişkin soru sorulması bu madde kapsamında yer alır¹⁴⁸.

2. Suç Failinin Yakalanması

Suç işleyip kaçan failin yakalanması için gerçekleştirilen durdurma bu madde kapsamındadır¹⁴⁹. Makul sebep ön koşulu burada da aranmaktadır¹⁵⁰. Kolluk suç işleyen failin eşkâline benzeyen kişileri, faili yakalamak adına durdurur ise bu hukuka uygun bir durdurma işlemidir¹⁵¹. Durdurulan kişinin fail olabileceğine ilişkin makul bir sebep bulunmamasına rağmen kişi durdurulmuşsa işlem hukuka aykırı olur. Örneğin erkek olduğu bilinen bir failin yakalanması için kadınların durdurulması bu kapsamda değerlendirilebilir. Yakalanan kişi birine zarar vermesin diye kaba üst araması gerçekleştirilir. Bunun için bir karara/emire ihtiyaç yoktur (AÖAY m. 8/1-b).

3. Hakkında Yakalama Emri ya da Zorla Getirme Kararı Verilmiş Olan Kişileri Tespit Etmek

Bir kişiye ilişkin olarak yakalama emri/zorla getirme kararı verilmişse bu kişiyi tespit etmek amacıyla yapılan durdurma işlemleri, bu madde kapsamındadır. Maddede ifade edilen tespit etmek kavramını bir sonuç olarak anlamak gerekir. Durdurulan kişinin durdurulmasını makul gösterecek bir sebep gerçekleşmemişse işlem hukuka aykırı bir hal alır. İhbar gibi somut bir olgu doğrultusunda kişinin durdurulması gerekir. Aksi halde keyfilik söz konusu olur¹⁵².

4. Tehlikeyi Önlemek

Kolluk, uzak ya da yakın tehlikenin gerçekleşmesini önlemekle yükümlüdür¹⁵³. Kişilere yahut topluma yönelen tehlike söz konusu olduğunda, tehlikeyi önlemek

¹⁴⁸ Eryılmaz (2012), s.430.

¹⁴⁹ Yenisey/Nuhoğlu, s.305.

¹⁵⁰ Yenisey/Nuhoğlu, s.305.

¹⁵¹ Yenisey (2015), s.244.

¹⁵² Yenisey/Nuhoğlu, s.306.

¹⁵³ Yenisey (2015), s.245.

amacıyla durdurma işlemi gerçekleştirilebilir (PVSK m. 4/A-ç). Tehlike kavramı, ceza hukukunda zorunluluk hali kapsamında açıklanmıştır¹⁵⁴. Ceza muhakemesi hukukundaysa tehlike, *zarar ihtimali* olarak ifade edilmektedir¹⁵⁵. Burada şüphelinin hareketlerinin dikkatle takip edilmesi gerekir. Durdurma işlemine sebep olan davranışın durdurulmak istenen kişiye açıklanabilecek derecede belirli olması gerekir¹⁵⁶.

F. DURDURMA YETKİSİNİN KULLANILMASI

Kolluğun durdurma yetkisini kullanmaya karar vermeden önce kendi kendine bazı sorulara cevap vermesi gerekir. Bu sorular¹⁵⁷;

- İcra edilmek istenen durdurma işlemi yasada aranan şartları taşıyor mu?
- Durdurma zamanı uygun mu?
- Durdurma işlemi en elverişli şekilde nerede icra edilebilir?
- Durdurma işleminin destek ekibi gelene kadar ertelenmesi daha uygun olur mu?

Bu sorulara verilecek cevaplara göre durdurma işleminin icrasına karar verilmesi gerekir.

Kolluğun durdurduğu kişiye öncelikle durdurma sebebini açıklaması gerekir. Kolluk, durdurma sebebine ilişkin soru sorabilir, kimlik ya da kişinin yanında bulunması gereken diğer belgelerin ibrazını isteyebilir (PVSK m. 4/A-3). Kolluk durdurduğu kişiye, bilgi ve kimlik sorma işlemlerini birlikte uygulayabilir. Amaca uygun olarak işlemlerden sadece birini uygulama yolunu da seçebilir¹⁵⁸. Kolluğun durdurma sebebi ile bağdaşmayan fakat kolluğun yetki alanı içinde kalan başka durumlara ilişkin soru sormaması gerekir. Çünkü kişiler bilgileri olmayan durumlarla ilişkilendirilmeye çalışıldıklarını düşünüp huzur-

¹⁵⁴ Yenisey (2015), s.245.

¹⁵⁵ Kunter, s.606; Yenisey/Nuhoğlu, s.275.

¹⁵⁶ Galeri, s.130.

¹⁵⁷ Galeri, s.110.

¹⁵⁸ Centel/Zafer, s.375.

suz olabilirler. Belli bir yerden geçen herkese yönelik olarak rutin durdurma, soru sorma işlemi hukuka aykırıdır. Durdurulan kişinin durdurma sebebine ilişkin bir bilgiye sahibi olduğuna yönelik somut verilerin bulunması gerekir¹⁵⁹.

Kolluğun durduğu kişiye karşı nazik davranarak, siz şeklinde hitap etmesi gerekir. Durdurulan kişinin sorulan sorulara cevap verme yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁶⁰. Fakat bu kişinin, kimlik bilgilerine ilişkin sorulara cevap vermek yükümlülüğü vardır (AÖAY m. 27/4). Durdurulan kişinin sıfatı, bu kişiye yönelik olarak farklı bir prosedür uygulanmasını gerektirmemektedir. Durdurulan kişinin resmi sıfat ya da görevinden bağımsız olarak durdurma işlemi, yeknesak bir işlemdir¹⁶¹. Bu sıfat ya da görevler durdurma işlemi takip etmesi muhtemel diğer işlemler açısından önem arz edebilir. Kişinin sorulan sorulara cevap vermemesi halinde bu kişiler bilgi almak amacıyla yakalanamazlar. Bilgi almak amacıyla durdurulan kişiye yönelik şüphe bulunması şart değildir. Ama varsa da bu şüphe basit şüphe seviyesinde olduğundan bu kişi hakkında arama işlemi de gerçekleştirilemez¹⁶². Sorulan sorulara cevap verilmemesi, kişinin aleyhine maddi delillerin de var olması halinde diğer işlemlerin yapılmasına sebep olabilir¹⁶³. Kolluğun soru sorması bir bilgi alma işlemi olup ifade alma işlemi değildir¹⁶⁴. Yine kişi şüpheli sıfatını taşımadığı için bu kişiye haklarının bildirilmesi gerekmez¹⁶⁵.

Kanunda durdurma işleminin icrası için bir zaman sınırı öngörülmemiştir. Durdurma işleminin süresi, durdurma sebebine göre değişmektedir. Bu süre, durdurma sebebine esas teşkil eden işlem için zorunlu olan süre kadardır (PVSK m. 4/A-4). Bundan dolayı durdurma işlemine ilişkin genel bir süre öngörülmemiştir¹⁶⁶. Kişilerin bu zorunlu süreden daha fazla bekletilmesi hukuka aykırıdır¹⁶⁷.

¹⁵⁹ Centel/Zafer, s.375.

¹⁶⁰ Eryılmaz (2003), s.34; Yenisey (2015), s.245.

¹⁶¹ Gökcan, Hasan Tahsin (2008) “Önleyici Kolluk Tedbirleri Karşısında Milletvekili, Hâkim, Savcı, Avukat Gibi Özel Görev ve Sıfata Haiz Kişilerin Durumu”, Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliği II, Ankara, s.117.

¹⁶² Eryılmaz (2003), s.42.

¹⁶³ Eryılmaz (2012), s.431.

¹⁶⁴ Eryılmaz (2003), s.42.

¹⁶⁵ Yenisey (2015), s.246.

¹⁶⁶ Erdağ (2008), s.41.

Durdurma işlemi için zorunlu olan sürenin aşılması durumunda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu¹⁶⁸ (TCK) m. 109'da düzenlenen "Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma" suçu oluşabilir¹⁶⁹. Durdurma sebebi ortadan kalkınca durdurulan kişi ya da araçların yollarına devam etmelerine izin verilmesi gerekir (PVSK m. 4/A-5).

Durdurulan kişinin aracında veya üstünde tehlike oluşturabilecek bir şey ya da silah olduğundan şüphelenen kolluk muhtemel bir zararı önlemek adına gereken tedbirleri alabilir. Fakat kişinin elbiselerinin çıkarılması ya da aracın dışarıdan bakıldığında görülmeyen yerlerinin açılmasını isteyemez (PVSK m. 4/A-6).

Durdurma işlemi sonrasında kolluğun doğrudan arama yapma yetkisi yoktur. Önleme araması ya da adli aramanın yapılabilmesi bu işlemler için aranan şartların olayda gerçekleşmesine bağlıdır. AÖAY m. 27/6'da durdurulan kişi hakkında yoklama biçiminde kontrol yapılabileceği düzenlenmiştir. Kişiye yönelik olarak gerçekleştirilen her temas, arama niteliğinde değildir¹⁷⁰. Maddeye göre ilk aşamada yapılan yoklama işleminin arama boyutuna ulaşmaması gerekir. Kişinin üstü ya da aracında detaylı bir araştırma yapılabilmesi için arama işleminin şartlarının gerçekleşmesi gerekir.

Kolluğun araç durdurabileceği durumlar da PVSK m. 4/A'da düzenlenmiştir. Kolluğun elinde arama kararı/emri varsa durdurma işlemin şartlarının gerçekleşmesi gerekmez¹⁷¹. Ayrıca arama işlemine muhatap olan bir kişide işlem sonrasında yoluna devam edebileceğine ilişkin bir serbestliğin her zaman bulunduğunu söylenemez.

Kolluk, araç durdurma işlemini önceden belirlenen bir aracın durdurulması şeklinde icra edebileceği gibi¹⁷² sabit bir yerde durmak suretiyle de icra edebilir¹⁷³. Bu noktada oto durdurma noktalarına da değinmek gerekmektedir. Sınırdan ya da yasak madde etkisi altında araç kullanmanın yaygın olduğu yerlerde bu

¹⁶⁷ Yenisey (2015), s.246.

¹⁶⁸ T.C. Resmî Gazete, S: 25611, T: 12.10.2004.

¹⁶⁹ Eryılmaz (2008), s.25.

¹⁷⁰ Yenisey/Nuhoğlu, s.307.

¹⁷¹ Centel/Zafer, s.475.

¹⁷² Galeri, s.143.

¹⁷³ Galeri, s.146.

tür kontrol noktaları kurularak kolluk tarafından kontrol yapılmaktadır. Amerikan Yüksek Mahkemesi bu tür kontrolleri kamu güvenliği açısından haklı bulmuştur. Araç durdurma işlemlerinin tarafsız standartlar doğrultusunda gerçekleştirilmesi gerekir. Örneğin her dördüncü aracın durdurulması ya da aynı renk araçların durdurulması gibi bir standart getirilebilir. Böylelikle kolluğun ırk ya da genel görünüşe göre durdurma işlemi yapmasının önüne geçilmiş olacaktır¹⁷⁴.

PVSK m. 4/A'ya ek olarak AÖAY m. 27'de durdurma, durdurma sonrası kontrol düzenlenmiştir. PVSK m. 4/A'da durdurma sonrası durdurulan kişiye belge verilmesine ilişkin bir düzenleme yokken, m. 27/6'daki düzenlemeye göre yapılan kontrolden sonra talep halinde bir tutanak tanzim edilmesi gerekmektedir. Her iki normda da kontrol yapılmaksızın icra edilen durdurma işlemleri sonrasında durdurulan kişiye bir belge verilmesine ilişkin bir düzenleme yoktur. Durdurma işlemi, işlemin tabiatı gereği çoğunlukla kısa süreli olarak icra edilmesi muhtemel bir işlemdir. Durdurma işlemin hukuka aykırı olması durumunda bunun ispatı noktasında sıkıntılar yaşanması muhtemeldir. Bu nedenle durdurma işlemi sonrasında tutanak düzenlenmesi ya da işlemin elektronik ortamda kayıt altına alınmasının zorunlu hale gelmesinde fayda vardır. Düzenlemeler mevcut haliyle Anayasa m. 40/2 ile sağlanan güvenceyi zedelemektedir¹⁷⁵.

Kolluk, görev alanı olan mülki sınırlarda kalmış olmak kaydıyla; hizmet branşı, olay yeri ve zamanına bakılmaksızın karşılaştığı suça müdahale etmek, suçu önlemek, sanık ve suç delilini tespit ederek muhafaza altına alıp konu hakkında yetkili olanlara teslimle yetkilidir. Bu yetki, aynı zamanda kolluk açısından görev anlamına gelmektedir (PVSK Ek m. 4). Madde 25.06.1985'te yürürlüğe girmiştir. Maddenin yürürlük tarihinde hukukumuzda kabahatler suç üst başlığı altında incelendiği için kabahatler açısından da maddenin uygulanması gerekmektedir. Buradan hareketle kolluk görevli olduğu mülki sınırlarda mesai saatleri dışında bir suç veya kabahate ilişkin olarak durdurma işlemi yapabilir.

¹⁷⁴ **Dayton**, s.34.

¹⁷⁵ **Şahinkaya**, s.156-157.

III. KİMLİK SORMA

A. KİMLİK KAVRAMI

Kimlik; kişinin adı, soyadı gibi kişiye ait bazı bilgileri içeren belge olarak tanımlanmaktadır¹⁷⁶. Kimlik belgesi ise nüfus bilgilerini gösteren herhangi bir belgedir¹⁷⁷. Kolluk tarafından kimliği sorulan kişi, kimlik bilgilerini, bir kimlik belgesi ile ispatlamak zorunda değildir. Kimlik belgesini yanında bulundurmak suç ya da kabahat teşkil etmemektedir. Kolluk tarafından kişiye kimliğin ispatı konusunda kolaylık sağlanması gerekir. Bu nedenle belge göstermeden kimliğin ispat edilmesi mümkündür¹⁷⁸. Bununla birlikte Kabahatler Kanunu (KK) m. 40'ta kimliğin bildirilmemesi kabahat olarak düzenlenmiştir. Kolluğun görevi doğrultusunda sorması üzerine kimlik bilgilerinin verilmemesi ya da yanlış bildirilmesi bir kabahat olarak düzenlenmiştir. Kolluk kimliğin ispatı için sunulan belgenin sahte olduğunu düşünüyorsa, belgenin gerçekliğini destekleyecek başka bir belgenin sunulmasını talep edebilir¹⁷⁹.

Ceza Genel Kurulu KK m. 40'a ilişkin olarak verdiği bir kararında yol gösterici nitelikte değerlendirmeler yapmıştır. Buna göre, bu kabahatin işlenmesi için kamu görevlisi olan kişiye kimlik ve adrese ilişkin bilgi vermektan kaçınma ya da yanlış bilgi verilmesi gerekir. Kabahat seçimlik hareketli olup kamu görevlisi olmayanların kimlik sorma yetkisi bulunsa da soruya cevap verilmemesi veya doğru olmayan bilgi verilmesi bu kabahati oluşturmaz. Yine kamu görevlisi olup kimlik sorma yetkisi bulunmayan ya da kimlik sorma yetkisi bulunmakla birlikte göreviyle bağlantılı olarak sorulmaması durumlarında, bu soruya cevap vermemek veya soruya yanlış cevap vermek m. 40'taki kabahati oluşturmamaktadır. Kabahatin oluşması için bir neticenin gerçekleşmesi aranmamıştır. Yine sonradan kimliğin tespit edilmesinin de geriye yönelik bir tesiri yoktur¹⁸⁰.

¹⁷⁶ **Yılmaz, Ejder** (2005) Hukuk Sözlüğü, 9. Baskı, Ankara, Yetkin, s.689.

¹⁷⁷ **Erdağ** (2010), s.46, Dipnot No: 39.

¹⁷⁸ **Erdağ** (2010), s.46; **Özbek** (2021), s.56.

¹⁷⁹ **Galeri**, s.114-115.

¹⁸⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2013/469, K: 2015/154, T: 12.5.2015. (Lexpera)

Kişi, hakkında cezai işlem yapılmasını engellemek amacını taşımadan başkasına ait kimlik bilgilerini kullanır ve bu bilgiler doğrultusunda resmî belge hazırlanırsa kişinin eylemi TCK m. 206'yı oluştururken, bu bilgi doğrultusunda resmi bir belge hazırlanmazsa kişinin eylemi KK m. 40 kapsamında değerlendirilir¹⁸¹. Otelde kalmak için kendi kimlik bilgileri yerine başkasının kimlik bilgilerini veren kişi bunu, hakkında işlem yapılmasını önleme amacıyla yapmaması durumunda kişinin, TCK m. 268 ya da KK m. 40 yerine 1174 sayılı Kanun m. 17 uyarınca sorumlu tutulması gerekir¹⁸².

Eylem aynı anda kabahat ve suç teşkil ediyorsa KK m. 15/3 uyarınca kişinin sadece suç uyarınca sorumluluğu yoluna gidilmesi gerekir. Örneğin, kişinin eylemi hem KK m. 40'ı hem de TCK m. 206'yı oluşturuyorsa kişi hakkında KK m. 40 uyarınca yaptırım uygulanmamalı sadece TCK m. 206 kapsamında yaptırım uygulanmalıdır.

B. KİMLİK SORMA VE İLİŞKİLİ OLDUĞU HAK VE ÖZGÜRLÜKLER

Kimlik sorma; kişilerin kişilik hakkını (AY m. 12), manevi varlığını (AY m. 17/1) ve özel hayatını (AY m. 20/1) ilgilendiren bir işlemdir¹⁸³. Kimlik sorma yetkisi, önleme amaçlı kullanılabilmesi gibi suç sonrasında adli amaçlı olarak da kullanılabilir¹⁸⁴. Kolluk suç veya kabahat işlenmesini önlemek, bir suçun failini bulmak gibi çok farklı amaçlar ile kimlik sorabilir¹⁸⁵. Kolluk göreviyle bağlantılı olmayan kişisel sebeplerle kimlik sorarsa işlem hukuka aykırı hale gelir. Bu şekilde hareket eden kolluğun sorumluluğu yoluna gidilmesi gerekir.

C. PVSK m. 4/A KAPSAMINDA DÜZENLENEN KİMLİK SORMA İŞLEMİ

Adli ve idari nitelikte olan durdurma ve kimlik sorma işlemleri PVSK m. 4/A'da aynı başlık altında düzenlenmiştir. Bu durumun bir sonucu olarak “ma-

¹⁸¹ Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E: 2017/11094, K: 2019/12054, T: 9.10.2019. (Lexpera)

¹⁸² Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E: 2018/12518, K: 2020/16776, T: 12.10.2020. (Lexpera)

¹⁸³ **Centel/Zafer**, s.372.

¹⁸⁴ **Erdağ** (2010), s.45; **Yenisey** (2015), s.250; **Belci**, s.1101.

¹⁸⁵ Ayrıntılı Bilgi İçin Bakınız; **Metli**, s.30.

kul şüphe” kavramı kullanılmayıp “makul sebep” kavramı kullanılmıştır. Makul sebep kavramı somut tehlikeyi de kapsayan genel nitelikte bir kavramdır¹⁸⁶. Durdurma ve kimlik sorma işlemlerinin aynı maddede düzenlenmesi yapılan her durdurma işleminde kimlik sorma zorunluluğu olduğu sonucunu doğurmamaktadır¹⁸⁷. Kolluk durdurma işleminde de olduğu gibi görev yeri ile sınırlı olmak üzere, mesai saatleri dışında bir suç veya kabahate ilişkin olarak kimlik sorma işlemi yapılabilir (PVSK Ek m. 4).

Kimlik sorma ile kimlik tespiti birbirlerinden farklı işlemlerdir. Kimlik tespit etme işlemi sonrasında kişi polis kayıtlarına geçirilmektedir. Kimlik sorma işleminde ise kişi polis kayıtlarına geçmemektedir¹⁸⁸. Kimlik tespiti işlemi “fişleme” olarak da ifade edilmektedir¹⁸⁹. Kimlik tespiti ile kişisel bilgiler devlet arşivine kaydedilmektedir. Bu işlem fotoğraf çekmek, parmak izi almak gibi işlemler vasıtasıyla yapıldığı için kişisel hakların ihlal edilmesi neticesini doğuran bir işlemdir. Bu nedenle genel yetkiye dayanılarak kimlik tespiti işlemin yapılması hukuka aykırıdır¹⁹⁰.

Kimlik sorma PVSK m. 4/A-8’de düzenlenmiştir. Maddeye göre kolluk görevini yerine getirirken önce kendi kimliğini muhatabına bildirmeli, sonrasında ilgili kişinin kimliğini sormalıdır. Maddede kolluğun görevini yerine getirirken kimlik sorabileceği ifade edilmiştir. İşlemin uygulanması esnasında bir ölçü ortaya konulmayıp, sınırları belirsiz olan kimlik sorma işlemi keyfi uygulamalara açık bir düzenlemedir¹⁹¹. Durdurma sonrasında kimlik sorma yetkisi bulunan kolluğun, bu kimlik bilgilerini kaydetmeye yetkisi yoktur. Bir görüş bu durumun, durdurma işlemi ile elde edilmek istenen amacı tehlikeye düşürdüğü yönündedir. Görüşe göre, bir suç işlemek isteyen kişinin kimlik bilgilerinin kayde-

¹⁸⁶ Eryılmaz (2012), s.429.

¹⁸⁷ Erdağ (2008), s.45; Eryılmaz (2012), s.430; Gül, Yunus Emre (2018) “PVSK’da Önleme Araması ve Durdurma”, İstanbul Barosu Dergisi, C: 92, S: 3, s.220; Sönmez, s.217.

¹⁸⁸ Yenisey (2015), s.249; Bıçak, s.325; Erdağ (2010), s.45.

¹⁸⁹ Yenisey (2008), s.10.

¹⁹⁰ Yenisey (2008), s.11.

¹⁹¹ Özbek (2021), s.51.

dildiğini bilmesi suçu işlemekten vazgeçmesi noktasında daha etkilidir¹⁹². Kanaatimizce mobese kayıtları gibi pek çok farklı vasıtalarla kimin, hangi saatte nerede olduğunun tespiti artık daha kolaydır. Her durdurma işlemi akabinde kişilerin kimlik bilgilerinin kaydedilmesi kişilerin, devlet beni izliyor hissine kapılmalarına yol açabilir. Yine kimlik ve konum bilgilerinin resmi kayıtlarda bulunması kişilerin devlet tarafından çeşitli kategorilere ayrılmalarına sebep olabilir. Böylelikle kişilerin özel hayat alanlarına kimlik sorma işleminin amacıyla örtüşmeyecek bir şekilde müdahale edilmesi sonucu ortaya çıkacaktır.

Sabit bir yerde duran kişilere kimlik sorulup sorulamayacağı hususuna gelinirse; bir görüşe göre, PVSK m. 4/A'daki düzenleme gereği sadece durdurulan kişilere kimlik sorma işleminin uygulanması gerekir. Durdurma işlemi uygulanmayan kişilere kimlik sorulabilmesi için bunun ayrıca düzenlenmesi gerekir. Buradan hareketle PVSK m. 4/A ile PVSK m. 7 birlikte değerlendirildiğinde m. 4/A zaman itibarıyla sonradan yürürlüğe girdiği için m. 7 kapsamında sabit duran kimselere kimlik sorma işleminin uygulanmaması gerekir¹⁹³. Madde 4/A'da polisin görevini yerine getirirken kimlik sorabileceği ifade edilmiş olup, kişilerin durdurulmuş olması kimlik sorma işleminin ön koşulu olarak ifade edilmemiştir. Yine işlemin konuluş amacına bakılarak madde yorumlandığında, duran kişilere de işlemin uygulanması gerektiği şeklinde yorum yapılması mümkündür.

Kişinin kimliğini açıklamaması veya gerçeğe aykırı açıklaması gibi durumlarda yoluna devam etmesine izin verilmemektedir. Keza KK m. 40'ta bu durum yaptırma bağlanmıştır. Bu aşamada durum savcıya bildirilir. Kişinin kimliği öğrenilinceye kadar kişiye gözaltına alma işlemi uygulanır. Durdurma ile başlayan bu sürece tutuklama ile devam edilebilir. Gözaltına alma ve tutuklama işlemleri CMK'da öngörülen usul çerçevesinde yerine getirilir (PVSK m. 4/A-9). Avcı'ya göre; gözaltı süresinin bitiminin ardından halen kimlik tespiti yapılmamışsa, CMK'da belirtilen usul takip edilerek kişi tutuklanabilir. Bu görüşe göre olayda, muhakeme hukuku amacıyla uygulanan bir koruma tedbiri söz

¹⁹² Eryılmaz (2008), s.23.

¹⁹³ Özbek (2021), s.51-52.

konusu olmadığı için gözaltına alma ve tutuklama işlemleri için aranan tüm şartların olayda gerçekleşmesinin aranmaması gerekir. Burada kendine özgü bir koruma tedbiri söz konusudur. Kimliğin tespitiyle kişinin hemen serbest bırakılması gerekir¹⁹⁴. Bir diğer görüşe göre; burada gözaltına alma tedbirine başvurulması yerinde bir düzenlemedir. Fakat PVSK'da tutuklamaya ilişkin bir düzenlemenin olması gereksiz olup, düzenlemeyle hakimlere işini öğretmek amacının taşındığı izlenimi verilmektedir¹⁹⁵. Bu görüşlere ek olarak sırf maddede sayılan sebeplere dayanılarak kişilerin tutuklanmasının CMK m. 100/4'e aykırı olduğu yönünde de görüşler bulunmaktadır¹⁹⁶. PVSK m. 4/A-9'daki bu düzenleme Anayasa m. 19'a dayandırılmak istenebilir. Fakat Anayasa'daki düzenleme istisnai bir nitelikte olup m. 4/A-9'da olduğu gibi genel bir durum haline getirilip uygulanmaması gerekir¹⁹⁷. PVSK m. 4/A-9'un bu şekilde Anayasal bir temele oturtulması her yükümlülük ihlalinde tutuklama kararı verilebilmesi sonucunu doğurabilir. Bu durum da Anayasa ile tanınan pek çok güvencenin ihlali anlamına gelmektedir. Bununla birlikte kanun koyucu kimliğin tespit edilememesini bir tutuklama sebebi olarak kabul etmek istiyor ise CMK'da ya da Anayasa'da buna ilişkin değişiklik yapılması gerekir¹⁹⁸. Fakat böyle bir değişiklik yapılması işlemin oranlılık ilkesine aykırılığını ortadan kaldırmayacaktır¹⁹⁹. CMK m. 100'deki şartlar oluşmadan bu maddeye dayanarak tutuklama tedbirine başvurulabilmesi, kimliği bildirmeme kabahatinin suça dönüşmesi anlamına gelir. Maddeye dayanılarak gerçekleştirilen tutuklamanın süresi açıkça düzenlenmemiştir. Bu belirsizlik cezaların yasallığı ilkesinin ihlali anlamına gelmektedir²⁰⁰.

PVSK m. 4/A ile kişinin, kimliği anlaşılincaya kadar gözaltına alınabileceği, gerekirse tutuklanabileceği düzenlenmiştir. Madde 4/A yetki ve usul açısından

¹⁹⁴ **Avcı**, s.185.

¹⁹⁵ **Yurtcan**, s.20.

¹⁹⁶ **Eryılmaz** (2008), s.22; **Altıparmak/Aytaç/Karahanoğulları ve diğerleri**, s.127-128.

¹⁹⁷ **Altıparmak/Aytaç/Karahanoğulları ve diğerleri**, s.128.

¹⁹⁸ **Erdağ** (2010), s.48.

¹⁹⁹ **Özbek** (2021), s.56.

²⁰⁰ **Centel/Zafer**, s.379.

CMK hükümlerine atıf yapılmakla birlikte, burada gözaltına alma işlemi için CMK m. 91’de düzenlenen gözaltı işleminden farklı koşullar aranmaktadır. Kimliğin anlaşılması açık uçlu bir ifade olup gözaltı süresine ilişkin bir üst sınır vermemekte ve keyfi uygulamalara yol açabilecek niteliktedir. Yine bu ifade CMK m. 91’de öngörülen gözaltı süresinin kıyasen uygulanmasına engel olacak niteliktedir. Tutuklama suç şüphesinin varlığında dahi her istenildiğinde başvurulabilecek bir tedbir değildir. PVSK m. 4/A-9’deki bu düzenleme Anayasa m. 13 ile ortaya konulan ölçülülük ilkesine aykırıdır. Bununla birlikte kimliği tespit edilemeyen bir kişinin toplum içine salınmasıyla toplumun huzur ve güvenliği bozulabilir. Bu gibi durumlarda koruma tedbirlerine değil önleme yakalaması gibi bir önleme tedbirine başvurulmasıyla olayın çözülmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Kimliği belirlendikten sonra, serbest bırakmaya engel başka bir durum yoksa kişinin serbest bırakılması gerekir (PVSK m. 4/A-9). Kimlik tespiti amacıyla tutulan kişiye, kimlik tespiti yapıldıktan sonra talebi halinde işleme dair bir belge verilir (PVSK m. 4/A-10). Kanuna göre, gerçekleştirilen bir durdurma işlemi akabinde, kolluğun kişinin kimlik bilgilerini öğrenmesi halinde yapılan işleme ilişkin belge düzenleme zorunluluğu bulunmamaktadır. Kanaatimizce PVSK m. 4/A-10’da bir istisna olarak düzenlenen bu hususun durdurma ve kimlik sorma işlemlerine ilişkin genel kural olması gerekir. Böylelikle durdurma veya kimlik sorma işlemleri kaynaklı bir hak ihlalinde durum tespiti kolay bir şekilde yapılabilir. Durdurulan veya kimliği sorulan herkese bir belge verilmesi ayrıca bir iş yükü gibi görülebilir. Fakat matbu belgeler kullanılması ya da elektronik ortamda belge oluşturulması bu işin hızlı bir şekilde çözülmesine yardımcı olacaktır²⁰¹. Örneğin, kolluğun kimlik sorma işlemi sonrasında kimlik bilgisini öğrendiği kişiye sosyal medyadan ulaşması halinde, muhatap kişinin elinde bu duruma kaynaklık eden işleme ilişkin bir belge bulunmaması ispat açısından sorun oluşturmaktadır. Burada belge düzenlemenin zorunlu olması kişilerin güvende hissetmelerini de sağlayacaktır. Bu şekilde hareket eden kolluk görevlisinin eylemi TCK m. 136’da düzenlenen “Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme” suçunu oluşturabilir. Yine burada kolluğun disiplin hukuku kapsamında da sorumluluğuna

²⁰¹ Aynı yönde; Eryılmaz (2008), s.24.

gidilebilir. Bu doğrultuda eylem; 7068 sayılı Kanun²⁰², m. 8/5'te düzenlenen “Hizmet içinde resmi sıfatının gerektirdiği saygınlığı ve güven duygusunu sarsacak eylem ve davranışlarda bulunmak” kapsamında değerlendirilebilir.

Kişinin kimliği, nüfusa kayıtlı olmaması nedeniyle tespit edilememiş ise nüfusa kaydı için gerekli işlemler yapılır (PVSK m. 4/A-11).

Kimliği sorulan kişi bu konuda yalan beyanda bulunursa eylemi, TCK m. 206'daki “Resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan” suçunu oluşturabilir. Suçun oluşması için resmî belgenin düzenlenmesinde gerçek olmayan bir beyanda bulunmak yeterlidir²⁰³. Kamu görevlisine kendi kimlik bilgileri yerine başkasına ait kimlik bilgilerinin verilmesi ya da uydurma kimlik bilgilerinin verilmesi durumunda eylem kabahat kapsamında değerlendirilirken, kişi hakkında cezai bir işlem yapılmasından kurtulmak amacıyla buna başvurursa eylemin suç kapsamında değerlendirilmesi gerekir²⁰⁴. Kişi kimliği hakkında hiçbir şey söylemezse eylem bu suçu oluşturmaz. Kişinin eylemi KK m. 40'ta düzenlenen “kimliği bildirmeme” kabahatini oluşturur. Kimlik hususunda yalan beyanda bulunulmuşsa ve kamu görevlisinin beyanın doğruluğunu araştırma yükümlülüğü varsa KK m. 40 kapsamında işlem yapılması gerekir²⁰⁵. Kişinin eylemi kimliği bildirmeme kabahatini oluşturuyor ise bu fiil, bir suç olmadığı için sadece bu sebebe dayanarak kişinin tutuklanmasına karar verilmemelidir²⁰⁶. Kişinin eylemi olayın içeriğine göre TCK m. 268'deki “Başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması” suçunu ya da TCK m. 204'teki “Resmi belgede sahtecilik” suçunu da oluşturabilir²⁰⁷. Kişinin kimliğini sözlü olarak ispat etmeye çalışması halinde ise KK m. 40 doğrultusunda işlem yapılmaması gerekir²⁰⁸. KK m.

²⁰² T.C. Resmî Gazete, S: 30354, T: 08.03.2018, 1. Mükerrer No: 7068.

²⁰³ Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan (2020) Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Adalet, s.802.

²⁰⁴ Koca/Üzülmez, s.803.

²⁰⁵ Koca/Üzülmez, s.804.

²⁰⁶ Eryılmaz (2008), s.22.

²⁰⁷ Centel/Zafer, s.373.

²⁰⁸ Eryılmaz (2008), s.22.

40/2’de kimliği belirlenemeyen kişinin tutularak savcıya haber verileceği düzenlenmiştir. KK m. 40/2’de tutma kavramı tercih edilmekle birlikte bir görüşe göre, bu kavram yakalama yenine kullanılmıştır²⁰⁹. KK m. 40’a göre kimliği belirlenemeyen kişinin önce gözaltına alınması sonrasında gerekirse tutuklanması gerekir. Fakat kanaatimizce burada önleme tedbirleri uyarınca hareket edilmesi gerekir.

Kimliği tespit edilemeyen kişinin yabancı olması durumunda, 5682 sayılı ve 5683 sayılı Kanunlar uyarınca işlem yapılması gerekir (PVSK m. 4/A-12).

Anayasa Mahkemesi insanı küçük düşüren ve utandıran muamelelerin insan haysiyetiyle bağdaşmadığını kabul etmektedir²¹⁰. Mahkeme kararına konu bir olayda, polisin başvuru kimlik sorması üzerine başvuru da polisten kimlik göstermesini istemiş, taraflar arasında çıkan tartışma neticesinde başvuru kelepçelenerek polis merkezine götürülmüştür. Kelepçelenme nedeniyle başvuru el bileklerinde sıyrıklar oluşmuştur. Mahkeme olaya ilişkin yaptığı değerlendirmesinde, başvuru elindeki yaralanmalar ve polisin olay anındaki sözleri nedeniyle kelepçelenme işlemi ile başvuru küçük düşürülmek ve başvurucuya bir ders verilmek istendiği, vücut bütünlüğüne zarar vermek amacıyla hareket edildiği kanaatine ulaşmıştır. Başvuru insan haysiyetiyle bağdaşmayan muameleye maruz kalması nedeniyle ihlal kararı verilmiştir²¹¹. Bu karara göre m. 4/A-9 uyarınca gözaltına alınan kişiye kelepçe takılabilmesi için olayda kelepçe takılmasını haklı gösterecek başkaca durumların olması gerekir. Buna ek olarak polise kimlik sorulması TCK m. 265’te düzenlenen “Görevi yaptırmamak için direnme” olarak kabul edilmemektedir.

AİHM kimlik göstermeme nedeniyle kısa süreli gözaltına alma işlemlerini hak ihlali olarak değerlendirmemiştir²¹². Mahkeme K.-F. v. Almanya davasında, kimlik tespiti için kanunlarca öngörülmüş bir süre varsa ve kimlik tespiti için

²⁰⁹ **Avcı**, s.168.

²¹⁰ **Tahir Canan Başvurusu (1)**, AYM, Başvuru No: 2012/969, K.T. 18.09.2013. (Kazancı)

²¹¹ **Mehmet Uçar Başvurusu (1)**, AYM, Başvuru No: 2015/7357, K. T. 3/4/2019. (Kazancı)

²¹² **Altıparmak/Aytaç/Karahanogulları ve diğeri**, s.128-129.

gerçekleştirilen alıkoyma işlemi kanun ile öngörülen bu sürenin aşılmasını, AİHS m. 5/1-c bendinin ihlali olarak değerlendirmiştir²¹³. Mahkeme başka bir kararda, idari bir emre uyulmaması nedeniyle on dokuz saat gözaltına alınma işlemini hak ihlali olarak kabul etmiştir²¹⁴. Konuya ilişkin AİHM Başbakkal Kara-Türkiye kararında, başvuru yakalama işlemi sonrasında icra edilen kimlik tespiti ve sağlık kontrolü sonrasında serbest bırakılmıştır. Bu işlemler 2 saat 15 dakika sürmüştür. Mahkeme somut olayın özellikleri uyarınca durumu değerlendirdiğinde özgürlükten yoksun bırakılma süresi açısından ölçülü olduğunu ifade etmiştir²¹⁵. AİHM hava alanında gerçekleştirilen kimlik kontrolü sonrasında durdurulan ve birkaç saat ayrı bir odada kalması istenen kişinin yapmış olduğu başvuru hakkında, gerekli formalitelerin yerine getirilebilmesi için aranan sürenin aşılmamış olmasından dolayı kabul edilemezlik kararı vermiştir²¹⁶.

IV. DURDURMA VE KİMLİK SORMA YETKİLERİNİN DENETLENMESİ

Durdurma ve kimlik sorma işlemleri kanun hükmünün icrası niteliğinde olduğu için usulüne uygun gerçekleştirilmeleri halinde kolluk, hukuka uygunluk hali içerisinde. Hukuka uygunluk sınırlarını aşmayan kolluğun eylemi nedeniyle hak ihlali meydana gelmesi halinde kolluğun sorumluluğu doğmamaktadır (TCK m. 24/1)²¹⁷. Hukuka uygunluk nedeninde sınırın aşılması durumundaysa TCK m. 27/1 uyarınca hareket edilmesi gerekir. Buna göre fiilin taksirle işlenmesi durumunu cezalandıran suça ilişkin maddenin indirim yapılarak olaya uygulanması gerekir. Failin kasten hareket etmesi durumundaysa olaya TCK m. 27/1 uygulanmamalı fail fiilinden sorumlu tutulmalıdır²¹⁸.

²¹³ Dutertre, s.79.

²¹⁴ Epple/Almanya, 77909/01, 24.3.2005, para. 45; Naklen, **Altıparmak/Aytaç/Karahanoğulları ve Diğerleri**, s.129.

²¹⁵ **Başbakkal Kara v. Türkiye Başvurusu (2)**, AİHM, Başvuru No: 49752/07, K.T. 17.10.2017, para. 5-38-39, <<https://insanhaklari.gen.tr/MetinGoster.aspx?sr=1&nx=0&d=T>>.

²¹⁶ **Gahramanov v. Azerbaycan Başvurusu (1)**, AİHM, Başvuru No: 26291/06, K.T. 15.10.2013, <<https://insanhaklari.gen.tr/MetinGoster.aspx?sr=2&nx=0&d=3>>.

²¹⁷ Eryılmaz (2003), s.38.

²¹⁸ Akbulut, s.601-602.

Hukuka aykırı durdurma ve kimlik sorma işlemlerine ilişkin olarak kolluğun disiplin sorumluluğu, tazminat sorumluluğu doğabileceği gibi eylemin niteliğine göre çeşitli suçlar²¹⁹ da oluşabilir. Kolluğun eylemi birden çok suç oluştursa TCK m. 44'teki fikri içtima hükümleri uygulanmalı ve kişi en ağır cezaı gerektiren suçtan cezalandırılmalıdır.

CMK m. 141'de koruma tedbirlerinden doğan tazminat istenebilecek haller sayılmıştır. Madde ile ancak madde kapsamında sayılan koruma tedbirlerine ilişkin belirtilen sebeplere bağlı zararların tazmini mümkündür²²⁰. Koruma tedbiri olarak uygulanan durdurma ya da kimlik sorma işlemleri kaynaklı tazminat talepleri CMK m. 141 kapsamında düzenlenmemiştir. Bu nedenle bu işlemler kaynaklı talepler CMK uyarınca ileri sürülemez. Meydana gelen zarar adli yargıda genel hükümler çerçevesinde açılacak bir tazminat davası ile devletten talep edilebilir²²¹. Tazminat talebine konu durdurma veya kimlik sorma işlemleri önleme tedbirleri kapsamında yer alıyor ise, burada bir idari kolluk faaliyeti söz konusu olduğu için 657 sayılı Kanun m. 13/1 uyarınca tam yargı davası açılması gerekir²²².

Yargıtay, hukuka aykırı yöntemle ele geçirilen delillerin hükme esas alınmayacağını belirtmiştir²²³. Buradan hareketle hukuka aykırı bir durdurma veya kimlik sormadan ulaşılan delil, hukuka aykırı nitelikte olup yargılamada kullanılmayacağını kabulü gerekir²²⁴.

²¹⁹ **Erdağ** (2010), s.56.

²²⁰ **Ünver, Yener/Hakeri, Hakan** (2019) Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, C. 2, Ankara, Adalet, s.1071; **Şahin, Cumhur/Göktürk, Neslihan** (2019) Ceza Muhakemesi Hukuku-I, 19. Bası, Ankara, Seçkin, s.390.

²²¹ Aynı yönde; **Aydın, Murat** (2012) Arama ve El Koyma, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s.154; **Şahinkaya**, s.181.

²²² **Gözler/Kaplan**, s.758.

²²³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2017/7-961, K: 2019/622, T: 22.10.2019 (Kazancı); Aynı yönde, **Centel/Zafer**, s.850.

²²⁴ **Erdağ** (2010) s.56; Aynı yönde, **Gül**, s.222.

SONUÇ

Durdurma ve kimlik sorma işlemleriyle çeşitli hak ve özgürlükler sınırlandırılmaktadır. Bu hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına giden yolda adeta bir kapı görevi taşıyan işlemlerin ancak mevzuatta belirtilen koşulların gerçekleşmesi halinde uygulanması gerekir.

Durdurma işlemiyle hangi hakkın kısıtlandığı noktasında doktrinde tartışma bulunmaktadır. Bu çalışmada işlem ile kişinin serbestlik hissi ortadan kalkmadığı için seyahat hürriyetinin sınırlandığı görüşü benimsenmiştir.

Durdurma işlemine giden yoldaki ilk adım olan makul sebep kavramının kesin sınırlar çizilerek tanımlanması zor olup, bir tanımlama yapılması halinde bu tanımlama, uygulamada karşılaşılabilecek olayların çeşitliliği nedeniyle yetersiz kalabilir. Bu nedenle durdurma işleminde makul sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğine olaya bakarak karar verilmesi gerekir. Kavram kötüye kullanılmaya müsait olmakla birlikte konu hakkında uzmanlık kazanmış uygulayıcı ve denetleyiciler kavramın kötüye kullanılması önündeki en büyük engel olacaktır.

PVSK m. 4/A'da durdurulan kişinin yoklama suretiyle kontrol edilebileceği düzenlenmiştir. Burada yapılan işlemin arama boyutuna ulaşmamasına dikkat edilmelidir. Kişinin rızasının var olması durdurma sonrasında şartları oluşmadan yapılan arama işlemini hukuka uygun hale getirmez. Yoklama ve arama iki farklı işlem olup işlemlerin art arda icra edilmesi yoklamanın arama içerisinde erimesine neden olmayacaktır. Her iki işlemin hukuka uygunluğunun ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

PVSK m. 4/A-9'da ve çeşitli düzenlemelerde kendisine yer bulan "Tutma" işleminin ayrı bir başlık altında açıkça düzenlenmesinde fayda vardır. İşlemin tanımlanması ve sınırının çizilmesi hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Yine maddede kişinin kimliğinin tespit edilememesi halinde gözaltına alma ve tutuklama tedbirlerine başvurulabileceği ifade edilmiştir. Burada CMK'ya yetki ve usul açısından atıfta bulunulmakla birlikte işlemler için CMK'da aranan şartlardan başkaca şartlar aranmaktadır. PVSK ve CMK aynı işlem için farklı koşullar aramakta olup bu çelişkin ortadan kaldırılması gerekmektedir.

Durdurma işlemi bittikten sonra PVSK m. 4/A'da durdurulan kişinin ayrılımlarına izin verilir denilmiştir. Bu ifade işlemin özü ile çelişmektedir. Bu nedenle ifadenin gidebilme inisiyatifinin durdurulan kişide olduğu noktasında şüphe uyandırmayacak bir şekilde değiştirilmesi gerekmektedir.

Durdurulan ya da zaten duran kişilere kimlik sorulması mümkündür. İşlem sonrasında belge düzenlenmesiye herhalde zorunlu değildir. Fakat muhtemel hukuka ayrılıkların ispatı için matbu ya da elektronik ortamda belge hazırlanmasının zorunlu hale getirilmesi, kişilerin hukuki güvenliklerinin sağlanması açısından daha yerindedir.

PVSK m. 4/A'da durdurma işlemi için makul sebebin varlığı yeterli görülürken AÖAY m. 27/2'de "umma" derecesinde makul şüphenin varlığı aranmıştır. Aynı işleme ilişkin farklı şartların aranması işlemin yeknesak bir şekilde uygulanmasını engelleyici niteliktedir. Yönetmeliğin PVSK hükümleri uyarınca yeniden düzenlenmesi gerekir.

PVSK'ya göre kimliği tespit edilemeyen kişilerin tutuklanması mümkündür. Sadece kimliğinin tespit edilemiyor olması nedeniyle kişilerin tutuklanması Anayasa'da düzenlenen ölçülülük ilkesine aykırıdır. Konunun önleme tedbirleri kapsamında çözülmesi yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin** (2021) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, Adalet.
- Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil** (2017) Türk İdare Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Altıparmak, Kerem/Aytaç, Ahmet Murat/Karahanoğulları, Onur/Hançer, Türkan/Aydın, Devrim** (2007) “Polis Vazife ve Salahiyet Kanununda Değişiklik: Durdurma- Kimlik Sorma- Arama- Parmak İzi Alınması- Silah Kullanma”, Hukuk ve Adalet, S:11, s.117-140.
- Atay, Ethem Ender** (2016) İdare Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Turhan.
- Avcı, Mustafa** (2008) “Önleme Amaçlı Özgürlük Kısıtlamaları”, Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliğleri II, Ankara, s.163-192.
- Aydın, Murat** (2012) Arama ve El Koyma, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Belci, Ozancan** (2020) “Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanununun Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:22, S:2, s.1089-1122.
- Bıçak, Vahit** (2018) Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, Ankara, Seçkin.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide** (2021) Ceza Muhakemesi Hukuku, 20. Bası, İstanbul, Beta.
- Çağlayan, Ramazan** (2018) İdare Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Ankara, Adalet.
- Dayton, A. Kimberley** (2001) “Oto Durdurma ve Amerikan Anayasası, 4 No’lu Ek Madde”, Çeviri: Akademi Tercüme, Ceza Hukuku Reformu Sempozyum 20-23 Ekim 1999 Taksim Park Plaza Otel, 1. Bası, İstanbul, Beta, s.31-38.
- Dutertre, Gilles** (2003) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Almanya, Avrupa, <<https://www.anayasa.gov.tr/media/3600/aihmkararlarindanornekler.pdf>> s.e.t. 18.12.2023.
- El Kitapları Serisi - 1, <https://www.anayasa.gov.tr/media/3544/01_ozgurluk_guvenlik_hakki.pdf> s.e.t. 20.12.2023.
- Erdağ, Ali İhsan** (2008) “Kolluğun Durdurma Yetkisi ve Durdurma Üzerine Yapılabilecek İşlemler”, Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliğleri II, Ankara, s.39-46.
- Erdağ, Ali İhsan** (2010) “Kolluğun “Durdurma ve Kimlik Sorma” Yetkisi (PVSK madde 4/A)”, Ankara Barosu Dergisi, S:4, s.37-60, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/397756>> s.e.t. 20.12.2023.

- Ergül, Ozan/Ketizmen, Muammer** (2007) “Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Üzerine”, *Güncel Hukuk*, S:44, s.12-19.
- Eryılmaz, M. Bedri** (2003) *Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama*, Ankara, Seçkin.
- Eryılmaz, M. Bedri** (2008) “5681 Sayılı Kanun ile Polis Vazife ve Selahiyet Kanundaki Değişiklikler Sonrası Oluşan Yeni Durum; Bir Adım İleri, İki Adım Geri”, *Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliğleri II*, Ankara, s.17-38.
- Eryılmaz, Mesut Bedri** (2012) *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Galeri, AYTEKİN** (2009) *Önleyici Polislik*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Gök, Mehmet** (2015) T.C. İçişleri Bakanlığı, “Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği, Önleme Aramalarında Mülki İdare Amirinin Görev, Yetki ve Sorumlulukları, nezarethanelerin Denetimi, Cezaevlerinin haricen Korunması, Sevk ve Nakillerle ilgili Faaliyetler, Mevzuat ve Uygulama örnekleri”, Sayı: 200/39, <<https://www.icisleri.gov.tr/mulkiyeteftis/inceleme-arastirma-raporlari>> s.e.t. 19.12. 2023.
- Gökcan, Hasan Tahsin** (2008) “Önleyici Kolluk Tedbirleri Karşısında Milletvekili, Hâkim, Savcı, Avukat Gibi Özel Görev ve Sıfata Haiz Kişilerin Durumu”, *Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliğleri II*, Ankara, s.111-120.
- Gözler, Kemal/Kaplan, Gürsel** (2017) *İdare Hukuku Dersleri*, 19. Baskı, Bursa, Ekin.
- Gözübüyük, A. Şeref/Gölcüklü, Feyyaz** (2016) *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, 11. Baskı, Ankara, Turhan.
- Gül, Yunus Emre** (2018) “PVSK’da Önleme Araması ve Durdurma”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C:92, S:3, s.218-238.
- Kalabalık, Halil** (2017) *İnsan Hakları Hukuku*, 5. Baskı, Ankara, Seçkin. (İnsan Hakları Hukuku)
- Kalabalık, Halil** (2019) *İdare Hukuku Dersleri*, 4. Baskı, C. II, Ankara, Seçkin. (İdare Hukuku Dersleri)
- Karakehya, Hakan** (2009) ““Gözetim ve Suçla Mücadele”: Gözetimin Tarihsel Gelişimi ile Yakın Dönemde Gerçekleştirilen Hukuki Düzenleme ve Uygulamalar Bağlamında Bir Değerlendirme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:58, S:2, s.319-358.

- Karakehya, Hakan** (2022) Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Eskişehir, Nisan.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan** (2020) Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Adalet.
- Kunter, Nurullah** (1986) Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Bası, İstanbul, Kazancı Matbaacılık.
- Metli, Osman** (2015) “Kolluk Görevlilerinin Durdurma Kontrol Kimlik Sorma ve Kimlik Tespiti Yetkileri”, (Yüksek Lisans), Zirve Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>> s.e.t. 29.05.2021.
- Özbek, Veli Özer** (2005) CMK İzmir Şerhi, Ankara, Seçkin.
- Özbek, Veli Özer** (2008) “Önleme Araması”, Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliği II, Ankara, s.67-92.
- Özbek, Veli Özer** (2021) Polis Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Temel Haklara Müdahaleler, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma Gezer, Özge/Saygılar Kırıt, Yasemin F./Alan Akcan, Esra/Özaydın, Özdem/Erden Tütüncü, Effer/Altınok Willemins, Derya/Tok, Mehmet Can** (2019) Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Sarıgül, Ali Tanju** (2013) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Kişiyi Tanınan Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Sevindik, Mürsel** (2010) Polis Savunma Taktikleri, 5. Baskı, Ankara, Detamat Tanıtım Matbaacılık Hizmetleri San, Tic. Ltd. Şti.
- Sönmez, Nevzat** (2011) “Önleyici Kolluk Hizmetleri Bağlamında Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu’na Göre Polisin Durdurma Yetkisi”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:6, S:1, s.213-265.
- Sürücü, A. Sinan** (2010) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında ve Türkiye’de Tutuklama, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Şahin, Cumhur/Göktürk, Neslihan** (2019) Ceza Muhakemesi Hukuku-I, 19. Bası, Ankara, Seçkin.
- Şahinkaya, Onur** (2020) Önleyici Yakalama ve Durdurma Dünü-Bugünü-Yarını, 1. Baskı, İstanbul, On iki levha.
- Şen, Ersan/Maviş, Mert** (2022) Polisin Durdurma ve Arama Yetkisi”: Şen, Ersan (Editör), Yorumluyorum XXVI, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.

- Şirin, Tolga** (2018) Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru
- Ünver, Yener/Hakeri, Hakan** (2019) Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, C. 2, Ankara, Adalet.
- Yayla, Mehmet** (2016) İspat ve Şüphe, Ankara, Seçkin.
- Yenisey, Feridun** (2008) “Faili “Tekrar Tanımaya Yarayan” Önleme ve Koruma Tedbirleri Durdurma, Kimlik Sorma, Kimlik Tespiti, Parmak İzi Alma, Fotoğraf Çekme Fizik Kimliğin Tespiti”, Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliğleri II, Ankara, s.5-16.
- Yenisey, Feridun** (2015) Kolluk Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Beta.
- Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe** (2020) Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Yılmaz, Ejder** (2005) Hukuk Sözlüğü, 9. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Yurtcan, Erdener** (2007) “PVSK Değişikliğine Dair Birkaç Not”, Güncel Hukuk, 8-44 Sayısı.

CEZA MUHALEMESİ HUKUKU TARİHİ PERSPEKTİFİNDEN ENGİZİSYON YARGILAMALARI^(*)

Prof. Dr. Murat BALCI^()**

ÖZET

Ceza muhakemesi, temel insan haklarına en ağır müdahalelerin yapıldığı bir süreçtir. Bir kişinin suçlu olup olmadığının tespiti için itham altında olanın belirli yükümlülüklerle katlanması gereklidir. Bu süreçte, hukuk dışına çıkılmaması, devlet gücünün orantısız şekilde kullanılması ve henüz suçu sabit olamayan bireyin ağır mağduriyetler yaşanmaması için tarihi tecrübelerin iyi incelenmesi gerekmektedir. Orta Çağ'da engizisyon yargılamaları, ceza muhakemesinin kötüye kullanılmasının ne denli ağır sonuçlara yol açabileceğini göstermektedir.

Çalışmada ceza muhakemesi hukuku tarihi bakımından acı bir tecrübe olan engizisyon mahkemeleri ve engizisyon mahkemelerindeki yargılama usulü ile uygulanan işkence yöntemlerine değinilmiştir. Bugün ceza muhakemesi hukukunda yer alan birçok ilke ve kuralın kaynağını engizisyon yargılamalarındaki acı tecrübeler oluşturmaktadır. Ceza muhakemesinin araçsallaştırılması ve bunun sonucu olarak ortaya çıkan cadı yargılamaları da unutulmaması gereken uygulamalardır. Ölmüş kişilerin yargılanması ve malvarlığı müsaderesi cezaları, engizisyon mahkemelerinin bugün hala akılda tutulması gerektiğini ortaya koymaktadır. Çalışmada engizisyon kavramı, engizisyon mahkemelerinin ortaya çıkışı, uygulanan işkence şekilleri, hükümlenen cezalar, cadı yargılamaları ve engizisyon yargılamalarının son bulması konusu üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler

Engizisyon, İşkence, Cadı Avı, Tahkik Sistemi, Maddi Gerçek.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1304260 - **Geliş Tarihi:** 27.05.2023 - **Kabul Tarihi:** 18.10.2023.

^(**) Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, İstanbul-Türkiye,
E-posta: balci53@hotmail.com; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-8506-7911>.

THE INQUISITION PROCEEDINGS IN THE PERSPECTIVE OF THE HISTORY OF CRIMINAL PROCEDURE LAW

ABSTRACT

Criminal procedure is a process that includes the heaviest interventions are made on fundamental human rights. In order to determine whether a person is guilty or not, the accused must bear certain obligations. In this process, historical experiences should be examined carefully in order not to violate the law, not to use the state power disproportionately and to prevent the heavy aggrievement of the individual whose crime has not been proven yet. Inquisition trials in the Middle Ages show how severe the consequences of misuse of criminal procedure can be.

In this study, the inquisition courts which are unpleasant experiences in terms of the history of criminal procedure law, legal procedure in the inquisition courts and the methods of persecution which was applied are mentioned. The source of many principles and rules in criminal procedural law today is composed of unpleasant experiences in the inquisition proceedings. The instrumentalization of criminal procedure and the witch trials which are the results of the instrumentalization are the implementations that should not be forgotten. The prosecution of the decedent and orders of confiscation of property demonstrate that the inquisition courts still need to be borne in mind. The study dwells on the concept of the inquisition, the emergence of the inquisition courts, the forms of persecution that was applied, the punishments, the witch trials, and extinction of the inquisition proceedings.

Keywords

The Inquisition, Persecution, Witch Hunt, Inquisitorial System, Material Fact.

GİRİŞ

Engizisyon yargılamaları, tarihsel dönüşüm açısından ibret vericidir. İlk dönemlerde Hz. İsa ve Hristiyan dini mensupları ağır işkencelere maruz kalmıştır. Daha sonra, işkenceye maruz kalan dinin mensupları aynı işkenceleri dinden dönenlere yapar hale gelmiştir. Bir hoşgörü dini olma iddiasıyla ortaya çıkan dinin, kendini koruma ve sapkınların cezalandırılması maksadıyla, devletin gücünü de eline geçirerek değişimi akıllara durgunluk vericidir. Bu en kötü tecrübenin ceza muhakemesi hukuku alanında yeterli şekilde incelenip, gelecek nesillere aktarılması önemlidir. Ancak bu halde devletin ceza muhakemesini yürütürken hukukla bağlı kalmasının önemi ortaya konulabilecektir.

Engizisyon yargılamaları ve işkence süreçleri, çeşitli tarihi kaynaklarda ele alınmaktadır. Ancak aşağıda engizisyon yargılamaları özellikle ceza muhakemesi yoluyla ele alınacak ve işkence süreçleri kapsamlı olarak incelenecektir.

Çalışmada öncelikle engizisyon mahkemelerinin ortaya çıkışı, daha sonra engizisyon mahkemelerindeki muhakeme süreci ortaya konacaktır. Muhakemenin en önemli aşamasını sapkın olarak adlandırılan şüphelilere işkence edilmesi oluşturmaktadır.

I. ENGİZİSYON KAVRAMI VE ENGİZİSYON MAHKEMELERİNİN ORTAYA ÇIKIŞI

Engizisyon kelimesi, Latince; inceleme, araştırma ve sorgulama anlamına gelmektedir¹. Engizisyon kaynaklarda, “bezdirici, baskıcı soruşturma ve sorgulama”, “araştırmak, keşfetmek, aramak, sormak” olarak da tanımlanmaktadır². Ceza muhakemesi hukuku tarihi açısından bakıldığında, Hristiyanlıktan dönen, dini esaslara aykırı davrananları cezalandırmak için kurulan Katolik kilisesi mahkeme-

¹ **Esgin, Mehmet** (1998) “Hristiyanlıkta Engizisyon Mahkemeleri”, (Doktora), Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.57 vd.

² **Dündar, Derya** (2019) “Orta Çağ ve Erken Modern Avrupa’da İşkence”, (Doktora), Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.99; **Ozansü, Mehmet Cemil** (2013) “Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması ve Rasyonelleşmesi”, (Doktora), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.163; **Demirci, Kürşat** (1995) “Engizisyon”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi 11. Cilt, Ankara, TDV, s.238.

leridir³. Engizisyon mahkemeleri, Orta Çağ'da Hristiyanlık dininden dönen ve/ya dönme eğiliminde olanlarla mücadele etmek amacıyla tesis edilmiştir. Dinden dönen ve yargılanacak olan sanıklar, “sapkın” olarak isimlendirilmiştir⁴. Engizisyon 13. yüzyıl kanonik hukukunun mahsulüdür. Kanonik (kilise) hukukun etkisi altına giren Avrupa'da, özellikle Orta Çağ'ın ikinci yarısında insanların vahşiliğini tüm çıplaklığı ile gözler önüne seren düzenlemeler yapılmıştır⁵.

Orta Çağ'da klasik muhakeme yöntemi itham sistemi idi. “Davacının olmadığı yerde, hakim de yoktur” (Wo kein Klager, da auch kein Richter) ilkesi gereğince bir hususun dava edilebilmesi için taraf vasıtası ile bir iddianın ileri sürülmüş olması gerekirdi⁶. Eski Yunan ve Roma'da, Orta Çağ'ın ilk yarısında ceza muhakemesi açısından itham sistemi (akkusationsprozess) egemen olmuştur. İtham sistemine ilk defa doğru memleketlerinde rastlanmış, daha sonra bu usul Yunan ve Roma Medeniyetlerinde uygulama bulmuştur⁷. Orta Çağ'ın birinci yarısında egemen olan itham sistemi, Orta Çağ'ın ikinci yarısında Kilise Hukukunun etkisiyle terk edilmiş yerine tahkik sistemi hakim olmuştur. XII. yüzyıldan XV. yüzyıla kadarki Orta Çağ Avrupa hukukunun gösterdiği en önemli değişiklik ceza muhakemesinin taraflar arasında bir muhakeme olmaktan çıkıp kamusal bir nitelik kazanmasıydı. Tahkik sisteminin hakim olduğu Orta Çağ Avrupası'nda; davasız yargılama olmaz ilkesi terk edilmiş, hakim, hem soruşturmayı yapan hem de yargılayan konumuna gelmiştir. Tanıkların gizli dinlenmesi, tarafların yalnızca yemin safhasında hazır olması, sorguda elde edilen

³ Esgin, s.57 vd.; Demirci, s.238.

⁴ DüNDAR, s.99 vd.; Ozansü, s.169; Demirci, s.238.

⁵ Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma Gezer, Özge/Saygılar Kırıt, Yasemin F./Alan Akcan, Esra/Özaydın, Özdem/Erden Tütüncü, Efser/Altınok Villemin, Derya/Tok, Mehmet Can (2021) Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s.33.

⁶ Ozansü, s.165.

⁷ Erem, Faruk (1988) “Savunma ve Ceza Yargılamasının Temeldeki Kusurları”, TBBD, S:1, s.92 vd; Erem'e göre; bu sisteme alternatif olarak gelen ve kilise hukukuna dayanan engizisyon sistemi olmasaydı bugün ceza muhakemesi çok daha ileri bir seviyede olurdu. Yazar, ceza muhakemesi hukukumuzdaki birçok bozukluğun sebebinin bu sistem olduğunu belirtip itham sistemine dönmenin daha yararlı olacağı kanaatinde. Bkz: Erem, s.92 vd.

bilgiler ve aleni duruşmanın olmaması sebebiyle bütün muhakeme süreci birkaç günde bitebilmekte, tanık olarak çağrılan kişi, salondan mahkum olarak çıkabiliyordu.

Tahkik sisteminin özünde, itham sistemindeki zanlıya sağlanan delil ikamesi imkanlarının, suçluların haksız yere beraatine yol açacağı düşüncesi hakimdir. Bu sebeple delil elde etmek için işkence meşru görülmeye başlanmıştır. Her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğin bulunması anlayışı, zamanla şüpheli veya sanığın aslında gerçeğin bir taşıyıcısı olduğu ve gerçeğin ondan öğrenilmesi gerektiği düşüncesine evrilmiş, böylece ikrar da en önemli delil haline gelmiştir. Bu sistemde suçlanan kişi, yargılamanın son aşamalarına gelindiğinde dahi isnat hakkında ayrıntılı bilgi sahibi olamamıştır⁸. Zanlı, hakları olmayan bir obje konumundadır. Bunun tabii sonucu olarak da işkence bu sistemde olağan hale gelmiştir⁹.

İtham sisteminde, ceza muhakemesi, tarafların talebi ile başlamakta ve devam etmekte olduğu için buna “taraf muhakemesi” de denir. Burada hakim uyumsuzluğa aktif bir şekilde dahil olmaz. Hakimi harekete geçirecek bir itham aranır. Hakim bu sistemde adeta bir hakem konumundadır, ileri sürülen iddia ve taleplere göre bir sonuca varır. İtham sistemi; aleniyet, sözlülük, vasıtasızlık ilkeleri üzerine kuruludur. Muhakeme, itham eden ile savunma arasında bir diyalog şeklinde cereyan eder ve taraflar dava hakkındaki görüşlerini aleni bir duruşmada kendi bakış açılarından yargılama makamı önünde (jüri/hakim) ortaya koyar¹⁰. Aynı zamanda bu muhakeme sistemi, engizisyon muhakeme sistemine doğru bir geçiş süreci yaşamıştır. Özellikle iktisadi bakımdan gelişmiş kentlerdeki kamusal nitelikteki ceza muhakemesinde failin cezalandırılmasının mümkün olduğunca çabuk bir şekilde sağlanması amacıyla maddi delillerin re’sen ispat vasıtası olarak kullanılmasına başlanmıştır¹¹.

⁸ Öztürk/Tezcan/Erdem ve diğerleri, s.33.

⁹ Öztürk/Tezcan/Erdem ve diğerleri, s.33; Tahkik sistemi hakkına ayrıca bkz: **Gökçen, Fahri Taner** (2021) Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği İlkesi, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s.151 vd.

¹⁰ **Erem**, s.91; **Taner**, s.150.

¹¹ bkz. Öztürk/Tezcan/Erdem ve diğerleri, s.32.

Engizitörün hem davacı hem de hakim olduğu ve aslında olmayan davacının yerine geçtiği¹² engizisyon sistemi, ceza muhakemesi hukukunda “tahkik sistemi” olarak da adlandırılmaktadır¹³. Resen soruşturma evrensel bir soruşturma modeli haline gelmiştir¹⁴. Ceza muhakemesinde maddi gerçeği arama amacı da engizisyonla ortaya çıkmıştır¹⁵. Tahkik sistemine göre yürütülen engizisyon muhakeme sisteminde¹⁶, iddia ve yargılama faaliyetini aynı kişi yürüttüğü için sanık hakkında dava açılmadan yargılama yapıldığı, iddia ve yargılama faaliyetlerini yapan kişinin, sanığın fiilini istediği gibi genişlettiği, neticede sanığın hiç beklemediği bir mahkumiyetle karşılaşılabilir. Engizisyon sisteminin geçerli olduğu Orta çağ Avrupası’nda bunun sayısız örnekleri bulunmaktadır¹⁷.

1184 yılında Verona’da Papa III. Lucius, İmparator Frederick Barbarossa ile birlikte dinden ayrılmaları ve sapmaları; aforoz etme ve manastıra kapatma şeklinde cezalandırmak amacıyla, bu kişiler için haklarında şikayet olmaksızın kilisece doğrudan soruşturma başlatılmasını sağlamak suretiyle engizisyon ku-

¹² **Ozansü**, s.167; **Tanrıvermiş, Atilla** (2021) Masumiyet Karinesini Genişleten Bir İlke Olarak Lekelenmeme Hakkı, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s.73.

¹³ **Ozansü**, s.163.

¹⁴ **Kelly, Hanry Ansgar** (1989) “Inquisition and the Prosecution of Heresy: Misconceptions and Abuses”, Church History, C:58, S:4, s.441.

¹⁵ **Ozansü**, s.173; Resen araştırma ve maddi gerçeğe ulaşma ilkeleri bugün yürürlükte olan ceza muhakemesi sisteminde de yer almaktadır. Ancak tarihi tecrübelerden elde edilen sonuçlar çerçevesinde, ceza muhakemesi kanununda hükümler konulmuştur. CMK.nun 160 ncı maddesine göre; “(1) Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen *işin gerçeğini araştırmaya başlar*. (2) Cumhuriyet savcısı, *maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için*, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür”. Öte yandan CMK.nun 225 inci maddesine göre; “(1) Hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suçla ilişkin fiil ve faili hakkında verilir”. Bugün maddi gerçeğe ne pahasına olursa olsun ulaşma değil, şüphelinin hakları korunarak ve adil yargılanma hakkı çerçevesinde hareket edilmesi gerekmektedir. Öte yandan hem hakim hem savcı olan engizitörlerin yerine, bugün iddia görevi savcılara, hüküm verme görevi ise hakimlere bırakılmıştır.

¹⁶ **Artuk, Mehmet Emin** (1982) Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Notları (Giriş), İstanbul, s.8 vd.

¹⁷ **Yurtcan, Erdener** (1995) CMUK Şerhi Cilt 2, İstanbul, s.46.

rumunun temellerini atmıştır¹⁸. Re'sen kovuşturma Papa IX. Gregory zamanında (1227-1241) düzenli bir örgüte kavuşturulmuştur¹⁹. Suçları itiraf ettirmek için işkence kanunlaştırılmıştır. Aziz Dominik ilk engizitör (sorgulamacı) olarak atanmış, Dominiken tarikatı engizisyon yargılamalarında etkin rol oynamıştır. Bu kapsamda Dominik tarikatı mensupları engizitör olarak bölgeleri dolaşarak sapkınları bulup yargılanmak üzere kilise mahkemelerine teslim etmiştir. 13 Nisan 1233 tarihinde IX. Gregory tarafından tam yetkiyle sistemli şekilde göreve başlayan engizisyon kurumu çok kısa sürede tüm Avrupa'ya yayılmıştır²⁰.

382 yılında Roma İmparatoru I. Theodosius, Hristiyanlıktan ayrılmanın ve ona karşı gelmenin cezasını ölüm cezası olarak kabul etmiştir²¹. Roma imparatorluğunda, büyücülük, kutsal şeylere küfür, inkar ve hainlikle engizisyon mahkemeleri aracılığıyla mücadele edilmiştir²².

Dinden dönenlerin dini argümanlarla kazanılması yerine halk, ceza muhakemesi yoluyla korkutulmuş, ceza muhakemesi bir araç olarak kullanılmıştır. Engizisyon resmi mühründeki "Misericordia et Justitia" yani "Merhamet ve Adalet" yazısına karşın bu mühür altında yapılan işkence ve adaletsizlikler, dünya tarihinde yer etmiştir.

II. ENGİZİSYON MAHKEMELERİNDE MUHAKEME SÜRECİ

A. GENEL OLARAK

Engizisyon yargılamalarında bir süreç işlemekteydi. Engizisyon muhakemesi ilk olarak Kuzey İtalya'da ortaya çıkmış, daha sonra Almanya'da, Fransa'da ve bütün Avrupa'da uygulanmıştır²³. Genel yemine ve affa davet, mahkemeye çağrı,

¹⁸ Dündar, s.100; Esgin, s.58; Demirci, s.238.

¹⁹ Esgin, s.69 vd.

²⁰ Esgin, s.70 vd.; Demirci, s.238.

²¹ Dündar, s.99 vd.; Demirci, s.238.

²² Esgin, s.58 vd.

²³ Köse, Metin (2017) Ceza Kovuşturmasında Delillerin Ortaya Konulması ve Değerlendirilmesi, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s.11.

sorgulama ve delillerin sunulması aşamasından sonra en vahşi süreç olan zorlama ve işkence safhası başlamaktaydı. Son aşamada ise hüküm tesis ediliyordu. Engizisyon muhakemesinde, sanık muhakemenin objesi olarak görülmekte ve cezai takibat karşısında savunmasız bırakılmaktaydı²⁴.

Genel yeminle ilgili engizitörler yılda 4 defa sorumlu oldukları bölgeyi gezip şikayetleri ve ithamları topluyorlardı²⁵. Farklı bir yaşam süren veya gizli toplanılara katılan her kişiyi ihbar etme hususunda halkı yemine mecbur tutuyorlardı. Sapkınların bulunduğu bölgelerden gelen haberler neticesinde engizitörler, içinde noter bulunan yargı yardımcıları ve korumalarıyla bölgeye gidip vaaz veriyorlardı²⁶.

Af zamanında ise halka yapılan vaazlarda, kendisini sapkın olarak hissedenlerin 15 gün ile 30 gün içinde yargıçların huzuruna gelmeleri öğütleniyordu²⁷. Bu aradaki süre kaynaklarda “af zamanı” olarak geçmektedir²⁸. Ölüm cezasına hükmedilen kişilerin affedilmesi ise mümkün değildi²⁹.

Mahkemeye çağrı safhasında sapkın olarak görülen şüpheli, önce o bölgenin rahibi tarafından evine gönderilen 3 kınama cezasıyla çağrılıyor, Pazar vaazında da engizisyon mahkemesine çağrıldığına ilişkin bir ihbarname okunuyordu. Son çağrı işini dini bütün şahıslar eşliğinde o yörenin piskoposlarından bir papaz yapıyordu. Mahkemeye çağrılan kişi gelmezse gıyabi tutuklu ilan ediliyordu³⁰. Sapkın sanık bu mahkeme celplerine uymazsa “geçici aforoz” uygulanması da söz konusu idi. Bir yıllık sürede kişi mahkemeye çıkmamışsa geçici aforoz “kesin aforoz”a dönüyordu.

²⁴ **Karakehya, Hakan** (2008) “Modern Cezalandırma Sistemlerinin Büyük Anlatıları”, İÜHFİM, C: LXVI, S:1, s.91.

²⁵ **Dündar**, s.107; **Demirci**, s.239.

²⁶ **Dündar**, s.107; **Esgin**, s.278 vd.; **Ozansü**, s.171; **Demirci**, s.239.

²⁷ **Demirci**, s.239.

²⁸ **Esgin**, s.279 vd.

²⁹ **Dündar**, s.108.

³⁰ **Esgin**, s.281 vd.

Sorgulamalar ve delillerin değerlendirilmesi engizitörün bulunduğu piskoposluk sarayında yapıyordu. Davalar genellikle tek bir engizitör tarafından yürütülmekteydi. Mahkemede sorgulama sırasında bulunması gereken minimum kadro; iki din adamı, bir noter ve kararları yazmakla görevli bir papazdan ibaretti³¹.

Mahkeme tarafından sanık hakkında sapkın olduğuna dair aleyhinde toplanmış deliller ve ihbarlar sunuluyordu. Savunma yapılmadan önce verilecek cevapların doğruluğuna ilişkin sanığa İncil üzerine yemin ettiriliyordu³². Sanık ve tanıkların soylarını ve yaşam öykülerini doğru anlatacaklarına dair de yemin etmesi gerekiyordu. İyi dua bilgisine sahip olup olmadıkları, onları hızlı bir şekilde okuyup okuyamadıkları, hata yapıp yapmadıkları, nerede nasıl vaftiz edildiği gibi Hristiyanlık ile ilgili sorular da soruluyordu³³.

Sapkın sanık, kendisine sorulan sorulara cevap vermek zorundaydı. Süreyi kendisi tayin edemiyor, ayrıntılı açıklama yapmasına sadece hakim müsaade ederse izin veriliyordu³⁴.

Engizisyonda iki çeşit delil vardı: Birincisi ikrar, diğeri şahitlerin veya muhbirlerin beyanı. Davaların çoğunun takdir hakkı kapsamında hükme bağlanması gerektiğinden engizisyon yargılamaları gizli yapıyordu³⁵. Engizisyon mahkemelerinde sanıklara delil olarak sunulan ihbarların sahipleri yani muhbirlerin isimleri verilmiyordu³⁶. Engizisyon yargılamalarında lekeli ve suçlu tanıklar da kabul edilmekteydi³⁷. Sanık varlığını dahi bilmediği şahitlerin beyanları ve görmediği belgeler

³¹ **Dündar**, s.110.

³² **Esgin**, s.286; **Mejia, Pilar** (2020) “Just Rules” for a “Religiosity of Simle People”: Devotional Literature and İnquisitorial Trails in Cartagena de Indias (17th-18th Centuries): Duve, Thomas/Danwerth, Otto (Editörler), Knowledge of the Pragmatici, Leiden-The Netherlands, Brill-Nijhoff, s.336.

³³ **Mejia**, s.336.

³⁴ **Dündar**, s.10.

³⁵ **Tambs, Lewis A.** (1965) “The İnquisition in Eighteenth-Century Mexico”, The Americas, C:22, S:2, s.171; **Tanrıvermiş**, s.73.

³⁶ **Dündar**, s.110; **Tambs**, s.172.

³⁷ **Kelly**, s.446.

üzerine yargılanmaktaydı. Mahkemede yüzleştirme, muhbir ve şahitler için tehlikeli görüldüğünden yapılmıyordu³⁸. Daha sonra bir üst makam olarak kurulan engizisyon jürisi; muhbir ve şahitlerin sapkın sanık hakkındaki bilgilerini inceliyor, arada düşmanlık bulunup bulunmadığını engizitöre bildiriyordu³⁹.

Sorgulamaya başlarken sanığın iki şahidin önünde sorgulanması kuralı benimsenmişti. Mahkemede sorulan tüm soru ve cevaplar noter tarafından kayda geçirilmekteydi⁴⁰. Tanığa doğru bir ihbarda bulunması halinde müsadere edilecek malların belirli bir oranın verilmesi taahhüt ediliyordu⁴¹.

III. İnnocent “si adversus vos” adlı fermanında avukatların ve noterlerin sanık sapkınlara yardım etmesini yasakladı. Avukatlar sanıklara yardım ettiklerinde sürgüne gönderilebiliyor veya malları müsadere edilebiliyordu. Bu uygulamalar sonrasında sapkınlık sanıklarının savunma imkanı da kalmıyordu⁴². Bir başka görüşe göre ise sapkın sanıkların avukat tutma hakkı vardı. Sadece sapkınlıktan hüküm giyenlerin avukat olması yasaktı⁴³.

En vahşi süreç olan zorlama ve işkence safhasında sapkın sanık, mahkeme huzuruna çıkmasına rağmen hala suçunu itiraf etmemişse ikna odalarında zor kullanılarak ve işkence ile itirafa zorlanıyordu⁴⁴. Engizisyon muhakemesinde sanığa karşı gerçekleştirilen insanlık dışı uygulamaların başında işkence gelmekteydi. İşkence insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktaydı⁴⁵.

İşkence süreçleri hapisanelerde yürütülüyordu. Acı verici işkenceler sırasında çoğu zaman itiraf alınmadan şüpheli ölüyordu. Kaynaklarda işkencenin

³⁸ Kelly, s.444.

³⁹ Esgin, s.286 vd.

⁴⁰ Esgin, s.290; Dündar, s.112.

⁴¹ Ozansü, s.172.

⁴² Esgin, s.293; Dündar, s.113.

⁴³ Kelly, s.445.

⁴⁴ Dündar, s.111; Gökçen, Ahmet (1994) Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi), Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s.57 vd.

⁴⁵ Karakehya, s.91; Köse, s.12.

doktor huzurunda yapıldığı da ifade edilmiştir⁴⁶. Belirtelim ki işkence ile bilinenin aksine, her zaman doğru beyanın elde edildiği sonucuna ulaşamaz. İşkence ile elde edilen itiraf, işkenceden kurtulmak için gerçeğe aykırı beyanlarla suçlu kabullenme şeklinde karşımıza çıkmaktadır⁴⁷.

Engizisyonda sadece erkek ve kadınlar değil, hayvanlar da işkenceye maruz kalıyordu⁴⁸. İşkence hiçbir masum insanın bilemeyeceği bilgileri elde etmek için kullanılmıştır⁴⁹.

İşkenceyi en acımasız kullanan ve sanıklara en acımasız işkenceleri icat edenler ruhban sınıfından çıkmış Hristiyan din adamlarıdır. Hristiyanlıktan dönenlerin cezalandırılması sürecinde, engizisyon işkence ve zulüm abidesine dönüşmüştür⁵⁰. Engizisyonu bu hale getirenlerin aşırı hevesli ve vicdansız hakimler olduğu da ileri sürülmüştür⁵¹.

Hz. Adem ve Hz. Havva'yı cezalandırdığı için ilk engizitör'ün Allah (cc) olduğuna inanılmaktaydı. Hz. Adem ve Hz. Havva tanık dahi çağrılmadan gizlice yargılanmıştı. Tarihin tesadüf, bir zamanlar Hristiyanları yok etmek için uygulanan işkence ve zorlamalar bu kez Hristiyanlar tarafından kullanılmaktaydı⁵².

B. İŞKENCE TEKNİKLERİ

Ordalia İşkencesi

Isı kullanılarak icra edilen bir işkence yöntemidir. Engizisyonda yargılanan sapkın sanığın elleri ve bazı organları çok kaynar suya batırılıyor ve bir müddet tutması isteniyordu. Haşlama işkencesi olarak da bilinen bu işkence şekli kaza-

⁴⁶ Tambs, s.169.

⁴⁷ Karakehya, s.91.

⁴⁸ Dünder, s.116.

⁴⁹ Johnson, Noel D./Koyama, Mark (2014) "Taxes, Lawyers, and the Decline of Witch Trails in France", The Journal of Law&Economics, C:57, S:1, s.82.

⁵⁰ Esgin, s.299 vd.

⁵¹ Kelly, s.451.

⁵² Esgin, s.304.

nın içinde kaynatılmış suda gerçekleştiriliyordu⁵³. Bir başka icra şekli de kor haline gelmiş olan demiri tutmaktı⁵⁴.

Flagellation İşkencesi

Bu işkence kamçılama şeklinde icra ediliyordu. Sanığa suçunu itiraf ettirmek için kamçı ile vuruluyor ve bazen kamçı yerine ateşle kızdırılmış demir topuzlar kullanılıyordu⁵⁵. Sapkın sanığın etini koparmak için keskin uçlarla kıvrılmış esnek bir kamçı kullanılması da söz konusu oluyordu.

İşkencede farklı kırbaç şekilleri vardır. At arabası kırbacı, düğümlü ipler, dokuz kamçılı kırbaç, Rus knutu ve tek düğümlü kırbaçlar kullanılmaktaydı⁵⁶.

Chevalet İşkencesi

Bu yöntemde işkence sehпасı denilen bir sehpada sapkın sanığa işkence ediliyordu. Zincirli askı denilen demir kafes söz konusu idi. Bazen vahşi kuşlara da sunulan bu kişiler demir kafes içinde asılıp sıkılıyorlardı⁵⁷.

Falorida Boğası İşkencesi

Bronzdan yapılmış içi boş bir boğa ile işkence uygulanıyordu. İçi boş olduğundan sapkın sanık bu boğanın içine konuluyor ve altında ateş yakılıyordu. İçeride kızgın metal bronzun yaktığı sapkın sanık acıdan boğa gibi bağıyordu⁵⁸. Bu işkence aletinin milattan önce 560 yılında Atinalı Perilaus tarafından tasarlandığı kaynaklarda ifade edilmektedir⁵⁹.

⁵³ Dündar, s.261.

⁵⁴ Esgin, s.310 vd.

⁵⁵ Esgin, s.311.

⁵⁶ Dündar, s.257.

⁵⁷ Esgin, s.311.

⁵⁸ Esgin, s.311 vd.

⁵⁹ Dündar, s.276.

Nuremberg Vierji Aleti İşkencesi

Bu işkence yönteminde kullanılan alet, insan şeklinde imal edilmiş ve insanın içine konulup kapatıldığı demir kafeslerdir. Bu kafesin içine konulan insanlar, ayakta ve karanlık bir ortamda sıkı şekilde aç ve susuz bırakılıyordu⁶⁰.

Museliere de Commeres İşkencesi

Bu yöntemde ağız tasmaı kullanılmaktadır. Ağız tamamen kapatılacak şekilde takılıp, sıkıştırılıp yüzüstü yatırılıp çeşitli can yakıcı işkenceler icra ediliyordu⁶¹. Kaynaklarda benzer şekilde icra edilen ağız rektumu işkencesi de geçmektedir⁶².

Organları Ezme İşkencesi

Sapkın sanığı ikrara zorlamak için cinsel uzuvlarını öğütmeye, ezmeye yarayan demir aletler icat edilmişti. İşkence bu aletlerle icra edilmekteydi. Bunun dışında parmakları ezen presler de söz konusu idi⁶³.

Estrapade İşkencesi

Sapkın sanığı direğe bağlayıp yere atma işkencesidir. Çıplak halde olan sapkın sanığın farklı organlarının değişik alet ve iplerle sıkılmasıyla işkence başlar. Eklemeleri koparacak şekilde yukarı çekilip tekrar bırakılarak düşürme işlemi devam eder. Bu esnada sapkın sanığın acısını artırmak için mümkün olduğunca çok su içirilir⁶⁴.

Charbonts Ardents İşkencesi

Alev alev yanan kömür kuru bu işkence şeklinde kullanılmıştır. Sapkın sanığın ayaklarına yağ sürülmekte ve ayakları ateş üzerine kızartılmaktaydı⁶⁵.

⁶⁰ Esgin, s.312.

⁶¹ Esgin, s.312.

⁶² Dünder, s.276.

⁶³ Esgin, s.312.

⁶⁴ Esgin, s.312 vd.; Dünder, s.285.

⁶⁵ Esgin, s.313; Dünder, s.321.

Su İşkencesi

Su işkencesi için sapkın sanığın kafası bacaklarının hizasına getirilerek bağlanıyor ve merdivenin üzerine konuluyordu. Suçlunun burun delikleri tıkanıyor ağzına konulan uzun bir keten parçasına su dökülüyordu. Sapkın sanık her an boğulma ızdırabı çekiyordu⁶⁶.

Tahta At İşkencesi

Ata benzetilerek imal edilen bir makinede yapılan işkence şeklidir. Dört ayaklı bir çeşit masa olan bu makinede, ayaklara ve ellere bağlanan ipler söz konusu idi. İspanyol atı olarak da ifade edilen bu işkence şekli cadı davaları için de kullanılmıştır⁶⁷. Cellat birkaç manivela ve çukruk sisteminin de yardımı ile el ve kolların parçalanmasını sağlıyordu⁶⁸.

Yuvarlak İşkencesi

Bu işkence yönteminde suçlunun çekiçle kol ve bacakları kırılıyordu. Yüzü gökyüzüne bakacak şekilde yuvarlak bir cisim üzerine bırakılır ve ölüme terk edilirdi. Ölüm zaman aldığından ve acı çektiğinden bu yöntem tercih ediliyordu⁶⁹.

Gemi Direği İşkencesi

Uzun bir direğin tepesinde yağlı bir makaraya geçirilen iple çekilen zanlı aşağıya bırakılıyor, direk üzerine monte edilmiş çengellere çarpa çarpa aşağıya düşen sapkın sanık parçalanıyordu⁷⁰.

Kazığa Oturtma İşkencesi

Sapkın sanık, Elli santim boyunda, sivri ucundan aşağıya doğru yontulmuş tahta ve demirlere oturtulup işkence bu şekilde icra ediliyordu⁷¹. Orta Çağ'da

⁶⁶ Esgin, s.313; DüNDAR, s.293.

⁶⁷ DüNDAR, s.279.

⁶⁸ Esgin, s.314.

⁶⁹ Esgin, s.314; DüNDAR, s.322.

⁷⁰ Esgin, s.314; DüNDAR, s.307.

kullanılan en vahşi işkence yöntemlerinden biri olan bu yöntemde kazık mahkuma geçiyor ve göğüs veya boynundan çıkıyordu⁷².

İşkence Tabutu

Sapkın sanık tabanında ve kapağında demir kazıklar bulunan demir bir sandığın içine yatırılır, sandığın kapağı ağır ağır kapatılırdı. Kapak açıldığında sapkın sanığın vücudunda onlarca delik oluşmuş vaziyette olurdu⁷³.

Brodequin İşkencesi

Ayak bölgesine uygulanan bu işkence şekline “brodequin işkencesi” denilmektedir. Bu işkence yöntemi, içi küçük sivri çivilerle doldurulmuş kızgın demir ayakkabılar ile uygulanmaktadır. Bu ayakkabılara sıkıştırılan ayaklar bir avuç parçalanmış et ve kemik kırığı haline gelmektedir⁷⁴.

Küvet İşkencesi

İşkencenin adı küvete oturtmak olarak bilinmektedir. Elleri ve ayakları bağlanan sapkın sanık, küvete oturtulur, yüzüne bal ve süt karışımı sürülürdü. Sinek ve böcekler sanığı sarar ve ona zarar verirdi. Bu işkence yöntemi kişinin bir süre sonra canlı canlı çürümesine sebep olurdu⁷⁵.

Diğer İşkenceler

Yukarıda sayılan yöntemlerin dışında başkaca korkunç işkence yöntemleri de söz konusudur. Suçunu ikrar etmesi için zorlanan sanıklar, konuşmadıklarında dilleri kökünden sökülmekteydi. Dili kökünden sökmek için kerpetenler imal edilmişti. Sapkın sanıklar kadın ise göğüsleri sökülüyordu⁷⁶.

⁷¹ Esgin, s.314 vd.

⁷² Dünder, s.281.

⁷³ Esgin, s.315; Dünder, s.301.

⁷⁴ Esgin, s.315; Dünder, s.307.

⁷⁵ Dünder, s.288.

⁷⁶ Esgin, s.315 vd.; Dünder, s.294.

En vahşi yöntemlerden birisi de kulak ve boğazdan aşağıya eritilmiş kurşun ve kızgın zeytinyağı dökülmesi idi. Yine zeytinyağı kullanarak sapkın sanıklar kızartılıyordu⁷⁷.

III. ENGİZİSYON MUHAKEMELERİNDE HÜKÜM AŞAMASI

A. GENEL OLARAK

Tüm işkencelere rağmen sapkın sanık işkenceye direnç gösteriyor ve işken-ceyi mağlup ediyorsa, engizitör bu olağanüstü tahammülü bir suçsuzluk karinesi olarak kabul edebiliyor ve suçlu serbest bırakılabiliyordu.

Engizisyon mahkemesinde son safha hüküm verme safhasıdır. Engizisyon-da duruşma ve ona bağlı olan süreç çok büyük bir gizlilik içinde yürütülürdü. Taraflar gizlilik koşuluna uymaya yemin ediyordu⁷⁸.

Hüküm tesis edilirken engizitörün içinde bulunduğu piskoposluk bölgesi-nin piskoposunun da iştiraki ile karar veriliyordu. Hüküm çok üyeli uzman kişilerden oluşan bir kurul tarafından da müzakere ediliyordu. Kararların açıklanması Pazar günleri veya önemli kutsal günlere denk getiriliyor, görkemli törenlerle cezalar veriliyordu⁷⁹.

İki hüküm şekli söz konusuydu: 1-Bağışlayıcı hüküm, 2-Cezai müeyyide uygulanması⁸⁰.

B. HÜKMEDİLEN CEZALAR

Engizisyon mahkemelerinde, sapkın sanığa uygulanan işkence yeterli ol-muyor muhakeme sonunda ayrıca cezaya hükmolunuyordu. Bunlar ölüm ve ateşte yakma cezası, hapis cezası, evin yıkılması ve müsadere cezası, kamçılama cezası, resmi kurumlardan men cezası, hacca gönderme cezası, kafirlik işareti

⁷⁷ Esgin, s.316.

⁷⁸ Dündar, s.117.

⁷⁹ Esgin, s.319 vd.

⁸⁰ Esgin, s.319.

taşıma cezası ve diğer çeşitli cezalardır. Aşağıda bu cezalar hakkında kısaca bilgi verilecektir.

Engizisyon mahkemelerinde, sıklıkla hükmedilen cezaların başında ölüm ve ateşte yakma cezası gelmektedir. Varlığı toplum için zararlı ya da tehlikeli olan tüm kişilerin ölümle cezalandırılabilceği Orta Çağ'da siyasi ve dini hukukçular tarafından kabul ediliyordu. Günah ve tehlikelilik ölüm cezasının haklı iki şartı olarak kabul edilmiştir⁸¹.

En ağır mahkumiyetlerden birisi de ateşte yakma cezasıydı. Engizisyon mahkemeleri bu ağır cezanın infazını kendisi gerçekleştiriyor, ateşte yakma cezasının infazını gerçekleştirmek üzere sapkın mahkumu laik hukuka törenle teslim ediyordu⁸². Laik otorite en geç beş gün içinde ateşte yakma cezasını infaz ediyordu.

Ateşte yakma cezasının infazı sürecinde suçlu kişi bazen cellat tarafından elle boğuluyor ve sonra cesedi yakılıyor, bazen de odun yığınlarının ortasında dikili bir direğe bağlanıp diri diri yakılıyordu. İnfaz yüksek odun yığınlarının üzerinde gerçekleştirilir, karşısında bakmak zorunda olduğu haç bulunurdu. Ateş yanarken ortalıkta yanık et kokusu yükselirdi⁸³.

Bir diğer ceza türü hapis cezasıdır. Engizisyon mahkemelerinde belirli süreli veya müebbet hapis cezaları uygulanıyordu. Hapis cezalarının infazı 1-Geniş Duvar Hapishanesi ve 2-Dar Duvar Hapishanesinde farklı şekillerde gerçekleştirilmekteydi⁸⁴.

Geniş duvar hapishanesi, hapis cezasının infazının daha ılımlı yapıldığı, bazı ihtiyaçların giderilebildiği bir hapishane şeklidir. Dar duvar hapishanesinde ise mahkum karanlık bir zindan içinde hapsedilir. Mahkum burada zincirle bağlanır, ızdırap ekmeği ve kader suyu ile beslenir.

⁸¹ Esgin, s.329 vd.

⁸² Dünder, s.100.

⁸³ Esgin, s.334 vd.

⁸⁴ Esgin, s.335.

Müsadere ve evin yıkılması cezası da engizisyon mahkemelerinde hükmedilen cezalardandır⁸⁵. Müsadere cezasında, suçlu mülkünden mahrum ediliyor, para cezası uygulanıyor veya malı elinden alınıyordu. Sapkınların çığ gibi büyüdüğü bir sırada aciz kalan kilise müsadere silahını kullanarak sapkınları ortaya çıkarmaya çalışmıştır. Müsadere sürgün edilecek olan veya ateşle yakılacak suçlu için de verilmiştir⁸⁶.

Engizitörler, büyük oranda sapkın sanıkların el koydukları mallardan geçimini sağlamaktaydı. Tutuklanan yabancı gemi kaptanlarının sadece kişisel mallarına değil, komuta ettiği geminin tüm yüküne de müsadere uygulanıyordu⁸⁷. Müsadereden ilk yararlananlar, yargılamayı yapan mahkemeler olup, maaşlarını ödemek ve giderleri karşılamak için müsadereye başvuruyorlardı. Bu durum büyük yolsuzluklara yol açmaktaydı⁸⁸.

El konulan mallar iki kategoriye ayrılmaktaydı: 1-Menkul mallar, 2-Sermaye varlıkları⁸⁹.

Engizisyonun hükmettiği bir başka ceza ise sapkın mahkumun evinin yıkılması cezasıdır. Yıkılan evin yerine başka evin yapılması yasaklanmış ve yıkılan evin olduğu yer lanetli olarak kabul edilmiştir. Bu yerler mikroplu çöp olarak anılmaktaydı⁹⁰.

Kamçılama cezası ise asli ceza veya tali ceza şeklinde uygulanmıştır. Çıplak ayaklı olarak, gömlek giymiş vaziyetteki mahkum, elinde bir mum ve kendisine dayak attırmaya yarayacak değneklerle kiliseye gidiyor cezası infaz ediliyordu⁹¹.

⁸⁵ Gökçen, s.56.

⁸⁶ Esgin, s.337 vd.

⁸⁷ Kamen, Henry (1965) "Confiscations in the Economy of the Spanish Inquisition", The Economic History Review, C:18, S:3, s.512.

⁸⁸ Kamen, s.513.

⁸⁹ Kamen, s.521.

⁹⁰ Esgin, s.340.

⁹¹ Esgin, s.340 vd.

Uygulama bulan bir diğer ceza resmi kurumlardan men cezasıdır. Sapkın mahkumlara uygulanan bir başka ceza, sapkının ailesinin ve akrabasının laik ve kiliseye bağlı kurumlarda çalışmasının yasaklanmasıdır. Ataları ve babalarının hatalarından dolayı çocuklar ve torunlar cezalandırılıyordu⁹².

Engizisyon mahkemelerinde, hacca gönderme ve kafirlik işareti taşıma cezası şeklinde cezalar da uygulanmaktaydı.

Hıristiyanlıkta Hz. İsa'nın dünya hayatını kapsayan hatıralarının bulunduğu yerleri ziyaret etmek ibadet (Hac) kabul ediliyordu. Sapkın mahkumun günahının ağırlığına göre kutsal yerleri ziyaret ederek hac yapması isteniyordu⁹³.

Sapkın mahkumların sabıkalı olduğunu gösteren belli işaretleri taşımak da bir ceza olarak uygulanıyordu. Taşınan işaret genellikle haç işareti idi⁹⁴. Bu işareti taşıyan kişiler halk arasında tahkir ediliyor ve eziyet ediliyordu⁹⁵. Bu teşhir cezası basit görülse de korkunç sonuçlar doğuruyordu.

Sadece haç işareti değil, elbise ve şapkalar kullanılarak da bu ceza uygulanabiliyordu. Suçlu kişilere ayrı, tövbe edenlere ayrı desen ve çeşitte elbiseler giydiriliyordu. Sapkın kişiyi sembolize etmek için şapkalar da kullanılıyordu⁹⁶.

Cinsel sapkılara beyaz çarşaf giydiriliyor ve bu kişiler bazen suç ve itiraflarının yazılı olduğu kağıda başlarında taşımak zorunda kalıyorlardı⁹⁷.

C. ÖLMÜŞ KİŞİLERİN YARGILANMASI

Ölüm engizisyon yargılamalarından kurtulmak için bir çare değildi. Ölmüş kişiler de engizisyon mahkemelerinde yargılanıyordu⁹⁸. Engizitör birçok olayda ölmüş sapkının kemiklerinin mezardan çıkarılıp yakılmasını emretmiştir. Ölüler

⁹² Esgin, s.341 vd.; DüNDAR, s.130 vd.

⁹³ Esgin, s.343.

⁹⁴ DüNDAR, s.125.

⁹⁵ Esgin, s.345.

⁹⁶ DüNDAR, s.125 vd.

⁹⁷ DüNDAR, s.126.

⁹⁸ Demirci, s.240.

yargılanıp, malları müsadere edilmiştir⁹⁹. Ölülerin kemiklerinin mezardan çıkarılıp yakılması yeterli olmamış, cezası infaz edilen ölmüş sapkın sanığın kemikleri ve kadavrası sokakta halka gösterilmek için atlarla sürüklenmiştir¹⁰⁰.

Ölülerin yargılanması zaman içinde tepkilere neden olmuş ve 8.12.1330 tarihli bir fermanla ölülere karşı soruşturmalar ertelenmiş ve daha sonra da sonlandırılmıştır. Tarihi kaynaklarda 67 kişinin Bernard Gui tarafından mezardan çıkarılıp kemiklerinin yakıldığı belirtilmiştir¹⁰¹.

IV. CADİ VE BÜYÜCÜLERİN YARGILANMASI

Engizisyon mahkemelerinin yargılama alanına giren ve ceza uygulanan suçlu gruplarından birisi de büyücülerdi¹⁰². Papa VII. İnnocentus, büyücülerin büyük bir güce sahip olduğunu resmi olarak açıkladıktan sonra iki yüzyıl boyunca çok sayıda insan büyücü olduğu gerekçesi ile ateşte yakma cezasına mahkum edilmiş ve diri diri yakılmıştır. Büyücü kadınlar cadı olarak kabul edilmiş ve sert cezalara mahkum edilmişlerdir. Cadı avı Avrupa'nın en karanlık dönemi olarak tarihe geçmiştir¹⁰³.

Kilise tarafından cadıların yoğun ve şiddetli şekilde engizisyon zulmüne maruz kaldıkları döneme “cadı avı” süreci denilmektedir¹⁰⁴. Kadınların işkence görmesi ve ölmesine sebep olan “cadı avcıları” iyilik yaptıklarını ve masum insanları koruduklarını düşünmekteydi¹⁰⁵. 1346-1352 yılları arasında nüfusun dörtte biri vebadan ölmüş ve bu durum da batıl cadı inancına bağlanmıştır¹⁰⁶.

⁹⁹ Esgin, s.353.

¹⁰⁰ Dündar, s.127.

¹⁰¹ Esgin, s.355.

¹⁰² Esgin, s.349.

¹⁰³ Aksan, Yücel (2013) “1450-1750 Yılları Arasında Avrupa’da Cadılık”, Tarih İncelemeleri Dergisi, C:28, S:2, s.355 vd.; Arslan Karaküçük, Suna (2010) “Korkunun Kadınları”: Cadılar ve Cadıcılık”, Sosyoloji Araştırmaları Dergisi, C:13, S:2, s.46.

¹⁰⁴ Dündar, s.382.

¹⁰⁵ Aksan, s.358.

¹⁰⁶ Arslan Karaküçük, s.46.

Cadı avının bir dalga gibi yayılmasının temelinde cadıların organize olmuş şekilde toplanıp şeytana tapınması (sabbat) iddiası¹⁰⁷ ve şeytanla birtakım anlaşmalar yapma düşüncesi vardır.

Avrupa’da cadı avı yargılamalarında kadınların ağırlıkta olduğunu görülmektedir¹⁰⁸. Cadılar şeytanla ilişkisinin yanı sıra korkunç kadın figürü oluşturduğu için işkenceye tabi tutulmuştur. Örneğin Strix, çocukları öldürmek için geceleri uçan¹⁰⁹ baykuş benzeri bir kadın iblis idi. Bu iblis istediği çocuk ölene kadar çabalıyor ve ölünce onu yiyordu¹¹⁰. Cadıların gece uçuşlarına ve havana dönüştüklerine ilişkin en eski kaynak “Canon Episkopi”dir¹¹¹.

Engizisyon cadılığı şeytanla ilişkilendirerek onu sapkın gruplar safına katmış ve cadı avı başlatmak için yasal zemini oluşturmuştur¹¹². “*Cadı Çekici-Malleus Maleficarum*” adlı kitap 1486’da yayımlanmış ve Avrupa’daki cadı avı vahşeti boyunca uygulanmıştır¹¹³.

Suçlanan kişinin cadı olup olmadığının tespitinde esas olarak iki yöntem ortaya çıkmıştır: 1-Suya Daldırmak, 2-Kutsal Kitapla Tartmak. Bir başka kaynakta ise beş deneyden bahsedilmektedir: 1-Su deneyi, 2-Ateş Deneyi, 3-İğne Deneyi, 4-Gözyaşı deneyi, 5-Kantar Deneyi. Ayrıca vücuttaki bazı izler de cadılık delili kabul edilmekteydi¹¹⁴.

1-Su deneyi iki şekilde yapılmıştır. Sıcak su deneyinde, kaynayan suya atılan bir maddenin sudan alınması istenirdi. Yaralar çabuk iyileşirse suçsuz kabul edilirdi. Soğuk su deneyinde ise suya atılan kişi hafif ise yani su yüzeyine çıkarsa

¹⁰⁷ Koç Başar, Cansu (2022) “Orta Çağ Avrupası’nda Cadı Yargılamaları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 24, S: 2, s.934 vd.

¹⁰⁸ Koç Başar, s.950; Aksan, s.356.

¹⁰⁹ Koç Başar, s.937; Aksan, s.358.

¹¹⁰ DüNDAR, s.195; Aksan, s.357.

¹¹¹ Arslan Karaküçük, s.47.

¹¹² DüNDAR, s.197.

¹¹³ Koç Başar, s.936; Arslan Karaküçük, s.48; Johnson/Koyama, s.81.

¹¹⁴ Koç Başar, s.956.

cadı, suda batarsa suçsuz kabul edilirdi. 2-*Ateş deneyi*; yanan bir maddenin taşınması veya bu kızgın maddenin üzerinde yürünmesi sonucu oluşan yaranın hızlı iyileşmesi halinde kişinin masum olduğu kabul ediliyor, aksi durumda mahkum ediliyordu. 3-*İğne deneyi*; kişinin üzerindeki ben gibi noktalara iğne batırılarak icra ediliyordu. Bu işaretler şeytanla birlikteliğin simgesi olup, iğne batırıldığında acı hissi oluşmazdı. 4-*Gözyaşı deneyi*; kadından ağlaması isteniyor ve gözyaşının akıp akmadığı tespit ediliyordu. Çünkü inanca göre cadıların gözyaşı yoktur. 5-*Kantar deneyi*; cadıların uçtuğuna inanılması sebebiyle, hafif oldukları görüşü hakimdi. Çünkü ruhlarını şeytana satmışlardı. Kadın tartıda hafif gelirse cadı kabul ediliyor, ağır gelirse tartıyı büyülediğine inanılıyordu. Kadın sadece diğer taraftaki ağırlıkla denk gelirse masum kabul ediliyordu¹¹⁵.

Cadılık davalarının Avrupa'da özellikle Batı bölgelerde yoğunlaştığı görülmektedir. İlk kadın yakma eylemi engizisyon emriyle 1180 yılında Toulouse şehrinde gerçekleşmiştir¹¹⁶. Almanya'da 1450-1550 yıllarında 100.000 cadı ölüm cezasına çarptırılmıştır¹¹⁷.

V. ENGİZİSYON YARGILAMALARININ SON BULMASI

Engizisyon yargılamalarına en önemli karşı çıkışlardan birisi Cesare Beccaria tarafından yayımlanmış olan “Suçlar ve Cezalar” adlı eserdir¹¹⁸. İşkence ile sorgu yapılmasına, isimsiz dava açılmasına ve sanıkların tanıklarla yüzleştirilmemesi gibi uygulamalara karşı çıkan Beccaria, eserin neredeyse tamamında, engizisyon yargılamalarındaki haksızlıklara karşı tezleri savunmaktadır.

Gerçeğin bir zavallının kasları ve sinirleri içindeymiş gibi aranmasının yanlış olduğunu ve güçlü, kuvvetli, serseri ve vicdansız katillerin işkenceye dayanıklı oldukları için akladıklarını, sıksa ve suçsuzların işkenceye dayanmadığı için mahkum olduğunu ifade ediyordu. Eski Romalıların barbar olduğunu ancak

¹¹⁵ Aksan, s.364.

¹¹⁶ Dündar, s.202.

¹¹⁷ Esgin, s.353; Koç Başar, s.955; Aksan, s.359.

¹¹⁸ Beccaria, Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında (Çeviren: Selçuk, Sami (2014) 4. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi), s.85 vd.

buna rağmen sadece kölelere işkence yaptıklarını hatırlatmaktaydı¹¹⁹. İşkencenin sanığı aşağılanmışlıktan arındırma gerekçesinin gülünç olduğunu belirtmiştir. Böylesine iğrenç bir yöntemin 18. yy.da hoş görülemeyeceğini ileri sürmüştür. Aşağılanmışlığın bir başka aşağılanmışlıkla silineceği inancını saçma görmüştür.

Beccaria gizli yargılamaları da eleştirmiştir. Bu yöntemin insanları iki yüzlü, sinsi ve kalles yapacağını ifade etmiştir. Zorbalığın en sağlam kalkanı olan gizlilik kuşağını kuşandığı zaman iftiradan kimse kendini kurtaramayacaktır. Ceza soruşturmalarının herkese açık olması gerektiğini Montesquieu'ya atıfla savunmuştur. Becarria'ya göre yargılamalar ve suçun kanıtları herkese açık olmalıdır¹²⁰.

Beccaria'nın bir başka vurgusu, aslında her insanın suçsuz olduğuna ilişkin ilkeye üstünlük tanınmasıdır¹²¹.

Beccaria'nın bu çıkışı etkili olmuş ve Avrupa'da hukuki reformlar süreci başlamıştır. 1789 tarihli Fransız Devrimi sonrası engizisyon uygulamaları azalmış ve Madrid'de 1808 yılında lağvedilmiştir¹²². Bu tarihten sonra zaman zaman yeniden hayata geçirilmeye çalışılan engizisyon mahkemeleri karşılık bulamamış ve tarihte yaşanmış çok acı bir tecrübe olarak kalmıştır.

17. yüzyıla gelindiğinde, işkence altında olan cadı sanıklarının sürekli başka isimler ihbar etmesi ve yanlış infazlar, cadı davalarının içinden çıkılmaz bir hal almasına sebep olmuştur. İhbarlar halkın üst sınıflarına da yayılmaya başlayınca, bir başka ifade ile cadılar için yakılan ateşler yüksek mevkide bulunanlar için tehdit oluşturmaya başlayınca cadı davaları da sona ermiştir¹²³.

1789 Fransız Yurttaş Hakları Bildirisi'nin 9 uncu maddesine göre; "*Her insan suçlu olduğuna karar verilinceye kadar masum sayılacağından, tutuklanmasının zorunlu olduğuna yani suçluluğuna karar verildiğinde, yakalanması için*

¹¹⁹ **Beccaria**, s.86.

¹²⁰ **Beccaria**, s.79.

¹²¹ **Beccaria**, s.72.

¹²² **Demirci**, s.240.

¹²³ **Dündar**, s.385.

zorunlu olmayan her türlü sert davranış yasa tarafından ağır biçimde cezalandırılmaldır”. Böylelikle, masumiyet karinesi kabul edilmiş ve işkenceye hukuki engel sağlanmıştır.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948 tarihinde kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 5 inci maddesine göre; “Hiç kimse, işkenceye, zalimane, gayriinsani, haysiyet kırıcı cezalara ve muamelelere tabi tutulamaz”.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3 üncü maddesine göre; “Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz”. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu madde kapsamında birçok içtihadı ile işkence ve zalimane muamele yasağının kapsamını genişletmiştir.

10 Şubat 1984 tarihli “İşkenceye Ve Diğer Zalimane; Gayri İnsani Veya Küçültücü Muamele Veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”¹²⁴nin 1 inci maddesine göre; “1. Sözleşme amaçlarına göre, “İşkence “ terimi, bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözeten herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatıyla uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırap veren bir fiil anlamına gelir. Bu yalnızca yasal müeyyidelerin uygulanmasından doğan, tabiatında olan veya arızî olarak husule gelen acı ve ızdırabı içermez”. Sözleşme'nin 2 nci maddesine göre ise; “1. Sözleşme'ye Taraf Devlet, yetkisi altındaki ülkelerde işkence olaylarını önlemek için etkili kanuni, idari, adli veya başka tedbirleri alacaktır. 2. Hiç bir

¹²⁴ Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1984 tarih ve 39/46 sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme'yi 25 Ocak 1988 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme'nin onaylanmasının uygun bulunduğu dair 21 Nisan 1988 tarih ve 3441 sayılı Kanun, 29 Nisan 1988 tarih ve 19799 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşme'nin onayına ilişkin 16 Haziran 1988 tarih ve 88/13023 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ve resmi Türkçe çeviri, 10 Ağustos 1988 tarih ve 19895 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Onay belgeleri 2 Ağustos 1988 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmiş ve Sözleşme, Türkiye bakımından 1 Eylül 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

istisnai durum, ne harp hali ne de bir harp tehdidi, dahili siyasi istikrarsızlık veya herhangi başka bir olağanüstü hal, işkencenin uygulanması için gerekçe gösterilemez. 3. Bir üst görevlinin veya bir kamu merciinin emri, işkencenin haklılığına gerekçe kabul edilemez". Görüldüğü gibi Sözleşme işkenceye dair tüm ihtimalleri ortadan kaldırmayı amaçlamıştır. Anayasa ve CMK'da da bu doğrultuda düzenlemeler yer almaktadır¹²⁵.

"İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi" de Türkiye'nin taraf olduğu bir başka sözleşmedir¹²⁶. Sözleşme'nin 1 inci maddesine göre; "*İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü ceza veya muamelenin önlenmesi için bir Avrupa Komitesi teşkil olunacaktır (bundan sonra «Komite» olarak anılacaktır). Komite, ziyaretler yapmak suretiyle, hürriyetinden yoksun bırakılan kişilere yapılan muameleyi, gerekli ise bu gibi kişilerin işkence ve gayriinsani ya da küçültücü ceza veya muameleden korunmalarının kuvvetlendirilmesi amacıyla inceleyecektir*".

Anayasanın 17 nci maddesinin 3 üncü fıkrasında ise "*kimseye işkence ve eziyet yapılamaz, kimse insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz*" denilerek insan haysiyetine verilen değer dile getirilmiştir.

¹²⁵ Anayasa'nın 17 nci maddesine göre; "Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz". CMK'nun 148 inci maddesine göre; "(1) Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilâç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz. (2) Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez. (3) Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez. (4) Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmaz. (5) Şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında, bu işlem ancak Cumhuriyet savcısı tarafından yapılabilir".

¹²⁶ Sözleşme, 26 Kasım 1987 tarihinde imzaya açılmış ve 1 Şubat 1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşme'yi 11 Ocak 1988 tarihinde imzalamıştır. 25 Şubat 1988 tarih ve 3411 sayılı Onaya Uygun Bulma Kanunu 26 Şubat 1988 tarih ve 19737 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşme'nin onaylanmasını kararlaştıran 26 Şubat 1988 tarih ve 88/12649 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Sözleşme'nin resmi Türkçe çevirisi, 27 Şubat 1988 tarih ve 19738 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Onay belgeleri 26 Şubat 1988 tarihinde tevdi edilmiş ve Sözleşme, Türkiye bakımından 1 Şubat 1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Anayasanın burada Türk değil, kimse demesi önemlidir. Bu sayede insanlar arasında ırk, din, dil vb. şekillerde bir ayırım yapılmadan herkesin insan haysiyetine sahip olduğu vurgulanmıştır. Bu yüzden Anayasanın 10 uncu maddesinde yer alan eşitlik ilkesi, insan haysiyeti kavramının bir unsurudur. Yani toplumda yaşayan bütün insanlar birbirleri arasında fark olmadan eşit şekilde haysiyetlidirler. Modern ceza muhakemesinde sanık, kovuşturmanın konusu değil bir yargılama süjesidir. Bu sebeple hem hakları hem de bazı mükellefiyetleri vardır. Bu haklar çerçevesinde sanık, hakim önünde meramını anlatabilir, en azından ona bu imkân tanınır. Böylece insan haysiyetine duyulan saygı da dile getirilmiş olur.

Görüldüğü gibi işkence ve kötü muamelelerin önlenmesi için birçok uluslararası sözleşme yapılmış ve çalışma grupları oluşturulmuştur. Ancak bugün dahi engizisyon benzeri uygulamalar ve işkenceler devam etmektedir. Uluslararası uygulamalara bakılacak olursa, Guantanamo kampı buna örnek olarak gösterilebilir. Yine Ebu Gureyb cezaevinde yapılan ve medyaya yansıyan işkenceler engizisyon yargılamalarında uygulanan işkencelerle benzerlik göstermektedir.

Engizisyondan kalan acı tecrübeler, ceza muhakemesinde yapılan bazı uygulamalarda engizisyonun geri gelmesi olarak nitelenmektedir. Örneğin Gerhard Fezer karşılıklı anlaşmaya dayalı usul değişikliği ile ilgili bir makalesinde “Engizisyon Bitmedi Mi?” (Inquisitionsprozess ohne Ende?), başlığını kullanmıştır¹²⁷.

İfade edelim ki 5271 s.lı CMK’nun “seri muhakeme usulü” başlıklı 250 nci maddesi ile getirilen düzenlemelerde, sanığı suçu ikrara yönelten hükümler yer aldığı için, bu hükümlerin uygulanmasına hassasiyetle yaklaşılmalıdır¹²⁸. Seri

¹²⁷ **Fezer, Gerhard** (2010) “Inquisitionsprozess ohne Ende?”-Zur Struktur des neuen Verständigungsgesetzes-, NStZ, C:30, S:4, s.177.

¹²⁸ Konuyla ilgili Komisyon Raporu’nda da “Seri muhakeme usulü, şüphelinin daha az bir yaptırım beklentisiyle bu usulün uygulanmasını kabul etmesi üzerine başlamaktadır. Bu usul, bir tarafta şüpheli diğer tarafta savcılık ile hüküm ve denetim makamı olarak mahkemenin bulunduğu bir süreci ifade etmektedir. Belirli bir önem derecesinin altındaki suçlarda muhakeme sürecinin formalitelerden arındırılmasını ve kısaltulmasını, işlenen suçlara kısa süre içinde etkili ve orantılı bir karşılık verilerek bozulan kamu düzeninin yeniden sağlanmasını amaçla-

muhakeme usulünde talep yazısı ve içeriğiyle ilgili düzenlemeler, 08.07.2021 tarih ve 7331 s.lı Kanun'un 22 nci maddesiyle değiştirilmeden önce 250 nci maddenin 8 ve 9 ncu fıkrasında, mahkemenin yalnızca Cumhuriyet savcısının talepnamele belirlediği yaptırımla bağlı kalmasını zorunlu kılan hükümler bulunması uygulamada tartışmalara sebebiyet vermişti. Bu hal hem hakim güvencesini kaldırmakta hem de masumiyet karinesini zedelemekteydi. Anayasa Mahkemesi'nin bu hükümleri, masumiyet karinesini zedelediği, mahkemelerin yargı yetkisini kısıtladığı gerekçesi ile iptal etmesi üzerine¹²⁹, kanun koyucu seri muhakeme usulünde mahkemelerin etkinliğini artırmıştır.

Engizisyonun tarihinde önemli bir yer tuttuğu Almanya'da, hakim kararı vermeden önce savcı olarak görev yapmıştır. Hem savcı hem de hakim olan

maktadır. Kanunda öngörülen hapis cezasının alt ve üst sınırları yüksek olmayan suçlarla ilgili yapılan yargılamaların sonucunda, olayın özelliklerine göre alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayinini haklı gösteren nedenler bulunmadıkça, alt sınırdan ceza tayinine gidilmekte, kurulan hükümler, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, hapis cezasının ertelenmesi veya seçenek yaptırımlara çevrilmesi kapsamında kalmaktadır. Suç şüphesi altında bulunan kişiler, soruşturma sürecinde susma, herhangi bir açıklamada bulunmama hakkına sahip olduğu gibi sorumluluğu kabul hakkına da sahip bulunmaktadır" denilmektedir. Bkz; Türkiye Büyük Millet Meclisi (Sıra Sayısı: 105), s.16 vd.

¹²⁹ "44. (...) mahkemenin yalnızca Cumhuriyet savcısının talepnamele belirlediği yaptırımla bağlı kalarak dosyanın esasına yönelik değerlendirme yapma ve gerektiğinde müdahalede bulunma imkânına sahip olmaması, yargısal yetkinin kullanımıyla doğrudan ilgili olan hâkimin Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun vicdani kanaatine göre delilleri takdir ederek maddi gerçeğe ulaşma ve nihayetinde kesin hüküm verme faaliyetini sınırlamaktadır. Bu yönüyle kural, Anayasa'nın 9., 138. ve 140. maddelerinde düzenlenen yargı yetkisinin bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılması ve hâkimin vicdani kanaatine göre hüküm vermesi ilkelerine aykırıdır. 45. Öte yandan Anayasa'nın anılan maddelerinde düzenlenen yargı yetkisi ve mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi ile 38. maddesinde düzenlenen masumiyet (suçsuzluk) karinesi arasında yakın bir ilgi bulunmaktadır. Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimsenin suçlu sayılmaması anlamına gelen masumiyet karinesine göre bir kimsenin suçluluğunun gerçek anlamda sübuta erdiğinin söylenebilmesi için serbest ve etkin olarak yargı yetkisini kullanan bağımsız bir mahkeme tarafından yürütülen ve adil yargılanma hakkı koşullarını sağlayan yargılamada yeterli şüphenin giderilmesi suretiyle maddi hakikate ulaşılarak verilen bir mahkeme hükmünden söz edilmesi gerektiği açıktır. Dolayısıyla bu şartlar sağlanmadan verilen mahkûmiyet kararı ile kişilerin suçlu ilan edilmesi Anayasa'nın 38. maddesi bağlamında masumiyet karinesini zedeleyecektir." Bkz. AYM., E: 2020/35, K: 021/26, T: 31.3.2021, (RG: 15 Haziran 2021, S: 31512).

kişinin tarafsızlığı garanti etmek mümkün değildir. 19. yüzyılın ortalarından itibaren Fransız hukukunun etkisi ile savcılık ve mahkeme ayrılmıştır. Savcılık iddianame düzenlemeden mahkemede yargılama yapılamayacak olması “davasız yargılama olmaz ilkesi” olarak literatüre geçmiştir. Bu gelişme ceza muhakemesinin en önemli reformlarından biri olarak kabul edilmektedir¹³⁰.

SONUÇ

Bugün ceza muhakemesinde hakim olan ilkelerden, aleni yargılama, işkence yasağı, müdafiden yararlanma hakkı, davasız yargılama olmaz ilkesi, bir başka ifade ile hem hakim hem savcı olma yasağı, suçluluğu sabit olana kadar masum sayılma, delillerin duruşmada tartışılması ilkeleri, görüldüğü gibi engizisyon mahkemelerinde uygulanan insanlık dışı uygulamalar sonucunda elde edilmiş olan kazanımlardır.

Engizisyon mahkemeleri, dini esaslara aykırı davranan ve dinden dönenleri cezalandırmak için kurulan Katolik kilisesi mahkemeleridir. Böylece dinden dönme ile mücadele etmek amaçlanmıştır. Engizisyon sisteminde engizitör hem davacı hem hâkim konumunda bulunmakta, bu sisteme “tahkim sistemi” de denilmektedir.

Engizisyon mahkemelerinde muhakeme süreci genel yemin ile başlamaktaydı. Bu aşamada engizitörler sorumlu oldukları bölgeleri gezip şikâyet ve ithamları topluyor halkı sapkınları ihbar etmeleri için yemin etmek zorunda bırakıyordu. Kendini sapkın olarak hissedenlerin af zamanı olarak adlandırılan 15 ile 30 günlük süre içinde yargıçların huzuruna gelmesi söyleniyordu. Sonraki aşamada sapkın olarak görülen şüpheli o bölgenin rahibi tarafından çağrılıyor, gelmezse gıyabi tutuklu ilan ediliyordu.

Mahkemede sanığın sapkın olduğuna dair toplanan deliller ve ihbarlar sunuluyordu. İkrar ve şahitlerin veya muhbirlerin beyanı olmak üzere iki çeşit delil söz konusuydu. Sapkın sanık sorulara cevap vermek zorundaydı, ayrıntılı

¹³⁰ Huber, Michael (2008) “Grundwissen-Strafprozessrecht: Der Anklagegrundsatz”, JuS, S:9, s.779.

açıklama yapabilmesi ise hâkimin iznine bağlıydı. Sapkın sanığın suçunu itiraf etmemesi durumundaysa ordalia işkencesi, elagellation işkencesi, chevalet işkencesi gibi çeşitli işkence teknikleri kullanılarak sanığa işkence ediliyor, sanık itirafa zorlanıyordu.

Engizisyon yargılamalarında bağışlayıcı hüküm ve cezai müeyyide uygulanması üzere iki çeşit hüküm mevcuttu. Şayet sanık işkencelere tahammül edebilmişse bu olağanüstü tahammül bir suçsuzluk karinesi olarak kabul edilerek suçlu serbest bırakılabiliyordu. Diğer yandan yargılama sonunda ölüm ve ateşte yakma cezası, hapis cezası, evin yıkılması ve müsadere cezası, kamçılama cezası gibi çeşitli cezalara hükmedilmekteydi.

Engizisyon mahkemelerinde ölmüş kişilerin yargılanması ve haklarında cezaya hükmedilmesi de mümkündü. Engizisyon mahkemelerinde yargılanan bir diğer grup ise cadı ve büyücülerdi. Sanığın cadı olup olmadığının tespitinde su deneyi, ateş deneyi, kutsal kitapla tartmak gibi yöntemler kullanılmaktaydı. Cadı avı dönemi günümüzde Avrupa tarihinin en karanlık dönemlerinden biri olarak anılmaktadır.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, tahkik sisteminin özünde, itham sistemindeki zanlıya sağlanan delil ikamesi imkanlarının, suçluların haksız yere beraatine yol açacağı düşüncesi hakimdir. Bu sebeple delil elde etmek için işkence meşru görülmeğe başlanmıştır. Her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğin bulunması anlayışı, zamanla şüpheli veya sanığın aslında gerçeğin bir taşıyıcısı olduğu ve gerçeğin ondan öğrenilmesi gerektiği düşüncesine evrilmiş, böylece ikrar da en önemli delil haline gelmiştir. Bu sistemde suçlanan kişi, yargılamanın son aşamalarına gelindiğinde dahi isnat hakkında ayrıntılı bilgi sahibi olamamıştır. Zanlı, hakları olmayan bir obje konumundadır. Bunun tabii sonucu olarak da işkence bu sistemde olağan hale gelmiştir. Tahkik sistemi, daha önce geçerli olan şekli kural-ların bir tarafa itilmiş olması sebebiyle hukuki güvensizliğe, kargaşaya ve hatta yetkili organların keyfiliğine sebebiyet vermişti. 19'uncu yüzyıldaki gelişmelere paralel olarak yapılan yeni ceza muhakemesi kanunlarında tek bir sistemin katı şekilde kabulü yerine, ülkelerin sahip olduğu hukuk kültürü göz ardı edilmeksizin birden çok hukuk sisteminin özelliklerinin aynı ceza muhakemesi bünyesinde toplanması düşüncesi öne çıkmış ve bu anlayış yapılan yeni kanunlara yansımıştır.

Özellikle 1808 tarihli Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, İngiliz ceza muhakemesinin (itham sistemi) etkileri görülmüş ve Kıta Avrupası hukukçuları tarafından da itham sisteminden alınması gereken faydalı kurumların neler olabileceği tartışılmaya başlanmıştır. Bu şekilde soruşturma aşamasında “tahkik” ve kovuşturma aşamasında “itham” sisteminin özelliklerini barındıran karma bir muhakeme usulü ortaya çıkmıştır. Günümüzde de esas itibarıyla gerek Common Law (*İngiltere, Galler, Amerika Birleşik Devletleri, Avustralya*) sistemine dahil ülkeler ile Kıta Avrupasında yer alan ülkelerin tamamında, hukuk kültürüne bağlı farklılıklar haricinde, katı bir itham veya tahkik sistemi yerine, iş birliği sistemi olarak isimlendirilen usul uygulanmaya başlanmıştır.

Engizisyonun bugünkü ceza muhakemesine kalan iki temel ilke, resen araştırma ve ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşmaktır. Resen araştırma ilkesi, günümüz ceza muhakemesi hukukunda, iddia görevinin savcıya, yargılama görevinin hakime verilmesi ve davasız yargılama olmaz ilkesi çerçevesinde engizisyonun kötü sonuçlarından uzaklaşarak uygulanan bir ilkedir. Öte yandan maddi gerçeğin araştırılması, işkence yasağı ve temel insan haklarına saygı temelinde gerçekleştirilmelidir. Çalışmada açıklandığı üzere, engizisyon yargılamalarında, Orta Çağ'da insanlık ağır bedeller ödemek zorunda kalmıştır.

Sanığı ikrara zorlayacak olan ceza muhakemesi hukuku düzenlemeleri engizisyon anlayışının geri gelmesi olarak kabul edilmeli ve bu kurumlara hassasiyetle yaklaşılmalıdır. Seri muhakeme usulünde şüphelinin suçu kabul etmesi halinde cezasında indirim yapılması, engizisyon yargılamalarındaki ikrara zorlama uygulamaları ile benzeştigiinden, seri muhakemenin uygulanması bugün kabul gören ceza muhakemesi ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

İşkenceye sıfır tolerans için ceza muhakemesi mevzuatımızda yapılan ayrıntılı düzenlemeler, tarihin acı tecrübelerinin tekrar etmemesi bakımından son derece önemlidir. Eğer işkence ve kötü muamele yasağının önlenmesi için gerekli özen gösterilmezse, bunun ne denli kıyımlara yol açacağı örnek olarak karşımızda durmaktadır. Beccaria'nın dile getirdiği gibi gerçeği insanın sinir hücrelerinde aramak tarihin hiçbir döneminde faydalı olmamıştır, bundan sonra da olmayacaktır.

Engizisyonun bir başka uygulaması olan cadı yargılamalarından çıkarılması gereken sonuçlar vardır. İlk olarak cadı yargılamaları, ceza muhakemesinin bir araç olarak kullanılmaması gerektiğini bize göstermiştir. Sırf belirli kişileri yok etmek için cadı avı niteliğinde yargılamalar, engizisyona geri dönüş olacaktır. Maddi gerçeğin araştırılması bugünkü ceza muhakemesinin de amacı olmakla beraber, ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğin ortaya çıkarılması söz konusu değildir, insan hak ve hürriyetleri korunarak maddi gerçeğe ulaşılması gerekmektedir. Cadı yargılamalarından çıkarılacak bir başka ders, ceza muhakemesinin bir başka temel ilkesi olan insan onurunun korunması ilkesinin önemidir. Ceza muhakemesinde batıl inançlardan uzak durulmalı ve insan onurunun korunması ilkesi titizlikle uygulanmalıdır.

Günümüzde de ceza yargılamalarında başvuru malvarlığına el koyma ve hükümler birlikte müsadere cezası verilmesi, engizisyonda kötüye kullanılmış ve yargılamayı yapanların giderlerini karşılamak için bu şekilde ekonomik kaynak oluşturulmuştur. Bugün Anayasa'da yer alan genel müsadere yasağı ve ceza kanunda müsadereye ilişkin sınırlamalar, el koyma ve müsadereye ilişkin engizisyon uygulamasına dönüşmemesi bakımından son derece önemlidir.

KAYNAKÇA

- Arslan Karaküçük, Suna** (2010) “Korkunun Kadınları”: Cadılar ve Cadıcılık”, *Sosyoloji Araştırmaları Dergisi*, C:13, S:2, s.38-64.
- Artuk, Mehmet Emin** (1982) *Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Notları (Giriş)*, İstanbul.
- Beccaria, Cesare**, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, (Çeviren: Selçuk, Sami (2014) 4. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi).
- Demirci, Kürşat** (1995) “Engizisyon”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* 11. Cilt, Ankara, TDV.
- Dündar, Derya** (2019) “Orta Çağ ve Erken Modern Avrupa’da İşkence”, (Doktora), Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Erem, Faruk** (1988) “Savunma ve Ceza Yargılamasının Temeldeki Kusurları”, *TBB*, S: 1, s.91-99.
- Esgin, Mehmet** (1998) “Hıristiyanlıkta Engizisyon Mahkemeleri”, (Doktora), Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Fezer, Gerhard** (2010) “Inquisitionsprozess ohne Ende?”-Zur Struktur des neuen Verständigungsgesetzes-, *NStZ*, C:30, S:4, s.177-185.
- Gökçen, Ahmet** (1994) *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi)*, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Gökçen, Fahri Taner** (2021) *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği İlkesi*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Huber, Michael** (2008) “Grundwissen-Strafprozessrecht: Der Anklagegrundsatz”, *JuS*, S:9, s.779-780.
- Johnson, Noel D./Koyama, Mark** (2014) “Taxes, Lawyers, and the Decline of Witch Trails in France”, *The Journal of Law&Economics*, C:57, S:1, s.77-112.
- Kamen, Henry** (1965) “Confiscations in the Economy of the Spanish Inquisition”, *The Economic History Review*, C:18, S:3, s.511-525.
- Karakehya, Hakan** (2008) “Modern Cezalandırma Sistemlerinin Büyük Anlatıları”, *İÜHF*, C:LXVI, S:1, s.87-108.
- Kelly, Hanry Ansgar** (1989) “Inquisition and the Prosecution of Heresy: Misconceptions and Abuses”, *Church History*, C:58, S:4, s.439-451.
- Koç Başar, Cansu** (2022) “Orta Çağ Avrupası’nda Cadı Yargılamaları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:24, S:2, s.931-964.

- Köse, Metin** (2017) Ceza Kovuşturmasında Delillerin Ortaya Konulması ve Değerlendirilmesi, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Mejia, Pilar** (2020) “Just Rules” for a “Religiosity of Simle People”: Devotional Literature and Inquisitorial Trails in Cartagena de Indias (17th-18th Centuries)”: Duve, Thomas/Danwerth, Otto (Editörler), Knowledge of the Pragmatici, Leiden-The Netherlands, Brill-Nijhoff.
- Ozansü, Mehmet Cemil** (2013) “Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması ve Rasyonelleşmesi”, (Doktora), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma Gezer, Özge/Saygılar Kırıt, Yasemin F./Alan Akcan, Esra/Özaydın, Özdem/Erden Tütüncü, Efser/Altınok Villemin, Derya/Tok, Mehmet Can** (2021) Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Tambs, Lewis A.** (1965) “The Inquisition in Eighteenth-Century Mexico”, The Americas, C:22, S:2, s.167-181.
- Tanrıvermiş, Atilla** (2021) Masumiyet Karinesini Genişleten Bir İlke Olarak Lekeleneme Hakkı, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Yurtcan, Erdener** (1995) CMUK Şerhi Cilt 2, İstanbul.

ADİL YARGILANMA HAKKININ JOHN LOCKE'UN TOPLUM SÖZLEŞMESİ KURAMINDAN HAREKETLE GEREKÇELENDİRİLMESİ^(*)

Arş. Gör. Sermet ERDEM^(**)

ÖZET

Liberalizmin en önemli değeri olan kişinin karar ve eylemlerinde başkalarının keyfi ve rastlantısal zorlamasından bağımsık olup kendi iradesine göre eyleyebilmesini salık veren bireysel özgürlük ilkesi, aynı zamanda bireyi devlete ve üçüncü kişilere karşı korumaya hizmet eden birçok hak ve özgürlüğün de türetildiği kaynaktır. Öyle ki çağdaş düzenlerin felsefi kaynağı olan liberalizmin kurucusu ve toplum sözleşmesi kuramcısı John Locke, devletin dahi bireysel özgürlüğü korumak için kurulduğunu savunmuştur. Locke siyasal iktidarın bireylerin devletsiz bir yaşamda sahip olduğu kendini koruma ve haklı bir sebep olmaksızın haklarını ihlal edenleri cezalandırma hakkını devlete devretmeleriyle ilişkilendirmiştir. Bu nedenle düşünürün kuramında bireylerin haklarını konu alan uyumsuzlukların adil bir çözümü iktidar ve meşruiyetle doğrudan ilgilidir.

Bireyin, bireysel özgürlüğü korumak için kurulan devletin kendisinin ve diğer bireylerin olası ihlallerinden korunması için adil yargılanma hakkı bireysel özgürlükten türeyen mutlak bir hak olarak gündeme gelmektedir. Adil yargılanma hakkı herkesin özgürlüğünün teminat altına alınması için öngörülen hukuki kısıtlamaların içerisinde kalan alanı koruyan bir araçtır. Birey-birey ve birey-devlet arasında ortaya çıkan hukuki ihtilafların bağımsız tarafız aleni ve hakkaniyete uygun bir biçimde devletin bu işle görevlendirilmiş organları tarafından çözülmesini salık verir. Kendine özgü doğal ve mutlak bir hak olarak adil yargılanma hakkı çağdaş dünyada bireyin sahip olduğu diğer tüm hak ve özgürlüklerin güvencesi ve politik sistemlerin meşruiyet ölçütüdür.

Anahtar Kelimeler

Adil Yargılanma Hakkı, Bireysel Özgürlük, Cezalandırma, Devlet, Eşitlik, Hukuk, Hukuki Uyumsuzluk, Meşruiyet, Mülkiyet, Sosyal Sözleşme, Tazminat.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1376217 - **Geliş Tarihi:** 15.10.2023 - **Kabul Tarihi:** 02.01.2024.

^(**) Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, Ankara-Türkiye,

E-posta: sermet.erdem@asbu.edu.tr; Orcid Id: <https://orcid.org/0009-0004-3528-0441>.

JUSTIFICATION OF THE RIGHT TO A FAIR TRIAL BASED ON JOHN LOCKE'S SOCIAL CONTRACT THEORY

ABSTRACT

The principle of individual freedom, which is the most important value of liberalism and advocates for individuals to act according to their own will, immune from arbitrary and random coercion from others in their decisions and actions, is also the source from which many rights and freedoms protecting the individual against the state and third parties are derived. John Locke, the founder of liberalism and a social contract theorist, who is the philosophical source of modern systems, argued that the state itself is established to protect individual freedom. Locke associated the political power with individuals relinquishing their right to punish those who violate their rights without just cause in a stateless life, for the sake of protection and transferring this right to the state. Therefore, in the philosopher's theory, the fair resolution of disputes concerning individuals' rights is directly related to power and legitimacy.

The right to a fair trial emerges as an absolute right derived from individual freedom, established to protect the individual from potential infringements by the state itself and others. It exists within the legal confines intended to safeguard everyone's freedom. The right to a fair trial emerges as a mechanism to protect the domain preserved by these legal limitations. It advocates for the impartial, public, and just resolution of legal conflicts that arise among individuals or between an individual and the state, facilitated by the designated state organs. As a distinctive, innate, and absolute right, the right to a fair trial serves as the safeguard for all other rights and freedoms individuals possess in the modern world, acting as a criterion for the legitimacy of political systems.

Keywords

Right to Fair Trial, Individual Freedom, Punishment, State, Equality, Law, Legal Dispute, Legitimacy, Property, Social Contract, Compensation.

GİRİŞ

Liberalizm açısından en temel değer olan bireysel özgürlük ilkesi¹ bireylerin karar ve eylemlerinde başkasının keyfi iradesine ve keyfi zorlamasına tabi olmadığı bir duruma karşılık gelmektedir². Sınırsız bir özgürlüğün gerçek anlamda bir özgürlük olamayacağına yönelik savlar³ reddedilemez gerekçelere dayanmaktadır. Gerçek ve ideal bir özgürlük düzenine erişebilmenin yolu, özgürlüğün onu koruyabilmek için sınırlanmasından geçmektedir⁴. Özgürlüğün esasen onu koruyabilmek için sınırlanması devletin üç temel faaliyetinden biri olan hukuk oluşturmak (yasama) yoluyla gerçekleşmektedir⁵. Sınırsız bir özgürlük durumunda bireyin sahip olduğunu düşündüğü hak ve özgürlüklerin kullanımı esnasında bir itirazla muhatap olması durumunda geri adım atmasını kendisinden beklemek doğru olmayacaktır. Bireyin herhangi bir hakkına veya özgürlüğüne yönelik bir tehdit veya itiraz karşısında direnç gösterdiği bir senaryonun ise itirazda ya da tehditte bulunan bireylerle arasında bir çatışmaya, toplumsal düzenin selameti ve nihayetinde bireyin özgürlüğü için bir tehlikeye dönüşmeyeceğinin hiçbir garantisi bulunmamaktadır⁶. Dolayısıyla ideal ya da ideale en yakın özgürlük düzeninin sürdürülebilmesi için tek başına özgürlüğün sınırlanması ya da daha doğru bir ifadeyle hukukun oluşturulması yeterli değildir. Ayrıca sınırlandırılan alanın etkin bir biçimde korunması gerekir.

¹ **Sally, Razeen** (1998) *Classical Liberalism and International Economic Order: Studies in Theory and Intellectual History*, London and New York, Routledge, s.17.

² Çağdaş öğretilerde dahi özgürlük tanımı genellikle ünlü düşünür John Locke'un "Second Treatises of Government" adlı eserinde kaleme aldığı bu doğa hali tasvirinden hareketle yapılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bakınız: **Acemoğlu, Daron / Robinson, James A.** (2019) *The Narrow Corridor: States, Societies, and the Fate of Liberty*, New York, Penguin Press, s.xi.

³ **Rawls, John** (1971) *A Theory of Justice*, New York, The Belknap Press of Harvard University Press, s.224. Ayrıca bakınız: **Brandal, Nik / Bratberg, Øivind / Thorsen, Dag Einar** (2013) *The Nordic Model of Social Democracy*, New York, Palgrave Macmillan, s.4.

⁴ **Hayek, Friedrich August von** (1978) *The Constitution of Liberty*, Chicago, University of Chicago Press, s.148. Ayrıca bakınız: **Brandal / Bratberg, / Thorsen**, s.4.

⁵ **Hayek**, s.148.

⁶ **Locke, John** (1980) *Second Treatise of Government*, Indianapolis & Cambridge, Hackett Publishing Company, Inc, s.14.

Liberal düşünörlere göre devlet olarak adlandırdığımız politik örgütlenme biçimi, bireysel özgürlüğü korumak için gerekli olan bu sınırlamanın nasıl yapılacağı, sınırlandırılmış alanı kimin koruyacağı, sınırın nerede olduğu konusunda bir çekişme ortaya çıktığında bu çekişmeyi kimin çözümleneceği gibi kaygılardan doğmuştur⁷. Devlet, bu ödevi üç temel işleyle; hukukun oluşturulması, tatbiki (yargı) ve gereklerinin yerine getirilmesi yoluyla gerçekleştirmektedir. Liberraller, ideal bir devlet modelinin sadece hukuki ihtilafları çözmekle sınırlı olarak faaliyet gösteren bir devlet olduğunu, devletin tüm işlevinin uyuşmazlık çözüme hasredilmesinin gerekli ve meşru olduğunu savunmaktadır⁸. Bu yargıdan hareketle devletin en temel ödevinin ve kuruluş sebebinin bireylerin doğal haklarından olan bireysel özgürlüğü⁹ bireysel özgürlüğün bir uzantısı olarak da “hak arama özgürlüğünü” ve “adil yargılanma hakkını” korumak olduğu savunulabilir¹⁰.

⁷ **Nozick, Robert** (1974) *Anarchy, State, and Utopia* Oxford, Blackwell Publishers Ltd., s.59.

⁸ **Nozick**, s.26-28.

⁹ Öğretide bazı filozoflar, insanların sırf insan olmaları nedeniyle doğal olarak birtakım haklara sahip olduğu yönündeki doğal haklar teorilerine karşı çıkmakta ve gerçek anlamda bir hakkın ancak hukuken düzenlenmiş bir normdan kaynaklanabileceğini, hukuken tanınmayan normatif içeriklerin ise bir hak olamayacağını öne sürmektedir. Bu yöndeki görüşler genellikle hukuki pozitivistler tarafından savunulmakta ve doğal hakların ya da etik hakların -insan haklarının dahi hukuken tanınmadıkça doğrudan- hukuki incelemenin ve uygulamanın konusu olamayacağı tezini içermektedir. Örneğin ünlü pozitivist H.L.A. Hart insanların tek doğal hakkının eşit bir biçimde özgürlük olduğunu ileri sürmektedir. Ayrıntılı bilgi için bakınız: **Hart, H. L. A.** (1955) “Are There Any Natural Rights?”, *The Philosophical Review*, C: 64, S: 2, s.175. Ayrıca düşünür insan haklarının da mevcut hukuk kuramı içerisinde tanınmayacağı kanaatindedir. Bu doğrultuda bakınız: **Hart, H.L.A.** (1993) *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, s.158. Ancak söz konusu tartışma bu çalışmanın kapsamı dışında kaldığından oldukça güçlü gerekçeleri bulunsa dahi ayrıntılarına yer verilmeyecek ve liberal felsefenin çoğunluğu tarafından kabul edilen doğal haklar teorileri, bu çalışma kapsamında dile getirilecek savlar açısından dayanak olarak esas alınacaktır.

¹⁰ Bu yargıdan hareketle bireysel özgürlük ilkesinin yalnızca hak arama özgürlüğüne ve adil yargılanma hakkına kaynak teşkil ettiği gibi yanılıgılı bir sonuca ulaşılmamalıdır. Bireysel özgürlük ilkesi hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı yanında birçok hak ve özgürlüğün türetildiği bir kaynak niteliğindedir. Bireysel özgürlük ile hak arama hürriyeti arasındaki ilişki ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Çağdaş devletlerin liberal idealin çok uzağında olduğunu belirtmek kaçınılmaz bir zorunluluktur¹¹. Ancak adil yargılanma hakkının bireylerin sahip olduğu diğer tüm hakların, bu bağlamda hukukun neyi gerektirdiği konusunda son sözün söylendiği süreç olan yargılama sürecinin güvencesi olması, bireysel özgürlüklerin korunması konusunda yargısal işlevin önemini artırmaktadır. Liberal teori açısından devletin en temel ödevi ve varlığının başta gelen gerekçelerinden biri olarak adil yargılanma hakkının gerçekleştirilmesi ihtiyacı, yargılama faaliyetini, diğer devlet faaliyetlerine nazaran ön plana çıkarmaktadır¹². Öyle ki bu durum çağdaş devletlerde meşruiyetin en asli kaynağı olarak hukuka (yasama faaliyetine) ve özellikle hukukun tatbikine (yargı faaliyetine) dikkati yoğunlaştırmaktadır. Hukukun tatbiki ise ancak adil bir biçimde gerçekleştirildiğinde kendisinden beklenen sonuçları sağlayacaktır.

Bu çalışmada ilk bölümde liberalizmin kurucusu olarak nitelendirilen ünlü düşünür John Locke'un (1632-1704) toplum sözleşmesi kuramından hareketle oluşturduğu sadece bireysel hak ve özgürlükleri korumakla görevli olan ideal bir minimal devlet tasviri ve bu devletin ortaya çıkışı açıklanacaktır. Ayrıca devletin bireysel özgürlüğün korunması bağlamında üstlendiği görevler ile bu görevleri

¹¹ **Mises, Ludwig Von/Raico, Ralph** (1985) *Liberalism In The Classical Tradition*, San Francisco, California, Cobden Press, s.2.

¹² Devletin varlık gerekçesine veya faaliyetlerinin kapsamına ilişkin görüşler bu çalışmanın kapsamının hayli üstündedir. Ancak öğretilerde Neoliberalizm, Liberteryanizm gibi çeşitli biçimlerde adlandırılan ve yirminci yüzyılda Klasik Liberalizmin güncel bir yorumunu içeren akımın Ludwig von Mises, Friedrich August von Hayek, Robert Nozick, Michael Levin, ve Ayn Rand gibi birçok önemli temsilcisine göre devletin tek meşru görevi bireyleri keyfi ve rastlantısal zora karşı korumak olmalıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız: **Block, Walter** (2004) "The Libertarian Minimal State?: A Critique of The Views of Nozick, Levin, and Rand", *The Journal of Ayn Rand Studies*, C: 4, S: 1, s.141 vd. Ayrıca bakınız: **Sampson, Geoffrey** (1978) "Liberalism and Nozick's `Minimal State", *Mind*, C: 87, S: 345, s.93 vd. Ne var ki klasik liberalizmin bu görüşü bir olana değil olması gerekene işaret etmektedir. Nitekim çağdaş devletlerin liberal teorinin savunduğu modelin oldukça uzağında olduğu tartışma dışıdır. Bununla birlikte hangi tüm modern devletler bakımından hâkimiyeti altındaki bireyleri mutlak surette keyfi zora karşı korumak kaçınılmazdır. Ayrıca Locke'un kuramında da adaletin gerçekleştirilmesi ihtiyacının siyasal topluma geçişin gerekçesi olduğuna ilişkin bir görüş için bakınız: **Mattie, Sean** (2005) "Prerogative and the Rule of Law in John Locke and the Lincoln Presidency", *The Review of Politics*, C:67, S:1, s.83.

yerine getirebilmek için gerçekleştirdiği bireyler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözmeye ve gerektiğinde bireylere yönelik cezalandırmada bulunma faaliyetleri incelenecektir. İkinci bölümde ise devletin en önemli işlevi olarak adil yargılanma hakkının anlamı ve kapsamı belirlenecektir. Daha sonra üçüncü bölümde adil yargılanma hakkının neden diğer hakların güvencesi olarak öne sürüldüğü ve hiçbir biçimde taviz verilemez bir hak olduğu ortaya konulacaktır. Ayrıca bu bölümde ortaya konulan liberal minimal devlet kuramı ve güncel müktesebat ışığında adil yargılanma hakkının temel hak boyutu ve neden bir insan hakkı olduğu, önemi, devletin ortaya çıkışında sahip olduğu etki, işlevi ve niteliği ile insan hakları içerisindeki yeri tespit edilecektir. Sonuç bölümünde adil yargılanma hakkının temel bir insan hakkı olarak gerekçelendirilmesi ve bireysel özgürlüğün korunmasının, gerçekleştirilmesinin bir gereği olarak devletin kuruluşunda sahip olduğu etki ortaya konulacaktır.

I. TOPLUM SÖZLEŞMESİ KURAMI VE SÜREKLİ BİR HAKEM OLARAK DEVLETİN ORTAYA ÇIKIŞI

A. GENEL OLARAK

Liberalere göre devletin asli görevi bireysel özgürlüğü korumaktır. Bireysel özgürlüğün korunması bağlamında devletin bireyler arasında meydana gelen uyuşmazlıkları çözmeye konusunda sahip olduğu işlevin ve daha doğru bir nitelendirmeyle görevin¹³ dayanağı, niteliği, kapsamı, usulü ve sonuçları konusunda oldukça tutarlı tespitleri ortaya koyanların başında toplum sözleşmecileri olarak adlandırılan düşünürler gelmektedir¹⁴. Toplum sözleşmecileri ideal bir durum veya bir tür kargaşa durumu olarak nitelendirdikleri doğa durumunun insanın özcü doğası ve güvenlik arayışı nedeniyle sürdürülemez olduğu varsayımından hareketle birey özgürlüğü ve güvenliğini önceleyen istikrarlı ve sürdürülebilir bir sistem ihdas etme kaygısındalardır¹⁵. Örneğin ünlü İngiliz düşünür Thomas Hob-

¹³ **Locke** (1980) s.65; **Nozick**, s.152; **Hobbes, Thomas** (1651) *Leviathan the Matter Forme and Power of A Common Wealth Ecclesiasticall and Civil*, London, Andrew Crooke, s.65.

¹⁴ **Kapani, Münci** (1993) *Kamu Hürriyetleri*, Ankara, Yetkin Basımevi, s.30.

¹⁵ **Hobbes**, s.205; **Locke** (1980), s.65.

bes'a (1588 - 1679) göre doğa durumu herkesin herkesle çatıştığı bir tür kargaşa haliyken¹⁶ yine bir başka ünlü İngiliz düşünür John Locke'a göre ise her an bozulabilir ideal bir barış ortamıdır¹⁷. Ancak her iki düşünür de doğa durumunun sürdürülemez olduğu kanaatindedir¹⁸. Toplum sözleşmecilerine göre doğa durumunda bireylerin hak, özgürlük ve güvenlikleri her zaman saldırı tehlikesi altındadır¹⁹. Doğa durumunda bireylerin sahip olduğu hakların ve özgürlüklerin her zaman bir başkası tarafından meşru bir gerekçeye dayanmaksızın keyfi ve rastlantısal olarak ihlal edilebilecek olması onları bir araya getirerek kurmaca bir sözleşmeyle politik toplumu inşa etmelerini sağlamıştır²⁰. Böylece bireylerin doğa durumunda sahip oldukları özgürlüklerini ve var olan barış ortamını korumak için inşa ettikleri politik toplum adına "devlet" denilen ve belirli görevleri yerine getirmekle yükümlü kılınan bir organizasyon biçimiyle cisimleşmiştir²¹.

¹⁶ Bakınız: **Hobbes**, s.76-79. Ancak her iki düşünür de doğa durumunun sürdürülemez olduğu kanaatindedir. Bu konuda bakınız: **Locke**, (1980) s.14.

¹⁷ **Locke** (1980), s.8.

¹⁸ **Locke** (1980), s.14.

¹⁹ **Hobbes**, s.205.

²⁰ Öğretide toplum sözleşmesi kuramları olarak adlandırılan modern toplumsal yaşamın ve devletin nasıl ortaya çıktığına ilişkin teorileri inceleyen ikincil literatür, genellikle, bu düşünürlerin bireylerin politik toplumu inşa etme biçiminde bir amaçla bir araya geldiğini savunmadıklarını, toplum sözleşmelerinin kurmaca bir biçimde oluşturulduğunu düşündüklerini öne sürmektedir. Ayrıntılı bilgi için bakınız: **Morris, Christopher W.** (1999) *The Social Contract Theorists : Critical Essays On Hobbes, Locke, and Rousseau Critical Essays On the Classics*, New York, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., s.127. Ancak tam olarak bir medeni sözleşme akdetme biçiminde olmasa dahi bazı toplumlarda modern politik sistemleri ve toplumsal yaşamı oluşturanlar büyük ölçüde toplum sözleşmecilerinin iddia ettiklerine benzer bir biçimde bir araya gelerek bir tür irade mutabakatında bulmuşlardır. Bu manada erken modern döneme ait bir politik gelişme ve mutabakat olarak adlandırılan ve İngiltere'de Kral ile Lordlar arasında akdedilen "Magna Carta Libertatum" (1215) adlı sözleşme büyük ölçüde bu türden bir toplum sözleşmesidir. Nitekim bu çalışmada inceleme konusu olan "adil yargılanma hakkı" da tarihte ilk defa bir toplumda bu sözleşmeyle güvence altına alınmak istenmiştir. Bakınız: **Jr., Lewis F. Powell** (1965) "The Right to a Fair Trial", *American Bar Association Journal*, C: 51, S: 6, s.534.

²¹ Tüm toplum sözleşmecileri için devlet ortak bir araçtır. Klasik toplum sözleşmecileri olarak nitelendirilebilecek Hobbes, Locke, Rousseau ve çağdaş sözleşmecilerden John Rawls (1921 - 2002) gibi düşünürlerin kuramında bireyler arasında akdedilen sözleşmeyle kurulan devlet birey hak ve özgürlüklerini korumanın ve gerçekleştirilmenin başat aracıdır.

B. JOHN LOCKE'UN TOPLUM SÖZLEŞMESİ KURAMI VE BİREYSEL ÖZGÜRLÜĞÜN KORUYUCUSU OLARAK DEVLET

1. Doğa Hali, Siyasal Toplum ve Bireysel Özgürlüğün Koruyucusu Olarak Devletin Ortaya Çıkışı

Toplum sözleşmesi kuramcıları arasında politik toplumun bireyler arasında ortaya çıkabilecek uyumsuzlukları çözmeye görevi konusunda oldukça önemli tespitlerde bulunan düşünürlerden birisi liberalizmin öncüsü John Locke'tur. Locke, Sir Robert Filmer'in (1588 - 1653) "Patriarcha and Other Political Works" (Ataerki ve Diğer Siyasal Konular)²² adlı eserindeki görüşlerine²³ karşı eleştirilerinden hareketle oluşturduğu politik teorisini ortaya koyduğu "Two Treatises of Government"²⁴ (Hükümet Üzerine İki İnceleme) adlı eserini kaleme alırken içinde bulunduğu dönemin koşullarından yoğun biçimde etkilenmiştir²⁵. Locke bu eserde "1688 Muhteşem Devrimi" ne bir savunuyu oluşturmak²⁶ ve mutlak monarşiye karşı direnişi teşvik ederek özgürlük esaslı bir düzene teorik ve fiili bir destek sağlamak istemiştir²⁷. Düşünür söz konusu eserin birinci bölümünde Filmer'in hükümdarın yönetme hakkının mutlak ve ilahi olduğuna yönelik görüşlerine karşı eleştirilerini ikinci bölümünde kendi teorisini ortaya koymuştur²⁸. Locke'a göre Tanrı kimseye Filmer'in iddia ettiği gibi bir başkası üzerinde

²² Eserin adının Türkçe 'ye çevirisi yazara aittir.

²³ Genel olarak bakınız: **Filmer, Robert / Laslett, Peter** (2017) Patriarcha and Other Political Works, New York, Routledge.

²⁴ Ünlü İngiliz düşünür ve toplum kuramcısı John Locke'un siyasal teorilerini oluşturduğu "First Treatise of Government" ve "Second Treatise of Government" adlı eserleri "Two Treatise of Government" başlığı altında birleştirilerek de yayınlanmıştır. Bu konuda bakınız: **Locke, John** (2003) Two Treatises of Government, Cambridge, Cambridge University Press. Düşünürün eserlerinin ilki Filmer'in eleştirisini, ikincisi ise kendi politik teorisi olan toplum sözleşmesini içerir. Öğretide Filmer'in eleştirileriyle ilgili ilk eser daha çok "Two Treatise of Government" olarak toplum sözleşmesi ise "Second Treatise of Government" olarak incelenmektedir.

²⁵ **Parry, Geraint** (1978) John Locke, Boston & Sydney, George Allen And Ulwin, s.5.

²⁶ **Hayek**, s.170.

²⁷ **Schwoerer, Lois G.** (1990) "Locke, Lockean Ideas, and the Glorious Revolution", Journal of The History of Ideas, C: 51, S: 4, s.532.

²⁸ **Boswell, Terry / Chase-Dunn, Christopher** (2000) The Spiral of Capitalism and Socialism, London, Lynne Rienner Publishers, s.58.

mutlak bir otorite veya yönetme hakkı bahsetmemiştir. Egemenliğin veya yönetme yetkisinin kaynağı ilahi bir buyruk veya Tanrı'nın iradesi değil, yönetilenlerin yönetenin kendilerini yönetmesine göstermiş oldukları rızadır²⁹. Locke'a göre toplumsal düzen için oldukça önemli olan politik yönetimin meşruiyeti, yönetilenlerin, yönetenin onları yönetmeye hakkı olduğuna ilişkin kabulleriyle ilgilidir ve bunun dışında hiç kimsenin tanrısal bir lütuf veya benzer bir gerekçeyle başkalarına hükmetme yetkisi yoktur³⁰.

Locke toplum sözleşmesi kuramının esaslarını ortaya koyduğu “Second Treatise of Government”³¹ adlı eserinde insanların politik toplumu oluşturmadan önce doğa hali olarak nitelendirdiği bir durumda yaşadıkları varsayımına dayanmaktadır. Locke özgürlüğün en saf biçiminin mevcut olduğunu öne sürdüğü doğa halini “... tüm insanların doğal olarak içinde buldukları durum, tabiat kanunları çerçevesinde, başkasından izin istemeden ve başkasının iradesine bağlı kalmaksızın, uygun gördükleri şekilde eylemlerini düzenleyebildikleri sahiplikleriyle kişilikleri üzerinde tasarrufta bulunabildikleri ve mallarını elden çıkarabildikleri mükemmel bir özgürlük durumu...”³², olarak betimlemektedir. Locke'a göre bu tür bir yaşam insan doğası ile uyumlu ve oldukça ideal niteliktedir. Fakat doğa durumunda hâkim olan bu barış ortamı her bireyin sahip olduğu haklarla tartışmasız bir biçimde yetineceği anlamına gelmediğinden mutlak ve sonsuza dek sürdürülebilir bir barış durumuna işaret etmemekte, insanların özcü eğilimleri nedeniyle her zaman bozulabilme tehlikesiyle karşı karşıya bulunmaktadır. İnsanlar bu riski bertaraf etmek için sahip oldukları, haklarını koruma hakkını, bir araya gelerek oluşturdukları siyasal topluma devrederek adına devlet denilen siyasi örgütü kurmuşlardır³³. İnsanların doğal olarak sahip olduğu hak ve özgürlüklerinin bir kıs-

²⁹ Locke (1980), s.55

³⁰ Aaron, Richard I. (1955) John Locke, London, Oxford University Press, s.270.

³¹ Müstakil bir eser olarak da yayımlanan bu eser “Two Treatises of Government” adlı eserin ikinci bölümünü oluşturmaktadır.

³² Locke (1980), s.8

³³ Benzer yönde bir görüş için bakınız: Simmons, A. John (1991) “Locke and the Right to Punish”, Philosophy & Public Affairs, C: 20, S: 4, s.318. Düşünür, hükümet altındaki yaşam, en azından büyük ölçüde suçluların haklı olarak cezalandırılması için geliştirilmiş prosedürler

mını siyasi topluluk oluşturmak için feda etmeleri gerekli ve adildir, bu fedakârlık her katılan için zorunlu ve karşılıklı olup yeni oluşan topluluğun yurttaşları olarak onlara topluluğu oluşturan diğerlerinin çalışmasından, yardımından ve katkısından yararlanacakları “birçok olanak” sağlamaktadır³⁴. Locke’a göre bireylerin bir kısım haklarını feda ederek siyasal topluluğa katılmalarının en temel sebebi, aksi durumda feda ettiklerinden daha fazla haklarını tek başlarına doğa durumu koşullarında layıkıyla koruyamayacak olmalarıdır³⁵

Doğa durumuna ilişkin tasvirde de anlaşılacağı üzere, insan yaşamı için ideal olan böyle bir düzenin en baskın özelliği herkesin özgür ve eşit olmasıdır. Doğayla ideal bir politik düzenin de tıpkı doğa durumundaki gibi herkesin özgürlüğünü ve birbiriyle eşitliğini koruması gerekir, bu insan doğasının gereğidir.

Doğa durumunda özgürlük ve eşitlik yanında insanların varlığını sürdürmek ve geliştirmek için sahip olduğu bazı doğal hakları da mevcuttur³⁶. Bu doğal hakların başında yaşam hakkı ve onun olmazsa olmaz bir şartı olan mülkiyet hakkı gelmektedir. Locke’un toplum sözleşmesi kuramında esaslarını ortaya koyduğu liberal minimal devleti³⁷ üç bileşen üzerine kuruludur. Düşünürün minimal devlet kuramında devletin asli görevini anlamak için öncelikle tüm politik felsefesinin en temel değeri olan bireysel özgürlük ilkesinin, doğa durumunda insanlar arasında var olan eşitliğin ve insan yaşamının refahının korunması, sürdürülmesi için olmazsa olmaz doğal bir hak olan mülkiyet hakkının kuramdaki yerine bakmak gerekir.

nedeniyle doğa durumundaki yaşama tercih edilir. Gerçekten de yürütme hakkının yurttaştan ortak yargıca (yani devlete) devredilmesi Locke’un sivil toplumu gerekçelendirmesi açısından o kadar önemlidir ki, zaman zaman siyasal toplumu bu geçişin gerçekleşmiş olması açısından tanımlar gibi görünmektedir demektir.

³⁴ **Gough, John Wiedhofft** (1956) *John Locke's Political Philosophy: Eight Studies*, London, Oxford University Press, s.28.

³⁵ **Locke** (1980), s.52.

³⁶ **Ward, Lee** (2009) “Locke on Punishment, Property and Moral Knowledge”, *Journal of Moral Philosophy*, C: 6, S: 2, s.220.

³⁷ Minimal devlet kavramını ilk defa Locke’un takipçilerinden Robert Nozick, “Anarchy, State and Utopia” (Anarşi, Devlet ve Ütopya) adlı eserinde kullanmıştır.

Çağdaş öğretilerde dahi oldukça güçlü bir biçimde benimsenen ve Locke'un tasvirinden hareketle esasları ortaya konulan bireysel özgürlük ile rasyonel bir özne olarak bireyin karar ve eylemlerinde yalnız kendi iradesine tabi olması kastedilmektedir. Özgür bir özne olarak bireyin karar ve eylemlerinde başkasının otoritesine veya emirlerine tabi olmaması, iradesine uygun olarak eylemde bulunurken bir başkası tarafından keyfi ve rastlantısal olarak uygulanan herhangi bir zorlamaya muhatap olmamasının şart olduğu savunulmaktadır³⁸. Bireysel özgürlük rasyonel bir özne olarak bireyin kendi refahını en iyi takdir edecek otorite olduğu kabulü üzerinde yükselir. Bu bağlamda bireyin kendi karar ve eylemleriyle öz refahının ve buna bağlı olarak toplum refahının en mükemmel bir biçimde gerçekleştirebileceği varsayımından hareketle bireysel özgürlük ideal yaşamın temel değeri olarak savunulmaktadır. Liberal öğretilerde uzunca bir süre zorlamadan bağımsızlık olarak algılanan özgürlük durumunun zamanla yalnız negatif değil ayrıca bireyin iradesi yönünde eylemde bulunmaya ilişkin temel olanaklara sahip olmayı da içeren pozitif bir içeriğe de sahip olduğu kabul edilmiştir³⁹. Özellikle Isaiah Berlin'in (1909 - 1997) adlı bir açılış dersinde dile getirdiği görüşlerini kaleme aldığı "Two Concepts of Freedom: Romantic and Liberal" (İki Özgürlük Kavramı: Romantik ve Liberal) başlıklı makalesinin yayınlanmasıyla bu eğilim pekişmiştir. Berlin'den sonra özgürlük artık bireyin zorlamadan korunması boyutuyla "bir şeyden özgürlük" (freedom from) ve iradesine uygun eyleyebilme olanağı boyutuyla "bir şeye özgürlük" (freedom to) olmak üzere iki boyutlu bir biçimde ele alınmaya başlamıştır⁴⁰.

³⁸ **Aaron**, s.276; Ayrıca genel olarak bakınız: **Berlin, Isaiah** (2002) *Liberty: Incorporating Four Essays on Liberty*, New York, Oxford University Press.

³⁹ **Berlin**, (2002) s.166 - 217. Berlin 'in 31 Ekim 1958'de Oxford Üniversitesi'nde verdiği efsanevi açılış dersi daha sonra Oxford Calerendoron yayınevi tarafından 56 sayfalık bir el kitabı olarak basılmıştır. Daha sonra düşünürün söz konusu derste dile getirdiği görüşleri kendisi tarafından ortak yazarlı "*Liberty: Incorporating Four Essays on Liberty*" adlı kitapta "*Two Concepts of Liberty*" adlı bir bölüm altında yayınlanmıştır. **Berlin**, (2002) Yine düşünür özgürlük konusundaki fikirlerini "*Political Ideas in the Romantic Age: Their Rise and Influence on Modern Thought*" adlı ortak yazarlı kitapta "*Two Concepts of Freedom: Romantic and Liberal*" bölümü altında kaleme almıştır **Berlin** (2002), s.178.

⁴⁰ **Berlin** (2002), s.166 - 217.

Berlin'in özgürlük kavramının içeriğine yeni bir unsur eklemeyen ancak muhtevasını yeniden ve tam manasıyla keşfeden eseri hem toplum sözleşmesi hem de adil yargılanma hakkı kapsamında oldukça önemli açıklamalara elverişlidir. Zira ileride ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere özgürlüğün negatif boyutu bireye yönelik zorlamaları menederken, pozitif boyutu ise bireyin zorlamalara karşı koyarak hakkını koruyabilme hakkının ahlaki temelini oluşturmaktadır. Bireyler sahip olduğu pozitif özgürlük sayesinde diğer bireylerle bir araya gelebilmekte, doğal olarak sahip oldukları haklarını koruma hakkını daha doğrusu bu konuda zor kullanma yetkisini kendi oluşturdukları siyasal topluma devrederek adına "devlet" denilen kurumu kurma cihetine gidebilmektedir. Yine çağdaş dünyada birey, özgürlüğün pozitif boyutu sayesinde devlete başvurarak haklarını aramaya ve korumaya yönelik hakkını kullanarak adil yargılanmayı ve var olduğunu düşündüğü olası ihlale karşı haklarını korumayı talep edebilmekte, böylece özgürce eylemde bulunabilmesinin koşullarını korumayı sağlamaktadır. Zira klasik liberal öğretiden pozitif özgürlük devlete bireye maddi olanaklar sağlama ödevi yüklemese dahi bireyin otonom doğasının ve iradesine uygun eyleme olanağının korunmasını gerektirmektedir⁴¹.

Doğa durumunda var olan eşitlik ile hiç kimsenin bir başkasının otoritesine tabi olmaması yanında müteakabiliyetin gereği olarak kimseyi de kendi otoritesi altına alamayacağı ve kimse üzerinde üstün bir güç kullanma iddiasına sahip olamayacağı kastedilmektedir⁴². Herkesin eşit olması sahip olduğunu düşündüğü haklarını koruma ve gerektiğinde zor kullanma konusunda da eşit haklara sahip olmasını netice verir. Eşitliğin gereği olarak bir hakkın varlığı, yokluğu veya kapsamı gibi konularda bireyler arasında bir uyuşmazlık yaşandığında, uyuşmazlığın taraflarından hiç birisinden karşısındakinin iddialarını kabul etmesini ve onun taleplerine razı olmasını beklemek mümkün olmayacaktır. Doğa durumunda böyle bir sorunun nasıl aşılacağına yönelik olası senaryoların son eşikte çatışmayla sonuçlanması bireyleri politik toplumu kurmaya sevk etmiştir.

⁴¹ **Taylor, Charles** (1979) "What's Wrong with Negative Liberty?", Ryan, Alan (Editör), *The Idea Freedom: Essays in Honour of Isaiah Berlin*, Oxford, Oxford University Press, s.179.

⁴² **Grant, Ruth W.** (1987) *John Locke's Liberalism*, Chicago, The University Of Chicago Press, s.66.

Locke'un doğa durumuyla ilgili belirtilmesi gereken önemli bir husus da doğa durumunun insanların hiçbir sınırlamayla mahdud olmayıp serbestçe hareket ettikleri bir kargaşa ortamı olmadığıdır. Doğa halinde yaşayan insanın durumunun iki özelliği olan eşitlik ve özgürlük tüm insanlığın faydalanmasını emreden doğal bir yası içerir⁴³. Bu bağlamda Locke doğa durumunda yaşayan insanların eylemlerini sınırlayan ve düzeni sağlayan bir doğal hukukun varlığından bahsetmektedir. Düşünre göre doğa durumunda insanlar barış ve iyi niyet içerisinde yaşamakta olup, eylemlerini doğa hukukunun "gereklere uygun olarak sahip oldukları akıl, bilgi ve tecrübeyle gerçekleştirmektedir"⁴⁴. Locke doğa yasasını herhangi bir kanun koyucunun vaaz ettiği hukuk ya da yasa olarak değil, aklın yasalarıyla ulaşılabilecek bir tür doğal hukuk olarak nitelemektedir. Bunu

"... doğa durumunun kendisini yöneten ve herkesi yükümlü kılan bir doğa yasası vardır: ve o yasa olan akıl, kendisine danışmaktan başka bir şey istemeyen tüm insanlığa, tamamen eşit ve bağımsız olarak, hiç kimsenin bir başkasının yaşamına, sağlığına, özgürlüğüne veya mülküne zarar vermemesi gerektiğini öğretir.

... Sadece kendisine danışacak olan insanlara şunu öğretir: Herkes eşit ve bağımsız olduğundan, hiç kimse diğerinin yaşamına, sağlığına, özgürlüğüne ya da malvarlığına zarar vermemelidir. Hepimizin benzer yeteneklerle donatılmış olarak bir doğa topluluğuna katılmış olmasından dolayı, aramızda, daha alt düzeydeki yaratıkların kullanımımıza sunulması gibi, sanki birimiz diğerine hizmet etmek için yaratılmış gibi birbirimizi yok etme yetkisini verecek bir tabiiyet ilişkisi olduğunu varsayamayız.

Her insan kendini korumak ve mevcut konumundan gönüllü olarak vazgeçmemek zorunda olduğundan, aynı nedenle, kendi varlığını tehlike içine sokmuyorsa, becerebildiği kadar diğer insanların varlığını korumalı ve amaç, bir suçluya adaleti uygulamak değilse, başkasının yaşamının korunması hakkı-

⁴³ Grant, s.65.

⁴⁴ Aaron, s.276.

*na, başkasının özgürlüğüne, sağlığına, organlarına ya da mallarına yönelmemeli; başkasının yaşamını almamalı, yaşamına zarar vermemelidir...”*⁴⁵,

diyerek açıklamaktadır.

Locke'un doğa durumunun dayanağı ve güvencesi olan doğa yasası, kuramında önemli bir yere sahiptir. Doğa yasası akıl, irade ve sorumluluk sahibi bir varlık olarak insanın davranışlarına rehberlik edecek ve onu kargaşadan koruyarak düzen ve barış içerisinde yaşamasını sağlayacak bir araçtır. Doğa yasası insanın ahlaki eylemde bulunmasının hem rehberi hem de gerekçesidir. Düşünür oldukça çeşitli gerekçelerle varlığını kanıtlamaya çalıştığı doğa yasasının aynı zamanda ahlaki bir içeriğe ve gerekliliğe sahip olduğu ve akıl ile ulaşılabilir mutlak bir buyruk olduğu inancındadır. Daha doğrusu Locke'a göre doğa yasası kuramında oldukça önemli bir yere sahip olan aklın karşılığıdır⁴⁶.

Doğa yasası aynı zamanda insanların barış, huzur ve güven içinde yaşayabilmeleri için haklı bir gerekçe olmadıkça birbirlerine zarar vermesini ve başkalarının özgürlüğünü ihlal etmesini ve haklarını çiğnemesini menetmektedir. Bu doğa durumunda var olan özgürlük ve eşitlikten kaynaklanan mantıki bir zorunluluktur. Hakkına yönelen bir ihlal veya müdahale durumunda bireyin haklarını koruması ise yine aklın ve doğa yasasının bir gereğidir. Ancak zaman zaman bireylerin sahip olduğu haklara veya bu hakları özgürce kullanabilmelerine yönelik iradelerine üçüncü kişiler tarafından müdahaleler gündeme gelmektedir. Doğa yasası bireysel özgürlüğün gereği olarak bireylerin haklarına yönelen saldırıları her türlü imkânı kullanarak menetme hakkını içerir. Aksi takdirde hiç kimsenin koruyamadığı bir hakka gerçekten sahip olduğu iddia edilemeyeceği için doğa yasasının varlığının hizmet edeceği bir amaçtan da bahsedilemeyecektir. Ayrıca bireyin hakları varlığını korumasının araçları olduğu için aksini kendinden beklemek varlığını tehlikeye atmasını veya ortadan kaldırmasını istemek anlamına gelecektir.

⁴⁵ Locke (1980), s.9.

⁴⁶ Locke (1980), s.9.

Doğa yasası haklara sahip olma konusunda olduğu gibi, sahip olunan hakları koruma konusunda da tüm bireylere eşit yaklaşmaktadır. Korumanın devreye girdiği ihlal iddiasının gerçek anlamda bir ihlal olup olmadığı baştan belirsizdir. Her ihlal iddiası birden fazla süje arasında bir hakkın varlığı, yokluğu veya kapsamı konusunda bir uyuşmazlık anlamına geldiğinden tarafların hiçbirinden hakkını korumaktan sarfi nazar etmesini beklemek mümkün olmayacaktır. Birden fazla taraf arasında ortaya çıkan bir uyuşmazlık tarafların anlaşmalarıyla çözülmezse taraflardan birinin zor kullanmadan uyuşmazlığı ortadan kaldırması, tutarlı ve doğa yasasına uygun bir yöntem ile mümkün olmayacaktır. Ayrıca bu uyuşmazlığı çözme yetkisinin taraflardan birisine ait olması demek, son tahlilde, onun kendi iradesini karşı tarafa kabul ettirmesi anlamına gelecektir. Böyle bir sonucun zora başvurmadan elde edilmesi pek mümkün değildir. Bir an için aksinin mümkün olduğu düşünülse dahi hiç kimsenin aynı zamanda kendi tarafı olduğu uyuşmazlıkta doğru karara ulaşabileceğini, tarafsız kalabileceğini kabul etmek mümkün olmadığından sonuçta diğer tarafın özgürlüğü ihlal edilecek ve verilen karar meşru olmayacaktır⁴⁷. Nitekim en küçük bir uyuşmazlığın bile bireyin doğrudan yaşamına yönelen bir uyuşmazlıkla arasında pek önemli bir fark yoktur⁴⁸; daha doğrusu her uyuşmazlık son tahlilde bireye yönelen risk açısından aynı raddeye ulaşabilecektir. Netice olarak uyuşmazlığın tarafları haklarına yönelen ihlali menetme konusunda -aralarında var olan uyuşmazlığın çözümüyle ilgili kendi tezinin kabulü hususunda- eşit hakka sahip olduklarından ihlal iddialarının çatışmaya dönüşmesi çoğu kere kaçınılmaz olacaktır⁴⁹.

2. Bireysel Özgürlüğün Koruyucusu Olarak Devletin Görevleri

Locke'a göre herkesin barış, hoşgörü ve iyi niyet içerisinde yaşadığı doğa durumu tek hakikat ve sonsuza dek sürdürülebilir istikrarlı bir durum olmaktan uzaktır⁵⁰. Böyle bir ortam insanların bencil olmalarından kaynaklı olarak sergiledikleri başkasının hakkını gözetmemek gibi çeşitli tutumlar nedeniyle yaşana-

⁴⁷ Locke (1980), s.12.

⁴⁸ Locke (1980), s.16.

⁴⁹ Locke (1980), s.14.

⁵⁰ Parry, s.97.

çak uyuşmazlıklarla her an bozulabilir⁵¹. Düşünürün her türlü uyuşmazlığı kapsayacak biçimde savaş hali olarak nitelediği bu tür durumlar herkesin özgürlük ve güvenliği için büyük bir tehlikeye işaret etmektedir⁵². İnsan yaşamı için ideal bir düzen olan doğa durumunun korunması herkesin yararınadır. Böyle bir riskten kaçınarak bireyler arasında husule gelen uyuşmazlıkları barışçıl ve kabul edilebilir yöntemlerle çözmek için uyuşmazlığın taraflarına eşit mesafede birine ihtiyaç vardır. Nitekim insanların doğa halinde yaşamayı sürdürmelerinin gerekçesi böyle bir otoritenin yokluğudur⁵³. Zira doğa hukukunda eşitliğin gereği olarak uyuşmazlığın tarafını oluşturanların hangisinin korunması gerektiği konusunda yargıya varacak otorite kimse kendi davasının yargıcı olamayacağından⁵⁴ uyuşmazlığın tarafları, hatta onlarla eşit olduğundan ve objektif davranarak tarafların birini kayıracığından emin olunamayacağı için üçüncü kişiler dahi olamayacaktır. Eşit olanlar arasında ortaya çıkan uyuşmazlığı taraflardan birinin veya onlara eşit bir üçüncü kişinin çözmesi, aleyhine sonuç doğan bakımından her durumda başkasının iradesini ve isteğini kabul etmek anlamına gelecektir. Bu durum uyuşmazlığın taraflarından aleyhine sonuç çıkanın bir başkasının otoritesine tabi olmasına ve özgürlüğünün ihlaline sebep olacaktır. Son tahlilde böylesine bir çözüm savaş hali olarak nitelendirilebilecek uyuşmazlık halinin ortaya çıkmasına ve doğa durumunun bozulmasına sebep olabilecektir. O halde ihtiyaç olan şey bireyler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkları onlara eşit mesafede durarak onlar adına bağlayıcı olabilecek bir biçimde çözecek tarafsız bir hakem veya otoritedir⁵⁵.

Locke'a göre doğa durumunun güvence altına alınması gerektiğine ilişkin ihtiyacın farkında olan insanlar bir araya gelerek bir toplumsal sözleşme akdetme ve tarafsız bir hakem olarak aralarındaki olası uyuşmazlıkları çözmek ve herkesin özgürlüğünü garanti altına almak için politik toplumu inşa etme cihe-

⁵¹ **Locke** (1980), s.14 vd.

⁵² **Aaron**, s.276.

⁵³ **Locke** (1980), s.15.

⁵⁴ **Locke** (1980), s.12-13.

⁵⁵ **Locke** (1980), s.16.

tine gitmişlerdir⁵⁶. Locke politik toplumun amacını “... insanlar, genel adıyla mülkiyet dediğim yaşamlarının, özgürlüklerinin ve mülklerinin karşılıklı korunması için” gönüllü olarak birleşirler...”⁵⁷ diyerek açıklamaktadır. Mülkiyeti ise en geniş anlamda bireyin yaşamı, özgürlükleri, malları, bedeni, iş gücü gibi hususları da kapsayacak biçimde kullanmaktadır⁵⁸.

Locke'a göre özel mülkiyet hakkı kendini koruma hakkının bir uzantısıdır⁵⁹. Locke'un politik felsefesinde, mülkiyet, özgürlüğün bir ön şartı olarak olmazsa olmaz bir yere sahiptir. İnsanın varlığını korumak ve geliştirebilmek için doğadan faydalanma, aşağı yaratıkları kullanma ve gerektiğinde onları yok etme hakkından doğan mülkiyet, insan için olmazsa olmaz bir ihtiyaç olup esasen insan refahının temelidir⁶⁰. Düşünür bu düşüncesini “... mülkiyet olmayan yerde adaletsizlik olmaz...” aforizmasıyla dile getirmektedir⁶¹. Locke için devletin temeli adalettir, adalet ise mülkiyetin korunmasıyla ilgilidir. Devlet eğer bireylerin mülkiyetini açık ve ağır bir biçimde ihlal ediyorsa devleti oluşturanların adil olmayan devlete karşı direnme hakları gündeme gelecektir⁶². Mülkiyet bireylerin doğa halinde sahip oldukları temel bir hak olup devlet tarafından yaratılamaz, aksine devlet kendisi onu korumak için yaratılır⁶³. Devlet sözleşmeye katılanlar

⁵⁶ Locke (1980), s.75 vd.

⁵⁷ Locke (1980), s.69.

⁵⁸ Locke (1980), s.44.

⁵⁹ Mabbott, John, D. (1973) John Locke. London & Basingstoke, Macmillan Education s.147.

⁶⁰ Mack, Eric (2009) John Locke, New York & London, Continuum International Publishing Group, s.142.

⁶¹ Locke bu görüşünü “... Mülkiyetin olmadığı yerde adaletsizlik de olmaz” önermesi Öklid'deki herhangi bir ispat kadar kesindir: Çünkü mülkiyet fikri her şey için bir haktır ve “adaletsizlik” adının verildiği fikir de işgal veya ihlaldir. Bu hakkın varlığına göre, bu fikirler ve onlara eklenen bu isimlerle, bir üçgenin üç açısının iki dik açıya eşit olması gibi, bu önermenin de doğru olduğunu kesinlikle bilebilirim...”, biçiminde dile getirmiştir. Bu konu da bakınız: Locke, John (1999) An Essay Concerning Human Understanding, Peter N. Hiddich (Editör), Pennsylvania, The Pennsylvania State University, s.540.

⁶² Snyder, David C., (1986) “Locke on Natural Law and Property Rights”, Canadian Journal of Philosophy, C:16, S:4, s.724.

⁶³ Gough, s.74.

tarafından doğa durumunu korumak üzere kurulmuş bir kurumdur ve bunun yolu da bireyler arasında ortaya çıkan çatışmaları onlar adına onların kabul edeceği usullerle çözümlenmesinden geçmektedir. Devletin görevi bireylerin sahip olduğu özgürlük ve haklarını kullanma ve koruma hakkını korumaktır ve belirli bazı alt ödevleri ihtiva etmektedir.

Locke'un kuramında doğa durumunda var olan barış halinin korunması asli hedef ve siyasi topluma geçişin gerekçesidir. Devletin uyuşmazlıkları çözebilmesi için sözleşmeyle kendisine verilen iktidarı nasıl kullanacağı, bu konuda sahip olduğu alt ödevlerle de ilgili olan yakından incelenmesi gereken önemli bir meseledir. Bu bağlamda öncelikle Locke'un devletin sahip olduğu siyasi iktidarı, “... mülkiyeti düzenlemek ve korumak için ölüm cezasını ve dolayısıyla diğer bütün daha hafif cezaları da içeren yasalar yapma; topluluğun gücünü bu yasaların uygulanmasında ve devletin dış zararlara karşı savunulmasında kullanma ve bütün bunları kamu yararı için yapma hakkı...”⁶⁴ diyerek açıkladığını belirtmek gerekir⁶⁵. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere Locke'un kuramında siyasi iktidar esasen doğa yasasının bireylere tanıdığı ve toplum sözleşmesiyle devlete devrettikleri haklarına yönelik ihlalde bulunanları cezalandırma hakkını içeren yasalar yapmakla (yasama) ve bu yasaları tatbik etmekle (yürütme) ve toplumu dış zararlara karşı korumakla (federatif güç) somutlaşmaktadır⁶⁶. Locke, meşru hükümetin kuvvetler ayrılığı fikrine dayandığını iddia eder⁶⁷.

Burada vurgulanması gereken önemli bir husus Locke'un bir devletin iktidarını oluşturan erklerin nelerden oluştuğuna ilişkin erkler ayrılığı olarak adlandırılan ilke bakımından özgün bir yaklaşım benimsediğidir. Bu bağlamda Locke'tan daha sonra Montesquieu tarafından geliştirilen ve çağdaş dünyada da baskın olarak benimsenen “erkler ayrılığı kuramı” bir devletin sahip olduğu iktidarın yasa-

⁶⁴ Locke (1980), s.10.

⁶⁵ Ward, Lee (2010) John Locke and Modern Life, New York, Cambridge University Press, s.110.

⁶⁶ Locke (1980), s.75 vd.

⁶⁷ Locke (1980), s.77 vd; Tuckness, Alex (2008) “Punishment, Property, and the Limits of Altruism: Locke's International Asymmetry”, American Political Science Review, C:102, S:4, s.467.

ma, yürütme ve yargı olmak üzere üç temel kudretten oluştuğu tezini içermektedir. Liberalizmin kurucusu olarak kabul edilen Locke ise Montesquieu'dan ayrılarak devletin sahip olduğu iktidarın yasama, yürütme ve federatif güç olarak adlandırdığı üç kudretten oluştuğunu öne sürmektedir⁶⁸. Kurumlar ile erkler arasında bir ayırım yapmaktadır ve devletin gerçekleştirdiği bir işlevin hangi erkle ilgili olduğuna karar verirken işlevin niteliğinden hareket etmektedir. Locke'a göre yasama öncelikle ne tür eylemlerin ne tür cezalar alması gerektiğini öngören genel kuralların ilan edilmesiyken yürütmeyse bu kuralları belirli vakalara uygulamak için gerekli yargılarda bulunma ve kuralın yönlendirdiği şekilde güç uygulama gücüdür⁶⁹. Kuramında yargı organı ya da mahkeme olarak adlandırılan kurumlara yer verse de bunların yürütme işlevi gerçekleştirdiğini savunmaktadır. Ayrıca düşünüre göre bir gücün, erkin ya da işlevin birden çok kişi ya da kurum arasında paylaşılması mümkün olduğu gibi bir kişi ya da kurumun birden fazla erke ait yetkiyi kullanması ya da güce sahip olması da mümkündür⁷⁰.

Devletin sahip olduğu bireylerin haklarını koruma görevini gerçekleştiren kullanacağı erklerden ilki ve en önemlisi yasama gücüdür⁷¹ ve bu gücün etkililiği yaptırımla desteklenmesine bağlıdır⁷². Bireysel özgürlüğün korunması için zor uygulama yetkisinin keyfilik ve rastlantısallıktan uzak olması gerekir, bunun yolu da tüm akıl sahibi varlıklar için açık olmasına rağmen bencilliği nedeniyle doğa yasasını anlamazlıktan gelen insanların bu mazeretini ortadan kaldıracak biçimde yasalar yapmaktan geçmektedir⁷³. Locke, yasama erkini kamu gücünün nasıl kullanılacağı⁷⁴ konusunda nihai yetkiye sahip olması bakı-

⁶⁸ **Locke** (1980), s.75 vd.

⁶⁹ **Locke** (1980), s.47.

⁷⁰ **Pasquino, Pasquale** (1998) "Locke on King's Prerogative" *Political Theory*, C: 26, S: 2, s, 199. **Tuckness, Alex**, "Locke's Political Philosophy", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2023 Edition), Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), URL <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2023/entries/locke-political/>> s.e.t. 06.12.2023.

⁷¹ **Locke** (1980), s.75.

⁷² **Ward** (1991), s.325.

⁷³ **Locke** (1980), s.52 vd.

⁷⁴ **Locke** (1980), s.75.

mından en üstün güç olarak niteler⁷⁵. Locke'un kuramında devletin ilk görevi kendisini kuran bireylerin haklarını korumak, ihlal edenleri cezalandırmak, doğa durumunda hâkim olan barış, huzur ve sükûnu korumak adına doğa yasasına uygun olacak biçimde herkes için eşit kurallar koymaktır⁷⁶. Düşünür bunu “... *yasama organı hala doğa yasasına bağlıdır ve yaptığı şeylerin çoğu doğa yasasının hedeflerini ilerleten yasalar koymak ve bunlar için uygun cezaları belirlemektir...*”⁷⁷ diyerek açıklamaktadır. Devletin kural koyarken aklın yasalarına ve buna uygun olan doğa yasasına riayet etmesi gerekir, koyduğu hukuk doğal hukukun gereklerini ihlal edemez⁷⁸. Devletin tüm işlemleri bireylerin özgürlük ve mülklerinin korunmasıyla sınırlı olup bunları ihlal edecek biçimde davranması varlık gerekçesine aykırı olacaktır⁷⁹. Dolayısıyla kül olarak devletin ve en üstün gücü elinde bulunduran yasamanın dahi son derece sınırlı bir iktidara sahip olduğunu tekrar vurgulamak gerekir. Burada belirtilmesi gereken önemli bir nokta devletin koyduğu kuralların yalnız bireyleri değil kendisini; daha kapsıcı bir ifadeyle yükümlü olduğu görevi ifa etmek için kullandığı yetkilileri ve görevlileri de bağlamasıdır⁸⁰. Locke'un toplum sözleşmesi, devlet ile bireyler arasında yapılan iki taraflı bir anlaşma değil tüm yönetilenlerin varmsal olarak katıldığı kabul edilen bir sosyal mutabakattır. Bu mutabakatla, mutabakata taraf olmadığı için devlete verilen bir haktan ziyade görevdir ve devletin kendisine duyulan güvene uygun hareket etmesi gerekir. Zira bireylerin bir araya gelerek kendilerini bağlayan bir otorite oluşturmalarının sebebi tek başlarına başaramayacakları birtakım hedefleri başarma isteğidir⁸¹. Locke'un teorisinde bireyin

⁷⁵ **Locke** (1980), s.75.

⁷⁶ **Parry**, s.98.

⁷⁷ **Locke** (1980), s.70 - 71.

⁷⁸ **Huyler, Jerome** (1997) “Was Locke a Liberal?”, *The Independent Review*, C:1 S: 4, s.176.

⁷⁹ **Rahe, Paul A.** (2005) “The Political Needs Of A Toolmaking Animal: Madison, Hamilton, Locke, and the Question of Property”, Paul, Ellen Frankel / Miller, Fred D. / Paul, Jeffrey (Editörler), Cambridge, Cambridge University Press, s.1.

⁸⁰ **Locke** (1980), s.75; **Parry**, s.98; ayrıca bakınız: **Hobhouse, Leonard T.** (1964) *Liberalism*, London & New York & Toronto, Oxford University Press, s.8.

⁸¹ **Aaron**, s.271.

kendini koruması yalnız bir hak değil aynı zamanda bir görevdir⁸² ve devlete söz konusu görev devredilmektedir⁸³.

⁸² **Leiter, Yechiel M.** (2018) John Locke's Political Philosophy and the Hebrew Bible, New York, Cambridge University Press, s.209.

⁸³ **Locke** (1980), s.70-71. Locke'un kuramında devletin bireyin haklarını keyfi olarak kısıtlayamayacağı dolayısıyla birey üzerinde üstün bir hak sahibi olmayacağı yönünde bir görüş için bakınız: **Mattie, Sean**, s.83. Simmons da "... devletlerin özgürlüğümüzü sınırlama hakları ancak bizim tarafımızdan kendilerine verildiği ölçüde vardır; oysa biz bu haklara doğal olarak sahibizdir (ya da daha doğrusu, temel bir ahlaki haklar kümesine "doğmuşuzdur"). O halde devlet hakları, vatandaş olanların doğal haklarından oluşur ve bazı gönüllü girişimlerle (örneğin sözleşme, rıza, bir emanetin verilmesi) devlete devredilir. Bu hak devri bazıları tarafından gözlemlenemeyebilir (rızanın sadece "zımnı" olduğu durumlarda olduğu gibi), ancak hükümetin herhangi bir de jure güce sahip olması için gerçekleşmesi gerekir. Bir hükümet ne kadar faydalı ve adil uygulamalar ve politikalar uygularsa uygulasin, bunları bir vatandaşa karşı uygulama hakkı ya da yetkisi yoktur..." diyerek benzer bir yorumda bulunmaktadır. Bu konuda bakınız: **Simmons**, s.314. Locke'un bireylerin devlete devrettiği cezalandırmanın niteliğine ilişkin görüşü çalışmalarında değişiklik göstermektedir. Düşünür bazen cezalandırmayı bir görev olarak nitelendirirken bazen de hak olarak nitelendirmektedir. Ancak liberal felsefenin en çok ilgi duyduğu konulardan biri olan cezalandırmanın devlet tarafından kullanılması durumunda bunun esasen bireye ait hakların korunması bağlamında bireylerin devlete devrettikleri bir hakkın ödev dönüşmesi olarak algılanması gerekmektedir. Benzer yönde bir görüş için bakınız: **Calvert, Brian** (1993) "Locke on Punishment and the Death Penalty." *Philosophy*, C: 68, S: 264, s.215. Düşünür devletin sahip olduğu tüm hakların esasen devlete bir biçimde kendisini oluşturanlar tarafından de jure bir hakka sahip olması için devredildiğini savunmaktadır. Ve hiçbir devletin ne kadar faydalı işler yaparsa yapsın kendisine böyle bir devirde bulunmayan kimseye karşı böyle bir hakkı olmadığını savunmaktadır. Kanaatimizce Locke'un devletin cezalandırma işlevinden yer yer hak olarak bahsetmesi, cezalandırmanın herkese ait bir hak olduğunu ve devletin cezalandırma konusunda bir affetme yetkisine sahip olabileceğini benimsemesi de cezalandırmanın devlet bakımından bir görev olarak kabulü zorunluluğuna hallet getirmez. Zira liberal teori açısından asıl olan devletin son derece sınırlı yetkilere sahip olması ve bu yetkileri de yalnızca birey ve koşulları var ise toplum yararına kullanabilmesidir. Devletin bunlar dışında bireyler üzerinde müstakil ve dayanaksız bir hak sahibi olduğu özellikle bireylere karşı cezalandırma gibi bir hak sahibi olduğunu savunmak liberal teori açısından mümkün değildir. Locke'un üslubunun ve kullandığı bazı kavramların tartışmalara açık olması çalışmalarının bütünü göz önüne alındığında çoğunlukla ortadan kaldırılabilir bir niteliktedir. Bu anlamda olmak üzere neredeyse tüm politik felsefesini keyfi iktidara ve yönetenlerin yönetilenler üzerinde kullandığı keyfi hâkimiyete eleştiri üzerine inşa eden bir düşünürün devlete bireylere karşı kullanabileceği bir hak tanıdığı düşünülemez. Aksi yönde bir görüş için bakınız:

Ancak doğa yasasından hareketle yapılan yasalar da tek başına uyumsuzluk doğmasını engellemeye yetmemektedir ve bu da bireysel özgürlüğün korunabilmesi için devletin yükümlü olduğu yürütme erkinin görevi olan ikinci alt ödevi ortaya çıkarır. Yasama tarafından oluşturulan yasaları bireylerin yaşadıkları uyumsuzlukların çözümünde eşit ve tarafsız bir biçimde uygulayacak bir otoriteye de ihtiyaç vardır⁸⁴. Adil yargılanma hakkı burada devreye girmekte ve hem devlet yetkililerini ve görevlilerini bağlayan hem de bireyler arasında ortaya çıkan uyumsuzlukları hukukun gereğine ve doğa yasasına uygun olarak çözmeyi sağlayan bir işlev ifa etmektedir. Adil yargılanma hakkının Locke'un kuramı kapsamında layıkıyla gerekçelendirilebilmesi için devletin uyumsuzluk çözme bağlamında başvurduğu yürütme gücünü nasıl kullanması gerektiğine yakından bakmak gerekir.

Locke'a göre devletin bireylerin haklarıyla ilgili uyumsuzlukları çözerek karara bağlaması hukukun uygulanması kapsamında olup ayrı bir güç olarak değil yürütme erkinin yetkisi içerisinde konumlanmaktadır. Yürütme faaliyetinin acil durumlarda fiili karar almayı ve eylemde bulunmayı karşılamak üzere kullandığı prerogative (ayrıcalık) doktrini dışında kalan kısmı, hukukun yorumlanması ve uygulanması olarak uyumsuzluk çözmeyi (yargısal işlevleri) de kapsamaktadır. Locke'un yargı erkinden ayrı bir erk olarak bahsetmemesi bu süreçte gerçekleştirilen işlevin doğasına ilişkin değerlendirmesiyle ilgilidir. Devletin en temel görevini bireylere ait hak ve özgürlükleri korumak olarak gören düşünür hukukun uygulanmasını bu görevinin icrası bağlamında yürütme işlevi olarak değerlendirmektedir. Burada belirtilmesi gereken önemli bir nokta hem yasama faaliyetinin hem de yürütme faaliyetinin her ikisinin de yorumlamayı içermesidir⁸⁵. Yasama erki doğa yasalarını kendi doğal hukuk anlayışıyla yorumlayarak yasalar koyarken yürütme erki de hem doğa yasalarını hem de yasamanın oluşturduğu yasaları kendi doğal hukuk anlayışıyla yorumlayarak uygulamaktadır⁸⁶. Locke, bir kişiyi tutuklamayı, bir kişiyi yargılamayı ve bir kişiyi cezalandırmayı ayrı bir

⁸⁴ Locke (1980), s.75 vd.

⁸⁵ Tuckness, s.70.

⁸⁶ Locke (1980), s.70.

işlev olarak değil, doğal hukuk ışığında yasama tarafından oluşturulan yaS: uygulama işlevinin bir parçası olarak görmüştür⁸⁷.

Locke'un siyaset felsefesindeki en merkezi unsurlar onun kendine özgü doğal hukuk ve doğal haklar teorisidir⁸⁸. Doğal hukuk bireyin başkasına keyfi olarak zarar vermemesi gibi görevlerini vurgularken, doğal haklar ise normalde bireyin sahibi olduğu ayrıcalıkları veya iddiaları vurgulamaktadır. Doğal haklar ile doğal hukuk arasındaki ilişkinin niteliği tartışmalı olmasına rağmen doğal hukukun öngördüğü yükümlülükler bireyin kendini koruma hakkıyla çelişecek biçimde anlaşılabilir. Doğa durumunda her canlı açısından olduğu gibi insan açısından da kendini koruma doğal bir dürtü ve doğal bir haktır. Kendini koruma hakkı da bireye keyfi ve rastlantısal olarak zorlamada bulunanları cezalandırma hakkını bahşeder. Teoride doğa durumunun kendini yöneten doğa yasasına içkin ve siyasal toplumu oluşturmanın da gerekçesi olan insanlığın korunması ve her bir bireyin kendini koruma hakkından kaynaklanan⁸⁹ cezalandırma hakkının önemli bir yeri vardır. Düşünür cezalandırma hakkını *“Doğa yasasının uygulanması bu devlette [yani doğa durumunda] herkesin elindedir; bu nedenle herkesin bu yasanın ihlalini engelleyebilecek ölçüde bu yasayı: ihlal edenleri cezalandırma hakkı vardır”*⁹⁰ diyerek gerekçelendirmektedir. Bir insanın başkasına karşı güç uygulayabilmesinin tek meşru biçimi olan cezalandırmayı *“... kendisine karşı bir suç işleyen kişiye yönelik bir kişinin ihtiraslı kızgınlıklarla ya da iradesinin sınırsız aşırılığına göre kullanacağı mutlak ya da keyfi bir iktidar değil ama sadece soğukkanlı akıl ve vicdanın, suçlunun yaptığı ihlal ile orantılı olduğunu emrettiği ölçüde onarım ve engelleme amacıyla uygulayacağı yaptırımdır...”*⁹¹ diyerek tanımlamaktadır.

⁸⁷ Locke (1980), s.75 vd.

⁸⁸ Locke'un doğal hukukun kaynağının ne olduğuna ilişkin görüşleri net değildir. Bazı düşünürler onun doğal hukuku Tanrı'nın iradesinin bir ürünü olarak gördüğünü savunurken bazı düşünürler ise sadece akıl ile ulaşılabilecek bir rasyonel niteliğe sahip olduğunu savunur. Yine Tanrı'nın buyruğu olmasına rağmen akıl aracılığıyla ulaşılabilecek niteliğe sahip olduğunu savunan düşünürler de bulunmaktadır.

⁸⁹ Locke (1980), s.9.

⁹⁰ Locke (1980), s.9.

⁹¹ Locke (1980), s.10.

Doğa durumundan siyasal topluma geçişle birlikte bu cezalandırma hakkı devlete devredilmekte ve her ne kadar Locke bundan yer yer devletin cezalandırma hakkı olarak bahsetse de bu devlet bakımından bir göreve dönüşmektedir. Cezalandırmanın devlete devri Locke için o kadar önemlidir ki adeta siyasal topluma geçişin tek veya en güçlü sebebidir. Nitekim Locke' göre devletin yasa- ma işleviyle yapacağı şey doğal hukuku yorumlamak ve barış ortamını bozarak diğerlerine zarar verenlere uygulanacak cezayı belirlemek, yürütme işleviyle yapacağı şey ise doğal hukuku ve yasamanın oluşturduğu yasaları birlikte yorumlayarak bu cezaları uygulamaktır. Dolayısıyla Locke'da siyasal iktidarın cezalandırma olgusu üzerinden şekillendiğini ve gerçekleştiğini söylemek mümkündür. Bu nedenle düşünürün “çok garip bir doktrin”⁹² olarak adlandırdığı cezalandırmaya ilişkin yaklaşımına daha yakından bakmak yerindedir.

Her bir bireyin ve toplumun tüm üyelerinin tek tek bireysel yürütme gücünü ve cezalandırma hakkını rızayla devlete devretmeleri devletin bireyler üzerinde keyfi ve mutlak hak sahibi olmasını engelleyen bir durumdur. Zira hükümetlerin zorlayıcı güç kullanma hakkının temelinde bireylerin doğa durumundaki cezalandırma hakkı yer almaktadır. Eğer bir birey bireysel yürütme gücünü ve cezalandırma hakkını devlete devretmez ve politik toplumun dışında kalır ise devletin de kural olarak bu bireyi cezalandırma hakkından bahsedilemez. Bu bağlamda ilkin bu hak bir kere devlet kurulduktan ve devlete devredildikten sonra kural olarak birey tarafından kullanılmamalıdır⁹³.

Ayrıca düşünürün cezalandırmanın ne olduğuna ilişkin açıklamasından da anlaşılacağı üzere cezalandırmanın öncelikle orantılı olması gerekir⁹⁴. Orantılı- lıktan kastedilen ise suçluya uygulanacak cezanın en fazla suçun gerektirdiği kadar ağır olabileceği, daha hafif bir ceza uygulamanın ve suçluyu affetmenin ise mümkün olduğudur. Zira Locke'a göre ceza yalnız suçluyu değil suçluya ilgili olanları da etkilemektedir ve bunun sosyal sonuçları oldukça ağır olabilir. Ayrıca doğa durumunda bireysel cezalandırma hakkının yürütülmesi konusunda

⁹² Locke (1980), s.10.

⁹³ Locke (1980), s.67 vd.

⁹⁴ Ward (2009), s.220.

hak sahibinin öç duygusuyla eşyanın tabiatı gereği orantılı davranması mümkün olamayacağından her uyuşmazlık bakımından aynı kerteğe varacak çatışma riskinin doğma olasılığı, devletin cezalandırmayı soğukkanlı ve orantılı olarak uygulayabilecek olmasıyla aşılabilecek bir sorundur. Bu nedenle siyasal topluma geçişle birlikte kural olarak bireysel yürütme gücünün ve cezalandırma hakkının devlet tarafından tekel niteliğinde kullanılması gerektiğini kabul etmek gerekir.

Bireysel cezalandırma her bir bireyin kendisini ve üyesi olduğu toplumu koruma hakkından devlet için de bireyi ve toplumu koruma görevinden kaynaklanmaktadır⁹⁵. Bu durumun bir sonucu olarak tek bir bireye yönelen her türlü suç esasen aynı zamanda toplumun tamamına karşı da işlenmiş olur. Dolayısıyla suçun doğrudan mağduru olan bir birey suçluyu affetse dahi suç toplumu da yaraladığı ve tehdit ettiği için yine de kamusal olarak cezalandırılmalıdır. Locke'a göre suç işleyerek barış ortamını tehdit eden herkes toplumun tamamı için bir tehdit unsurudur; ayrıca cezanın yalnız ödetme değil aynı zamanda önleme amacı da bulunmaktadır. Zira herhangi birine karşı suç işleyen birinin sosyal tehlikeliği tüm toplumu tehdit etmekte ve her an topluma veya başkalarına yönelik suç işleyebilme ihtimalini de bertaraf etmeyi gerektirmektedir. Nitekim suçlulara yönelecek birinci tür yaptırım kısıtlama iken ikinci tür yaptırım verilen zararı telafi etme (tazminat) yükümlülüğüdür⁹⁶. Bu bağlamda Locke ileriye dönük ve geriye dönük cezalandırma ayırımına⁹⁷ paralel olarak kısıtlama ve telafi için cezalandırma olmak üzere iki tür cezalandırmadan bahseder⁹⁸. İleriye dönük cezalandırmanın -ki bu kısıtlama biçimindedir- gerekçeleri bireylerin suçtan caydırılması, toplumun tehlikeli kişilerden korunması ve suçluların rehabilitasyonu gibi hedeflerken geriye dönük cezalandırma -ki bu telafi niteliğindedir- ise normalde intikam almaya, suçluya suçla kıyaslanabilir bir zarar vermeye ve suçun oluşturduğu zararı gidererek eski hale getirmeye yöneliktir. Bireyin ceza konusunda suç aynı zamanda toplumu da mağdur ettiği için bir affetme hakkı yokken devletin de suçun verdiği zararın tazmini konusunda bir af yetkisi yoktur.

⁹⁵ Ward (2010), s.109.

⁹⁶ Calvert, s.222.

⁹⁷ Tuckness, s.70.

⁹⁸ Tuckness, s.70.

Locke cezaların orantılı olması konusunda oldukça hassas davranmış iken aynı hassasiyeti masumların cezalandırılması konusunda göstermemiştir. Her ne kadar düşünürün teorisinin genel amacı despotik uygulamalara karşı bireyi korumak olsa da tekil mağduriyetleri görmezden gelebilmiştir. Bu anlamda devletin uyguladığı toplu cezalandırma, zulüm, yozlaşma ve cezaların orantılığı konusunda hassas olan düşünürün bu eğiliminin bir çelişki olduğu açıktır. Öte yandan suçun doğa durumunu bozarak her an kaosa sebep olabilme özelliği nedeniyle onun suçla mücadele ve doğa durumunda var olan barışın korunması konusunda çok kararlı olmasıyla tekil olarak masumların cezalandırılmasına duyarsız kalmasını izah etmek mümkündür. Masumların cezalandırılması konusunda eleştiriye hak eden düşünür ayırt etme gücü bulunmayanlar olarak nitelenebilecek çocuklar ve deliler gibi eylemlerinin sonuçlarını kavrayamayacak olanların ise cezalandırılmayacağını benimsemektedir.

Locke'ta hukuki belirlilik ve uygulama esasen doğal hukuka dayanan yasama ürünü hukukla gerçekleştirilmelidir. Düşünür hukukun uygulanması bağlamında hukuki belirliliğe büyük bir önem atfetmektedir⁹⁹. Hukukun tabi hâkim ilkesine uygun olarak nitelendirilebilecek şekilde daha önceden görevlendirilmiş yargıçlar eliyle uygulanmasının önemini açıkça vurgulamaktadır. Bu görüşünü “... yasama ya da üstün otorite, kendisi için, anlık keyfi kararlarla yönetmesini sağlayacak bir iktidar kullanamaz; ancak tam aksine adalet dağıtmakla ve uyruğun haklarına ilişkin olarak ilan edilmiş sürekli yasalar ve önceden yetkilendirilen yargıçlar eliyle karar vermekle yükümlüdür. Çünkü doğa yasası yazısız olduğundan ve bundan dolayı insanların akıllarından başka yerde bulunmadığından, tutku ya da çıkar yüzünden yaS: yanlış aktaran ve yanlış uygulayanlar, kurumsallaşmış bir yargının olmadığı yerde hataları konusunda kolaylıkla ikna edilemezler: dolayısıyla doğa yasası, özellikle her bir kişinin doğa yasasının yargıç, yorumcusu ve yürütücüsü olduğu yerlerde ve özellikle kendi davasında, hükmü altında yaşayanların haklarını belirlemede ve mülkiyetlerini korumada yerine getirmesi gereken işlevi göremez...”¹⁰⁰ diyerek açıklamaktadır. Benzer biçimde

⁹⁹ Mattie, s.83

¹⁰⁰ Locke (1980), s.71 vd.

düşünür hukukun uygulanması konusunda tam bir eşit muamele ilkesinin mutlak bir gereklilik olduğunu da açıkça ve çok güçlü bir biçimde savunmaktadır. Bu görüşünü de “... *yasamacılar özel durumlarda değişmeyen yayınlanmış kurumsallaşmış yasalarla yönetmek; zengin ile yoksul için, mahkemedeki hatırı S:lır kişi ile saban başındaki köylü için sadece tek kurala sahip olmak zorundadırlar...*”¹⁰¹ diyerek vurgulamaktadır.

Düşünür yasama ürünü hukuki kaynaklara çok güçlü biçimde bağlı olsa da bu kaynakların tüm toplumsal hayatı yönetmek için yeterli çözüm ve araçları sunamayacağını da benimsemektedir. Hukuki belirlilik ve yasamanın üstünlüğü konusunda son derece ısrarlı ve net olan düşünürün¹⁰² kuramında “ayrıcılık öğretisi” olarak adlandırdığı eleştirilebilir bir istisna yer almaktadır¹⁰³. Doğal afetler, ani gelişen ve büyük zarar riski içeren beşerî olaylar ve özellikle müdahalede gecikmenin sakınca yaratacağı gelişmeler gibi hususlarla ilgili yürütmeye istisnai bir yetki tanımaktadır¹⁰⁴. Böylece hukuki belirliliği ve uygulamayı gerçekleştirme konusunda doğal hukuku da hiçbir zaman kuramın dışına atmayaarak yasama ürünü hukuk yanında işlevsel hale getirmektedir. Genel hatlarıyla “... *kamu yararı için yasanın buyruğu olmaksızın ve hatta bazen yasaya karşı biçimde takdir yetkisine göre hareket etme iktidarı...*”¹⁰⁵ olarak adlandırdığı ayrıcılık gerçekten de yasamanın üstünlüğü ilkesine ciddi bir istisna getirmektedir. Oldukça güçlü bir biçimde bağlı olduğu sınırlı devlet ilkesine ve onun en önemli güvencelerinden biri olan yasamanın ve onun oluşturduğu hukukun üstünlüğü ilkesine böyle önemli bir istisna öngörmesinin gerekçesini “... *yasama ve yürüt-*

¹⁰¹ **Locke** (1980), s.75.

¹⁰² Benzer yönde bakınız: **Fatovic, Clement** (2004) “Constitutionalism and Contingency: Locke's Theory of Prerogative”, *History of Political Thought*, C: 24, S:4, s.276.

¹⁰³ **Mattie**, s.85 vd. Ayrıcılık öğretisinin sınırlı devlet ilkesine uygun olmadığına yönelik bir görüş ve liberal anayasacılık açısından bir eleştirisi için bakınız: **Corbett, Ross J.** (2006) “The Extra-constitutionality of Lockean Prerogative” he *Review of Politics*, Summer, C: 68, S:3, s.428-448, ayrıca, **Josephson, Peter** (2002) “The Great Art of Government: Locke's Use of Consent”, *Lawrence, University Press of Kansas*, s.231.

¹⁰⁴ **Mattie**, s.85.

¹⁰⁵ **Locke** (1980), s.84.

me erklerinin ayrı ellerde olduğu yerlerde- tüm ilımlı monarşilerde ve iyi yapılandırılmış hükümetlerde olduğu gibi - toplumun iyiliği, bazı konuların yürütme erkine sahip olan kişinin takdirine bırakılmasını gerektirir; Çünkü yasa koyucular toplum için yararlı olabilecek her şeyi öngöremez ve yasalarla gerçekleştiremezler, yasaların uygulayıcısı, elinde bu güç varken, doğanın ortak yasası gereği, hükümet yasasının hiçbir yön vermediği birçok durumda, yasama organı bunu sağlamak için uygun bir şekilde toplanana kadar bunu toplumun yararı için kullanma hakkına sahiptir...”¹⁰⁶ diyerek dile getirmektedir.

Locke’un kuramında yürütmeye verilen bu yetkinin öğretide bazı düşünürler tarafından çelişkili bir durum yarattığı ancak sınırlı devlet ilkesi kapsamında ve istisnai bir araç olarak kullanılacak olması göz önüne alındığında bu riskin bertaraf edildiğini savunmaktadır¹⁰⁷. Ayrıcalık hakkının hukukun adil bir tatbiğinin olmazsa olmaz şartları olan yasama ürünü hukuki güvenceleri bertaraf edici niteliği adil yargılanma hakkı bakımından da oldukça ciddi riskler içermektedir. Nitekim güncel hukuk düşüncesinde adil yargılanma hakkı hukuki kararın niteliğinden ziyade oluştuğu süreçle ilgili bir hak olarak öne sürülmektedir. Son tahlilde varılan karar doğru ve adil olsa bile gerekli usulü ve yasal güvencelere riayet edilmemesi, kararı, adil yargılanma hakkı bakımından eleştirilebilir hale getirmektedir. Ayrıcalık kuramının hukuk devleti ve adil yargılanma hakkı açısından içerdiği iki temel riskten bahsetmek mümkündür. Bu bağlamda ilk olarak Locke’un kuramında ve çağdaş hukuk düşüncesinde kanunilik ilkesi olarak adlandırılan suç ve cezaların ancak yasama organı tarafından kanun ile düzenleneceğine ilişkin ilkenin ihlal edilebilecek olmasıdır. Böyle bir riskin hukuk devleti açısından kabul edilemez olduğu açıktır. İkincisi ve daha vahim olanı ise yargısız infazın da ayrıcalık kuramı kullanılarak mümkün kılınabilecek olmasıdır. Böyle bir girişimle elde edilen sonuç sırf bir yargılamaya başvurulmadan ortaya çıktığı için adil olarak nitelenemez.

¹⁰⁶ Locke (1980), s.83 vd.

¹⁰⁷ Benzer yönde bir görüş için bakınız: **Fatovic**, s.276, ayrıca **Ward, Lee** (2005) “Locke on Executive Power and Liberal Constitutionalism”, Canadian Journal of Political Science, C: 38, S: 3, s.737.

Adil yargılanma hakkı bakımından büyük bir kusur olan ayrıcalık öğretisinin hukuk devleti bakımından ise Locke'un kuramının tamamı esas alındığında ciddi bir eleştiri konusu olduğunu iddia etmek güçtür. Öncelikle belirtmek gerekir ki Locke'un ayrıcalık öğretisini öngörmesiyle ilgili gerekçeleri oldukça güçlü savlara dayanmaktadır. Ayrıca düşünürün ayrıcalık öğretisinin kötüye kullanılması ihtimalini hiç de uzak olmayan bir tehlike olarak görmesi ve bu konuda kapıyı daha fazla riske aralamaya karşı duruşu birlikte değerlendirilmelidir. Ayrıcalık öğretisinin de tıpkı politik felsefesi gibi kamu yararı ve bireysel özgürlüğün ve mülkiyetin korunması doğrultusunda kullanılmasını “... *çünkü ayrıcalık, kamusal yararı bir kural olmaksızın gerçekleştirme iktidarından başka bir şey değildir...*”¹⁰⁸, diyerek mutlak bir zaruret olarak nitelendirmektedir.

Kanaatimizce düşünürün temel felsefesi ve tüm eserleri dikkate alındığında ayrıcalık öğretisinin adil yargılanma hakkına uygun olmamasına rağmen iktidarı keyfi biçimde kullanmaya yönelik bir araç olmadığı açıktır. Düşünürün böyle bir yetkiyi yürütme iktidarını elinde bulunduran(lar)a tanımakla ulaşmak istediği hedef; yasamanın ataletinden veya yasama faaliyetlerinin doğası gereği her şeyi öngörmesinin ve düzenlemeye bağlamasının imkânsız olmasından kaynaklanan ya da çözümü oldukça acil müdahale gerektiren sorunları aşmaktır. Yürütmenin karizmatik temsilcilerinin ayrıcalık öğretisi sayesinde gerçekleştirdiği önemli başarıların halefleri tarafından istismar meselesi yapılmamasına yönelik uyarısını da bu bağlamda değerlendirmek gerekir. Nitekim bütün bunların yanında ayrıcalığın uzun süren ve katlanılmaz istismarlar için araç olarak kullanılmasının direnme hakkını gündeme getireceğini vurgulaması da esasen böyle bir öğreti ile yasamanın ya da hukukun üstünlüğünü ihlal etmek için değil tam aksine bu sebeplerden kaynaklanacak riskleri bertaraf etme isteğiyle ilgili olduğunu göstermektedir.¹⁰⁹ Ayrıca düşünür ayrıcalık kuramının kötüye kullanımı durumunda mağdur olanların doğal bir yasa olarak öteki dünyaya başvurma hürriyetinden de bahsetmektedir. Düşünürün sıklıkla vurguladığı üzere yasama ve yürütme en başta doğa yasası olarak adlandırdığı aklın karşılığı olan doğal

¹⁰⁸ **Locke** (1980), s.86 vd.

¹⁰⁹ **Mattie**, s.87 vd.

hukuk ile bağlıdır. Dolayısıyla ayrıcalık öğretisi gereği yasama tarafından yapılmış bir yasaya dayanmaksızın faaliyette bulunan yürütmenin doğa yasasını ihlal etmesini gerektirir hiçbir sebep bulunmamaktadır. O halde ayrıcalık öğretisi düşünürün teorisinde oldukça baskın olan hukukun üstünlüğü açısından bütüncül bir yaklaşımla ele alındığında ciddi bir risk olarak nitelenemez.

Düşünürün özellikle yasama için hatta mutlak monarşiler için dahi öngördüğü doğa yasasından veya doğal hukuktan kaynaklı sınırlar göz önüne alındığında adil yargılanma hakkına aykırı olan bu kuramın hukuk devleti açısından bazı faydaları olduğu da açıktır. Zira her şeyden evvel bireylerin gündeme getirdiği bir uyuşmazlık iddiasına uygulanacak bir hukuki kuralın bulunmadığını iddia etmek¹¹⁰ siyasal toplumda yeniden ihkakı hakka giden yolu açabilecektir. Bu bağlamda ayrıcalık kuramının güncel öğretide genel hukuk teorisi bakımından hukuk boşluğu olarak adlandırılan ve “hâkimin hukuk oluşturması” durumuna karşılık gelen bir içeriğe sahip olduğunu belirtmek gerekir. Düşünürün kuramında uyuşmazlıkların çözümü ve suçluların cezalandırılmasının yürütme erki içerisinde yer almasının ve ayrıcalık kuramın uyuşmazlık çözümünü de kapsayacak bir niteliğe sahip olmasının hukukun üstünlüğü ilkesi ve adil yargılanma hakkı bakımından bir risk teşkil ettiği de açıktır¹¹¹. Ancak çözümü maddi hukuki kaynağa ihtiyaç duyan uyuşmazlıklarda kısıtlayıcı cezalar bir tarafa özellikle telafi edici cezalar söz konusu olduğunda bu tir bir yetkiye olan ihtiyaç inkâr edilemez. Hukuki uygulama bakımından çözülmesi gereken uyuşmazlığa ilişkin elde bir kural bulunmaması, aynı uyuşmazlıkla ilgili birden fazla ve birbiriyle çelişen kuralların bulunması ya da kurallardan hareketle varılacak çözümün katlanılmaz adaletsizlikler içermesi gibi durumlar öğretide hukuk boşluğu olarak adlandırılmaktadır. Hukuk boşluğu olarak adlandırılan durumlarda benimsenecek yaklaşım adil yargılanma hakkından ziyade hukukun ne olduğuna ilişkin meseleyle ilgili olup daha ziyade genel hukuk teorisi ve hukuk felsefesi açısından halli gereken bir problemdir. Zira ayrıcalık bir yandan yargılama sürecini bertaraf ederek hızlı karar almakla ilgiliyken öte yandan uyuşmazlığın

¹¹⁰ Fatovic, s.279.

¹¹¹ Mattie, s.88.

esastan çözümüne uygulanacak maddi hukukun yürütmenin üyesi yargıçlar eliyle oluşturulmasıyla ilgilidir. Her iki durumun iç içe geçmesi kanaatimizce maddi hukuk, yargılama hukuku aynı biçimde acil durumlar ve hukuk boşluğu gibi durumlar arasında bir ayırım olmamasından kaynaklanmaktadır¹¹². Bu nedenle burada yargısal pratik açısından düşünürün genel görüşlerine yargısız infaz riski ve suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin ihlali dışında istisna teşkil edecek bir durumun bulunmadığını belirtmek gerekir. Nitekim bir politik kuramda bir kuruma verilen herhangi bir yetki kuramın temel değerleri ile çelişecek biçimde yorumlanamaz.

II. ADİL YARGILANMA HAKKI

Hak arama özgürlüğünün önemli bir bileşeni ve uzantısı olan adil yargılanma hakkı konusunda, Birleşmiş Milletler Evrensel Beyannameyi yanında çok S:da uluslararası sözleşmede ve ulusal düzenlemede bir takım alt haklar içeren hükümler bulunmaktadır¹¹³. Uluslararası yargı kuruluşları ile bölgesel ve ulusal yargı kuruluşları kararlarında ve yanı sıra entelektüeller akademik çalışmalarında adil yargılanma hakkının içeriğinin ve gereklerinin neleri kapsadığı konusunda kimisi olmazsa olmaz, kimisi ise destekleyici alt haklar öne sürmektedir¹¹⁴. Bu alt hakların, devletin yapısının yanı sıra yargılamayı yapacak olan organlarının yapısı, işleyişi, görev, yetki ve sorumluluklarıyla yakından ilgisi bulunmaktadır. Hemen hemen tüm alt haklar devletin yapısı, işleyişi, varlık sebebi ve meşruiyeti ile doğrudan ilgilidir. Söz konusu ilgi adil yargılanma hakkı ile devletin var oluşu arasındaki doğrudan bağlantıdan kaynaklanmaktadır.

Adil yargılanma hakkı toplum sözleşmesi kuramcılarının da isabetle tespit ettiği üzere bireylerin özgürlüklerini ve sahip oldukları hakları koruma haklarını

¹¹² Benzer yönde bir görüş için bakınız: **Langston, Thomas S., Lind, Michael E.** (1991) "John Locke & the Limits of Presidential Prerogative", *Polity*, C: 24, S: 1, s.56. Düşünür Locke'un kuramında yürütmenin ayrıcalık yöntemine başvurmasının genel ve özel biçimlerinden bahsetmektedir.

¹¹³ **Resnick, David** (1977) "Due Process And Procedural Justice", *Nomos*, C:18, s.208.

¹¹⁴ **Kuckes, Niki** (2006) "Civil Due Process, Criminal Due Process", *Yale Law & Policy Review* C: 25, S: 1, s.3.

devlete devretmelerinden -hak arama özgürlüğünden- doğmuştur. Devlet ortaya çıktıktan sonra artık hiç kimse için kendi iradesini karşı tarafa zorla kabul ettirebilme olanağından bahsetmek mümkün değildir. Aksine kabul bir tarafın diğer tarafa bir üstünlük kurması anlamına gelecektir ki bu da çağdaş uygarlığın en mutlak değerleri olan bireysel özgürlük ve eşitlik ilkesinin açıkça ihlali anlamına gelmektedir. Uygur bir yaşamda gerek bireyler arasındaki gerekse birey-toplum/devlet arasındaki uyumsuzlukların barışçıl çözümü bağımsız ve tarafsız bir karar verici tarafından mevcut hukuk kuralları çerçevesinde gerçekleştirilmelidir. Toplum sözleşmesi ile devlete yüklenen asli görev bireylerin hak arama hürriyetini korumak ve gerçekleştirmektir. Kavramsal olarak hak arama hürriyeti, hem kişilerin bir hak arama yoluna başvurup başvurmama hususunda özgür olmasını, hem de meşru hak arama yollarına başvurduğunda etkili ve verimli bir biçimde hakkını elde edebilme olanaklarına sahip olmasını ifade eder. Devletin en temel ödevlerinden biri olan hak arama hürriyetini nasıl koruyacağı ise adil yargılanma hakkıyla ve bu hakkın içeriği ve koşulları ile ilgilidir.

Adil yargılanma hakkının bireysel özgürlük ilkesi ve hak arama hürriyetinden doğan temel bir insan hakkı olduğunu ve layıkıyla korunup gerçekleştirilmesinin politik düzenlerin ve hukuk sistemlerinin en temel meşruiyet kaynaklarından olduğunu savunmak mümkündür. Dolayısıyla evrensel bir insan hakkı olan adil yargılanma hakkı insan haklarına ilişkin birçok deklarasyonda ilan edilmiş, insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerde, ulusal anayasalarda ve mevzuatlarda da kanun koyucular ve anayasa koyucular tarafından hükme bağlanmıştır. Adil yargılanma hakkını temel hak boyutunu kavramak için önce anlamına sonra işlev ve niteliklerine yakından bakmak yerinde olacaktır.

A. ADİL YARGILANMA HAKKININ ANLAMI

Devlet denilen mekanizma bireylerin sahip olduğu hak arama özgürlüğünün kullanımı konusunda diğerleriyle arasında ortaya çıkan uyumsuzlukları tarafların haklarını gözeterek adil bir biçimde çözüme kavuşturma ve gerektiğinde zor kullanma başta olmak üzere belirli ödevleri üstlenmiştir. Devlete verilen bireylerin sahip olduğu hakları koruma ödevinin en önemli bileşeni diğer bireylerle olan uyumsuzlukları adil bir biçimde çözüme kavuşturmadır. Zira zor

kullanacak olan devletin kendisi dahi olsa zor kullanımının hukuka riayet ederek gerçekleşmesi gerekir. Ayrıca devlet açısından uyumsuzluk yaşayanların birini diğerine tercih etmekte faydalanılacak tek ölçüt hukuk ve onun adil bir tatbidir. Yoksa devlet keyfi ve rastlantısal olarak uyumsuzluğun taraflarından birisini diğerine tercih ederek ötekine zor uygulayamaz. Adil yargılanma, kararların alındığı koşulları değiştirerek keyfi güçten kaçınmayı sağlayabilecek bir araç ve stratejidir¹¹⁵. Uyumsuzluğun taraflarından hangisinin tezlerinin ne oranda kabul edileceğinin tespiti, uyumsuzluğun taraflarının aktif bir katılımıyla hukukun adil bir biçimde tatbikiyle gerçekleşebilir.

Birey haklarının yargısal korumasına ilişkin bir hak olan adil yargılanma hakkının bireysel özgürlüğün korunması yanında diğer bir ahlaki dayanağı ve temel hedefi hukuki sùjelerin yargılama esnasında daha önceden belirlenmiş ilkelere ve kurallara göre muamele görmesini sağlamasıdır¹¹⁶. Adil yargılanma hakkı birey devlet ve birey-birey ilişkilerini esas alan iki boyutlu bir içeriğe sahiptir. Birey devlet ilişkileri bakımından bireyleri devletin aşkın eylemlerinden korumayı hedeflerken birey-birey ilişkileri bakımından ise bireyler arası uyumsuzlukları onlara eşit bir biçimde muamele ederek tarafsız olarak çözüme bağlamayı hedefler¹¹⁷. Böylece keyfilığe ve rastlantısallığa karşı belirlilik ve öngörülebilirliğe hizmet eder. Özü itibarıyla, eşitlik temeline dayalı bir biçimde yargılama organları önüne getirilmiş hukuki uyumsuzlukların taraflarına aktif olarak yargılamaya katılma, karşılıklı olarak iddia ve savunmalarda bulunma, alınacak kararda etkili olabilme olanağının tanınmasını içerir¹¹⁸.

Adil yargılanma hakkı yargılamaya katılanların yargılamanın yalnız objesi değil aynı zamanda tarafı olarak yargılamanın sonucuna etki edebilecek şekilde yargılamada aktif rol alma imkânı sağlar¹¹⁹. Taraflar sahip olduğunu düşündüğü

¹¹⁵ **Scanlon, Thomas Michael** (1977) "Due Process", *Nomos*, C:18, s.97.

¹¹⁶ **Resnick**, s.207.

¹¹⁷ **Russell, Isaac Franklin** (1905) "Due Process of Law", *The Yale Law Journal*, C:14, S:6, s.326 - 327.

¹¹⁸ **Tanrıver, Süha** (2004) "Hukuk Yargısı Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C: 17, S: 53, s.192.

¹¹⁹ **Pekcanitez, Hakan** (1997) "Medeni Yargıda Adil Yargılanma", *İzmir Barosu Dergisi*, S:2, s.55.

hakların gerçekleştirilmesi veya ihlal edildiğini düşündüğü hakların korunması hususunda en çok bilgi sahibi olan aktörlerdir. Bu sebeple onların yargılamaya aktif olarak katılımları yargılamayla gerçeğe ulaşma hedefinin olmazsa olmaz bir bileşenidir. Ayrıca tarafların yargılamaya etkin bir biçimde katılımı onlar için ortaya çıkan sonucu daha kabul edilebilir kılacaktır. Adil yargılanma hakkının önemli bir işlevi de yargılama sırasında ortaya çıkması muhtemel ağır insan hakkı ihlallerini önleyecek bir niteliğe sahip olmasıdır¹²⁰. Bu nedenle, adil yargılanma hakkı; tüm yargılama hukukları bakımından mutlak surette riayet edilmesi gerekli olan, ortak ve genel geçer bir ilke durumundadır.

Adil yargılanma hakkına ilişkin en önemli yazılı hukuk kaynaklarından olan AİHS altıncı maddesi¹²¹, yargı içtihatları, ulusal mevzuatlar ve uluslararası diğer sözleşmeler ile insan hakları deklarasyonları ve öğretilerde yapılan çalışmalarından hareketle söz konusu hakkın içeriğine ilişkin belirli bir ölçüt seti ve bu ölçütlerin bileşiminden oluşan bir tanım geliştirmek mümkündür. Buna göre adil yargılanma hakkının:

“... ”

- a. Kanunî, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma,
- b. Makul süre içinde yargılanma,
- c. Alenî olarak yargılanma,
- d. Hakkaniyete uygun olarak yargılanma...”

olmak üzere olmazsa olmaz dört alt haktan oluşan bir hak olduğunu belirtmek¹²² ve bu alt hakların bileşiminden hareketle tanımına ulaşmak mümkündür

¹²⁰ Tanrıver, s.192.

¹²¹ AİHS’in adil yargılanma hakkıyla ilgili altıncı maddesi “... *Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, adil ve kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir ...*” biçimindedir. Bu konuda bakınız: ECHR, Home page of the European Court Of Human Rigts, <<https://www.echr.coe.int/>> s.e.t. 15.10.2023.

¹²² Tanrıver, s.193.

B. ADİL YARGILANMA HAKKININ KAPSAMI

Adil yargılanma hakkının ancak devletin yardımıyla kullanılabilen bir hak olması onu doğal haklar içerisinde özgün bir konuma erdirmektir. Zira doğal hakların temel özelliği, doğa halinde yaşamaktan ve insan doğasından kaynaklandıkları kabul olunduğu için¹²³ araya hiçbir iradenin girmesine ihtiyaç olmaksızın sahibine kendiliğinden içerdiği olanakları sağlamasıdır. Adil yargılanma hakkı bireylerin sahip olduğu hak arama özgürlüğünü bu uğurda oluşturdukları devlet denilen mekanizmaya devretmeleriyle ortaya çıkmıştır. Bu nedenle de adil yargılanma hakkının sonuçlarını doğurabilmesi, ihlal edilen hakları koruyabilmesi için araya bir üçüncü iradenin müdahalesinin girmesine ihtiyaç vardır. Adil yargılanma hakkı tüm diğer hakların hem güvencesi hem de sonucudur¹²⁴. Bu özelliği nedeniyle onun haklar hakkında bir hak olduğunu söylemek mümkündür. Dolayısıyla sahip olduğu hüküm ve sonuçları doğurabilmesi için öncelikle kişi haklarıyla ilgili bir uyuşmazlığın gerçekleşmesi gerekir. Ayrıca bu uyuşmazlığın tarafı olan hukuk sülhelerinin hak arama hürriyetinden istifade ederek söz konusu uyuşmazlığı yargısal mercilere taşımış olmaları gerekir. Ancak bu noktadan sonra sağladığı yetkileri kullanmak, koruma ve olanaklardan faydalanmak mümkün olabilmektedir.

Adil yargılanma hakkının ne zaman gündeme geleceği ve hangi konularda etkili olacağı konusunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin söz konusu hakla ilgili altıncı maddesinin ilk fıkrası oldukça aydınlatıcı ve kabul edilebilir bir açıklama ortaya koymaktadır. Söz konusu madde metni “... **Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda ken-**

¹²³ **White, Robert, S.** (2005) *Natural Rights and the Birth of Romanticism in the 1790s*, New York, Palgrave Macmillan, s.22. Doğal hakların gerekçelendirilmesi konusunda oldukça çeşitli görüşler bulunmaktadır, ancak liberal kuramların çoğu doğal hakları insan doğasından hareketle açıklamaktadır. Ayrıca ayrıntılı bilgi için bakınız: **Zuckert, Michael** (2005) “Natural Rights and Imperial Constitutionalism: The American Revolution and the Development of the American Amalgam.”, *Natural Rights Liberalism from Locke to Nozick* Paul, Ellen Frankel / Miller, Fred D./ Paul, Jr. Paul ve Jeffrey, (Editörler), New York, Cambridge University Press, s.45.

¹²⁴ **Resnick**, s.207-208.

*disine yöneltilen suçlamaların esası konusunda ...*¹²⁵, diyerek net bir biçimde adil yargılanma hakkının korumasının kapsamını belirlemiştir. Avrupa insan hakları sözleşmesinin tüm hukuk sistemleri açısından geçerli kabul edilebilecek ilgili maddesinden de anlaşılacağı üzere söz konusu hak hukuk sùjelerinin hukuki haklarıyla ilgili bir haktır. Hukuki haklar, medeni haklar ile bireylerin bir suç işlediklerinde yalnız devlet tarafından yaptırıma konu olabilecek kişi özgürlüğü ve güvenliğiyle ilgili haklardan oluşmaktadır. En önemli temel insan haklarından olan adil yargılanma hakkı tüm diğer hakların güvencesi niteliğinde olan temel bir insan hakkıdır.¹²⁶ Hukuken tanınmamış haklar ise söz konusu hakkın sağladığı himayenin kapsamı dışındadır. Hukuk sùjelerinin medeni hakları ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da aleyhlerine serdedilen bir suç isnadının karara bağlanması ile ilgili hukuki uyuşmazlıklar gündeme geldiğinde bu hakkın koruması devreye girecektir. Söz konusu hakkın düşünsel temellerini daha iyi kavrayabilmek için korumasının kapsamına yakından bakmak yerinde olacaktır.

1. Medeni Hak ve Yükümlülüklerle İlişkin Uyuşmazlıklar

Adil yargılanma hakkının korumasından öncelikle bir medeni hak ve yükümlülüğün doğurduğu uyuşmazlığın yargısal olarak çözümü gerçekleştirilirken yararlanılır. Medeni bir uyuşmazlığın giderilmesi kapsamında söz konusu haktan faydalanabilmek için üç şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.

- Birden fazla hukuk sùjesi arasında hukuki bir uyuşmazlığın var olması
- Uyuşmazlığın hukukta temelleri olan medeni bir hak veya medeni bir yükümlülüğe ilişkin olması
- Medeni hak veya yükümlülüğe ilişkin uyuşmazlığın karara bağlanıyor olması

¹²⁵ Bu konuda bakınız: ECHR, Home page of the European Court Of Human Rigts, <<https://www.echr.coe.int/>> s.e.t. 15.10.2023.

¹²⁶ Ho, Hock Lai (2010) "Liberalism and Criminal Legal Studies", Singapore Journal of Law, s.88.

a. Birden Fazla Hukuk Süjesi Arasında Hukuki Bir Uyuşmazlığın Var Olması

Adil yargılanma hakkı ancak birden fazla hukuk süjesi arasında bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda devreye girmektedir. Uyuşmazlıktan kasıt ise yargılama konusu olan ve tabii olunan hukuk düzeni tarafından tanınan bir hakkın veya yükümlülüğün varlığının, yokluğunun, kapsam ve içeriğinin belirlenmesinde uyuşmazlığın tarafları arasında bir çekişmenin varlığıdır. Uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra en az taraflarından biri marifetiyle yargılama makamlarına giderilmesi için müracaatta bulunulması gerekmektedir. Müracaatla birlikte artık süjeler için iradelerinden ve taleplerinden bağımsız olarak adil yargılama hakkına ilişkin korumalar devreye girecektir.

b. Uyuşmazlığın Hukukta Temelleri Olan Medeni Bir Hak veya Medeni Bir Yükümlülüğe İlişkin Olması

Adil yargılanma hakkının devreye girebilmesi için aynı zamanda yargılamanın genel bir şartı olan korunması talep edilen hak veya yükümlülüğün mutlaka ilgilinin ulusal hukukunda ya da tabii olduğu hukukta bir temelini bulunması gerekmektedir. Tabii olunan hukuk tarafından tanınmayan ya da kabul edilmeyen bir hakka ilişkin uyuşmazlık yargısal korumanın ve adil yargılanma hakkının konusunu teşkil edemez. Bu bağlamda sosyal ilişkilerden kaynaklanan ve hukuki temeli bulunmayan haklar adil yargılanma hakkının korunması kapsamında değildir. Medeni hak ve yükümlülük kavramı genel olarak özel hukuktan kaynaklanan hak ve yükümlülükleri kapsamaktadır. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlık kavramı ise özel kişiler arasında husule gelen uyuşmazlıkları kapsamaktadır.

Adil yargılama hakkının kapsamı konusunda en müphem nokta devlet kişi arasındaki uyuşmazlıkların durumudur. Tarihsel süreç içerisinde gelinen noktada kamu gücünün kullanılmasından kaynaklanan ve devletten bireye yönelen dava konusu kılınarak yargılama mercileri önüne taşınabilen uyuşmazlıkların büyük çoğunluğu da medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklardan S:lmaktadır¹²⁷. Fakat adil yargılanma hakkının gereği gibi fonksiyon ifa edebilmesi için bir hukuk devletinde yargılama konusu yapılan istisnasız tüm uyuş-

¹²⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız: **İnceoğlu, Sibel** (2003) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., s.22.

mazlıklar bakımından bu hakkın korumasının geçerli olması gerekir. Nitekim adil yargılanma hakkı bireyi yalnız üçüncü kişilere karşı değil aynı zamanda devlete karşı da korumaktadır.

Esasen adil olmayan bir yargılamadan uyuşmazlığın tarafları kim olursa olsun yargı fonksiyonun icrası olarak bahsetmek mümkün olmayacağı için yargılama da bir temsil olmaktan öte geçemeyecektir. Oysa hukuk devletinin en belirgin ve can alıcı özelliği devletin işlem ve eylemlerinin de yargılama konusu yapıyor olabilmesidir ve bunların da adil bir biçimde yargılanabilmesidir. Bir devlet işleminin yargılama konusu kılınması ise adil yargılanma hakkına riayet edilmediğinde tek başına hukuk devleti olabilmek için şüphesiz yetersizdir. Birey özgürlüğünün tam anlamıyla korunduğundan bahsedilebilmesi için öncelikle bireyin sahip olduğu tüm haklarıyla ilgili yargısal koruma talep edebilmesinin mümkün olması gerekir. Bu mesele bir hukuk düzeninde devletin çeşitli organları tarafından birey haklarına etkili olabilecek bir biçimde gerçekleştirilen eylem ve işlemlerin hukuki denetimiyle ilgilidir. Bu bağlamda birey haklarına ve özgürlüklerine yönelik olarak Amerikan Hukuk'u gibi kimi hukuk sistemleri tam bir hukuki koruma olanağı geliştirip benimsemişken Fransız Hukuk'u gibi kimi hukuk sistemleri ise kısmi bir hukuki koruma olanağı geliştirip benimsemiştir. Liberalizm açısından daha evvel de belirtildiği üzere asıl olan bireysel özgürlüğün olabilecek en üst düzeyde gerçekleştirilmesi ve korunmasıdır. Dolayısıyla liberal felsefe açısından ideal bir hukuk düzeni, en kapsamlı biçimde devlet ve/veya organları tarafından gerçekleştirilen eylemleri ve işlemleri yargısal olarak incelemeye cevaz veren hukuk düzenidir.

Liberal felsefenin salık verdiği söz konusu gereklilik en muntazam biçimde hukukun üstünlüğü ilkesini benimsemiş Amerikan hukuku tarafından karşılanmaktadır. Amerikan hukukunda yer alan “due process of law” ilkesinin iki boyutlu muhtevasının bireysel özgürlük ilkesinin, hukukun üstünlüğünün¹²⁸, hak arama özgürlüğünün, minimal devlet ilkesinin, adil yargılanma hakkının ve pek tabi bu ilkelerin hepsini muhtevasında barındıran liberalizmin gereklerine

¹²⁸ Altıparmak, Kerem (1996) “Due Process of Law” Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 45, S:1, s.219 vd.

daha uygun olduğunu savunmak mümkündür. Zira söz konusu ilkenin “substantive due process of law” boyutu başta yasama eylemleri ve idari eylemler olmak üzere hukuk sùjelerinin haklarına yönelik her türlü uyuşmazlığın yargısal denetime tabi olduğunu dile getirmektedir¹²⁹. Tüm hukuki uyuşmazlıklar için geçerli bir ilke olan “procedural due process of law” ilkesi de devlet işlemlerinin yargılanmasında da tıpkı özel hukuk sùjeleri arasındaki yargılamalarda olduğu gibi yargılamaya ilişkin usulü gerekliliklere uyulmasını öngörmektedir. Bu da devletin birey için bireyin özgürlüğünü korumak için kurulduğu tezini doğrulamaktadır. Devleti dokunulur kılarak başta kendisi olmak üzere tüm sùjeleri birey haklarına riayete zorlamakla görevlendirmek anlamına gelmektedir.

Benzer ilkeler hukukun üstünlüğü ilkesine tam olarak muadil olmasa da devleti birey özgürlüğünü korumakla görevlendiren hukuk devleti ilkesini benimseyen Kara Avrupası anayasalarında da mevcuttur. Ancak bunlar felsefi arka plan ve kapsam itibarıyla Amerikan geleneğinden ayrılmaktadır. Amerikan geleneğinde klasik liberalizmin minimal devlet kuramı Kara Avrupası geleneğine göre daha güçlü olduğu için asıl olan devletin sınırlı ve sorumlu olmasıdır. Bu bağlamda içinde bulunulan koşullar ne kadar ağır olursa olsun veya devletin yetkileri ne kadar genişlerse genişlesin bireylerin hak arama hürriyeti başta olmak üzere “due process of law” ilkesinden kaynaklı hakları daraltılamaz¹³⁰. Birey haklarıyla ilgili hiçbir kamusal işlem bu ilkenin kapsamı dışında tutulamaz. Söz konusu düstur klasik liberal geleneğin maksimum düzeyde benimsenmesi neticesinde özellikle Federal Yüksek Mahkeme olmak üzere Amerikan yargısı tarafından tatbiki, Amerikan intelicensiyası tarafından savunulmasıyla tartışmasız bir kabule kavuşmuştur¹³¹.

Kıta modelinde durum Amerika'da olduğundan biraz farklıdır. Kıta modeli de prensip olarak kamusal tüm işlemleri yargısal denetime tabi tutmaktan yana olsa da

¹²⁹ **Chapman, Nathan S. / McConnell, Michael W.** (2012) Due Process as Separation of Powers, *The Yale Law Journal*, C:121, S:7, s.1788. Ayrıca bakınız: **Richard H. Fallon, Jr.** (1993) “Some Confusions about Due Process, Judicial Review, and Constitutional Remedies”, *Columbia Law Review*, C: 93, S:2, s.309, ayrıca bakınız: **Vermeule**, s.1890 ve Taylor, s.353.

¹³⁰ **Taylor, Hannis** (1915) “Due Process of Law”, *The Yale Law Journal*, C: 24, S: 5, s.353.

¹³¹ **Monaghan, Henry P.** (1970) “First Amendment “Due Process”, *Harvard Law Review*, C: 83, S: 3, s.518.

bu gelenekte denetimin kapsamı, usulü gibi konularda benimsenen içerik Amerikan geleneğine göre oldukça dardır. Fransa, Almanya ve Türkiye gibi Kıta geleneğine mensup ülkelerde de anayasal prensip olarak yasama ve idari eylem gibi kamusal tüm faaliyetlere karşı yargı yolu açık tutulmakta ancak oldukça geniş istisnalara yer verilmektedir¹³². Yargısal denetimin hangi kamusal faaliyetleri kapsadığı, denetim kapsamında olan kamusal faaliyetler üzerinde denetimin nasıl bir usul ve yöntem ile yapılacağı, belirli koşulların var olması durumunda yargısal denetime tabi olan kamusal faaliyetlerin bir kısmının yargısal denetim dışında tutulması gibi içeriklere sahip olan istisnalar yasal mevzuattan kaynaklanabildiği gibi yargı pratikleri ve entelektüel görüşlerle dahi geliştirilip desteklenmektedir¹³³. Kıta'da hâkim olan bu yaklaşım da birey haklarının veya insan haklarının korunması bağlamında Amerikan sistemine nazaran bazı zafiyetler yaratmaktadır. Özellikle söz konusu denetim kısıtlarının sosyal veya ekonomik gerekçelerden ziyade güvenlik gerekçesi zemininde benimsenmesi bu zafiyeti artırmaktadır. Bu durum Anglosakson geleneği ile Kıta geleneği arasındaki olgusal ve düşünsel arka plan farkından kaynaklanmaktadır. Anglosakson geleneği bireyci ve evrimci bir liberal düsturu benimserken Kıta geleneği rasyonalist, yapılandırmacı ve Amerikan geleneğine göre daha toplumcu bir liberal düsturu benimsemektedir¹³⁴. Yine Amerikan devletinin kuruluşu ve İngiltere'de yaşanan anayasallaşma gelişmeleri Kıta'ya göre oldukça düşük bir şiddet zemininde ve daha ziyade mutabakat ekseninde cereyan ettiği için birey özgürlüğü, otonomisi ve iradesini ve buna bağlı olarak haklarını Kıta'dan daha fazla öncele-mektedir¹³⁵. Adil yargılanma hakkı Kıta hukukunda hali hazırdaki yargulamalarla ilgili bir hak olsa da Anglo-Sakson dünyasında ve özellikle Amerika'da daha geniş ve tüm haklarla ilgili bir içeriğe sahiptir

¹³² **Altındağ, Halil** (2016) Genel olarak bakınız: "Yasama Kısıntısı", Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, C:8, S:20, s.247-266; ayrıca bakınız: **Sarıca, Ragıp** (1942) "Türk Devlet Şurası İçtihatlarına Göre Hükümet Tasarrufları", C:8, S: 3-4, s.457-472.

¹³³ Genel olarak bakınız: **Altındağ**, s.247 - 266; ayrıca bakınız: **Sarıca**, s.457.

¹³⁴ **Hayek**, s.54.

¹³⁵ Bu yargıdan hareketle Anglosakson dünyasında yaşanan ve anayasal etkileri olan siyasi gelişmelerin şiddetten ari olduğu yönünde bir çıkarıma ulaşılmamalıdır. Daha ziyade vurgulanmak istenen husus bu coğrafyada yaşanan gelişmelerin düşün yoğunluklu şiddet daha yüksek bir toplumsal mutabakat içerdiği-dir.

c. Hak veya Yükümlülüğe İlişkin Uyuşmazlığın Karara Bağlanması

Tabi olunan hukuk düzeni tarafından tanınan ve medeni nitelikteki hak ve yükümlülüğe ilişkin bir uyuşmazlık yargılama organlarınca karara bağlanıyor olmadıkça adil yargılanma hakkının devreye girmesi söz konusu olmayacaktır. Bir başka deyişle adil yargılanma hakkı hali hazırda çözümlenmekte olan bir uyuşmazlıkla ilgili koruyucu etkiler doğurabilen bir haktır. Bu yargının mevzu muhalifinden çıkan sonuç henüz ortada yargı organları önüne taşınmış bir uyuşmazlık yok ise adil yargılanma hakkının devreye girmeyeceğidir. Burada belirtilmesi gereken önemli hususlardan birisi söz konusu hakkın mahkemeye erişim hakkı olarak nitelendirilen ve ilgililerin yasal yollara başvurabilmesinin mümkün olmasını gerektiren bir alt hakkı da içerdiğidir. Mahkemeye erişim hakkı bir hukuk sisteminde yargısal denetime tabi olan uyuşmazlıklarla ilgili uyuşmazlığın taraflarının hukuki, ekonomik ve fiili olarak yargı organlarına müracaat ederek koruma talep edebilmeye ilişkin olanaklara sahip olmasını ifade eder.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta mahkemeye erişim hakkının yargısal denetimin kapsamıyla karıştırılmamasıdır. Bu bağlamda mahkemeye erişim hakkı hukuki açıdan yargısal korumaya mazhar olmayan haklar için ilgililerin yargısal koruma talep edebilmesi ile ilgili değildir. Bu konuda adil yargılanma hakkı biraz evvel kısmen ele alınan Anglo-Sakson geleneğinde mevcut olan “due process of law” ilkesinden ayrılmaktadır. Zira due process of law ilkesi sadece yargılama esnasında değil haklarla ilgili her zaman caridir. Söz konusu ilke yargılamaya takaddüm eden boyutunun yanında hangi hukuki uyuşmazlıkların yargısal denetime tabii olacağına ilişkin boyutu itibarıyla daha geniş bir koruma sağlar. Substantive due process of law ilkesi bir hukuk sisteminde istisnasız tüm haklarla ilgili uyuşmazlıkların yargısal merciler önüne taşınarak denetlenmesi gerektiğini deruhte ederek yalnız uyuşmazlığın çözümü esnasında değil ve fakat her zaman kesintisiz koruma sağlar.

2. Suç İsnadı

Adil yargılanma hakkının uygulama alanının bir diğer ayağı ise devlet ile birey arasında söz konusu olan ve devletin bireye karşı sahip olduğu kişi özgürlüğü ve

güvenliğini konu alan tekel nitelikli cezalandırma hakkına ilişkin uyuşmazlıklardır. Cezai saha kavramını oldukça geniş yorumlayarak hürriyeti bağlayıcı bir cezai yaptırım ile sonuçlanan yargılamalardan ekonomik yaptırım veya disiplin yaptırımı ile sonuçlanan yargılamalara veya uyuşmazlıklara kadar geniş bir yelpazede cezai sonuç içeren tüm hukuki ihtilafları kapsayacak biçimde değerlendirmek gerekir. Ancak idari yaptırım içeren kararlar yargısal denetime tabii ise yargısal denetimde adil yargılanma hakkına riayet etmek önceki süreçler bakımından mevzu bahis olan adil yargılanma hakkına ilişkin sorunları bertaraf etmektedir¹³⁶.

Adil yargılanma hakkı cezai isnadın karara bağlanmasıyla ilgili tüm süreçte sürecin niteliği elverdiğince riayet edilmesi gereken mutlak bir ilkedir. Ancak ceza yargılamasının en karakteristik türü hürriyeti bağlayıcı yaptırım içeren uyuşmazlıklardır. Hukuki bakımdan cezai uyuşmazlığın başlangıç zamanının cezai soruşturmanın açıldığı an olduğu söylenebilir. Bilindiği gibi modern hukuk sistemlerinde cezai uyuşmazlığın ulusal yargılama makamları tarafından karara bağlanması süreci iki temel evreden oluşmaktadır. Bunlardan ilki suç soruşturması yapmakla görevlendirilmiş merciler tarafından kollukla birlikte yürütülen ve suça ilişkin delillerin toplandığı soruşturma evresidir¹³⁷. İkincisi ise soruşturmayı yürüten makamca soruşturmanın tamamlanmasından sonra ilgili hakkında ceza davası açılmasına gerek görülmesi halinde mahkemeye başvurularak ilgili hakkında cezalandırılması talepli dava açılmasıyla başlayan yargılama veya kovuşturma evresidir. Adil yargılanma hakkı kişi özgürlüğünün bir gereği olarak hem soruşturma hem de kovuşturma evresi bakımından riayeti zorunlu bir haktır¹³⁸. Zira cezai uyuşmazlığın sonucu öncelikle soruşturma evresinde yapılan işlemler ile şekillenmeye başlamaktadır. Bu nedenle kovuşturma evresi sonunda varılan kararın sıhhati için hem soruşturmanın hem kovuşturmanın adil yargılanma hakkının gereklerine uygun yürütülmesi kaçınılmaz bir zorunluluktur¹³⁹.

¹³⁶ İnceoğlu, s.83.

¹³⁷ Adil yargılanma hakkının kapsamına giren süreçler hukuk sistemleri arasında farklılık arz edebilmektedir.

¹³⁸ Ho, s.90.

¹³⁹ Ho, s.90.

III. DEVLETİN TEMELİ OLARAK ADİL YARGILANMA HAKKININ İŞLEVİ VE NİTELİĞİ

A. ADİL YARGILANMA HAKKININ İŞLEVİ

Çağdaş dünyanın en etkili politik, ekonomik ve felsefi akımı liberalizm, bireysel özgürlük ilkesi üzerinde yükselir¹⁴⁰. Liberallere göre özgürlük bireyin¹⁴¹ (öznenin) hiç kimsenin baskısı ve zorlaması altında kalmadan dilediğini yapabilmesidir, ancak modern toplumsal yaşamın girift doğası nedeniyle özgür olmak tek başına özgürce davranabilmek için yeterli değildir¹⁴². Özgürce eylemde bulunabilmek için öznenin bazı hak ve olanaklara sahip olması gerekir. Hak sahibi olmak sahip olduğu hakları koruma hakkını da içerir. Aksine bir kabul liberal teori açısından birey olmanın en temel ve karakteristik özelliği olarak nitelendirilen bireysel özgürlüğü ve bireysel otonomiye inkâr etmek anlamına gelecektir. Bireyin haklarını koruyamaması yaşam veya maddi varlığını sürdürmemesine kadar ulaşacak bir kapıyı aralayacaktır. Dolayısıyla liberal felsefenin en temel değeri olan özgürlüğün korunması olmazsa olmaz bir şarttır.

Özgürlüğün korunması için tüm bireylerin başta diğer bireylerin üstün hak ve özgürlüklerine müdahale etmeme olmak üzere bazı konularda özgürlüğünün sınırlandırılması gerekir¹⁴³. Zira özgürlük kelimenin tam manasıyla ancak onu korumak için sınırlandırıldığında var olabilir. Herkesin özgürlüğünü korumak için özgürlüğün sınırlandırılmasında kullanılan en başat ve güçlü araç hukuktur¹⁴⁴. Ancak hukukun oluşturulması, uygulanması ve gereğinin yerine getirilmesi kendiliğinden gerçekleşmemekte ve bu konuda bir otoriteye ihtiyaç bulunmak-

¹⁴⁰ Ho, s.88.

¹⁴¹ “Birey” teknik olarak gerçek kişileri nitelemek için başvurulan bir kavram olup hukukun konusu olan tüm özneleri kapsamamaktadır; ancak adil yargılanma hakkı sadece bireyler açısından değil, tüm hukuk özneleri açısından mutlak bir haktır. İnsan haklarının sorumlusu olarak nitelendirilen devlet ve devlet adına hareket eden organları dahi adil yargılanma hakkına sahiptir.

¹⁴² Ho, s.88.

¹⁴³ Hayek, s.170.

¹⁴⁴ Hayek, s.170.

tadır¹⁴⁵. Bu otorite herkesin sahip olduğu haklarını koruma hakkını onlar adına kullanacak ve böylece herkesin çıkarına olan bir faaliyeti icra edecektir. Nitekim bu uğurda ortaya çıkan bir otorite olarak devlet de hukuk ile dahi özgürlüğün korunması ihtiyacını karşılamaya yetmemektedir. Zira bireyin özgürlüğünü üçüncü kişilere karşı korumak için kurulan devlet de özgürlük karşısında en büyük tehditlerden biri haline gelebilir. Bu nedenle özgürlüğün sadece üçüncü kişilere karşı değil onu korumak için kurulan devlete karşı da korunması gerekir.

Bireysel özgürlük ilkesi, bireyi üçüncü kişilere karşı korumanın yanında devletin bireylere karşı eylemlerini sınırlar ve devletin bireylerin haklarına yönelik müdahalesini adil müdahaleler ve adil olmayan müdahaleler olarak ikiye ayırır¹⁴⁶. Bireysel özgürlüğü korumanın güvencesi olarak ortaya çıkan devletin uygun davranışını temin için bireyin sahip olması gereken ve devlete karşı ileri sürülebilen temel bir hak olarak adil yargılanma hakkı öne sürülmektedir. Bireyin özgürlüğünün ve güvenliğinin en önemli bileşenlerinden birisi bireysel özgürlüğü korumakla mükellef devlet kültürünü ifade eden hukukun üstünlüğü ilkesi veya hukuk devleti ilkesidir. Hukuk devletinin ve yargılamanın en temel ilkelereinden biri olan adil yargılanma hakkının, gerçekleştirilmeyi hedeflediği bir takım önemli sonuçlar bulunmaktadır¹⁴⁷. Bu bağlamda öncelikle bireyin devlete karşı korunmasını temin eder. Nitekim adil yargılanma hakkının en başat ahlaki gerekçelerinden birisi bireylerin kendileri üzerinde güç kullanabilme salahiyetine sahip kamusal otoritelere itiraz edebilme, bu otoriteleri temsil edenlerin sahip olduğu yetkileri keyfi biçimde kullanabilme olasılığını bertaraf edebilmenin bir yolu olmasıdır¹⁴⁸.

Liberal felsefe açısından bireysel özgürlük tüm diğer özgürlüklerin kaynağında yer alan en temel değerdir. Adil yargılanma hakkı ile bireysel özgürlük

¹⁴⁵ **Raz, Joseph** (1983) *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, s.6.

¹⁴⁶ **Resnick**, s.208.

¹⁴⁷ **Tanriver**, s.192.

¹⁴⁸ **Scanlon**, s.98.

arasında güçlü bir ilişki vardır. Adil yargılanma hakkı doğrudan bireysel özgürlük ilkesi ve onun bir unsuru olan otonom olmaktan kaynaklanmaktadır. Zira birey sahip olduğunu düşündüğü haklarını kullanırken karşılaşacağı her türlü engel veya zorlamayı menetmek zorunda olduğundan kendisini ilgilendiren veya var olduğunu düşündüğü bir hakkıyla ilgili karar sürecine etkin olarak katılabilmesi, onun en temel ve mutlak hakkıdır. Bu nedenle yaşam hakkının dahi bazı hukuk sistemleri bakımından ihlaline cevaz verilirken adil yargılanma hakkının hiçbir istisnasının bulunmaması birey olmanın karakteristik özelliği olan otonom olmayı korumakla ilgilidir¹⁴⁹. Aksine bir iddia doğrudan bireyin insan olmaktan kaynaklı bir hakkı olan ihtiyaçlarını gidermek varlığını sürdürmek ve geliştirmek için muhtaç olduğu haklarını koruma hakkının inkârı anlamına gelecektir. Bireyin adil yargılanma hakkına yönelik en ufak bir ihlal veya kısıtlama girişimi son tahlilde ihtiyaçlarını gidermek için sahip olduğu hak ve olanaklarının ihlalini netice verebilecek ve temel ödevi birey haklarını korumak olan devletin meşruiyetini ortadan kaldıracaktır.

Adil yargılanma hakkı, devletin yargı fonksiyonunu sınırlandırması anlamına gelir¹⁵⁰ ve bununla yargılanmanın doğru ve adil bir biçimde gerçekleştirilmesi amaçlanır. Devletin yargı fonksiyonunu sınırlandırması erkler ayrılığı ilkesi ile doğrudan ilgilidir. Yargısal karar verecek mercilerin görev, yetki ve sorumluluklarının yasal olarak sınırlanıp belirlenmediği hukuk sistemlerinde hukuki öngörülebilirlik ve kişi güvenliğinden bahsetmek mümkün değildir. Devletin

¹⁴⁹ Burada adil yargılanma hakkının tüm alt unsurlarının kısıtlanamayacağı iddia edilememektedir. Adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan bazı alt hakların veya gerekliliklerin daha üstün hak, kamu düzeni gibi gerekçelerle daraltılması ya da sınırlanması -ki bu mümkündür- adil yargılanma hakkının sınırlanması olarak değerlendirilmemelidir. Nitekim bu biçimde alt haklarla ilgili kısıtlamalar mümkündür. Örneğin küçüğün korunması veya kamu düzeninin gerektirmesi durumunda aleniyet ilkesine getirilebilecek istisnalar gibi sınırlamalar hiçbir zaman adil yargılanma hakkının özünü oradan kaldıracak bir biçimde bir diğer ifadeyle adil yargılanma hakkının kısıtlanması olarak algılanmamalıdır. Bu konuda bakınız: **Turan, Hüseyin** (2009) "Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ndeki Yeri ve Önemi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S:84, s.230. Esasen bu tür kısıtlamalar daha ziyade muhakemenin amacı olan gerçeğe ulaşma idealine zarar verecek düzeyde ve nitelikte gerçekleştirilemezler. Bu konuda bakınız: **Resnick**, s.208.

¹⁵⁰ **Tanrıver**, s.192.

yargı fonksiyonunun sınırlanmasının özellikle cezai uyuşmazlıklar veya devletin taraf olduğu medeni haklara ilişkin uyuşmazlıklar bakımından hayati olduğunu belirtmek gerekir. Sınırlama ile bu tür uyuşmazlıklarda aynı zamanda uyuşmazlığın bir tarafı olan devletin tarafı olduğu uyuşmazlıkla ilgili karar veren konumunu edinmesi -kendi davasının hâkimi olması- engellenmektedir.

Hukuk devletinin önemli bir gereği olarak bireyin sahip olduğunu düşündüğü haklarını özgürce kullanabilmesi, haklarını kullanırken bir itirazla karşılaştığında onları korumak için kurulan devletin yardımını talep edebilmesidir. Modern düzenlerin ve en önemli bileşenlerinden olan hukukun en karakteristik ve vazgeçilmez işlevlerinden birisi, bireyler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda ihkak-ı hak yolunu mutlak surette kapatmasıdır. Modern devlet ortaya çıktıktan sonra artık hiç kimse ihlal edildiğini düşündüğü bir hakkını temin etmek için meşru savunma hali gibi haklı durumların varlığı hariç¹⁵¹ şahsen zor kullanma yoluna başvuramayacak, bunun yerine devletten hakkına yönelen saldırının menedilmesini ve eğer var ise bu sebeple uğradığı zararın giderilmesini talep edebilecektir. Devlet kurulduktan sonra haklı bir gerekçeye dayanmaksızın hakkı ihlal edilen bir kişinin hakkını korumak için gerektiğinde doğrudan zor kullanma hakkı ve yetkisi artık yalnızca devlete aittir. Hakkı ihlal edilen kişinin başvuracağı yegâne zorlama devletin yardımını ve müdahalesini talep etmekten ibarettir.

Devlet bakımından ise çağırıldığında yardıma koşmak hiçbir istisnası olmayan en temel görevdir. Ancak bu yardım kayıtsız ve şartsız talebin gerçekleştirilmesi değil, var olan hukuk kapsamında ve devlet için dahi hukuka raiyet ederek hakkı ihlal edildiğini öne sürenin ihlal edilen bir hakkı olup olmadığının tespiti ve eğer gerçekten bir ihlal var ise hakkın tesliminden ibarettir. Nitekim “*adalet mülkün temelidir*” özdeyişi esasen devletin var oluş sebebinin ve asli işlevinin süjelere ait hakları keyfi ve rastlantısal ihlallerden korumak olduğunu ve bu haklarla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıkları adil bir biçimde çözmek olduğunu çarpıcı bir biçimde ortaya koymaktadır. Bu özdeyişte dile getirildiği gibi

¹⁵¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız: **Toroslu, Nevzat** (2009) Ceza Hukuku Genel Kısım, 14. Baskı, Ankara Savaş Yayınevi, s.135 vd.

çoğu çağdaş politik teoriye göre de devlet olarak adlandırılan modern politik örgütlenme biçiminin en temel işlevi, bireyler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkları, taraflara eşit bir mesafede durarak adil bir biçimde çözüme kavuşturabilmesidir. Böylece birey özgürlüğünün korunması, toplumsal yaşamın ve düzenin sürdürülebilirliğini sağlamasıdır. Devletin bu biçimde bir temellendirmesini yapan sosyal sözleşmeciler devleti yalnızca bireyler arasında meydana çıkan uyuşmazlıkları hukukun gereklerine göre adil bir biçimde çözümlenmekle sınırlı bir otorite olarak nitelendirmektedir.

Gece bekçisi, avlak bekçisi gibi sıfatlar ile adlandırılan bu tür bir minimal devlet anlayışı zamanla devlete daha geniş sorumluluklar yükleyen görüşlerin benimsenmesiyle aşınsa dahi orijinde yer alan bu asli işlev hala devletin en esaslı ödevi olagelmektedir. Oldukça geniş sorumluluklar üstlenen devlet modellerinde dahi adil uyuşmazlık çözümü sistemin en başat meşruiyet parametresidir. Adil yargılanma hakkı Magna Carta Liberatum'da kralın lordlara karşı keyfi biçimde davranmasını engellemek amacıyla imza altına alınan normlardan¹⁵² doğduktan sonra anavatanında¹⁵³ ve zamanla yayıldığı diğer coğrafyalarda tüm bireyleri devletin keyfi eylemlerine karşı korumanın en etkin araçlarından biri haline erişmiştir¹⁵⁴.

¹⁵² **Chapman / Mcconnell**, s.1672.

¹⁵³ Söz konusu hak Anglo-Sakson dünyasında “due process of law” olarak adlandırılan ve hukuk sükelerine daha geniş haklar bahşeden iki boyutlu temel bir hukuki ilke biçiminde tecessüm etmiştir. Due process of law ilkesi “substantive due process of law” ve “procedural due process of law” olmak üzere iki ayrı alt ilke biçiminde incelenmektedir. Ayrıntılı bilgi için bakınız: **Russell**, s.325-326, ayrıca bakınız: **Resnick**, s.206. Substantive due process of law ilkesi kamusal işlemlerin esası bakımından yargı organlarının yetkisi, kamusal işlemin özüne ilişkin yargısal denetimin sınırları konusunda yargısal incelemenin tatbikiyle ilgilidir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız: **Ross, James F.** (1980) “A Natural Rights Basis for Substantive Due Process of Law in U. S. Jurisprudence”, *Universal Human Rights*, C: 2, S: 2, s.63- 64. Procedural due process of law ilkesi ise yargılama organlarının yargılama yaparken riayet etmesi gereken usuli meseleler ve sahip olması gereken niteliklerle ilgili konulara yönelik bir içeriğe sahiptir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız: **Vermeule, Adrian** (2016) “Deference and Due Process”, *Harvard Law Review*, C: 129, S: 7, s.1890, ayrıca bakınız: **Resnick**, s.209.

¹⁵⁴ **Fallon**, (1993) s.309; ayrıca bakınız: **Vermeule**, s.1890; **Taylor**, s.353.

Doğal bir insan hakkı olarak adil yargılanma hakkının insan hakları öğretisindeki yerini tespit etmeye girişmeden önce belirtilmesi gereken en önemli özelliği onun tüm hakların sonucu ve güvencesi olduğudur. Zira bir sonraki kısımda ayrıntılı olarak inceleneceği ve James F. Ross'un da isabetle belirttiği üzere,

“... ister sosyal sözleşmeyle ister rızayla, kabulle ya da her nasıl olursa olsun bir devletin oluşumu, ortak iyiliğin elde edilmesi için zorlayıcı gücün bu role sahip bir kişi veya gruba devredilmesinden oluşur. Zorlama, herkesin çıkarına olan ve pratik zorunluluk gereği bireysel eylemle ya da salt iş birliğiyle elde edilemeyecek iyilerin elde edilmesine yönelik olmalıdır...”

... Bedensel güvenlik, acıdan korunma ve yeterli gıda gibi en temel ilginizi çeken şeylerden bazıları bu türden iyiliklerdir. Dolayısıyla devletin otoritesi, tüm tebaasının temel doğal çıkarlarını yerine getirme işlevinin gerekliliğinden doğar. Herkesin temel doğal çıkarlarına ulaşmak için, önceki ahlaki özgürlük üzerinde kısıtlamalar yaratan zorlamanın pratik gerekliliği, kişinin önceki ahlaki özgürlüklerinden bazılarında taviz vermesini haklı çıkaran, herkes tarafından aynı şekilde paylaşılan ahlaki açıdan zorlayıcı bireysel çıkarlardır...”¹⁵⁵.

Devleti oluşturmakla ulaşılmak istenen çıkar, en başat ortak iyi olarak herkesin sahip olduğu hakları koruma, bunlara ilişkin bir uyuşmazlık ortaya çıktığında ise bireylere ait hakları koruma ödevinin bir uzantısı olarak söz konusu uyuşmazlığı adil bir biçimde karara bağlamak ve bireysel özgürlüğü etkili bir biçimde korumaktır. Devlet, haklarla ilgili uyuşmazlık iddialarını çözerek ulaştığı sonucu uyuşmazlığın taraflarına ve üçüncü kişilere kabul ettirecek bir zorlama gücüne sahiptir. Devlet dışındaki öznelerin hatta yargı yetkisinin kullanılması haricinde çoğu kere devletin dahi başvurabileceği yegâne zorlama yöntemi hukukun (devletin) yardımını istemek olacaktır¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Ross, s.72-73.

¹⁵⁶ Devlet yargısal olanlar dışında aldığı bir kararı hayata geçirirken kararın muhatabının itirazıyla karşılaştığında -ki bu itiraz çoğu kere yargısal yollara başvurmak şeklinde gerçekleşecektir- doğrudan zor kullanarak kararı uygulamak yerine yargısal süreçte tıpkı itirazda bulunan gibi hukukun korumasını talep edecektir.

Devlet meşru bir biçimde varlığını sürdürebilmek için hükümlerliği altında bulunanların tüm hak ve özgürlüklerini korumak ödevini mükemmel bir biçimde yerine getirmek zorundadır. Bu ödevin layığıyla icrası ise sahip olduğu bir hakkın ihlale uğradığını düşünenlerin yardımına koşmasını gerektirir. Esasen ihlal iddiası hemen hemen her zaman birden fazla süje arasında bir uyuşmazlığın varlığını da içerir. Bu noktada devlet uyuşmazlığın taraflarından birini diğerine rasgele veya keyfi olarak tercih edemeyeceğinden mevcut hukuk çerçevesinde uyuşmazlığı çözerek ihlal iddiasını gidermek böylece yardım talebine karşılık vermek zorundadır. Bu noktada devreye giren adil yargılanma hakkı devletin bizzat taraf olduğu ya da hükümlerliği altındaki hukuk sūjeleri arasında meydana gelen uyuşmazlıkları kabul edilebilir bir biçimde meşruiyete uygun olarak çözerek ihtilafları gidermesini sağlar. Böylece adil yargılanma hakkının ikinci bir karakteristik özelliği olan mutlak oluşu veya asla taviz verilemeyecek bir hak oluşuna ilişkin tespite ulaşılır. Zira bu hakkın en küçük bir ihlali dahi doğrudan devletin varlık gerekçesini inkâr anlamına geleceği için onun meşruiyetini de sarsacaktır.

Ayrıca bazı uyuşmazlıklarda devlet hukuk sūjelerinin sahip olduğu yarışan taleplerle veya daha doğru bir ifadeyle haklarla ilgili uyuşmazlıkları çözerken bazen bu sūjelerin sahip olduğunu iddia ettiği haklar arasında bir önem veya öncelik belirlemesi de yapmaktadır¹⁵⁷. Zira adil yargılama hakkının kapsamında bulunan uyuşmazlıklar her zaman bir hakkın varlığı, yokluğu ya da ihlali iddialarıyla ilgili değil bazen de önem ve ağırlığıyla ilgilidir¹⁵⁸. Bu tür uyuşmazlıklarda hangi hakkın diğerine üstün tutulacağını belirlerken benimsenecek yöntem doğrudan ihtilaf konusu hakların niteliğinin ve öneminin yanı sıra devletin siyasal, ekonomik tercihleri ve meşruiyetiyle de ilgilidir. Hukuk sūjelerine ait hakların korunması, ihlali iddialarından kaynaklanan uyuşmazlıkların giderilmesi veya söz konusu haklar arasında bir öncelik ve/veya önem belirlemesi yapılması esnasında varılacak kararın tüm taraflar açısından kabul edilebilirliği adil yargılanma hakkının gereklerine riayetle ilgilidir. Devlet benimsenecek yöntem uya-

¹⁵⁷ Ross, s.78.

¹⁵⁸ Dworkin, Ronald M. (1967) "The Model of Rules", The University of Chicago Law Review, C:35, S:1, s.27.

rınca öne sürülen haklar arasında bir ihtilaf bulunup bulunmadığına ve eğer bir ihtilaf var ise hangisinin tercihe değer olduğuna da bu hakkın gereklerine riayet ederek karar verecektir¹⁵⁹. Dolayısıyla adil yargılanma hakkı bu sebeple de tüm hakların güvencesi olarak asla taviz verilemeyecek en temel ve mutlak insan haklarından birisi olarak nitelenmektedir

B. ADİL YARGILANMA HAKKININ NİTELİĞİ

Birey özgürlüğünü korumak için kurulan devlete de tıpkı bireyler gibi birtakım sınırlar belirlenmesi ve belirlenen bu sınırlara başta devletin kendisinin riayet etmesi gerekir. Nitekim bu ihtiyaç hukuk devleti ilkesini ortaya çıkarmış ve başta devletin bireyler ile arasında olan kendisinin tarafı olduğu uyuşmazlıklar olmak üzere bireyler arasındaki her türlü uyuşmazlıkların çözümünde de riayet edilmesi gereken temel bir insan hakkına vücut vermiştir. Bu bağlamda, devletin kuranlara karşı uygun davranışını sağlamayı amaçlayan temel prensiplerden biri olan¹⁶⁰ “hukuk devleti ilkesi” veya “hukukun üstünlüğü ilkesi”, doğal bir hak olan “hak arama özgürlüğü” ve bu özgürlüğün doğal bir uzantısı olan “adil yargılanma hakkı”nı içermektedir. Bu prensipler, modern devletin ortaya çıkmasının temel gerekçelerinden biri olarak kabul edilirken, devletin en önemli görevi ve meşruiyet kaynağı olarak öne çıkmaktadır¹⁶¹. Ancak öğretilerde, uygulamada ve koruyucu mekanizmaların kararlarında genellikle adil yargılanma hakkı, hak arama hürriyeti ile bağları göz ardı edilerek müstakil bir doğal hak olarak nitelenmektedir¹⁶². Bu

¹⁵⁹ Ross, s.78.

¹⁶⁰ Barnett, Randy E. (1998) *The Structure of Liberty: Justice and the Rule of Law*, New York, Oxford Clarendon Press, s.62. Ayrıca bakınız: Silkenat, James R. (2014) “What Is the Rule of Law and Why Is It So Important?”, Sellers, Mortimer N. S./ Hickey Jr., , E James / Barenboim, D. Peter (Editörler), *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*, Cham Heidelberg, Springer, s.5.

¹⁶¹ Holmes, Stephen (2008) “Conclusion”, Farber, Daniel (Editör), *Security V. Liberty: Conflicts Between National Security and Civil Liberties in American History*, New York, Russell Sage Foundation, s.216-217.

¹⁶² Adil yargılanma hakkı Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde düzenlendikten sonra hukuk literatüründe özellikle Kara Avrupası hukuk geleneğinde benimsenmiştir. Ancak söz konusu hakkın orijini Anglosakson hukukunda önemli bir ilke olan “due process of law” ilkesidir ve bu gelenekte adil yargılanma hak-

yaklaşım adil yargılanma hakkının otoritesinin pekişmesi için isabetli olmakla birlikte gerekçelendirilmesi için bazı riskleri barındırmaktadır.

Adil yargılanma hakkının hak arama hürriyeti ile olan bu sebep sonuç ilişkisi onun da öğretilde, ulusal ve uluslararası belgelerde ve insan haklarını koruyucu mekanizmaların kararlarında bir doğal hak olarak nitelendirilmesine sebep olmaktadır. Ancak adil yargılanma hakkı birçok doğal haklar teorisi tarafından savunulan diğer doğal haklara nazaran bazı karakteristik farklılıklar arz etmektedir¹⁶³. Bu meseleyi daha iyi kavrayabilmek için insan haklarının sınıflandırılması bağlamında geliştirilen düşüncelerden hareket etmek yerinde olacaktır. İnsan haklarının sağladığı, yetki, koruma ve olanakları daha iyi idrak edebilmek için öğretilde bazı düşünürler tarafından geliştirilen birtakım ölçütlerden ve yöntemlerden hareketle bu haklar çeşitli kategorilere ayrılarak incelenmektedir.

Temel ve mutlak bir insan hakkı olarak adil yargılanma hakkının tüm diğer hakların güvencesi olması başka bazı özelliklere de sahip olmasıyla ilgilidir. İnsan hakları düşüncesi içerisindeki yerini tespit etmek de söz konusu hakkın temel hak karakterini ortaya koyabilmek için önemli çıkarımlar sağlayacaktır. İnsan haklarıyla ilgili çok fazla kategori yöntemi geliştirilmesine rağmen Alman hukukçu Georg Jellinek (1851-1911) tarafından geliştirilen ve Jellinek üçlüsü olarak da adlandırılan yaklaşım hakların sağladığı yetkiler, kapsamı, kullanımı, içeriği ve tarihsel gelişimiyle ilgili daha aydınlatıcı tespitler yapabilmeyi olanaklı kılmaktadır¹⁶⁴. Söz konusu yaklaşımın bu çalışmanın temel tezi göz önüne alındığında adil yargılanma hakkının niteliklerini tespit edebilmek için kullanılması da isabetli olacaktır.

kından ziyade due process of law ilkesinden bahsedilmektedir. Söz konusu ilke İngiltere'de Kral Yurtsuz John ile Lordlar arasında 1215 yılında akdedilen "Magna Carta Libertatum" (1215) adlı sözleşmenin otuz dokuzuncu bölümünde yer alan hükümden hareketle türetilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bakınız: **Chapman/Mcconnell**, s.1672.

¹⁶³ **Karakehya, Hakan** (2007) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma, Eskişehir, Savaş Yayınları.

¹⁶⁴ Bu ayırım insan haklarının incelenebilmesi, gereklerinin ve içeriklerinin anlaşılabilmesi açısından önemli metodolojik kolaylıklar sağlamaktadır. Ancak bütün insan hakları için mutlaka uygulanabilir bir ölçüt olmadığı gibi bazı haklar bakımından da birden çok kategorinin geçerli olmasına elverişlidir. Ayrıntılı bilgi için bakınız: **Kapani**, s.6.

Jellinek'e göre bir hakkın kullanımını için devletin sahip olduğu müdahale ve yükümlülük ölçütünü veya hakkın bireye sağladığı yetkiyi esas almak gerekir¹⁶⁵. Bu doğrultuda insan haklarını negatif statü hakları, pozitif statü hakları ve aktif statü hakları olarak üçe ayırmak mümkündür¹⁶⁶. Sahibinin kendisine sağladığı yetkileri kullanabilmesi, olanak ve ayrıcalıklardan faydalanabilmesi için üçüncü bir iradenin araya girmesine ihtiyaç olmayan ve daha ziyade sonuçlarını istihsal edebilmesi için üçüncü kişilerin müdahale etmemesini ve sahibinin hakkını özgürce kullanabilmesine saygı göstermesini gerektiren haklara negatif haklar adı verilmektedir¹⁶⁷. Sahibinin kendisine sağladığı yetkileri kullanabilmesi, olanak ve ayrıcalıklardan faydalanabilmesi için üçüncü bir iradenin belirli edimleri yerine getirmesine ihtiyaç bulunan haklara ise pozitif statü hakları adı verilmektedir¹⁶⁸. Son olarak sahibine belirli siyasal etkinliklerde bulunma konusunda aktif rol alabilmeyi sağlayan haklara da aktif statü hakları adı verilmektedir^{169,170}.

¹⁶⁵ **Donnelly**, s.42.

¹⁶⁶ Büyük ölçüde Jellinek'in ayrımıyla paralellik gösteren bir başka sınıflandırmaya da işaret etmek uygun olacaktır. Bu bağlamda öğretilerde insan haklarının yaşanan sosyal ve özellikle ekonomik gelişmelere bağlı olarak kapsamanın genişlemesi ve yeni hak kategorilerinin ve türlerinin ortaya çıkması neticesinde kronolojik bir sınıflandırması yapılmaktadır. Bu anlamda ilk aşamada benimsenen daha çok devlete korumacı görevler yükleyen insan haklarına birinci kuşak haklar, pozitif edimler yükleyen haklara ikinci kuşak haklar, sahibine sosyal ve siyasal katılım olanağı sağlayan haklara ise üçüncü kuşak haklar - bu kategorinin insan hakları hüviyeti tartışmalıdır- adı verilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız: **Thomas G. Weiss, Ramesh Thakur** (2010) *Generations of Rights An Unfinished Journey*, Bloomington & Indianapolis, Indiana University Press, s.259.

¹⁶⁷ Bu tür haklar gece bekçisi olarak adlandırılan minimal devlet modelinin baskın bir biçimde benimsendiği klasik liberal görüşün baskın olduğu dönemde doğal haklar teorisyenleri ve toplum sözleşmecileri tarafından benimsenmiştir. Devletin yegâne ödevinin bireyin sahip olduğu bu hakları korumak olduğu savunulmuş bundan öte bir yetki kullanmasının ise mümkün ve meşru olmadığı öne sürülmüştür **Donnelly, Jack** (2013) *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Ithaca & London, Cornell University Press, s.42.

¹⁶⁸ Devlete negatif hakların korunması yanında hatta bazen onlara müdahale etme pahasına bireylere karşı bazı pozitif edimleri yerine getirme ödevi yükleyen bu tür haklar ise çağdaş liberalizm olarak da adlandırılan sosyal demokrat hareketlerin güçlenmesiyle savunulup benimsenmeye başlamıştır **Donnelly**, s.42.

¹⁶⁹ Tarihte ilk defa İngiltere'de Kralın bazı yetkilerini kullanması belirli kayıt ve şartlara bağlayan Magna Carta Libertatum'da düzenlenen ve vergilendirme gibi konularda karar alırken lordla-

Jellinek formülüne dayanılarak yapılan ayırım neticesinde tarihin daha erken döneminde doğal haklar teorileri tarafından savunularak ortaya çıkan insan haklarının¹⁷¹ genellikle negatif bir içeriğe sahip oldukları gözlemlenmektedir. Aydınlanma hareketleri sonrası gelişen hümanizm akımı ve seküler ortamın ürünleri olan ve doğal haklar öğretisi tarafından savunulan, insanların doğuştan insan olmaları hasebiyle doğal olarak sahip oldukları iddia edilen haklar, genellikle devlete ve üçüncü kişilere hak sahibinin hakkını kullanmasına saygı duyma, engel olmama ödevi yükler. Doğal hakların kullanımı bakımından hak sahibinin devletin herhangi bir yardımına, müdahalesine veya katkısına ihtiyacı bulunmamaktadır. Birçok liberal düşünür tarafından devletin bu hakları korumakla görevli ve sınırlı olarak kurulduğu savunulmaktadır¹⁷². Bu noktada adil yargılanma hakkını diğer doğal haklardan ayıran özelliği ortaya çıkmaktadır. Zira hak arama hürriyetinin bir uzantısı ve devletin varlık gerekçesi olarak adil yargılanma hakkı doğal haklar teorileri tarafından doğal bir hak olarak benimsense de çok katmanlı bir muhtevaya sahip olduğundan negatif haklardan ayrılmaktadır.

Doğal bir hak olarak benimsenen ancak Jellinek'in kuramına göre tam olarak herhangi bir kategoriye yerleştiremeyen adil yargılanma hakkı bakımından sahibinin haktan istifade edebilme şartları ve devletin sahip olduğu ödevlerin teorik ve pratik boyutları özgün bir nitelik arz etmektedir. Söz konusu hakkın özgün niteliğini ortaya koyabilmek için hem koruyucu etkisinden yararlanma

rın da onayının alınmasını salık veren” no taxation without representation” (temsilsiz vergi olmaz) ilkesinden doğan bireyin üyesi olduğu toplumun yönetimine katılma hakkı, zamanla özellikle sosyal demokrat hareketlerin güçlenmesiyle bireylerin geniş bir yelpazede siyasi haklara sahip olması gerektiği fikrine evrilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız: **Williams**, s.7.

¹⁷⁰ Öğretide bazı yazarlar insan haklarının sınıflandırılmasına karşı çıkmakta ve tüm hakların özünün ve sağladığı yetkilerin benzer olduğunu savunmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız: **Donnelly**, s.42.

¹⁷¹ Bu haklar, temel haklar, klasik haklar veya doğal haklar gibi çeşitli biçimlerde adlandırılmaktadır.

¹⁷² **Wolff, Jonathan** (1996) Robert Nozick Property, Justice and the Minimal State, Oxford, Polity Press, s.59- 60.

şartlarını hem anlamını hem de teorik aka planını kavramaya ihtiyaç vardır. Zira adil yargılanma hakkı sahip olduğu içerik, nitelikler ve felsefi dayanak bakımından negatif statü haklarına, kullanımı bakımından pozitif statü haklarına, meşruiyeti ve etkililiği bakımından ise aktif statü haklarına benzer özelliklere sahiptir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki adil yargılanma hakkı ancak belirli durumlarda korumasından yararlanılacak bir hak olup her zaman kullanılabilir, devlete veya üçüncü kişilere karşı öne sürülebilir veya himayesine başvurulabilir bir hak niteliğine sahip değildir¹⁷³. Adil yargılanma hakkının sağladığı yetkileri kullanabilmek ve korumalardan yararlanabilmek için daha evvel kısmen değinilen birtakım koşulların gerçekleşmesine ihtiyaç vardır. Bu adil yargılanma hakkını doğal haklardan ve negatif statü haklarından ayıran ilk özelliğidir. Zira doğal hakların ve negatif statü haklarının sağladığı yetkileri kullanmak ve korumalardan faydalanmak her zaman, bir diğer ifadeyle hiçbir ön koşulun gerçekleşmesine ihtiyaç olmaksızın mümkündür. Negatif doğal haklar günlük yaşayışta sahibi tarafından olağan olarak istifade edilebilir haldedir. Örneğin yaşam hakkı, ifade hürriyeti gibi haklar doğrudan sahibi tarafından kullanılmakta, yine mülkiyetin sağladığı olanaklardan da sahibi hiçbir otoriteye başvurmadan faydalanabilmektedir. Oysa adil yargılanma hakkının gündeme gelebilmesi, sağladığı yetkilerin kullanılabilmesi ve korumalardan faydalanılabilmesi için öncelikle hak sahibinin mevcut bir hakkına yöneldiğini düşündüğü bir saldırının varlığı gereklidir. Hakkın sağladığı yetkileri kullanabilmek ve korumalardan faydalanabilmek için ikinci şart, hak sahibinin temel ve doğal bir hakkı olan hak arama özgürlüğünü kullanarak ihlal edilen hakkına yönelik saldırıyı menedebilmek için devletin yardımına başvurmasıdır¹⁷⁴. Hak sahibi açısından ancak bu

¹⁷³ Bununla birlikte bir politik sistemin mensupları tarafından içinde bulunulan hukuk düzeninin adil yargılanma hakkının ve hukukun üstünlüğünün gücüne olan inanç kişi haklarına yönelik başlı başına bir sosyal koruma mekanizması niteliğine sahiptir. Hukuk sùjeleri her zaman adil yargılanma hakkının cari olduğu bir yargısal süreç içerisinde bulunmasalar dahi böyle bir hakka sahip olmanın olası ihlaller bakımından sağlayacağı caydırıcılık ve refah inkâr edilemez bir güvencedir.

¹⁷⁴ **Öktem, Niyazi** (1993) *Devlet ve Hukuk Felsefesi Akımları*, İstanbul Der Yayınevi, s.108.

andan itibaren yani doğal bir hak olan hak arama özgürlüğünü kullanarak devletin yardımına başvurduktan sonra adil yargılanma hakkının sağladığı yetki ve korumalardan istifade edebilmek mümkün olacaktır.

Adil yargılanma hakkı diğer hakların güvencesi olması hasebiyle sahibi tarafından her zaman başvurulabilecek bir hak olsa da kullanımı için mutlaka devletin yardımını gerektirir. Bu da onu negatif statü haklarından ayıran ve pozitif statü haklarına yaklaştıran bir diğer özelliğidir. Zira negatif statü haklarından farklı olarak adil yargılanma hakkı devletin ve üçüncü kişilerin hak sahibinin hakkını kullanmasına yalnız saygı duymasını ya da müdahale etmemesini değil pozitif statü hakları gibi hakkın kullanımı için devletin belirli ödevleri yerine getirmesini gerektirmektedir. Bu bağlamda devletin ödevi yalnız yargılama organlarını oluşturmakla sınırlı olmayıp bu organların bağımsız, tarafsız, aleni, hızlı ve hakkaniyete uygun bir biçimde karar verebilmesinin koşullarını temin etmektir. Devlet adil yargılanma hakkının layığıyla korunup gerçekleştirilebilmesi için öncelikle teorik ve pratik olarak hukuk süjelerine hak arama yollarını açık tutmalı ardından adil yargılanma hakkının gereklerine uygun olacak bir kurumsal mekanizma oluşturmalıdır. Ayrıca yargı erkinin durumu devletin temel fonksiyonu olan adil yargılanma hakkını layığıyla icra edebilmesi ve yargılamanın meşruiyeti açısından büyük önem arz etmektedir. Güncel liberal akımlar tarafından devlet erkleri arasında en önemlisi olarak telakki edilen yargı erkinin adil yargılamayı gerçekleştirebilmek için hukuki ve fiili olarak bazı olanak ve ayrıcalıklara sahip olması gerekir. Bir diğer ifadeyle kuramsal olarak en önemli erkin gerçekte de bu konuma sahip olması kaçınılmaz bir zorunluluktur. Dolayısıyla meşru bir hukuk devleti açısından en başat erkin bağımsız ve tarafsız bir yargı erki olduğunu savunmak mümkündür. Ancak tek başına kararların adil olması yeterli değildir, adil olan kararların uygulanabilmesi, gereklerinin yerine getirilmesi gerekir. Bu da devletin üç temel işlevinden biri olan icra ya da yürütme işlevi ile ilgilidir. Dolayısıyla devletin başat icrai işlevinin yargısal kararların yerine getirilmesiyle ilgili olması gerekir.

Adil yargılanma hakkının birincil sonuçlarını ortaya çıkardığı alan maddi âlem olmayıp hukuki âlemdir ve bu özelliği de onu aktif statü haklarına yaklaştırmaktadır. Ayrıca hukuk süjelerine ait haklarla ilgili uyumsuzluklara onların

bizatihi katılarak sonuca etki edebilmeleri de tıpkı aktif statü haklarında olduğu gibi kararların meşruiyetinin ve kişiyi bağlamasının gerekçeleri arasındadır. Zira modern toplumsal düzende bireyin gerek siyasal gerek hukuki olarak kendisini ilgilendiren tüm süreçlere katılabilmesi bireysel özgürlük ilkesinin bir gereğidir. Adil yargılanma hakkı bireysel özgürlük ilkesinin bireyin kamusal ilişkilerinde bir yansımasıdır. Bireysel özgürlük ilkesi kamu otoritelerine karşı hak arama hürriyetinin bir uzantısı olan adil yargılanma hakkı aracılığıyla öne sürülür. Hukuk sùjeleri gerek diğer hukuk sùjeleriyle gerekse aynı zamanda bir hukuk sùjesi olan devletle ilişkilerinde yaşadıkları uyuşmazlıkları, adil yargılanma hakkı aracılığıyla kendileri açısından kabul edilebilir bir sonuca ulaştırır. Her bireyin kendi hakkını aramaya ve korumaya ilişkin doğal bir hak ve özgürlüğe sahip olduğu kabul edilmektedir. Bu durumun insan olmanın tabiatından kaynaklandığı, zira özgür ve otonom bir varlık olarak insanın diğer varlıklardan ayrılmasının en temel ölçütünün iradi eyleme özelliği olduğu bunun ise kendi refahını ve haklarını gözetmekle ilgili olduğu savunulmaktadır. Aksi takdirde kendi varlığını korumak, sürdürmek ve geliştirmek için sahip olduğu hakları koruyamayan bir canlının ayırt edici bir yanından bahsedilemez.

Adil yargılanma hakkı, bazı insanlara başkalarının hayatlarını kontrol etme veya onlara müdahale etme gücü veren kurumların ahlaki kabul edilebilirliğinin koşullarındandır¹⁷⁵. Kurumların verdikleri gücün ahlaki açıdan haklı olması yönündeki gerekliliğin ötesinde, bu yetkilerin yalnızca sınırlar dâhilinde ve gerekçelerinin ima ettiği koşullara tabi olarak kullanılacağına dair etkili bir garantinin bulunması yönünde ilave bir ahlaki gereklilik vardır, adil yargılanma hakkı bunu sağlamaktadır¹⁷⁶. Dolayısıyla adil yargılanma hakkının devlete hem kendisine hem de diğer sùjelere karşı bireyin özgürlüğünü ve otonomisini koruma ödevi yükleyen bir hak olduğunu iddia etmek mümkündür. Bu nedenle adil yargılanma hakkına olan inanç siyasal sisteme olan meşruiyet algısı ile doğrudan ilgilidir.

¹⁷⁵ Scanlon, s.94.

¹⁷⁶ Scanlon, s.95.

SONUÇ

Bireysel hak sahipliği temelinde yükselen çağdaş dünya düzeni insanlar için en ideal yaşamın kendi karar ve eylemleriyle kendi yazgılarına karar verebildikleri koşullarla var olabileceğini savlamaktadır. Bu görüşün kuramsal halini temsil eden liberalizm bireysel özgürlüğü politik felsefenin temeline yerleştirmektedir. Bireysel özgürlük, liberal öğretilerde iradi eylemde bulunabilmek için haklara sahip olabilmekle ilgili bir değer ve aynı zamanda birçok hakkın türetildiği kaynaktır. İnsan yaşamı için son derece önemli bir değer olan özgürlük her an diğer aktörler tarafından yönelebilecek ihlal riskiyle karşı karşıyadır. Nitekim liberal gelenek içerisinde bu riski en iyi kavrayarak kuramsal bir çözüm arayışı içerisinde olan toplum sözleşmecileri ve önde gelen temsilcilerinden Locke yaşadığı dönemde henüz kimliğini kazanmaya başlayan devletin işlevlerini bu önemli değeri korumaya atfetmiş ve bununla sınırlamıştır. Devletin bu biçimde bir temellendirmesini yapan Locke devlet öncesi toplumların doğa durumu olarak adlandırdığı özünde ideal ancak birey özgürlüğü için oldukça ciddi riskler barındıran bir düzen içerisinde yaşadıkları varS:mından hareketle teorisini geliştirmiştir.

Çağdaş dünyada var olan devlet modelleri Locke gibi klasik liberallerin¹⁷⁷ salık verdiği için oldukça ötesinde görevler üstlenmek zorunda kalsalar da hala temel görevleri arasında ilk sırada bireylerin haklarının ve özgürlüklerinin hem kendisine hem de üçüncü kişilere karşı korunması yer almaktadır. Bu uğurda sahip olduğu araçların başında hukuk oluşturma yanında onu adil bir biçimde uygulamak da yer almaktadır. Her ne kadar Locke tarafından bireysel özgürlüklerin korunması konusunda yasama yoluyla hukuk oluşturma daha önemli telakki edilse de yargılamanın önemi de oldukça baskındır. Düşününürün bu eğilimini çağın ruhuna uygun olarak değerlendirmek gerekir. Nitekim geçmişten günümüze devletin meşruiyetinin en başat ölçütü oldukça fazla sorumluluğu bulursa da hukuk süjeleri arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkları adil bir biçimde çözüme kavuşturabilmesidir.

¹⁷⁷ Burada klasik liberaller ifadesi John Locke, Thomas Jefferson ve David Ricardo gibi klasik liberalleri ve Friedrich August von Hayek ve Robert Nozick gibi neoliberal düşünürleri de kapsayacak biçimde kullanılmıştır.

Doğa durumunda veya bir politik sistem içerisinde yaşayan tüm bireyler için bireysel özgürlüğün ihlali her zaman olası bir sorundur. Akıl ve irade sahibi varlıklar olarak insanlar bu riski bertaraf ederek herkesin özgürlük, yaşam ve bunlar için ihtiyaç duyduğu mülklerini (haklarını) güvence altına almak istemiştir. Hak sahibi olmak ise özne açısından doğal olarak sahip olduğu hakkını koruma hakkını da içerir. Zira hak sahibi olmak özgürce eylemde bulunabilmek için olmazsa olmaz bir koşuldur. Bireylerin hukuki haklarının ve özgürlüklerinin korunması konusunda gündeme gelen en önemli haklardan ve araçlardan birisi adil yargılanma hakkıdır. Öyle ki adil yargılanma hakkı Locke'un kuramından da çıkarılacağı gibi devletin veya politik toplumun var oluş sebebidir.

Locke'un politik teorisinin incelenmesinden de anlaşılacağı üzere bireysel özgürlüğün ya da geniş anlamda mülkiyetin korunmasının yolu hukukun adil bir biçimde oluşturulması ve uygulanmasından geçmektedir. Bu devletin birinci sıra görevidir. Devlet, tüm insanların doğal bir biçimde sahip olduğu kendi haklarını ve mülklerini koruma hakkını ve haklarını ihlal edenleri cezalandırma haklarını devrettikleri, insan yararına faaliyet gösteren bir mekanizmadır. Bireylerin toplum sözleşmesiyle elde etmek istedikleri amaç, bireysel özgürlüklerinin, mülklerinin ve doğal haklarının korunmasıyla sınırlı işlev gösteren minimal bir devlet yaratmaktır, hak ve özgürlükleri için yeni tehlikeler yaratmak değil¹⁷⁸. Bu nedenle devletin yetkilerinin yalnız bireylerin doğa durumunda sahip oldukları özgürlüğü koruyacak biçimde son derece sınırlı ve açık olarak belirlenmesi gerekir. Bu konuda sahip olunan en önemli araçların başında bireyi hem devlete hem de üçüncü kişilere karşı korumanın etkin bir yolu olarak adil yargılanma hakkı gelmektedir. Devletin kendisine tanınan yetkileri aşarak yozlaşmasına karşı bireylerin sahip olduğu direnme hakkının kullanımı hariç artık hiç kimsenin sahip olduğu hak ve özgürlükleri koruma kapsamında hukuki yollara başvurmak dışında zor kullanmaması gerekir. Devlet kurulduktan sonra bireylerin özgürlüklerine ve mülkiyet haklarına ilişkin uyuşmazlıkları çözmek, eğer var ise ihlalde bulunanlara karşı uygun cezaları belirleyerek uygulamak artık politik topluluğun -devletin- yetkisi ve sorumluluğudur¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Gough, s.24.

¹⁷⁹ Parry, s.98.

Devletin ödevlerinin başında bireyler arasında ortaya çıkan haklara ilişkin ihtilafları onlar adına tarafsız ve onların iradesinden bağımsız bir biçimde hukukun gereklerine uygun bir biçimde çözümlenerek karara bağlamak gelmektedir. Bu bireyin sahip olduğu en temel hak ve özgürlüklerden birisi olan hak arama özgürlüğünün kullanılması bağlamında olası bir karşı duruşla muhatap olması durumunda devletin müdahalesini talep edebilmesiyle mümkün olacaktır. Devlet de uyuşmazlığın tarafı olan tüm bireyler arasındaki ihtilafı -uyuşmazlığın taraflarınca kendi haklarını korumak maksadıyla kurulduğu için- bağımsız ve tarafsız olarak adil bir biçimde hukukun gereklerine uygun olarak çözecektir. Burada önemle belirtilmesi gereken husus, bireylerin doğa halinde sahip oldukları özgürlük, yaşam ve mülkiyet gibi haklarını kendi ellerinde tutarak yalnız bu hakları koruma haklarını devlete devrettiğidir¹⁸⁰. Dolayısıyla devletin, insanlar üzerinde hak veya üstün bir çıkar sahibi olduğunu iddia etmek mümkün değildir. O halde devletin doğrudan görevi ve yetkisi kendisini oluşturanların hak ve özgürlüklerini korumakla sınırlıdır, bunun dışında hiçbir yetki ihdas ederek kullanması meşru ve mümkün değildir¹⁸¹. Bu hak ve görevin devlete devredilmesinin sebebi hiç kimsenin kendi davasında yargıç olamayacağına yönelik temel hukuki ve mantıki ilkedir¹⁸². Devlet tüm uyuşmazlıkları taraflarına eşit bir mesafede durarak karara bağlayacak tarafsız bir hakem konumundadır. Ortaya koyduğu yargı tarafları bağlayacak ve aleyhine karar verilen taraf da kendi rızasıyla önceden devleti yetkilendirdiği için diğer tarafın iradesine değil kendi iradesine uymuş olacaktır. Bu uyum bireyin kendi yetkilendirmesinden kaynaklandığı için devletin kendisine yönelik sözleşmeyle devrettiğinden daha üstün bir hakka sahip olduğu sonucu da ortaya çıkmayacaktır. Devletin yapacağı tek şey bireylerin özgürlüğüne ve mülkiyetine yönelen saldırıları menetmek ve bu kapsamda bireyler arasındaki uyuşmazlıkları adil bir biçimde gidermek ve suçlulara gereken cezayı uygulamaktır. Bu her bir birey ve toplum için devletin gerçekleştireceği yegâne ortak iyidir.

¹⁸⁰ Gough, s.28.

¹⁸¹ Parry, s.98.

¹⁸² Locke (1980), s.12 vd.

Devletin bireylere ait özgürlükleri korumak için kurulduğu ve tüm faaliyetlerinin bununla sınırlı olması gerektiği fikri bugün dahi çok güçlü bir desteğe sahiptir. Nasıl kurulduğu kabul olunursa olsun haklar çağı olarak adlandırılan dönemde devletin temel görevi bireysel özgürlüğü korumak bu bağlamda bazı bireylerin kendi iradesini meşru bir sebep ve rızası olmadan karşısındakilere kabul ettirme eğilimini engellemekle mümkündür. Bireysel özgürlüğün koruyucusu olarak devletin görevi bir başkasının zorlamasına muhatap olan daha doğrusu hakkının ihlale uğradığını düşünen ve kendisinden yardım talep edenlerin yardımına koşturaktır. Devletin uyuşmazlıkları bireyler adına onları bağlayacak bir biçimde çözerek karara bağlaması bazı kayıtlara bağlıdır. Dolayısıyla bu yardım, bireyin talebinin kayıtsız ve şartsız gerçekleştirilmesi şeklinde değil, yarışan talep ve iddiaların var olan hukukun gereklerine uygun olarak adil bir biçimde değerlendirilmesi suretiyle gerçekleşecektir. Bu da ancak adil yargılanma hakkının gereklerine riayetle mümkündür. Bütün bunlardan hareketle bireysel özgürlüğün bir uzantısı olan hak arama hürriyetinin layıkıyla gerçekleşebilmesinin bir koşulu olarak adil yargılanma hakkının tüm diğer insan haklarının hem sonucu hem sebebi hem de güvencesi niteliğinde temel bir insan hakkı olduğunu savunmak mümkündür¹⁸³.

¹⁸³ Ho, s.88.

KAYNAKÇA

- Aaron, Richard I.** (1955) John Locke, London, Oxford University Press.
- Acemoğlu, Daron/James A. Robinson** (2019) The Narrow Corridor: States, Societies, and the Fate of Liberty, New York, Penguin Press.
- Altındağ, Halil** (2016) “Yasama Kısıntısı”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, C:8, S:20 s.s.247-266.
- Altıparmak, Kerem** (1996) “Due Process of Law” Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 45, S:1, s.219-250.
- Andrew, Edward** (2015) Locke on Consent, Taxation and Representation, A Journal of Social and Political Theory, C: 62, S:143 s.15-32.
- Barnett, Randy E.** (1998) The Structure of Liberty: Justice and the Rule of Law, New York, Oxford Clarendon Press.
- Berlin, Isaiah** (2002) “Liberty: Incorporating Four Essays on Liberty”, Henry Hardy, (Editör) New York, Oxford University Press.
- Berlin, Isaiah** (2014) “Two Concepts of Freedom: Romantic and Liberal”: Berlin, Isaiah/ Hardy, Hery/ Cherniss, Joshua L./Galston, William (Editörler) Political Ideas in the Romantic Age: Their Rise and Influence on Modern Thought, Princeton ve Oxford, Princeton University Press.
- Brandal, Nik/ Øivind Bratberg,/Dag Einar Thorsen** (2013) The Nordic Model of Social Democracy, New York, Palgrave Macmillan.
- Block, Walter** (2004) “The Libertarian Minimal State?: A Critique of the Views of Nozick, Levin, and Rand”, The Journal of Ayn Rand Studies, C: 4, S:1, s.141-160.
- Chapman, Nathan S./Michael W. McConnell** (2012) “Due Process as Separation of Powers.”, The Yale Law Journal C:121, S:7 s.1672-1807.
- Corbett, Ross J.** (2006) “The Extraconstitutionalism of Lockean Prerogative” he Review of Politics, Summer, C:68, S:3, s.428-448.
- Donnelly, Jack** (2013) Universal Human Rights in Theory and Practice, Ithaca & London, Cornell University Press.
- Dunn, John** (2000) The Political Thought of John Locke: An historical Account Af Ahe argument of the “Two Treatises of Government”, New York, Cambridge University Press.
- Dworkin, Ronald M.** (1967) “The Model of Rules.” The University of Chicago Law Review, C:35, S:1, s.14-46.

- ECHR, Home page of the European Court Of Human Rights, <<https://www.echr.coe.int/>> s.e.t. 15.10.2023.
- Fatovic, Clement** (2004) “Constitutionalism and Contingency: Locke's Theory of Prerogative”, *History of Political Thought*, C:24, S:4, s.276-297.
- Filmer, Robert/Peter Laslett** (2017) *Patriarcha and Other Political Works*, New York, Routledge.
- Gough, John Wiedhofft** (1956) *John Locke's Political Philosophy, Eight Studies*, Oxford, Oxford University Press.
- Grant, Ruth W.** (1987) *John Locke's Liberalism*, Chicago, The University of Chicago Press.
- H.L.A, Hart** (1955) “Are There Any Natural Rights?”, *The Philosophical Review* C:65, S:2, s.175-191.
- Hart, H.L.A.** (1993) *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press,
- Hayek, Friedrich August von.** (1978) *The Constitution of Liberty*. Chicago, University of Chicago Press.
- Ho, Hock Lai** (2010) “Liberalism and Criminal Legal Studies.”, *Singapore Journal of Law*, s.87-106.
- Hobbes, Thomas** (1651) *Leviathan the Matter Forme and Power of A Common Wealth Ecclesiasticall and Civil*, London, Andrew Crooke.
- Holmes, Stephen** (2008) “Conclusion” Daniel Farber (Editör) *Security V. Liberty: Conflicts Between National Security and Civil Liberties in American History*, New York, Russell Sage Foundation.
- Huyler, Jerome** (1997) “Was Locke a Liberal?”, *The Independent Review* C:1, S:4, s.523-542.
- İnceoğlu, Sibel** (2013) *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*. İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- Josephson, Peter** (2002) “The Great Art of Government: Locke's Use of Consent”, Lawrence, University Press of Kansas.
- Jr., Lewis F. Powell** (1965) “The Right to a Fair Trial.”, *American Bar Association Journal*, C:51, S:6, s.534-538.
- Kapani, Münici** (1993) *Kamu Hürriyetleri*. 7. Ankara, Yetkin Basımevi.
- Karakehya, Hakan** (2007) *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma, Eskişehir, Savaş Yayınları*.

- Kuckes, Niki** (2006) "Civil Due Process, Criminal Due Process.", *Yale Law & Policy Review*, C:25, S:1, s.1-61.
- Langston, Thomas S., Lind, Michael E.** (1991) "John Locke & the Limits of Presidential Prerogative", *Polity*, C: 24, S: 1, s.49-68.
- Leiter, Yechiel M.** (2018) *John Locke's Political Philosophy and the Hebrew Bible*, New York, Cambridge University Press.
- Locke, John** (1980) *Second Treatise of Government: Crawford Brough Macpherson (Editör)*, Indianapolis ve Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc.
- Locke, John** (2003) *Two Treatises of Government*. Düzenleyen: Peter Laslett. Cambridge: Cambridge University Press.
- Locke, John** (1999) *An Essay Concerning Human Understanding*, Peter N. Hiddich (Editör), Pennsylvania, The Pennsylvania State University.
- Mabbott, John, D.** (1973) *John Locke*. London & Basingstoke, Macmillan Education.
- Mack, Eric** (2009) *John Locke*. New York ve London, Continuum International Publishing Group.
- Mattie, Sean** (2005) "Prerogative and the Rule of Law in John Locke and the Lincoln Presidency", *The Review of Politics*, C:67, S:1, s.77-111.
- Mises, Ludwig Von/Ralph Raico** (1985) *Liberalism In The Classical Tradition*. San Francisco, California, Cobden Press.
- Monaghan, Henry P.** (1970) "First Amendment Due Process" *Harvard Law Review*, C:83, S:3, s.518-551.
- Morris, Christopher W.** (1999) *The Social Contract Theorists: Critical Essays On Hobbes, Locke, and Rousseau Critical Essays On the Classics*, New York, Rowman & Littlefield Publishers, Inc.
- Nozick, Robert** (1974) *Anarchy, State, and Utopia*. Oxford, Blackwell Publishers Ltd.
- Öktem, Niyazi** (1993), *Devlet ve Hukuk Felsefesi Akımları*, İstanbul, Der Yayınevi.
- Parry, Geraint** (1978) *John Locke*, Boston & Sydney, George Allen And Ulwin.
- Pasquino, Pasquale** (1998) "Locke on King's Prerogative" *Political Theory*, C: 26, S: 2, s. 198- 208.
- Pekcanitez, Hakan** (1997) "Medeni Yargıda Adil Yargılanma.", *İzmir Barosu Dergisi*, S:2, s.35-55.

- Rahe, Paul A.** (2005) “The Political Needs Of A Toolmaking Animal: Madison, Hamilton, Locke, and the Question of Property.” Paul, Ellen Frankel/ Miller, Fred D./Paul, Jeffrey, (Editörler) *Natural Rights Liberalism from Locke to Nozick*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Rawls, John** (1971) *A Theory of Justice*, New York, The Belknap Press of Harvard University Press.
- Raz, Joseph** (1983) *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press.
- Resnick, David** (1977) “Due Process And Procedural Justice.”, *Nomos*, C:18, s.206-228.
- Richard H. Fallon, Jr.** (1993) “Some Confusions about Due Process, Judicial Review, and Constitutional Remedies.”, *Columbia Law Review*, C:93, S:2, s.309-373.
- Rones, J. R.** (1972) *The Revolution of 1688 in England*, London, Weidenfeld and Nicholson.
- Ross, James F.** (1980) “A Natural Rights Basis for Substantive Due Process of Law in U. S. Jurisprudence.”, *Universal Human Rights*, C:2, S:2, s.61-79.
- Russell, Isaac Franklin** (1905) “Due Process of Law”, *The Yale Law Journal*, C:14, S:6, 322-332.
- Sally, Razeen** (1998) *Classical Liberalism and International Economic Order: Studies in Theory and Intellectual History*, Routledge, London and New York.
- Sampson, Geoffrey** (1978) “Liberalism and Nozick's 'Minimal State'”, *Mind*, C: 87, S:345, s.93-97.
- Sarıca, Ragıp** (1942) “Türk Devlet Şurası İçtihatlarına Göre Hükümet Tasarrufları.”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C:8, S:3-4, s.457-472.
- Scanlon, Thomas Michael** (1977) “Due Process.”, *Nomos*, C:18, s.93-125.
- Schwoerer, Lois G.** (1990), “Locke, Lockean Ideas, and the Glorious Revolution.”, *Journal of the History of Ideas*, C:51, S:4, s.531-548.
- Silkenat, James R.** (2014) “What Is the Rule of Law and Why Is It So Important?” Mortimer N. S. Sellers, E James Hickey Jr., ve D. Peter Barenboim (Editörler) *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*, Cham Heidelberg, Springer.4
- Simmons, A. John** (1991) “Locke and the Right to Punish”, *Philosophy & Public Affairs* C: 20, S: 4, s.311-349.

- Snyder, David C.** (1986) "Locke on Natural Law and Property Rights.", *Canadian Journal of Philosophy*, C:16, S: 4, s.723-750.
- Tanrıver, Süha** (2004) "Hukuk Yargısı Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C:17, S:53, s.191-215.
- Taylor, Charles** (1979) "What's Wrong with Negative Liberty", Alan Ryan(Editör), *The Idea of Freedom: Essays in Honour of Isaiah Berlin*, Oxford, Oxford University Press.
- Taylor, Hannis** (1915) "Due Process of Law." *The Yale Law Journal*, C:24, S:5, s.353-369.
- Thomas G. Weiss,/Ramesh Thakur** (2010) *Generations of Rights An Unfinished Journey*. Bloomington & Indianapolis, Indiana University Press.
- Toroslu, Nevzat** (2009), *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 14. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi.
- Tuckness, Alex** (2008) "Punishment, Property, and the Limits of Altruism: Locke's International Asymmetry", *American Political Science Review*, C: 102, S:4 s.467-479.
- Tuckness, Alex**, "Locke's Political Philosophy", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2023 Edition), Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2023/entries/locke-political/>> 6.12.2023.
- Turan, Hüseyin** (2009) "Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ndeki Yeri ve Önemi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S:84, s.213-230.
- Vermeule, Adrian** (2016) "Deference and Due Process", *Harvard Law Review*, C:129, S: 7, s.1890-1931.
- Ward, Lee** (2005) "Locke on Executive Power and Liberal Constitutionalism", *Canadian Journal of Political Science*, C: 38, S: 3, s.719-744.
- Ward, Lee** (2009) "Locke on Punishment, Property and Moral Knowledge", *Journal of Moral Philosophy*, C: 6. S: 2, s.218-244.
- Ward, Lee** (2010) *John Locke and Modern Life*, New York, Cambridge University Press.
- White, Robert, S.** (2005) *Natural Rights and the Birth of Romanticism in the 1790s*, New York, Palgrave Macmillan, 2005.
- Williams, Juliet A.** (2005) *Liberalism and the Limits of Power*, New York, Palgrave Macmillan.
- Wolff, Jonathan** (1996) *Robert Nozick Property, Justice and the Minimal State*. Oxford, Polity Press.

Zuckert, Michael (2005) "Natural Rights and Imperial Constitutionalism: The American Revolution and the Development of the American Amalgam.", *Natural Rights Liberalism from Locke to Nozick*, (Editörler) Paul, Ellen Frankel / Miller, Fred D./ Paul, Jr. Paul ve Jeffrey, New York, Cambridge University Press.

THEORIES OF INTERPRETATION: ISLAMIC LAW V. INTERNATIONAL LAW^(*)

Dr. Haitam SULEIMAN^(**)

Res. Asst. Hatice AKTÜRK^(***)

ABSTRACT

Whereas Europeans exercised influence over Muslim areas in the last century, Muslim countries and its legal systems were expected to be considered and to interact with international rules. The Hague Conferences of 1896, 1902 and 1905 were established for the purposes of developing agreement on private international law. These conferences did not invite Muslim countries though these states situated outside Europe could have treaties applied on their territories when they were under the jurisdiction of European states. In the same line several conferences and arenas have called and recommended the study of the Islamic legal rules. For example, *North Sea* case the judge argued that the principle of 'sovereign equality' protected in Article 2(1) of the United Nations Charter, necessitates the court to refer not only to European legal traditions but also to Islamic legal principles when seeking for a general principle of law. This paper argues that the Islamic law has its unique methodologies of interpretations, can share common views compared to the rules of interpretations in international law, and can offer unprecedented solutions to many international disputed issues. This article questions the ways in which the international scholarship and legal community could benefit from such an 'exquisite understudied art.'

Keywords

Interpretation, Theories of Interpretation, Methodology, Islamic Law, International Law.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1370362 - **Geliş Tarihi:** 03.10.2023 - **Kabul Tarihi:** 30.10.2023.

^(**) Assistant Professor in Law at Al-Quds University,
E-posta: haitamsuleiman@hotmail.com; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-8560-7861>.

^(***) Research Assistant, Ankara Yıldırım Beyazıt University, Faculty of Law, Department of Islamic Law, Ankara-Türkiye,
E-posta: haticeatalay@aybu.edu.tr; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-3049-6548>.

YORUM TEORİLERİ: İSLAM HUKUKU VE ULUSLARARASI HUKUK

ÖZET

Avrupalılar geçtiğimiz yüzyılda Müslüman bölgeler üzerinde nüfuz sahibi olduklarından, Müslüman ülkelerin ve onların hukuk sistemlerinin uluslararası kurallarla birlikte kabul görmeleri ve onlarla etkileşime girmesi beklenmiştir. 1896, 1902 ve 1905 yıllarında yapılan Lahey Konferansları, uluslararası özel hukuk alanında anlaşmaların geliştirilmesi amacıyla yapılmıştır. Avrupa dışında yer alan Müslüman ülkeler bu konferanslara davet edilmemelerine rağmen Avrupalı devletlerin yetkisi altında oldukları için topraklarında bu anlaşmalar uygulanabilmiştir. Bunun yanında birçok konferans ve arenada İslam hukuk kurallarının incelenmesi çağrısında ve tavsiyelerinde bulunulmuştur. Örneğin, Kuzey Denizi davasında yargıç, BM Şartı'nın 2(1) Maddesinde korunan 'egemen eşitlik' ilkesinin, mahkemenin, bir hukuki çözüm ararken yalnızca Avrupa hukuk geleneklerine değil, aynı zamanda İslam hukuku ilkelerine başvurması gerektiğini savunmuştur; ki bu esasen genel bir hukuk ilkesidir. Bu makale, İslam hukukunun kendine özgü yorum metodolojilerine sahip olduğunu ve uluslararası hukuktaki yorum kurallarına kıyasla sıklıkla ortak görüşler paylaşılabilirdiğini ileri sürmektedir. Aynı şekilde İslam hukukunun birçok uluslararası tartışmalı konuya benzeri görülmemiş çözümler sunabileceğini iddia etmektedir. Bu noktada ortaya çıkan esas mesele, uluslararası alanda çalışmalar yapan akademisyenlerin ve hukuk camiasının bu denli "az çalışılmış bir sanattan" nasıl yararlanabileceğidir.

Anahtar Kelimeler

Yorum, Yorum Teorileri, Metodoloji, İslam Hukuku, Uluslararası Hukuk.

INTRODUCTION

No doubt, examining Islamic Shari'a law in the context of a modern topic such as diplomatic and international relations is highly significant when addressing the current Islamic principles in comparison with the principles of international law. The decrees of Islam and its unique laws has many influences on the general laws and policies of each of these states. Addressing, however, questions of diplomatic and international relations, while disregarding the relevant moral, historical, conceptual, and legal background of Islam, will only provide a slanted view of the study. It is relevant at beginning to shed light on the noted interaction and overlapping norms between Islamic law and international law. The basis to assessing the relationship between Islamic law and international law is to understand the nature and origin of Islamic law, its features, and uniqueness. Also, its compatibility and incompatibility with international law will be discussed. The starting point is the investigation of whether Islamic law can be viewed as a legal system. Another issue may be raised, which is whether or not this legal system is in any way comparable to the rules of international law. With some 1.6 billion people of the Islamic faith worldwide, the effects of Islamic law or Shari'a are now inescapable worldwide. After civil law and common law systems, Shari'a is now a major legal system in the world.¹ Law exists in the form of customs, traditions and practices which govern all society members. A law may be in the form of orders and prohibitions issued by an authoritative person, such as a tribal chief or king, or in the form of instructions issued by a body to which society has entrusted the right to issue laws. The source of these various types of law (whether in relation to domestic or international affairs) is human beings. So, it is called positive law. There are laws whose source is not human beings. They are rendered by the Creator of human beings. They are divine laws. Human beings are aware of these different types of law: the positive laws established by human beings, and

¹ **Esmaeli, Hossein** (2011) "The Nature and Development of Law in Islam and the Rule of Law Challenged in Middle East and the Muslim World", *Connecticut Journal of International Law*, V:26, p. 329.

the divine laws made and inspired by Allah (the Creator).² Shari'a is law derived directly from the word of Allah as was revealed in the Qur'an to the Prophet Muhammad and in the Sunna. Islamic scholars ascribe the term Shari'a as the revealed or canonical law of Islam.³ In this sense, Shari'a represents a series of rules, either identified directly in the Qur'an, or in religious sources. Islamic law, through Islamic jurisprudence, also has plenty of room for jurists to interpret the primary sources of the *Qur'an* and the *Sunnah* using methods such as *Ijtihad* (which involves interpreting a text in such a way as its legal implications became apparent) and comparative *Qiyas* (which is concerned with deriving a particular ruling from general statements; or adopting a specific interpretation). These methods eventually became known as the secondary sources of Islamic law, which are applied to new areas of law where there is no applicable text in the *Qur'an* or the *Sunnah* concerning the area in question.

Much of this element of Shari'a is largely historical and may be traced back to around the Ninth Century.⁴ Unlike most other religions, Islam is wholly embedded in every aspect of its followers' lives. For those who practice Islam it is 'a complete way of life: a religion, an ethic and a legal system all in one.'⁵ Sir Thomas Walker Arnold⁶ stated in his book, *The Caliph*, that 'Islam is a religion and government, belief and law'. Professor Joseph Schacht⁷ says 'Islam is not just a religion but more than a religion'. Professor Stratham wrote 'Islam is a religious and political phenomenon and the Messenger of Islam; Prophet Mohammad was not just a prophet but also a wise politician and a statesman'.

² **Zaidan, Abdulkareem** (2003) Introduction to Islamic Shari'a, Alrisalah Press.

³ **Karmali, Ayla** (2007) "Sharia and Muslim Legal Thought in the 21st Century", Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law, V:13, p. 3-4.

⁴ **Abu-Odeh, Lama** (2005) "Commentary on John Makdisi's Survey of AALS Law Schools Teaching Islamic Law", Journal of Legal Education, 1:55, p. 589.

⁵ **Zaidan** (2003).

⁶ Thomas Walker Arnold (1864-1864) studied Arabic and wrote many books on Islam. In 1916 he joined the School of Oriental and African Studies, University of London.

⁷ Professor Joseph Schacht (1902-1969) worked as Professor of Islamic law at Columbia University, United States.

Sir Hamilton RA Gibb⁸ wrote that ‘Islam is not just an individual religious belief, but it required establishing an independent society having its own style of government, its own rules and regulations’. Also, Professor Louis Gardier stated that it is a religion and includes in its basic teachings a community which defines to all of its members equally the conditions and rules of life according to the rules of Islam: family life, social life, political and religious life. Islamic Law (Shari’a) is therefore the law upon which Muslims legislate. It is wider in meaning and denotation than the European meaning of law. Islamic law includes all Islamic law provisions related to faith, morals, worship or transactions, while jurisprudence is part of Islamic law. Jurisprudence means the knowledge of the practical provisions of Islamic law, either worship or relationships. Jurisprudence means the science of Islamic law.⁹ Islamic law includes subjects discussed by positive laws and other subjects not addressed by these laws. Therefore, the Orientalist Carlo Alfonso Nallino¹⁰ argued that the word Islamic *Fiqh* (jurisprudence) has no comprehensive equivalent term in Western languages. He says that the term *Fiqh* means Islamic law (Shari’a) which searches for a Muslim’s relationship with Allah, with himself and with all mankind. He added that jurisprudence includes more than the law does in the West. Nallino says, ‘worships are mentioned in jurisprudence and they include several things some of them are available to us in the form of general rights’.¹¹ In juristic terminology, Islamic Shari’a means the provisions of Islam including rules of belief, morals and human actions, including worship and transactions taken from the Holy Qur’an and the Prophetic Traditions.¹²

⁸ Sir Hamilton RA Gibb (1895-1971) studied Semitic languages and worked as a lecturer in Eastern and African studies at London University, 1921. He then became a professor of Arabic at Oxford University.

⁹ **Alashqar, Omar** (1991) *History of Islamic Jurisprudence*, 3rd edition, Nafayes House.

¹⁰ Carlo Alfonso Nallino (1872-1938) learned Arabic at Toronto University then worked as a professor in the Eastern scientific institute in Nabloy, followed by Islamic and historic studies at Roma University.

¹¹ Alashqar quoting from ‘Has the Roman Law any effect on Islamic jurisprudence’ (First edn., Scientific Research House 1973).

¹² **Zaidan** (2003).

I. UNIVERSALITY AND RECOGNITION OF ISLAMIC LAW

People in the East and the West, in the past and the present, have researched Islamic legislation. They commended it, showed its advantages, and proved its precedence over other legislation on the basis of several principles, and formed the view that the benefits of Islamic legislation are for humanity as a whole. Examples are numerous; Bowen¹³ argues:

Far from being an immutable set of rules, Islamic jurisprudence (*Fiqh*) is best characterised as a human effort to resolve disputes by drawing on scripture, logic, the public interest, local custom, and the consensus of the community. In other words it is imbricated with social and cultural life, as is Anglo-American law.

Also, Sait and Lim¹⁴ note, ‘the distinguishing feature of Islamic law is that it was not born in a vacuum or constructed out of current needs and priorities. Rather it is the product of centuries of legal thought and experiences’. Schacht¹⁵ observes that Islamic law represents an extreme case of a ‘jurist’s law’; it was created and further developed by private specialists.

Generally speaking, Muhammad had little reason to change the existing customary law. His aim as a Prophet was not to create a new system of law, it was to teach men how to act, what to do, and what to avoid in order to pass the reckoning on the day of Judgement and to enter Paradise. This is why Islam in general, and Islamic law in particular, is a system of duties, comprising ritual, legal, and moral obligations on the same footing, and bringing them all under the authority of the same religious command.¹⁶

¹³ **Bowen, John R.** (2003) *Islam, Law and Equality in Indonesia*, Cambridge, Cambridge University Press.

¹⁴ **Sait, Siraj/Lim, Hilary** (2006) *Land, Law & Islam: Property and Human Rights in the Muslim World*, New York, Zed Books, p. 35

¹⁵ **Schacht, Joseph** (1964) *An Introduction to Islam Law*, Oxford, Clarendon Press.

¹⁶ **Schacht Joseph** (1982) *An Introduction to Islamic Law*, Oxford, Oxford University Press, p. 11.

The Conference on Comparative Law held in Brussels (Belgium) in 1958 decided that Islamic jurisprudence with its various schools could respond to all the requirements of modern life and could reconcile its needs. Edouard Lambert, the French jurist of comparative law, confirmed the importance of unanimity and discretion, both at present and in the future, in knowing the provisions concerning new facts for which there are no provisions. Islamic jurisprudence received the recognition of the majority of legislators all over the world as the widest and greatest legal jurisprudence in the history of legislation to date. In this respect, the Hungarian orientalist Femberi said ‘your Islamic jurisprudence is very wide and I feel surprised whenever I remember that you did not extract from it the rules and provisions appropriate to your country and time’.¹⁷

Islam, as a legal legislation, includes several rules in all branches of law (private, general, domestic and international). Therefore, Islam has its distinguishable law and its unique rules. Additionally, Islamic texts include several principles and basics required for state building and legislation. They are not mentioned in detail, but presented on the whole in main principles (called *Nusus*), as each place and time requires legislation to cope with the interests of the people to live in an advanced society, and to facilitate this, Muslim scholars extract rules and laws within the scope of these broad legal principles. They can move within the scope of these principles for the good and advancement of their society.¹⁸

An example of the ability for the Islamic law to adapt with the modern state is found in the Ottoman area. The Ottoman legal system consists of two basic eras: The first era started from the creation of the empire until the “Regulations Era” (the year 1839); the second era was from the “Regulations Era” until 1917. During the first era, the Ottoman legal system was established on the principles of Islamic *shari’a* law, Islamic *fiqh*, and the norms and resolutions issued by the Sultan (the ruler). With the introduction of the modernity the Ottoman empire

¹⁷ **Alsamorraie** (1984).

¹⁸ **Khallaf** (1987), p. 2.

has done some reforms. The reform period known as the Era of Regulations. In 1839, the reform regulations aimed at modernizing the Empire therefore it introduced some western legislations (for example the French Law of Commerce) in order to enhance commercial activities between the empire and Europe. With the introduction of the reform regulations the empire regulated and harmonised by law the rules that were based on religion, norms, and the Sultan Law.

There are texts which govern the relations of an Islamic state with other countries concerning peace, war, and conciliation. When we look at the sector of international relations and diplomacy, we find that it is known in modern times, but the jurists of Islamic Law have long established the parameters and framework of these issues. Unquestionably, Islam is a religion and a law that is not the opinion of Muslims alone, but is declared to be of value by non-Islamic scholars and the international legal conferences previously mentioned.

II. INTERNATIONAL LEGAL SCHOLARSHIP & RECOGNITION OF ISLAMIC LAW

Legal conferences, moreover, declare that Islamic jurisprudence is a belief and law, that its legal principles include a rich wealth of principles and theories, and that a comparative study of it should be adopted and encouraged. The Conference on Comparative Law held in The Hague in 1937 decided the following:

1. Islamic Law (Shari'a) shall be deemed a source of general legislation;
2. Islamic Law (Shari'a) is live and capable of development;
3. Islamic Law (Shari'a) is an independent legislation and not taken from other sources.

Furthermore, the Lawyers' International Conference held in The Hague in 1948 and attended by delegations from 53 countries, decided the following: as Islamic legislation is flexible and important, the International Society of Lawyers has to adopt a comparative study of this legislation. During the discussions held

in the International Conference on Comparative Law (dedicated for the week to Islamic jurisprudence) held in Paris in 1951, a lawyer who was a former Lawyers' Union member, declared that:

I do not know how to conciliate between the stagnation of Islamic jurisprudence and its unfitness for being a legislation to satisfy the requirements of the advanced current community and between what we hear in the lectures and their discussions which clearly prove the opposite by evidences of texts and principles.¹⁹

The last conference was concluded by adopting a report which included the statement that the principles of Islamic Shari'a law have an unquestionable value, and that the various jurisprudence schools of this great law include a rich wealth of legal concepts and information. They are admirable as through them this law can respond to all the requirements of modern life and reconcile their needs. These developments include some modern agreements, such as the international law, which is the main focus of this paper.

Interpretation according to Islamic law and international law:

The above discussion has also shown that Islamic law can be viewed as a legal system, and this legal system can be comparable to the rules of international law, as they share common rules and principles. For instance, they share similar source 'customs'. It has been therefore proven that international legal scholarship has recognized the important tradition provided by Islamic law. In the following discussion, a focal topic which is specifically concerned with the issue of legal interpretation will be discussed. The next discussion will compare theories of interpretation in both systems, separately and in common. All players are engaged in the interpretation of international law, including the judiciary, international lawyers, organizations and scholars. Their attentions

¹⁹ **Alzarqa, M** (1961) General Introduction to Jurisprudence, Damascus, Damascus University Press p. 209; The International Society for Comparative Law summarized the minutes of the sessions of Islamic Jurisprudence Week. This summary was published in 30 pages in its International Magazine for Comparative Law 1951, 4. Also Institute of Comparative Law, Paris University, the complete texts of conference lectures (Sirey for Legal Research 1953).

have focused on the normative question of how treaties should be interpreted, particularly with reference to the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) referring, namely, to text, context, object and purpose, and preparatory works of a treaty²⁰. Interpretation mostly focuses on treaty interpretation under the VCLT, the traditional sphere of the literature on interpretation. Nonetheless, many have focused on other spheres in international law, including decisions by international organizations, unilateral acts of states, and customary international law.²¹ To Waibel theory and practice principally interact in the art of treaty interpretation more than anywhere. International lawyers had handled the issue of interpretation for decades before the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) was adopted in 1969. Efforts on the part of all players to describe appropriate maxims for the interpretation of treaties and, to a lesser extent, for the interpretation of other rules and acts in international law, are multitude. Various methodological, hermeneutic and philosophical approaches of the international legal community have turned into a controversial debate on the appropriate means of interpretation, and on who has the authority to interpret them.²² Therefore, interpretative methods and approaches have been debated for decades.²³

International law interpreters attempt to look for the most appropriate approach, with some agreeing with the VCLT rules, and others strongly opposing them.²⁴ Nonetheless, most of the relevant scholarship is distinctively of European stance and tradition. Few have sustained the challenge to correlate

²⁰ **Gardiner, Richard** (2008) *Treaty Interpretation*, Oxford, Oxford University Press; **Van Damme, Isabelle** (2009) *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford, Oxford University Press.

²¹ Fernández de Casadevante Romani, Kolb, and Orakhelashvili.

²² **Waibel, Michael** (2011) “Demystifying the Art of Interpretation”, *European Journal of International Law*, V:22, I:2, p. 575-576, 571.

²³ **Gardiner** (n 21); **Van Damme** (n 21); **Waibel**, (n 23).

²⁴ **Myres, McDougal S.** (1967) “The International Law Commission’s Draft Articles upon Interpretation: Textuality Redivivus”, *American Journal of International Law*, V:61, I:4, p. 992-1000.

and associate Islamic legal perceptions on interpretation with those of international law.

This paper does not aim to encourage more controversy by supporting one method or theory over another. Nonetheless, the premise of this part is to implicate with such schools of thought in a ‘solicitous manner’²⁵ that would have particular value for current and future scholarship. Islamic law, as is clearly acknowledged, is not the creation of legislators as in civil law, nor of judges as in common law, nor of customary and universal norms as in international law, but that of jurist Islamic scholars basing this evolution on divine sources.²⁶ Islamic law may interact with international law in different ways; Islamic law is a domestic source of law in many states which constitute influential elements in the international community, (i.e. the Gulf States). In the preceding discussion it was clear that Islamic law contains a great number of legal norms, and this was noticed from the recommendations of the international community including those of officials (i.e. international courts) and unofficial parties (i.e. international scholarship). In this part, the Islamic methodology of interpretation is reviewed in order to examine how international scholarship and the legal community could benefit from such an ‘exquisite understudied art.’

VCLT: Interpretation of Treaties:

The VCLT itself provides and inspires rules for interpretation:

Article 31, General Rule:

A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

²⁵ The topic is understudied, and comparison of both laws is difficult, due to the different philosophical legal backgrounds.

²⁶ **Sherman, Jackson** (2006) “Legal Pluralism between Islam and the Nation-State: Romantic Medievalism or Pragmatic Modernity?”, *Fordham International Law Journal*, V:158, p. 166-167.

The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

- (a) Any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty;
- (b) Any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

There shall be taken into account, together with the context:

- (a) Any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;
- (b) Any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;
- (c) Any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

Article 32: Supplementary Means of Interpretation:

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

- (a) Leaves the meaning ambiguous or obscure; or
- (b) Leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.

Obviously, international law's principles for interpreting international agreements have therefore been codified in the VCLT. Those principles have been held by the International Court of Justice to constitute customary international law.²⁷ In *Libya v Chad*, for example, the ICJ definitely highlighted article 31's customary status:

²⁷ *Hungary v Slovakia* ICJ Reports 1997, 7, 35.

The Court would recall that, in accordance with customary international law, reflected in Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, a treaty must be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to its terms in their context and in the light of its object and purpose. Interpretation must be based above all upon the text of the treaty. As a supplementary measure recourse may be had to means of interpretation such as the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion.²⁸

Other international tribunals, as well as national courts, repeatedly rely on the Convention to determine traditional rules on the law of treaty interpretation.²⁹

It is apparent that the VCLT has two major provisions on interpretation. The first, article 31, bears the title 'General rule of interpretation'; the second, article 32, bears the title 'Supplementary means of interpretation'. It is clear from the general rule and the mandatory nature of the word 'rule' in article 31, as opposed to the secondary language of the word 'means' in article 32, that article 31 prevails here, while article 32 is supportive or supplemental to article 31. International law does therefore offer 'general rules' for interpreting treaties. These rules are set out in the VCLT to reflect customary international law, binding on all states. The VCLT offers two main principles. The first is that treaties must be interpreted in 'good faith', in conformity with the 'ordinary meaning' of the 'terms' or text of the treaty, in their 'context', and in the light of the treaty's 'object and purpose'. This determination of text, context, and purpose is described as a universal, non-hierarchical exercise, notwithstanding one that starts with the text of the treaty.³⁰ The VCLT provides a second main principle in that the 'preparatory work of the treaty and the circumstances of its

²⁸ Territorial Dispute (*Libya v Chad*) 1994 ICJ 4, 16.

²⁹ *Opel Austria GmbH v Council of the European Union*, [1997] ECR 11-43, 70.

³⁰ **Abi-Saab, George** (2006) *The Appellate Body and Treaty Interpretation in Sacerdoti* G, Yanovich A and Bohanes J (eds.) *The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System* Cambridge, Cambridge University Press.

conclusion’ are only ancillary sources of interpretation to confirm meaning established under the first principle, or when the meaning of the treaty remains uncertain or leads to an irrational conclusion.

These VCLT rules generally apply to all treaties, regardless of the subject matter, objectives, or nature of parties to the treaty. Based on the requirements of the parties involved, they can contract out of these general rules by introducing detailed rules in a specific treaty. If no specific rules are provided (relevant for most treaties), the general VCLT rules apply. On one hand, the rules on interpretation provided in articles 31-33 VCLT seem to have resolved previous controversies. On the other hand, the VCLT simply simplified these debates to written form, and left considerable latitude for eccentric approaches of interpretation within the restrictions stipulated by the VCLT’s general interpretive rules.³¹ Brownlie therefore observed that ‘many of the rules and principles offered are general, question-begging and contradictory’.³² The codification in the VCLT refers to general rules and principles, and grants substantial room for autonomy to interpreters. Obviously, article 31 VCLT uses mandatory language (‘the Treaty shall be interpreted’), but does specifically focus on how much burden each part in article 31 deserves. However, the design in article 32 that ‘recourse may be had to supplementary means’ clearly provides that the use of supplementary means is the interpreter’s choice.

In contrast, Orakhelashvili observes that the methods of interpretation pre- and post- the VCLT have significantly changed, with the practice of interpretation currently being subject to written established rules. He emphasizes that it would be incorrect to view the interpretive principles as mere ‘working assumptions’.³³ Relatively, ‘the rules of treaty interpretation are fixed rules and do not permit the interpreter a free choice among interpretative

³¹ **Waibel** (n 23); **Gardiner** (n 22).

³² **Brownlie, Ian** (2003) *Principles of Public International Law*, 6th edition, Oxford, Oxford University Press, p. 602.

³³ **Orakhelashvili, Alexander** (2008) *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, p. 594.

methods'.³⁴ Orakhelashvili emphasizes that the appropriate objective of interpretation is to 'deduce the meaning exactly of what has been consented to and agreed'.³⁵ According to Van Damme 'all interpretation is contextual' and he states that 'it is the prerogative of the interpreter to decide how context comes into play'.³⁶ Along the same lines, Gardiner emphasizes from the same perspective that the ordinary meaning cannot be dissociated from context, as it is 'immediately and intimately linked with context and to be taken in conjunction with all other relevant elements of the Vienna rules'.³⁷ Gardiner, however, highlights that the VCLT principles do not offer a "step-by-step formula for producing an irrebuttable interpretation".³⁸ The rules are not "simple precepts that can be applied to produce a scientifically verifiable result". Discretion by the interpreter is a serious act. They leave "some issues incompletely resolved"³⁹ and offer a great deal of room for substantial autonomy. The VCLT infers a variety of interpretive methods and approaches. Van Damme emphasizes, in the same vein, that the VCLT offers "principles of logic and order that both constrain and empower the interpreter".⁴⁰ They are continuously interrelating with customary principles of interpretation, rejecting concerns that the VCLT may be a 'straitjacket' for the interpreter, or insufficient to encounter changes that ascend in modern interpretation. To Fish, the interpretation is inherent in the communicative process through which an author conveys meaning to an interpreter, because words have no inherent meaning. They can be anything that the author wishes. Where the semantic meaning of a text is vague, interpretation is of no use. The interpreter in this case uses extra textual material, and this is referred to as 'construction'. According to legal construction, orthodoxy challenges that interpretation in

³⁴ Orakhelashvili, p. 309.

³⁵ Orakhelashvili, p. 286.

³⁶ Van Damme, p. 213.

³⁷ Gardiner, p. 175-176.

³⁸ Gardiner, p. 9.

³⁹ Gardiner, p. 7.

⁴⁰ Van Damme (n 22), p. 38.

international law is grounded on extracting an idea or rule from the text which exists objectively. In the interpretive process, one must not ignore the societal and ideological context.⁴¹

As Koskeniemi states, ‘international actors routinely challenge each other by invoking legal rules and principles on which they have projected meanings that support their preferences and counteract those of their opponents.’⁴² The language of international law in this regard provides an arena to accomplish conflicts and interpretation contains an exercise of power.

David Kennedy remarkably debates that in war the language of international law eventually disguises political decisions and obstructs second thoughts.⁴³ Arguing that international permanence depends upon political control rather than legal legitimization, Carr rejects the idea that international disagreements could be resolved through adjudication rather than diplomacy supported by force.⁴⁴ Morgenthau likewise overruled domestic adjudication as the machinery for determining treaty disputes:

In the international field, it is the subjects of the law themselves that not only legislate for themselves but are also the supreme authority for interpreting and giving concrete meaning to their own legislative enactments. They will naturally interpret and apply the provisions of international law in the light of their particular and divergent conceptions of the national interest. They will naturally marshal them to the support of their particular international policies and will thus destroy whatever

⁴¹ **Fish, Stanley** (2008) “Intention Is All There Is: A Critical Analysis of Aharon Barak’s Purposive Interpretation in Law”, *Cardozo Law Review*, V:29, p. 1109-1124, 1110.

⁴² **Koskeniemi, Martti** (2004) “International Law and Hegemony: A Reconfiguration”, *Cambridge Review of International Affairs*, V:17, I:2, p. 17.

⁴³ **Kennedy, David W.** (2002) “The International Human Rights Movement: Part of the Problem?”, *Harvard Human Rights Journal*, V:15, p. 101; **Kennedy, David W.** (2001) “The Politics of the Invisible College: International Governance and the Politics of Expertise”, *European Human Rights Law Review*, p. 463, 478.

⁴⁴ **Carr, Edward Hallett** (1946) *The Twenty Years Crisis 1919-1939*, 2nd edition, London, Palgrave Macmillan, p. 111.

restraining power, applicable to all, these rules of international law, despite their vagueness and ambiguity, might have possessed.⁴⁵

Although the law of treaty interpretation was codified more than four decades ago, it has turned out to be one of the most dynamic in international law. It continues to evolve; these changes have incited international interpreters to take a sustained look at interpretation. The recent ample literature on interpretation has posed the need for an examination of this dynamic evolution. An ideal way to examine the art of treaty interpretation is to study the interpretative practice and approaches in parallel with different schools of thought through comparative analysis.

In international law there are three principal hermeneutic approaches or theories of interpretation where uncertainty exists:

- (a) Textual approach: the literal text of the treaty;
- (b) Subjective approach: the idea behind the treaty, treaties in their context, the intent of the writers to the treaty, or;
- (c) Objective approach, the underlying objective that the treaty seeks to attain, the interpretation that best suits the goal of the treaty. Also referred to as ‘effective interpretation’.

It is mostly agreed that the task bequeathed on interpreters is to examine the intentions of the parties involved.⁴⁶ The question raised here is where an interpreter must focus in order to find the intentions of such parties. The textual approach claims that the unsurpassed and most objective expression of intent can be detected in the treaty text itself. In contrast, the subjective approach infers that the text is a preliminary step. Nonetheless, the interpreter needs to pore over it in order to unveil the authentic, subjective intentions of the parties,

⁴⁵ **Hans, Morgenthau** (1954) *Politics among Nations: The Struggle for Power and Peace*, 2nd edition, (revised) Alfred A Knopf.

⁴⁶ **Pauwelyn, Joost/Elsig, Manfred** (2012) “The Politics of Treaty Interpretation” in Dunoff Jeffrey and Pollack Mark (eds.) *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations*, Cambridge University Press, p. 445-474.

for example, by looking at the preparatory works associated with a treaty.⁴⁷ To the supporters of an objective approach, the interpreter must closely consider, not so much the raw text of the treaty or the subjective intentions of the writers themselves, but rather on the underlying objectives these writers were endeavouring to achieve. Some refer to it as a ‘teleological approach’.⁴⁸

Most of the scholarship focuses on how we are interpreting methods, approaches and techniques. Rather, it is imperative to focus on why we are interpreting and who are eligible or authorized to be involved in the art of interpretation. What is the role of the interpreter? The definition of interpretation varies, depending on what function it is intended to serve.⁴⁹ Some take the view that the role of the interpreter is to clarify the meaning from the text.⁵⁰ In contrast, others emphasize that the interpreter’s role involves creativity and the construction of meanings. There are four elements involved in the culture of interpretation. First, the drafter (legislator), second, the object of the interpretation itself, third, the interpreter, and fourth, the environment in which the interpretation occurs.

The ILC clearly stated the following in their Commentaries regarding the contingency and contextuality of interpretative principles and maxims:

Thus, it would be possible to find sufficient evidence of recourse to principles and maxims in international practice to justify their inclusion in a codification of the law of treaties, if the question were simply one of their relevance on the international plane. But the question raised by jurists is

⁴⁷ **Lauterpacht, H** (1949) “Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties”, *British Yearbook of International Law*, V:26, p.48-85; Myres, p. 992-1000.

⁴⁸ **Letsas, George** (2010) “Strasbourg’s Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer”, *European Journal of International Law*, V:21, I:3, p. 509-41, 512.

⁴⁹ **Kolb, Robert** (2006) *Interprétation et création du droit international. Esquisse d’une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Brussels, Bruylant - Editions de l’Université de Bruxelles.

⁵⁰ **Patterson, Dannis** (1993) “The Poverty of Interpretive Universalism: Toward the Reconstruction of Legal Theory”, *Texas Law Review*, V:72, p. 1-56.

rather as to the non-obligatory character of many of these principles and maxims. They are, for the most part, principles of logic and good sense valuable only as guides to assist in appreciating the meaning which the parties may have intended to attach to the expressions that they employed in a document. Their suitability for use in any given case hinges on a variety of considerations which have first to be appreciated by the interpreter of the document; the particular arrangement of the words and sentences, their relation to each other and to other parts of the document, the general nature and subject-matter of the document, the circumstances in which it was drawn up, etc. Even when a possible occasion for their application may appear to exist, their application is not automatic but depends on the conviction of the interpreter that it is appropriate in the particular circumstances of the case. In other words, re-course to many of these principles is discretionary rather than obligatory and the interpretation of documents is to some extent an art, not an exact science.⁵¹

“The phrase “original understanding,” however, is ambiguous. It could refer to what the original author or authors had in mind, to his, or her, or their intention, or it could refer to how the words would have been understood by literate and informed persons at the time of their utterance or publication”.⁵²

III. THE PHILOSOPHY OF INTERPRETATION IN THE EYES OF ISLAMIC LAW

In Islamic law, none of the main jurists involved in the art of interpretation follow one specific approach or theory as in international law, but they follow a ‘hermeneutic circle’ that contains different theories and approaches and sometimes a shared one. Although Islamic law recognizes several methodologies regarding interpretation from the perspective of Islamic law, all those involved in the art of interpretation have common principles and maxims that only differ on the specific tools or approaches. All jurists, for example, accept the two main

⁵¹ Commission, ‘Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries’ 218 para 4.

⁵² **Fish, Stanley** (2008) “Intention Is All There Is: A. Critical Analysis of Aharon Barak’s Purposive Interpretation in Law”, *Cardozo Law Review*, V:29, p. 1109-1124, 1110.

sources (the Qur'an and Sunna) that generate general rules of interpretation, and all are agreed that the reasons for revelation come as the first step in the interpretation. Also, to interpret a verses in the Qur'an, you first must look at other Quranic verses. If this is not possible, you should refer to the Sunna and then to other sources, and to interpret Hadith you must look at the Qur'an first, then to the Sunna, and then to other sources.

A. ISLAMIC LITERALISM (ZAHIRI)

In Islamic law, a textual interpretive approach is demonstrated in the 'Zahiri' School, which promoted observance of the literal or apparent meaning of divine words. The Zahiri view called for keeping the law from juristic interpretation in order not to add hypothetical human estimation.⁵³ In parallel, the other schools of thoughts relied on *ijtihad* reasoning. The Zahiri approach claims that every single word in the divine source texts exists for a reason. Anyone, from the Zahiri point of view, who examines an issue beyond its textual state, will introduce personal subjectivity, prejudice and whim into the law.⁵⁴ Chejne, therefore, explaining Ibn Hazm's approach, stated:

The Qur'an and the authenticated Traditions [*hadith*; stories of the Prophet Muhammad] are self-contained and perfect and embody the infallible truth and the perfection of religion... Anything beyond them is sophistry, charlatanry, and lies. They are the sole foundation of the religious law (*shari'ah*), which should be understood as it is and in its literal meaning with no interpretation, personal opinion, analogical reasoning, or any other human criterion.⁵⁵

The Zahiris therefore did not accept all the *fiqh* tools developed by the other schools of thought, such as analogical reasoning, consensus, and different mechanisms of juristic discretion. The Zahiri approach was stipulated by the prominent Andalusian Zahiri jurist, Ibn Hazm: 'whoever gives a legal decision

⁵³ Chejne, Anwar G. (1982) Ibn Hazm, Chicago, Kazi Publications.

⁵⁴ Chejne.

⁵⁵ Chejne, p. 113-14.

on the basis of his personal opinion will be making decisions without knowledge, for there is no knowledge about religious matters outside the knowledge of the Qur'an and the Traditions [of the Prophet Muhammad].⁵⁶

Using only the apparent meaning of such texts, Zahiris emphasise, will guard the Law of God from exploitation by human whim or subjectivity. Importantly, 'when God's ruling on something has itself been removed from our intellects, we may not perform *ijtihad* and adopt our own arbitrary opinions'.⁵⁷ The Zahiri theory encouraged:

[T]hat each Muslim rely solely on the Qur'an and traditions and derive legal decisions independently of any established school of law... The literal meaning of the holy texts will lead to the actual rather than an implied meaning, thereby putting an end to speculation and to the intervention of human criteria such as imitation, analogical reasoning, personal opinion, interpretation and the like, which are no more and no less than innovations ... and an affront to the spirit and letter of the religious law (*shari'a*).⁵⁸

In parallel, and in the same vein, international textualism can contain both rigid and liberal results, the same as is applied in the Zahiri approach. The Zahiri practice has been described as a less lenient method than those of other schools of thought. Nyazee, commenting on the Zahiri approach, referred to it as 'a new theory in itself; a theory that works without analogy' determining to focus only on the textual meaning, and to 'confine all interpretation to the apparent (*zahir*) meaning of the textual evidences'.⁵⁹ The opponents of the Zahiri position argued that literalism as an approach to textual interpretation is thoughtless and impractical, as its opponents *Madahib* in the Islamic jurisprudence have described them.

⁵⁶ Chejne, p. 125.

⁵⁷ Devin S/Muhammad B "Dāwūd āl-Zāhirī's Manual of Jurisprudence: *Al-Wusūl ilā ma'rifat al-usūl*" in Weiss, Bernand (ed.) (2002) *Studies in Islamic Legal Theory*, London, Brill, p.138-158.

⁵⁸ Chejne, p. 44

⁵⁹ Nyazee, Imran Ahsan (1995) *Theories of Islamic Law: The Methodology of Ijtihad*, Chicago, Kazi Publications.

Chejne observed, ‘Ibn Hazm’s aversion to the rigidity of the Malikite legal school and to the apparent neglect of the study of the Qur’an and Traditions’ and desire ‘to reform and rejuvenate religious beliefs and practices’, describing Ibn Hazm’s Zahirism as ‘essentially a revisionist school’ and that Ibn Hazm ‘hoped ... to rescue his society from its predicament’ with his methodology ‘if only the religious scholars would discard the shackles of traditionalism and look again at the Holy Scriptures’.⁶⁰ He further referred to the historian al-Marrakushi, outlining Ibn Hazm as ‘the most famous scholar of al-Andalus and the most talked-about man in the assemblies ... of leaders and scholars ... no one before him had ever attained such a fame among us’.⁶¹ Chejne states further, ‘Zahirism allows ample room for individual inquiry (*ijtihad*) whereby the researcher (*mujtahid*) will determine on the strength of the holy text and logic the validity or invalidity of any question at hand’.⁶² He further commented on Ibn Hazm’s approach that the law should not ‘espouse the scholars’ personal opinions, or advocate their particular points of view’ and explained that ‘*Ijtihad* should not give license to anyone to legislate beyond what is in the Qur’an and the Traditions’.⁶³

Notably, these international and Islamic legal thinkers did not fight with intellectual thinkers, nor did they oppose the use of reason in legal analysis. However, they ostracised those who wished to use legal reasoning rather than personal opinion, and they argued that sticking to the plain meaning of the text, as one would expect, cause substantial criticism from other schools of thought. The opponents of the Zahiri School described it as a profoundly impracticable approach to law-making.⁶⁴ They argued that its attention on only the plain meaning of texts, refusing other methodical tools such as analogical reasoning,

⁶⁰ Chejne, p. 16, 45, 55.

⁶¹ Chejne, p. 7.

⁶² Chejne, p. 45.

⁶³ Chejne, p.131.

⁶⁴ **Khaldun, Ibni** (1986) *The Muqaddimah: An Introduction to History*, V:3, (Translator: Franz Rosenthal), London, Routledge.

might produce an insufficient *fiqih* that might not be able to resolve various factual cases straight away as it appears in the text. The Zahiri approach was actually opposed by the majority of Islamic legal schools. The Zahiri has now disappeared as a legal school of thought, although its supporters argued that such an approach will protect the ‘Divine Text’ from interpretation incorporating human subjectivity and personal whim.

In the famous Hadith of ‘afternoon prayers at Bani Quraizah,’ the Prophet sent a group of companions to Bani Quraizah,⁶⁵ and ordered them to conduct their afternoon (*asr*) prayers there. The restricted time allowed for *asr* prayers started to expire before they reached Bani Quraizah. Thus, the group was divided into supporters of two different opinions, one of which necessitated praying at Bani Quraizah in any event, and the other opinion necessitated praying on the way (before the prayer time expired). The reasoning behind the first opinion was that the Prophet’s instruction was pure in asking everyone to pray at Bani Quraizah. On the other hand, the opponents’ reasoning was that the Prophet’s ‘purpose/intent’ in terms of the instruction was to ask the group to hurry to Bani Quraizah, rather than ‘intending to’ postpone prayers until after its due time. Based on the narrator, when the companions later reported the event to the Prophet, he accepted both opinions.⁶⁶ The approval of the Prophet, as jurists commented, infers the tolerability and rightness of both opinions. The jurist who disagreed with the companions who prayed on the way was Ibn Hazm al- Zahiri (the literalist), who observed that they should have prayed the ‘afternoon prayer’ once they reached Bani Quraizah, as the Prophet had said, even though it was after midnight.⁶⁷

⁶⁵ **Al-Bukhari** (1986) *Al-Sahih*, V:1, 3rd edition, ed. Mustafa al-Bagha, Dar Ibn Kathir, p.321; **Muslim** (1391H) *Sahih Muslim*, V:3 (ed.) Mohammad Foad Abdul-Baqi, Dar Ihya al-Turath al-Arabi.

⁶⁶ Narrated by Abdullah Ibn Omar, according to al-Bukhari (n 65) 321 and Muslim (n 65) H1391.

⁶⁷ **Hazm, Al-Muhalla** (ed.) *Lajnat Ihiya’ al-Turath al-Arabi*, Dar al-Afaq, p. 291

B. ORIGINALISM & ISLAMIC THEORY

To find the meaning of a text by searching for the intent of its author, raises the question of how a jurist could determine an author's intent when that author was not available for discussion. One could look for any extra material published by the author, and this might be in the form of the author's other sources or documented explanations by those who lived with the author. From an Islamic perspective, the authorial record is not an easy topic. It is well acknowledged in Islam that the Prophet did not 'author' the Qur'an, therefore 'authorial record' of the Qur'an cannot be attributed to the Prophet. The Qur'an was revealed from Allah; it has a Divine Author. However, the Prophet's statements and actions (called the Sunna and narrated in the form of Hadith) are binding norms for Muslims, and the practical records of the Prophet's life provide some indications as to the meaning of his actions and statements. The Prophet was considered the first and best interpreter of the Qur'an and the Sunna. However, Muslim scholars faced noticeable difficulties when they identified the Hadith as being authentic so that it could be an authority. Other questions and differences appear when considering whether or not a jurist can use Hadith that is not authentic as an authority.⁶⁸ All jurists agreed that to understand the law, one shall refer to the Companions of the Prophet. The Malikis offered absolute primacy to the practice of the community of Medina because they had witnessed the implementation of that revelation. They differ, however, on how far their understanding should stand when challenged with incompatible evidence.

Asifa Qurashi's detailed study expressed the difficulties that the supporters of the originalism theory might face, when she compared the topic from different perspectives, namely American and Islamic (although the Maliki way of thinking cannot exactly be named as originalism theory). She states:

⁶⁸ **Kamali, Hashim** (2003) *Principles of Islamic Jurisprudence*, Cambridge, Islamic Texts Society, p.58-116. For more detailed information on the science of *hadith* collection and classification.

The debate evokes parallels in the arguments of American “originalists” who have asserted that to determine constitutional meaning one should look to what eighteenth Century Americans understood its words to mean, since these Americans represent the community and background ideas of the Framers. In this section, we will compare this impulse to look to early America with the Maliki focus on Medina. Critics of these historically-focused methodologies, in both legal communities, pointed not only to the logistical difficulties of accurately unearthing past understandings of these texts, but also the pitfalls of human subjectivity embedded in this process. It is not uncommon, for example, to find historically-focused methods attacked for being merely a false cover for subjective preferences. That is, just as in plain meaning literalism, no matter how objective one attempts to be in searching for historical meaning, individual predilections about meaning will inevitably influence, if not direct, the result, the originalist defence has been equally aggressive, staking a claim for being inherently superior in ability to maintain fidelity to the supreme law.⁶⁹

In this regard, a famous debate arose between the Islamic jurists of law, specifically the debate between the Imam Malik and the Imam Shafi'i. Maliki argued that, to show real commitment to the Prophetic Sunna, a Muslim jurist must comprehend the Hadith against the context of Medina. In contrast, for Shafi'i, abiding by the comprehensive Hadith texts is an unquestionable religious obligation for all Muslims, and even when a comprehensive Hadith carries less authoritative weight (i.e. an isolated Hadith), it is better to apply it other than the absence of text at all.⁷⁰ Nyazee, however, highlighted that Shafi'i was the first jurist to emphasize the principle that God ‘has left out nothing for which a hukm (legal ruling) has not been laid down’.⁷¹

⁶⁹ **Quraishi, Asifa** (2007) “Interpreting the Qur’an and the Constitution: Similarities in the Use of Text, Tradition and Reason in Islamic and American Jurisprudence”, *Cardozo Law Review*, V:28, p.67-123.

⁷⁰ **Zahra, Muhammed Abu** (2001) *The Four Imams Their Lives, Works and Their Schools of Thought* (translator: Aisha Bewley), Dar al-Taqwa.

⁷¹ **Nyazee**, p. 47.

However, according to the Malikis, the sayings or actions of the Prophet cannot be understood remotely without also taking into consideration the context in which they occurred, which is connected with the Medinan practice. Ibn al-Qasim states, if a Hadith is ‘accompanied by Medinan *‘amal* (practice) ... it would indeed be correct to follow it. But [one need not follow a *hadith* that is] only like other *hadith* that have not been accompanied by *‘amal*.⁷² It is important to note that Ibn al-Qasim’s assertion does not necessarily question the authenticity of those Hadith texts, but rather sets forth the methodological principle that ‘whatever the reason for the discrepancy between the legal implications of such texts and the content of *‘amal*, it is not valid to institute such legal implications into *‘amal* if the first generation of Muslims did not do so’.⁷³

Shafi’i, in contrast, strongly argued on the unconditionally binding quality of the Sunna of the Prophet, and rejected the Maliki evidence that the practices of Medina should be the determinative indicator of the meaning of the divine law. Indeed, Shafi’i underscored the notion of the comprehensiveness of the revealed texts,⁷⁴ for, as the Qur’an says, ‘We have neglected nothing in the book.’⁷⁵ In the opinion of Shafi’i, a legitimate interpretation of God’s Law must be connected to something in the Qur’an or some verified Hadith.⁷⁶ Shafi’i goes further and states that any attempt by human beings, other than relying on a text, might affect the meaning of divine text and thus debase the scholarship and perfection of the Law of God. Such attempts are considered jurisprudential error in Shafi’i’s opinion. On the other hand, the Malikis rejected Shafi’i textualism for being unable to differentiate the normative from the non-

⁷² **Abd-Allah, Umar Faruk** (1978) “Malik’s Concept of Amal in the Light of Maliki Legal Theory” (unpublished PhD dissertation), University of Chicago, p. 379.

⁷³ **Abd-Allah**, p. 680.

⁷⁴ The Qur’an 6:38 **Al-Shafi’I** (1987) *Risala: Treatise on the Foundations of Islamic Jurisprudence*, 2nd edition, (translator: Khadduri Majid, Cambridge Islamic Texts Society, p.66 (quoting several Qur’anic verses in support of this point, including 14:1, 16:46, 91, 42:52).

⁷⁵ The Qur’an 6:38.

⁷⁶ **Al-Shafi’I**, p. 66.

normative in the Hadith record. Shafi'i treated all 'valid' Hadith as normative and binding, no matter how unusual their content, and criticized the methodical means of classification used by the Malikis to which of the Hadith is binding or not.

From an in-depth look at the literature in this area, one cannot dispute that although there is a clear difference between Maliki and Shafi'i, on the methodology and epistemology of interpretation, both however share a joint objective and purpose. Indeed, they have hardly insisted on seeking the best route to evade human subjectivity and arbitrary whim in the explanation of the Prophetic Sunna. Asifa Qurasi,⁷⁷ made a strong statement in this regard when she compared the interpretation of the Islamic law with the interpretation of the American Constitution, when she stated:

In this sentiment there has been agreement from both literalist and not-so-literalist scholars, together rejecting historical readings that reduce the meaning of the text to incidental understandings of a discrete population at a discrete time. American originalists have not tolerated these criticisms any more than the Medina-focused Malikis did. Some originalists have insisted on a strong epistemological reason for relying upon historical evidence to decode ambiguous, cryptic, and abstract language. And she cited the words of Gary Lawson from the American scholarship, 'early actors, especially those who operate[d] near the time of the Constitution's promulgation, are a likely source of wisdom concerning the meaning of ambiguous constitutional terms ... and their views are accordingly entitled to weight in the interpretative process.'⁷⁸ Others have returned to an emphasis on authorial intent, asserting that interpretation is about ascertaining the intent of the authors, and historical understandings are the most reliable way to do that

⁷⁷ Qurashi, p. 99.

⁷⁸ Lawson, Gary S. (1997) "On Reading Recipes and Constitutions" *Georgetown Law Journal*, V:85, p. 1823, 1834.

C. AL-MAQASID (PURPOSE ORIENTED THEORIES OF INTERPRETATION) V 'TELEOLOGICAL APPROACH'

The purposive theory states that one should not look only at the literal meaning of the text, but rather there must be a holistic view linked to the higher objectives of Islamic law. Al-Maqasid is introduced as a commonly agreed principle between all schools of Islamic law. In accordance with the methodology that considers the wisdoms behind the rulings, Qaradawi comments in this regard:

Zakāh is due on every growing wealth ... The purpose of zakāh is to help the poor and to serve the public good. It is unlikely that The Legislator aimed to put this burden on owners of five or more camels (as Ibn Hazm had said: There is no zakāh on horses, commercial goods, or any other type of wealth⁷⁹), and release businessmen who earn in one day what a shepherd earns in years ...

Al-Qarafi writes in his *al-Furūq* (The Differences):

There is a difference between the Prophetic actions as a conveyer of the divine message, a judge, and a leader ... The implication in the law is that what he says or does as a conveyer goes as a general and permanent ruling ... [However,] decisions related to the military, public trust, ... appointing judges and governors, distributing spoils of war, and signing treaties ... are specific to leaders.⁸⁰

Najmuddin al-Tufi explained *maslaha* as 'what fulfils the purpose of the Legislator'.⁸¹ Al-Qarafi interrelated *maslaha* and *maqasid* by a 'fundamental rule' when he stated: 'A purpose (*maqasid*) is not valid unless it leads to the fulfilment of some good (*maslaha*) or the avoidance of some mischief (*mafsadah*)'.⁸² Al-Juwaini, one of the early jurists who wrote on the *maqasid*

⁷⁹ View strongly expressed in **Hazm**, p. 209.

⁸⁰ **Al-Qarafi** (1998) *Al-Furuq* (Ma'a Hawamishih), V:1, (ed.) Khalil Mansour, Darul Kutub al-Ilmiya p. 357.

⁸¹ **Al-Tufi** (1419 H) *Al-Ta'in Fi Sharh Al-Arba'in*, al-Rayyan, p. 239.

⁸² **Al-Qarafi** (1994) *Al-Dhakheerah*, V:5, Dar al-Arab, p. 478.

issue, states that these fundamentals of the law, which he obviously called ‘al-maqasid,’ are ‘not subject to opposing tendencies and difference of opinion over interpretations’.⁸³ Al Juwaini, in this regard, comments that ‘mutual agreement’ in the laws of trade is one of the fundamentals of law that should never be abolished.⁸⁴ Abu Hamid al-Ghazali further developed the theory of maqasid in his book, *al-Mustafa* (The Purified Source). He put the ‘necessities’ that his teacher al-Juwaini had suggested in an obvious order as follows: (1) faith, (2) soul, (3) mind, (4) offspring, and (5) wealth.⁸⁵ Al-Ghazali also coined the term of ‘preservation’ (Hifd) with regard to these necessities. Though he has articulated a unique design for the subject, al-Ghazali insisted it did not provide independent juridical legitimacy (hujjiya) to any of his proposed maqasid or masalih, but nonetheless termed them ‘the illusionary interests’ (al-maqasid al-mawhuma).⁸⁶ He justified his observation for the use of terminology; the maqasid are extracted from the scripts, and cannot literally be implied, as other ‘undisputed clear general Islamic rulings’. In *al-Mustafa*, al-Ghazali wrote:

In its essential meaning, *al-maslaha* is a term which means to seek something beneficial [*manfaa*] or avoid something harmful [*madarra*]. But this is not what we mean, because to seek the beneficial and avoid what is bad are the objectives [*maqasid*] intended by creation, and good [*sahah*] in the creation of humanity consists in the attaining of these objectives [*maqasid*]. What we mean by *maslaha* is the preservation of the objective [*maqasid*] of the Law [*shar*], which consists in five things: the protection of religion, life, intellect, lineage, and property. Whatever ensures the protection of these five principles [*usul*] is *maslaha*; whatever goes against their protection is *mafsada*, and to avoid it is *maslaha*.⁸⁷

⁸³ Al-Juwaini (2008) ‘Al-Ghayyathi’ in Jasser Auda (ed.) *Maqasid Al-Shariah, An Introductory Guide*, IIIT.

⁸⁴ al-Juwaini, p. 490.

⁸⁵ al-Juwaini, p. 258.

⁸⁶ al-Juwaini, p. 172.

⁸⁷ al-Juwaini.

The jurist, al-Izz Ibn Abdul-Salam, also added further development to the topic of maqasid when he commented ‘Every action that misses its purpose is void,’⁸⁸ and, ‘when you study how the purposes of the law brings good and prevents mischief, you realise that it is unlawful to overlook any common good or support any act of mischief in any situation, even if you have no specific evidence from the script, consensus, or analogy’.⁸⁹

Ibn al-Qayyim has also argued on the issue of intention and its connection with maqasid. He comments:

Legal tricks are forbidden acts of mischief because, first, they go against the wisdom of the Legislator, and, secondly, because they have forbidden maqasid. The person whose intention is usury is committing a sin, even if the outlook of the fake transaction, which he used in the trick, is lawful. That person did not have a sincere intention to carry out the lawful transaction, but rather, the forbidden one. Equally sinful is the person who aims at altering the shares of his inheritors by carrying out a fake sale [to one of them] ... Shari’a laws are the cure of our sicknesses because of their realities, not their apparent names and outlooks.⁹⁰

In terms of analogical reasoning, Shafi’i insisted that to use any *‘illa (ratio legis)*, it must be explicitly traced to an authenticated divine text in order to be valid as a basis for analogy, and not traced to Medinan tradition as was the Malikis’ opinion. Ghazali, as a Shafi’i follower, proposed an outstanding compromise; *ijtihad* based upon the purposes of Islamic law can permit analogical legal reasoning from a general principle, and not be particularly connected to a specific text, providing that it maintains one or more purposes of the maqasid. In this way, Ghazali proposed to use text and to take into account purpose, in order to articulate the rule. This can be performed by using non-textual sources and, at the same time, not fall into the trap of subjectivity. In

⁸⁸ **Abdul-Salam, Al-Izz** *Qawaid Al-Ahkam Fi Masalih Al-Anam*, Arabic, Dar al-Nashr, p. 221.

⁸⁹ **Ibn Abdul-Salam**, p. 160.

⁹⁰ **Al-Qayyim** (1973) *I’lam Al-Muwaq’een*, (ed.) Taha Abdul Rauf Saad, Dar Al-Jeel.

Ghazali's opinion, the law is a combination between revealed text, its rooted legal principles, and the superior purposes of the law. In this regard, Malikis consider *maslaha* to be itself a norm of Shari'a. As a result, it is not a barrier for Malikis to integrate *maslahas* that have 'no textual source' into their jurisprudence.⁹¹ However, 'When the *Shari'ah* is totally silent on a matter; this is a sure sign that the *maslahah* in question is no more than a specious *maslahah* (*maslahah wahmiyyah*) that is not a valid ground for legislation.'⁹² Shatibi expressed the view that the inductive method can create the idea of *maslaha* in the *shari'a*, 'both as a general theme ... and in the description of the *'illa[s]* of various commands in detail.'⁹³

Shatibi contends that:

... the attainment of *masalih* is an ultimate purpose of Islamic law on the basis of inductive study [*istiqla'*] of Islamic law. Shatibi observes that the signifying analogies and the points of wisdom [*hikmas*] that lie behind rulings of Islamic law pertaining to social and economic transactions [*mu'amalat*] are often set forth with clarity in the textual sources of the law, which he takes to be an indication that the [legal scholar] is expected to concern himself with following the purposes of those rulings when applying them and not to concern himself only with adhering to the form of the ruling.⁹⁴

Bagby comments that in this line, Shatibi criticizes the jurists' excessive dependence on formal *qiyas* in deriving legal rulings on the basis of isolated established cases. By depending on *qiyas*, the job of the jurist is reduced to hunting for, and finding, that one clear established case from which he can derive an *'illah* and then generate new rulings.⁹⁵ He further adds:

⁹¹ Abd-Allah, p. 268-70.

⁹² Kamali, p. 362.

⁹³ Masud, Muhammed Khalid (1998) *Shatibi's Philosophy of Islamic Law*, Delhi, Kitab Bhavan, p. 226-27.

⁹⁴ Abd-Allah, p. 271.

⁹⁵ Bagby, Ihsan Abdul-Wajid (1986) "Utility in Classical Islamic Law: The Concept of Maslahah in Usul Al-Fiqh", (PhD dissertation), University of Michigan, p. 37.

[I]n one sense al-Shatibi's argument can be seen as an indictment of the doctrine of atomism that pervades all fields of classical Islamic thought. The atomistic characteristic of focusing on the particular as opposed to the universal has greatly influenced Islamic thought, including legal theory. Al-Shatibi's aim is to loosen the hold of atomism on legal theory by introducing into legal reasoning a holistic approach to the law as opposed to a completely particularistic approach.⁹⁶

Hallaq comments, 'this new method is not as the conventional it goes beyond atomic view of the Qur'an of some jurist; Shatibi provides a unique theory in which the text is seen as an integral whole'.⁹⁷ In the eyes of Shatibi, this can create a parochial and slanted view of the law, missing the importance of *maslaha* because of failing to take into consideration the totality of the authoritative sources.

Shatibi criticizes the jurists' excessive dependence on formal *qiyas* in deriving legal rulings on the basis of isolated established cases. By depending on *qiyas* the job of the jurist is reduced to hunting and finding that one clear established case from which he can derive an '*illah*' and then generate new rulings.⁹⁸

In one sense, al-Shatibi's argument can be seen as an indictment of the doctrine of atomism that pervades all fields of classical Islamic thought. The atomistic characteristic of focusing on the particular as opposed to the universal, has greatly influenced Islamic thought, including legal theory. Al-Shatibi's aim is to loosen the hold of atomism on legal theory by introducing into legal reasoning a holistic approach to the law, as opposed to a completely particularistic approach.⁹⁹ Shatibi ranks alongside Shafi'i in significance, because

⁹⁶ Bagby, p. 138.

⁹⁷ Hallaq, Wael (1997) *A History of Islamic Legal Theories: An Introduction to Sunni Usul Al-Fiqh*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 195.

⁹⁸ Bagby, p. 17.

⁹⁹ Bagby, p. 138.

his exposition of the goal and spirit of Islamic law made it possible for Islamic law to escape the impasse into which the strict adherence to the limits defined by Shafi'i in *usul al-fiqh* had led. Shafi'i's *usul al-fiqh* paved the way for juridical theology which defined *usul* in terms of sources, and limited the method of legal reasoning to *qiyas*. This method led to an impasse in solving modern legal problems in the absence of precedents. Shatibi sought a way out of this impasse by means of his doctrine of *maqasid al-shari'a*.¹⁰⁰

IV. REFERENCE TO COURT LAW BY THE INTERNATIONAL COURTS

Several cases established references and recognitions, and this can be clearly seen before the International Court of Justice and other international tribunals. In the aforementioned topic discussion, namely treaty interpretation, there are clear indications and recommendations from judges in the international courts that refer to the interpretive methodology and hermeneutic sciences accomplished by Islamic law. From a survey of the international court cases one can clearly conclude that the judges did not discuss these principles in detail when referring to Islamic law. They only recommended the authority, but were unable to interact and compare these rules to its matching norms in international law. In *North Sea Continental Shelf* the judge argued that articles 38(1)(c) and 9 of the ICJ Statute, as well as the principle of 'sovereign equality' protected in article 2(1) of the UN Charter, necessitated the court to refer not only to European legal traditions, but also to Islamic legal principles, when seeking for a general principle of law. Judge Ammoun further added that the maxim *quieta non movere* (which allows states to take shelter behind situations consolidated by time) is a norm of general law that has long been realised in 'Muslim law, *Majallat El Ahkam*, Art 5.'¹⁰¹ Judge Weeramantry observed, in his distinguishing view in the *Hungary v Slovakia* case, that when dealing with newly developing areas of international law, the court is 'charged with a duty' to

¹⁰⁰ Masud, p. 110-11.

¹⁰¹ Article 5 of the Majalla provides: 'It is a fundamental principle that a thing shall remain as it was originally' (translation by CA Hooper: 1934).

pay attention to principles already existing in the legal traditions and cultures of the ‘world’s several civilizations’.¹⁰² Any look at the world’s legal traditions and civilizations (within the meaning of article 9 of the ICJ Statute) ‘would not be complete without a reference also to the principles of Islamic law’.

In *Greece v Turkey*, Judge Tarazi moreover expressed the view that the rule contained in article 2(1)(a) of the 1969 Vienna Convention (which states that a ‘treaty means an international agreement... *whatever its particular designation*’) ‘was no novelty’ and that Islamic law had already provided that ‘in conventions, one must consider the intention of the parties and not the literal meaning of the words and phrases employed’.¹⁰³ He referred to a French translation of Article 3 of the *Majalla*. He did not, however, make any reference to the fact that what he had mentioned is acknowledged in Islamic law as the theory of the objectives of law (*maqasid al Shari'a*) which refer to the intention behind the agreement, rather than the literal meaning. He did not discuss the Zahiri approach (literalists) when comparing other methodologies such as historical reference and Shafi'i and Maliki views, which are unique and which can enhance and indeed further develop and probably resolve some disputed cases, at least in particular situations, and especially where Muslim countries are involved. Judge Tarazi strongly recommended that Islamic principles should be used as further reference or sources of legitimacy.

In *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*, Qatar stated that the customary international law found in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (in particular, articles 2 and 32) was ‘fully consistent’ with the approach of the ‘Arabo-Islamic legal tradition’.¹⁰⁴ Qatar proposed to look at treaty interpretation rather than using the conventional methods, and called to look at the hermeneutic approaches found in the Arabic and Islamic perspective. Qatar therefore attached the views of Professor El-Kosheri and

¹⁰² ICJ Reports 1997, p. 96-97.

¹⁰³ ICJ Reports 1978, p. 56.

¹⁰⁴ Memorial, Vol I, 10 February 1992, 100, para 5.09 and 119, para 5.57 <<http://www.icj-cij.org/docket/files/87/7023>> l.a.d. 10.03.2021.

Professor Ayyad to support its claim.¹⁰⁵ Qatar stated that the use of the past tense in an Arabic text (it was agreed) indicates that it contains binding meanings.¹⁰⁶ In contrast, Qatar further argued that it was not essential to look at the preparatory works of an international agreement.¹⁰⁷ In support of Professor El-Kosheri, the agreement did ‘not confer any legal weight on the intention of the parties as manifested by the preparatory works covering a prior negotiation phase, since the interpretation of an agreement has to be based exclusively on the final text’.¹⁰⁸ In contrast, Bahrain argued that there is no Arabo-Islamic legal tradition which excludes recourse to preparatory work, even in the ‘field of the interpretation of agreements within the domestic law of the various Arab countries.’^{109, 110} Moreover, Bahrain argued that no concept within the Arab-Islamic legal tradition could override the terms and binding effect of the customary rule reflected in article 32 of the 1969 Vienna Convention. Furthermore, Bahrain disputed that ‘the fact that in an evolving diplomatic process the steps along the way are recorded with the verb “agree” does not transform the documents of record into agreements in the sense of internationally binding treaties.’

Despite the fact whether an introduction of an ‘Arab-Islamic’ objective method to the interpretation of international agreements is found, the ICJ continues to use, for any dispute among Islamic states, the customary rule of interpretation provided in article 31 of the 1969 Vienna Convention, and will refer to supplementary means as a way of approval, unless the meaning of the international agreement is not clear. El-Kosheri argued that the expression ‘Arabo-Islamic tradition’ was not used in his first opinion in terms of an applicable legal system, but as a ‘recourse to the relevant linguistic traditions in a certain socio-cultural community for guidance in the proper construction of a

¹⁰⁵ Memorial, Vol III, Annexes III.1 (at 249) and III.2 (at 315).

¹⁰⁶ Memorial, Vol I, 101, para 5.09 and Prof. El-Kosheri’s first opinion, 266-267.

¹⁰⁷ Memorial, Vol I, 119, para 5.57.

¹⁰⁸ El-Kosheri’s first opinion, 296, para 71.

¹⁰⁹ Counter-memorial, Vol I, 11 June 1992, 69, para 6.42.

¹¹⁰ Counter-memorial, Vol II, Annexes II.1 (at 197) and II.2 (at 217).

text drafted thereunder.¹¹¹ This time, neither the court nor any of its judges discussed the parties' argument regarding references based on the 'Arab-Islamic tradition'. The court, however, referred to article 2(1)(a) of the 1969 Vienna Convention and its decision in the *Aegean Sea Continental Shelf* case just to conclude that international agreements may involve an extensive amount of practices and names (including a joint communiqué).¹¹² In this regard, one can see that often judges refer to Islamic rules, but in a general way, and though often recommendations are found, the courts do not go further, and discuss or make a decision on the basis of these principles.

A further reference to Islamic law in an international case is in *Aerial Incident of 10 August 1999 (Pakistan v India)*. Judge Al-Khasawneh stated that when examining the separability of void or invalid reservations from declarations accepting the ICJ's compulsory jurisdiction, reference should not only be to article 44 of the 1969 Vienna Convention but also to the general principle of separability as found in the major systems of law such as Islamic law.¹¹³

Furthermore, in *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v Norway)*, Judge Weeramantry indicated that Islamic law provides that earth's resources cannot be the subject of absolute ownership but of trusteeship for the benefit of all future generations. Accordingly, earth resources 'must be treated with the care due to the property of others' and 'the present must preserve intact for the future the inheritance it has received from the past.' He further states that Islamic principles 'may lie a key to many of the environmental concerns which affect the land, the sea and the air space of the planet.'¹¹⁴ Another issue that was referred to the international court was

¹¹¹ El-Kosheri's supplementary opinion, Reply, Vol. II, Annex III.1, 86-87, para 15.

¹¹² ICJ Reports 1994, 120-121, para 23.

¹¹³ ICJ Reports 2000, 54, para 23 <<http://www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&p2=8>> I.a.d. 10.03.2021.

¹¹⁴ ICJ Reports 1993, 278, para 243. See also, *Gabikovo-Nagymaros Project (Hungary v Slovakia)* case, where Judge Weeramantry stated that that 'the first principle of modern environmental law - the principle of trusteeship of earth resources - is thus categorically formulated in' the Islamic legal system.

mentioned in the case of the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. Judge Weeramantry stated that humanitarian law and custom had an ancient and universal origin ‘deep-rooted’ in several civilizations, one of which is the Islamic civilization.¹¹⁵ Moreover, in a case concerning diplomatic relations, the *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v Iran)*, it was stated that, ‘the principle of the inviolability of the persons of diplomatic agents and the premises of diplomatic missions is one of the very foundations of this long-established régime, to the evolution of which the traditions of Islam made a substantial contribution.’¹¹⁶ In this regard, Judge Tarazi stated also that the principles of Islamic law contributed to ‘the elaboration of the rules of contemporary public international law on diplomatic and consular inviolability and immunity.’¹¹⁷

CONCLUSION

The above introduction and discussion of the interpretive methodologies introduced and articulated by Muslim jurists such as Shafi’i, Maliki, Ghazali and others, are worthy of study. These methodologies often have their counterpart theories in international law, and sometimes they differ due to the divine nature of Islamic law. There are several areas in Islamic law that offer well-established principles. For example, the principles that govern domestic Islamic agreements can be extracted as doctrines, and applied to international agreements. The Islamic law has therefore paid special attention to interpretation and intention beyond the wording of an agreement. Parties to an agreement must be aware of the counter values intended to be exchanged as a result of their terms. If the contract parties’ intention is ambiguous, a judge shall comply with the rules of legal interpretation. He must interpret the contract according to the real joint intention of the contract parties. Many theories have been adopted by Islamic law, indeed it recognizes international conventions and imposes strict

¹¹⁵ ICJ Reports 1996, 443 and 478.

¹¹⁶ ICJ Reports 1980, 40, para 86<<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=334&p1=3&p2=3&case=64&p3=5>> accessed 10.03.2021.

¹¹⁷ ICJ Reports 1980, para 48.

punishments on those who disobey and violate an agreement without justification. Therefore, Muslim contractual parties cannot merely include ambiguous or fraudulent terms in a contract. The literal and apparent meaning of text is important as in Zahiri theories. In the Islamic methodology of interpretation, the text is the preliminary step. There are other norms and principles which must be examined, such as historical references and the purpose behind the text. There are many differences in approach between Muslim jurists who are involved in the art of interpretation. However, all agree on articulation and design methods in order to avoid human subjectivity and whim because, in the view of Muslims, the law is God's law and God has neglected nothing in the Qur'an and other divinely inspired sources such as the Sunna. The preceding arguments have shown that Islamic law can be viewed as a legal system. This legal system has its unique methodologies of interpretation often share common views compared to the rules of interpretation in international law. Islamic law has been appealed before the ICJ and cited by the Court or its judges in a number of cases. Islamic law was mentioned as an essential and original source that can, in certain situations in the area of interpretation, offer unprecedented solutions to many international disputed issues. Indeed, the references and discussion of Islamic principles, at least in the interpretation area, are mostly weak, and lack considerable legal references.

BIBLIOGRAPHY

- Abd-Allah, Umar Faruk** (1978) “Malik’s Concept of Amal in the Light of Maliki Legal Theory” (unpublished PhD dissertation), University of Chicago.
- Abi-Saab, George** (2006) *The Appellate Body and Treaty Interpretation in Sacerdoti*, G. Yanovich A and Bohanes J (eds.) *The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System* Cambridge, Cambridge University Press.
- Abu-Odeh, Lama** (2005) “Commentary on John Makdisi’s Survey of AALS Law Schools Teaching Islamic Law”, *Journal of Legal Education*, 1:55, p. 589-591.
- Abdul-Salam, Al-Izz** *Qawaid Al-Ahkam Fi Masalih Al-Anam*, Arabic, Dar al-Nashr.
- Alalayli, B.A.** (2005) *General Theory of Contracts in Islamic Jurisprudence and Law*, Dar Alshawwaf.
- Alarabi, B.** (1996) *Institute of Law and Administrative Sciences Researches and Memoranda on Law and Islamic Jurisprudence*, Wahran University in Algeria, University Prints House.
- Alashqar, Omar** (1991) *History of Islamic Jurisprudence*, 3rd edition, Nafayes House.
- Aldousi, H.** (2006) “The Mental Sources Upon Which Jurists Disagreed In Abstracting Juristic Provisions”, *Contemporary Academic Research Journal*, 1:72.
- Alfar, A.-W.** (1994) *Public International Law*, Dar alnahda alarabia.
- Alzarqa, M.** (1961) *General Introduction to Jurisprudence*, Damascus, Damascus University Press.
- Al-Bukhari** (1986) *Al-Sahih*, V:1, 3rd edition, ed. Mustafa al-Bagha, Dar Ibn Kathir.
- Al-Juwaini** (2008) ‘Al-Ghayyathi’ in Jasser Auda (ed.) *Maqasid Al-Shariah, An Introductory Guide*, IIIT.
- Al-Muhalla** (ed.), *Lajnat Ihiya’ al-Turath al-Arabi*, V:3, 1st edition, Dar al-Afaq.
- Al-Qarafi** (1994) *Al-Dhakheerah*, V:5, Dar al-Arab.
- Al-Qarafi** (1998) *Al-Furuq (Ma’a Hawamishih)*, V:1, (ed.) Khalil Mansour, Darul Kutub al-Ilmiya.
- Al-Qayyim** (1973) *l’lam Al-Muwaq’een*, (ed.) Taha Abdul Rauf Saad, Dar Al-Jeel.
- Al-Shafi’I** (1987) *Risala: Treatise on the Foundations of Islamic Jurisprudence*, 2nd edition, (translator: Khadduri Majid, Cambridge Islamic Texts Society).
- Al-Tufi** (1419 H) *Al-Ta’in Fi Sharh Al-Arba’in*, al-Rayyan.

- Bagby, Ihsan Abdul-Wajid** (1986) "Utility in Classical Islamic Law: The Concept of Maslahah in Usul Al-Fiqh", (PhD dissertation), University of Michigan.
- Bowen, John R.** (2003) *Islam, Law and Equality in Indonesia*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Brownlie, Ian** (2003) *Principles of Public International Law*, 6th edition, Oxford, Oxford University Press.
- Carr, Edward Hallett** (1946) *The Twenty Years Crisis 1919-1939*, 2nd edition, London, Palgrave Macmillan.
- Chejne, Anwar G.** (1982) *Ibn Hazm*, Chicago, Kazi Publications.
- Clapham, Andrew** (2010) "The Role of the Individual in International Law", *European Journal of International Law*, V:21, I:1, p. 25-30.
- Coulson, Neil** (1964) *A History of Islamic Law*, Edinburgh, Edinburgh University Press.
- Creswell, John W.** (2007) *Qualitative Inquiry and Research Design: Choosing Among Five Approaches*, 2nd edition, Sage Publications.
- Devin S./Muhammad B.** "Dāwūd āl-Zāhiri's Manual of Jurisprudence: Al-Wusūl ilā ma'rifat al-usūl" in Weiss, Bernard (ed.) (2002) *Studies in Islamic Legal Theory*, London, Brill, p. 138-158.
- Esmali, Hossein** (2011) "The Nature and Development of Law in Islam and the Rule of Law Challenged in Middle East and the Muslim World", *Connecticut Journal of International Law*, V:26, p.329-340.
- Fish, Stanley** (2008) "Intention Is All There Is: A. Critical Analysis of Aharon Barak's Purposive Interpretation in Law", *Cardozo Law Review*, V:29, p. 1109-1124.
- Gardiner, Richard** (2008) *Treaty Interpretation*, Oxford, Oxford University Press.
- Gerber, Haim** (1981) "Shari'a, Kanun Custom in the Ottoman Law: the Court Records of Seventeenth Century Bursa", *International Journal of Turkish Studies*, V:2, p. 131-147.
- Hallaq, Wael** (1997) *A History of Islamic Legal Theories: An Introduction to Sunni Usul Al-Fiqh*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Hallaq, Wael** (2005) *The Origins and Evolution of Islamic Law*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Hans, Morgenthau** (1954) *Politics among Nations: The Struggle for Power and Peace*, 2nd edition, (revised) Alfred A Knopf.

- Hazm, Al-Muhalla** (ed.) *Lajnat Ihiya' al-Turath al-Arabi*, Dar al-Afaq.
- Islamic Fiqh Academy** (2011) *International Islamic Law*, Dar Al-Kotob Al-Ilimiyah.
- Lawson, Gary S.** (1997) "On Reading Recipes and Constitutions" *Georgetown Law Journal*, V:85, p. 1823-1836.
- Letsas, George** (2010) "Strasbourg's Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer", *European Journal of International Law*, V:21, I:3, p. 509-541.
- Kamali, Hashim** (2003) *Principles of Islamic Jurisprudence*, Cambridge, Islamic Texts Society.
- Karmali, Ayla** (2007) "Sharia and Muslim Legal Thought in the 21st Century", *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, V:13, p.3-4
- Kennedy, David W.** (2001) "The Politics of the Invisible College: International Governance and the Politics of Expertise", *European Human Rights Law Review*, p. 1361-1526.
- Kennedy, David W.** (2002) "The International Human Rights Movement: Part of the Problem?", *Harvard Human Rights Journal*, V:15.
- Khaldun, Ibni** (1986) *The Muqaddimah: An Introduction to History*, V:3, (Translator: Franz Rosenthal), London, Routledge.
- Klabbers, Jan** (1996) "The Concept of Treaty in International Law", *Kluwer Law International*, p. 748.
- Kolb, Robert** (2006) *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Brussels, Bruylant - Editions de l'Université de Bruxelles.
- Koskenniemi, Martti** (2004) "International Law and Hegemony: A Reconfiguration", *Cambridge Review of International Affairs*, V:17, I:2, p. 197-218.
- Lauterpacht, H** (1949) "Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties", *British Yearbook of International Law*, V:26, p. 48-85.
- Masud, Muhammed Khalid** (1998) *Shatibi's Philosophy of Islamic Law*, Delhi, Kitab Bhavan.
- Muslim** (1391H) *Sahih Muslim*, V:3 (ed.) Mohammad Foad Abdul-Baqi, Dar Ihya al-Turath al-Arabi.
- Myres, McDougal S.** (1967) "The International Law Commission's Draft Articles upon Interpretation: Textuality Redivivus", *American Journal of International Law*, V:61, I:4, p. 992-1000.

- Nyazee, Imran Ahsan** (1995) *Theories of Islamic Law: The Methodology of Ijtihad*, Chicago, Kazi Publications.
- Orakhelashvili, Alexander** (2008) *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Patterson, Dannis** (1993) “The Poverty of Interpretive Universalism: Toward the Reconstruction of Legal Theory”, *Texas Law Review*, V:72, p. 1-56.
- Pauwelyn, Joost/Elsig, Manfred** (2012) “The Politics of Treaty Interpretation” in Dunoff Jeffrey and Pollack Mark (eds.) *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations*, Cambridge University Press.
- Quraishi, Asifa** (2007) “Interpreting the Qur’an and the Constitution: Similarities in the Use of Text, Tradition and Reason in Islamic and American Jurisprudence”, *Cardozo Law Review*, V:28, p.67-123.
- The Qur’an
- Sait, Siraj/Lim, Hilary** (2006) *Land, Law & Islam: Property and Human Rights in the Muslim World*, New York, Zed Books.
- Schacht, Joseph** (1964) *An Introduction to Islam Law*, Oxford, Clarendon Press.
- Schacht Joseph** (1982) *An Introduction to Islamic Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Sherman, Jackson** (2006) “Legal Pluralism between Islam and the Nation-State: Romantic Medievalism or Pragmatic Modernity?”, *Fordham International Law Journal*, V:158, p.158-176.
- Van Damme, Isabelle** (2009) *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford, Oxford University Press.
- Waibel, Michael** (2011) “Demystifying the Art of Interpretation”, *European Journal of International Law*, V:22, I:2, p.571-588.
- Zahra, Muhammed Abu** (1947) *Abu Hanifa: His Life, His Age, His Opinions and His Methodology*.
- Zahra, Muhammed Abu** (2001) *The Four Imams Their Lives, Works and Their Schools of Thought* (translator: Aisha Bewley), Dar al-Taqwa.
- Zaidan, Abdulkareem** (1989) *Judicial System in Islamic Law (Shari’a)*, 2nd edition, Vaughan, Risalah Foundation.
- Zaidan, Abdulkareem** (2003) *Introduction to Islamic Shari’a*, Alrisalah Press.

Zaidan, Abdulkareem (2005) *Overviews on Islamic Law (Shari'a) and Positive Laws*, 1st edition, Vaughan, Risalah Foundation.

<<http://www.icj-cij.org/docket/files/87/7023>> l.a.d. 10.03.2021.

<<http://www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&p2=8>> l.a.d. 10.03.2021.

<<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=334&p1=3&p2=3&case=64&p3=5>>
accessed 10.03.2021.

ÖZEL HUKUKU

PRIVATE LAW

TÜRK VE AMERİKAN HUKUKLARINDA CANLANDIRMAMA TALİMATININ (DNR) HUKUKİ AÇIDAN DEĞERLENDİRİLMESİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Pelin ÇAVDAR^(**)

ÖZET

Amerikan hukukunda hasta kalbi veya solunumu durduğunda kendisine kalp masajı yapılarak (CPR) yeniden canlandırma yapılmamasını (DNR) talep etme hakkına sahiptir. Özellikle kendi geleceğini belirleme hakkı, onurlu yaşama hakkı ve hasta özerkliğine saygı gösterilmesi gibi tıp hukukuna egemen olan temel ilkeler dikkate alınarak hastaya böyle bir imkân tanınmaktadır. Amerika'da hastanın DNR taleplerinin hukuki geçerliliği için aranan şekil eyaletlere göre farklılık göstermektedir. Amerika'da DNR talepleri büyük çoğunlukla hastanın/yasal temsilcinin talebiyle ve tıbbi yararsızlık söz konusu olduğunda düzenlenmektedir. DNR talimatlarının uygun kullanımına yönelik ilkeler de hekim ve hastaya yol gösterici niteliktedir.

Türk hukukunda ise, DNR taleplerinin yasal bir geçerliliği bulunmamaktadır ve konu oldukça tartışmalıdır. Doktrinde konu hekimin mesleki özerkliği, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı, hastanın tedaviyi reddetme hakkı ve pasif ötanazi çerçevesinde incelenmektedir. Ancak pasif ötanazi ile sınırının çizilmemesi sebebiyle DNR talimatını uygulayan hekimin hukuki ve cezai sorumluluğu doğabilmektedir. Literatürdeki mevcut araştırmacılar, tıp hukuku ilkeleri ve etiği dikkate alınarak DNR talimatlarına geçerlilik tanınmasının ve Türk hukukunda da yasal bir zemine oturulmasının hekim ve hasta açısından daha uygun olacağı kanaatini taşımaktadırlar.

Anahtar Kelimeler

Hasta Özerkliği, Yeniden Canlandırma Talimatı (Dnr), Kalp Masajı (kpr), Tıbbi Yararsızlık, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, Hastanın Talebi, Tıp Etiği.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1362406 - **Geliş Tarihi:** 18.09.2023 - **Kabul Tarihi:** 27.11.2023.

^(**) Marmara Üniversitesi, Adalet MYO, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul-Türkiye, E-posta: pelin.cavdar@marmara.edu.tr; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-5595-216X>.

LEGAL EVALUATION OF “DO NOT RESUSCITATE” INSTRUCTION (DNR) IN TURKISH AND AMERICAN LAWS

ABSTRACT

When the patient's heart or breathing stops, he/she has the right to demand not to be resuscitated (DNR) by CPR in American law. In particular, the patient is given such an opportunity, taking into account the basic principles that dominate medical law, such as the right to self-determination, the right to live with dignity and respect for patient autonomy. In the USA, the form sought for the legal validity of the patient's DNR requests differs according to the states. In the USA, DNR requests are mostly made at the request of the patient/legal representative and in cases of medical futility. The principles for the proper use of DNR instructions are also guiding for the physician and the patient.

In Turkish law, however, DNR requests do not have legal validity and the issue is highly controversial. In the doctrine, the subject is examined within the framework of the autonomy of the physician, the patient's right to self-determination, patient's right to refuse treatment and passive euthanasia. However, when the border with passive euthanasia is not drawn, legal and criminal liability of the physician who applies the DNR instruction may arise. Most researchers in the literature are of the opinion that it would be more appropriate for the physician and the patient to give validity to the DNR instructions and to establish a legal basis in Turkish law, taking into account the medical law principles and ethics.

Keywords

Patient Autonomy, Do Not Resuscitate Instruction (DNR), Cardiopulmonary Resuscitation, (CPR), Medical Futility, Patient's Right to Self Determination, Request of The Patient, Medical Ethics.

GİRİŞ

Hasta kalbi veya solunumu durduğunda kalp masajı gibi yöntemler kullanılarak yeniden canlandırma (DNR) müdahalelerine engel olunmasını yani kardiyopulmoner resüsitasyonun (CPR) yapılmamasını isteme hakkına sahiptir¹. Hastanın bu talebe ilişkin iradesini DNR formu düzenleyerek ortaya koyması mümkündür. DNR talebinin kabul edilme sebeplerinin en başında, acı çeken bir hastanın hayatının uzatılarak daha fazla acı çekmesine engel olunması yer almaktadır. Bunun dışında, özellikle son dönemini yaşayan ve tedaviye ilişkin başarı şansı olmayan hastanın onurlu bir şekilde ölmesinin sağlanması, hasta özerkliğine saygı gösterilmesi gibi sebepler de karşımıza çıkmaktadır. Amerika, İngiltere gibi bazı ülkeler bu temel gerekçelerden yola çıkarak DNR formlarına yasal geçerlilik tanırken, Türkiye'nin de aralarında bulunduğu bazı ülkeler DNR talimatlarına yasal geçerlilik tanımamaktadır.

Amerika'da hastaneler tarafından hastalara DNR talimatını gösteren bileklikler verilmektedir ve bazı eyaletlerde bilekliklerin üzerinde CPR'nin reddedildiğini gösteren sembol de bulunmaktadır. DNR talebi için "Canlandırmayın" (Do Not Resuscitate) yazılı bir dövme de kullanılmaktadır; ancak bu dövmenin hukuki geçerliliği aşağıda belirttiğimiz çeşitli gerekçelerden ötürü tartışmalıdır. Amerika'da DNR talebi hastanın/yasal temsilcisinin talebi ve tıbbi yararsızlık durumlarında karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla hastanın kalbinin veya solunumunun durması halinde CPR'nin kendisine uygulanmamasına ilişkin talebini önceden hekime bildirmesi mümkündür. Hasta tam ehliyetsizse, bu karar yasal temsilci olarak belirlenen kişi veya kişiler tarafından verilmektedir. Tıbbi yararsızlıkta ise, hekimin, geri dönüşü olmayan bir hastalık veya yaralanmanın sonucu olarak, daha fazla tedavinin hastanın durumunu iyileştirmeyeceğine dair beyanı esas alınarak hastaya CPR uygulanmamaktadır. Belirtmek gerekir ki, Amerika'da DNR talimatlarının uygun kullanımına yönelik ilkeler hazırlanmıştır ve bu ilkeler hekimlere büyük ölçüde yol göstermektedir.

Türkiye ise, DNR taleplerine yasal geçerlilik tanımayan ülkelerden bir tanesidir. Doktrinde konu özellikle hasta özerkliği, hastanın kendi geleceğini belir-

¹ DNR talebinin yasal olduğu bazı ülkeler arasında Amerika, Kanada, İngiltere, Hollanda, Belçika, Norveç, İspanya ve Çin yer almaktadır.

leme hakkı ve hastanın tedaviyi reddetme hakkı kapsamında incelenmektedir. Türk hukukunda konuya ilişkin yol gösterici bir mevzuatın bulunmaması sebebiyle, hastanın DNR talebini uygulayan hekimin pasif ötanazi iddiası ile karşı karşıya kalması ve hukuki ve cezai sorumluluğunun doğması mümkündür. Hukukumuzda onurlu yaşama hakkı, hasta özerkliğine saygı, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı gibi tıp hukuku ve etiğine yön veren temel ilkeler dikkate alınarak belirli maddi ve şekli koşulları sağlayan DNR formlarına hukuki geçerlilik tanınmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Bu çalışmada, öncelikle yeniden canlandırmama (DNR) ve kalp veya solunum durması durumunda herhangi bir müdahalede bulunmama (CPR) kavramları incelenecektir. Daha sonra ise, Amerika'da DNR taleplerinin yasal boyutu, DNR taleplerinin şekli, DNR taleplerinin hazırlanmasındaki etmenlerden olan hastanın/yasal temsilcisinin talebi, tıbbi yararsızlık ve DNR talimatlarının uygun kullanımına yönelik ilkeler hakkında açıklama yapılacaktır. Çalışmamızın diğer kısmında ise konu Türk hukukunda yürürlükte olan mevzuatlar açısından ele alınacaktır. Çalışma konumuzun hekimin mesleki özerkliği, tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğü, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı, hastanın tedaviyi reddetme hakkı ve pasif ötanazi kavramları ile ilişkisi açıklanacak ve Türk hukuku bakımından çeşitli öneriler sunulacaktır.

I. CANLANDIRMAMA TALİMATI (DNR) VE KARDİYOPULMONER CANLANDIRMA (CPR) KAVRAMLARI

Hasta, kalbi veya solunumu durduğunda kalp masajının yapılmaması gibi canlandırmamaya yönelik tercihini önceden bildirebilir. Bu tür bir reddetme “resüsite etmeme” veya “canlandırma yapmama” (DNR) olarak ifade edilmektedir². Dolayısıyla, DNR kalbi veya solunumu duran hastanın canlandırma yapılmaması için verdiği sözlü, yazılı ve resmi istek olarak tanımlanmaktadır³. Bir başka ifadeyle DNR talebinde bulunan hasta, kalp masajı, mekanik ventilasyon, defibrilasyon, kalp-

² Sert, Hüseyin/Gözdemir, Muhammed/ Işık, Bünyamin (2007) “Kardiyopulmoner Canlandırma Yapılmaması Etik Mi?”, Yeni Tıp Dergisi, C:24, s.85.

³ Council on Ethical and Judicial Affairs, American Medical Association (1991) “Guidelines for appropriate use of Do-Not-Resuscitate Orders” JAMA, C:265, S:14, s.1869.

damar ilaçları ve ventilasyon desteği için gerekli olan entübasyon gibi tıbbi uygulamalarda bulunulmasını istememektedir⁴. Hastaların DNR talimatları, en azından teoride, hastaların bilinçli kararlar verebilecekleri bir zamanda yaşamı uzatan tedavinin kullanımına ilişkin tercihlerini ifade etmelerine izin vermektedir.

DNR talimatı özellikle CPR yani kalbi veya solunum fonksiyonları durmuş (kardiyak veya respiratuar arrest) olarak yatan hastalara rutin olarak yapılan müdahalelerde önem teşkil eder⁵. CPR, hastanın kalp veya solunumun ani bir şekilde durması sırasında hastayı hayata döndürme amacıyla uygulanan tıbbi müdahalelerin genel adıdır. Bu tıbbi müdahalelerin, kalp masajı, suni teneffüs, mekanik ventilasyon, defibrilasyon, kalp-damar ilaçları, ventilasyon desteği için gerekli olan entübasyon gibi birtakım uygulamaları da içerdiği belirtilmektedir⁶. Bir başka ifadeyle fizyolojik anlamda CPR'nin amacı, kalbi duran hastalara kalp ve solunum fonksiyonlarını geri kazandırmaktır. Dolayısıyla, hasta ilk resüsitasyon-canlandırma çabasından sağ çıkarsa CPR başarılı sayılmaktadır. Ayrıca, CPR'nin başarılı bir şekilde uygulanması, hastanın hayatta kalma süresiyle ilgili kriterlerle de ölçülmektedir. Bu kriterler arasında örneğin, ilk resüsitasyondan sonra en az 24 saat hayatta kalma, hastaneden taburcu olana kadar hayatta kalma ve başka bir zaman dilimi boyunca hayatta kalma (tipik olarak kalbi durmasından sonra 1 ay ile 1 yıl süresince) yer almaktadır⁷. CPR hastane şartlarında uygulanacaksa gelişmiş araçlar ve ilaçlar kullanılmaktadır. Hastaya entübasyonla oksijen verilirken, elektrik şokla çalışan bir reanimasyon aleti olan defibrilatör ile kalbin çalışması ve dolaşımın tekrar sağlan-

⁴ **Baştürk, Engin** (2003) "Do Not Resuscitate (DNR) Talimatının Temel Etik İlkeler Açısından Değerlendirilmesi" Türkiye Klinikleri Tıp Etiği Hukuku Tarihi Dergisi, C:11, S:1, s.13 vd; **Office of Technology Assessment** (1987) Life-Sustaining Technologies and the Elderly, Washington, DC: US Congress; Publication OTA-BA s.167 vd. Bkz. <<https://www.princeton.edu/~ota/disk2/1987/8714/8714.PDF>> s.e.t. 15.09.2023; **Babacan, Gül** (2019) "Canlandırma Uygulanmasının Talimatının Hukuki ve Tıbbi Açıdan Değerlendirilmesi": Hakeri, Hakan/Doğan, Cahid (Editörler), III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, C:1, Ankara, Legal Yayınları, s.560.

⁵ **Baştürk**, s.13.

⁶ **Ersoy, Nermin** (2003) "Yaşamın Sonuyla İlgili Etik Konular: I-II Çağdaş Tıp Etiği": Demirhan Erdemir, Ayşegül/Öncel, Öztan/ Aksoy, Şahin (Editörler) Ankara, Nobel Tıp Yayınları, s.348.

⁷ **Office of Technology Assessment**, s.306.

ması için çalışılmaktadır⁸. Ölümüne sebebiyet vermesi bakımından kalbin veya solunum fonksiyonlarının durmuş olması kaçınılmaz nitelikte olduğu için, bu durumda olan tüm hastalara esasen CPR uygulanabilir niteliktedir. Zira CPR'nin en temel amaçları; hayat kurtarmak, ağrıları azaltmak, hastanın eski sağlığına kavuşturmasını sağlamak ve klinik ölümü engellemektir⁹.

II. AMERİKA'DA CANLANDIRMAMA TALİMATININ (DNR) YASAL DURUMU

DNR talimatı bazı ülkelerde yasal iken, bazı ülkelerde yasal kabul edilmemektedir¹⁰. DNR talimatını yasal kabul eden ülkelerden biri Amerika'dır ve New York gibi bazı eyaletlerde DNR talimatına ilişkin mevzuat da bulunmaktadır¹¹. Amerika'da DNR talimatlarına olan bakışı etkileyen faktörlerden bir tanesi 1991 yılında yürürlüğe giren Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Yasa'sıdır (The Patient Self Determination Act)¹². Bu federal bir yasadır ve bu yasaya uymak zorunludur. Bu yasanın amacı, bir hastanın sağlığına ilişkin kararlarında kendi geleceğini tayin etme hakkının iletilmesini ve korunmasını sağlamaktır¹³. İleri direktifler (hasta vasiyeti ve kalıcı vekaletname) aracılığıyla, tıbbi veya cerrahi müdahaleyi kabul etme veya reddetme hakkı, gerekli ehliyete sahip hastalara sunulmaktadır. Böylece bu hastalar karar verme konusunda tam ehliyetsiz hale gelmeleri durumunda, sağlıklarını etkileyen kararları daha kolay kontrol etmeye

⁸ Office of Technology Assessment, s.13.

⁹ Council on Ethical and Judicial Affairs, American Medical Association, s.1869; Sans S/ Kesteloot H/ Kromhout D (1997) "The Burden of Cardiovascular Diseases Mortality in Europe. Task Force of the European Society of Cardiology on Cardiovascular Mortality and Morbidity Statistics in Europe" European Heart Journal, C:18, S:12, s.1248.

¹⁰ DNR talimatını yasal olarak kabul eden ülkelerden bazıları İngiltere, Hollanda, Belçika, İspanya ve Norveç'tir. İngiltere'de ayırt etme gücüne sahip olan hastanın DNR talimatında bulunabileceğini ve bu talimatın uygulanmasında hastanın üstün yararının dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Samuels, Alec** (2022) "Do Not Resuscitate: Lawful or Unlawful", Medicine, Science and The Law, C:62, S:2, s.145.

¹¹ New York Public Health Law Art. Yasaya erişmek için bkz. <<https://www.nysenate.gov/legislation/laws/PBH/A29-B>> s.e.t. 11.09.2023.

¹² Detaylı bilgi için bkz. <<https://www.gao.gov/assets/hehs-95-135.pdf>> s.e.t. 07.09.2023.

¹³ Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına ilişkin ayrıntılı açıklamalar çalışmamızın Türk hukuku kısmında yapılmıştır.

devam edebilirler¹⁴. Dolayısıyla bu Yasa hastaların ileri direktiflerinin, bu isteklerin yasal olarak geçerli ve eyalet yasaları tarafından izin verilebilir olduğu varsayılarak, gerektiğinde uygulanmasını zorunlu kılmaktadır.

Amerika’da DNR talimatını “no code” adı altında uygulayan ilk eyalet ise New York’tur¹⁵. Amerika’da hastaneler tarafından hastalara DNR talimatını gösteren bileklikler verilmektedir ve bazı eyaletlerde bilekliklerin üzerinde CPR’nin reddedildiğini gösteren sembol de bulunmaktadır¹⁶. DNR talimatı için bir başka yöntem olarak dövme de kullanılmaktadır. Hastanın göğüs bölgesinde kalp masajı yapılmaması için “Do Not Resuscitate” (Canlandırmayın) yazısı bulunmaktadır. Bu yöntemde hekimin nasıl bir yol izlemesi gerektiği ise tartışmalı bir konudur.

Nitekim Amerika’da Florida eyaletinde buna ilişkin bir olay yaşanmıştır. Kimliği belirlenmemiş ve yanında hiçbir tanıdığı olmayan hasta acile getirilir. Hasta yaklaşık 70 yaşlarında olup, kalp ritim bozukluğuna sahip, aynı zamanda diyabet hastasıdır ve kanında yüksek oranda alkol bulunmaktadır. Hekimler hastanın göğsünde “Canlandırmayın” (Do Not Resuscitate) yazısının olduğunu görürler ve sürece nasıl devam edecekleri konusunda tereddüt yaşarlar. Zira dövmenin hastanın halihazırdaki düşüncesini yansıtmadığı belli değildir. Hekimler belirsizlikle karşı karşıya kaldığında geri dönüşü olmayan bir yolu seçmeme ilkesini göz önünde bulundurarak, başlangıçta dövmeyle dikkate almamaya karar verirler. Ancak bu karar hastanın isteğini duyurmak için gösterdiği olağanüstü çaba nedeniyle hekimleri çelişkiye düşürür ve bu nedenle etik konsültasyon istenir. Hastanın vakasını inceledikten sonra hastanenin etik danışmanları, hastanın hayata döndürmeme (DNR) dövmesine saygı gösterilmesini tavsiye ederler ve sonrasında DNR talimatı yazılır. Hastanın klinik durumu gece boyunca kötüleşir. Hastanın solunumunu geri kazanması için tedavisi ya-

¹⁴ **Kelley, K.** (1995) “The Patient Self-Determination Act. A matter of life and death” *Physician Assist.* C:19, S:3, s.49, 53-56, 59-60; **Thobaben, M/ Proctor, C.** (1996) “Patient Self-Determination Act: Advocating for the Patient’s Wishes” *Home Care Provid.*, C:1, S:3, s.157-158.

¹⁵ **Lieberman, Jennifer** (2014) “Do not Resuscitate Orders”. Erişim için bkz. <https://www.academia.edu/6884259/Do_Not_Resuscitate_Orders> s.e.t. 07.09.2023.

¹⁶ Erişim için bkz. <<https://www.americanmedical-id.com/dnr>> s.e.t. 15.09.2023.

pılmaz ve hasta kaybedilir. Daha sonra ise, hasta tarafından doldurulan DNR talebi formunun olduğu ortaya çıkar¹⁷.

Kanaatimizce, her ne kadar hasta özerkliğine saygı ilkesi temel bir ilke olsa da, gerek DNR talimatlarının yasallığı konusundaki endişeler, gerekse dövmenin hangi koşullar altında yaptırıldığı (örneğin dövme sarhoşken mi yaptırdı vs.) ve kişinin yaptırdığı dövmeden pişman olup olmadığına tespitinin yapılmasının oldukça zor olmasından ötürü hastalar tarafından bu şekilde yapılan DNR taleplerine temkinli yaklaşılması gerekmektedir¹⁸. Dolayısıyla bir dövmenin gerçekten de ölüm dileğini yansıtır yansıtmadığına karar vermek mümkün değildir. Hekimlerin ileride aleyhte açılacak olası davaları dikkate alarak, Etik Kurulundan görüş istemesi ise olumlu bir yaklaşım olarak düşünülebilirse de, her zaman pratik bir çözüm olmayabilir. Kanaatimizce, hekimler hastanın yeniden canlandırmama taleplerine ilişkin açık iradesini tam olarak tespit edemedikleri takdirde, hastayı hayata döndürmek için kalp masajı da dahil olmak üzere gerekli tüm tıbbi müdahaleleri yapmalıdır¹⁹.

Amerika’da gerçekleşen bir başka olayda ise, 56 yaşında 145 gün hastanede yatan müslüman bir hasta bulunmaktadır. Hastanın müslüman bir hekim tarafından tedavisi sürdürülmektedir. Hasta ilk başta karın ağrısı ve anemi sebebiyle hastaneye yatırılır ancak daha sonra solunum yetmezliği, gastrit ve çeşitli enfeksiyon hastalıkları ortaya çıkar. Hastanın ailesi tarafından DNR talebinde bulunulmaz ancak bakım evlerinin hastayı bu şekilde kabul etmesi de imkansızdır. Hastanın sağlığının gittikçe kötü bir duruma girmesi sebebiyle hekimler hastanın son dönemde olduğuna ilişkin birlikte karar alırlar ve bundan sonra hastanın ailesi DNR talebinde bulunmayı kabul eder²⁰.

¹⁷ Holt, Gregory E. / Sarmiento, Bianca/ Kett, Daniel/ Goodman Kenneth W. (2017) “An Unconscious Patient With A DNR Tattoo” N Engl J Med, C:377, s.2192 vd.

¹⁸ Aynı yönde görüş için bkz. Hakeri, Hakan (2022) Tıp Hukuku (2 Cilt) Cilt I: Genel Hükümler- Cilt II: Özel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayınları, s.578.

¹⁹ Aynı yönde görüş için bkz. Hakeri (2022), s.578.

²⁰ Saiyad, Saleem (2009) “Do Not Resuscitate: A Case Study from the Islamic Viewpoint”, JI-MA, C:141, S:3, s.110.

Bu olaydan da anlaşılacağı üzere, Amerika’da DNR taleplerinin büyük çoğunlukla birçok hastalığa sahip olan, çok fazla ağrısı olan, bilinci kapalı olup açılması mümkün görülmeyen ve iyileşme imkânı bulunmayan hastalarda daha fazla acı çekmemesini sağlamak için uygulama alanı bulduğu görülmektedir²¹.

Amerika’da DNR taleplerine ilişkin standart bir form bulunmamakta olup, her eyaletin kendine özgü formları bulunmaktadır²². Eyaletlerin formlarındaki ibareler genellikle çok benzerdir. Örneğin California eyaletindeki DNR formunda, “... DNR’nin, eğer kalbim atmayı bırakırsa veya nefes almayı bırakırsam, nefes almayı veya kalp fonksiyonlarını yeniden başlatmak için hiçbir tıbbi prosedür uygulanmayacağı anlamına geldiğini anlıyorum. Bu kararım, hastane öncesi acil tıbbi bakım personeli tarafından başka acil tıbbi bakım ve/veya ölümümünden önce bir hekim tarafından yönlendirilen tıbbi bakımı almamı engellemeyeceğini anlıyorum. Bu formu imha ederek ve tüm “DNR” madalyonlarımı kaldırarak bu yönergeyi istediğim zaman iptal edebileceğimi anlıyorum. Bu yönergenin uygulanması için bu bilgilerin hastane öncesi acil bakım personeline, hekimlere, hemşirelere veya diğer sağlık personeline verilmesine izin veriyorum. İşbu belgeyle “Canlandırmama” (DNR) emrini kabul ediyorum”. Bu yazının altını hasta/hastanın yasal temsilcisi tarih atarak imzalamaktadır. DNR formunun devamında, “Bu hasta/yasal olarak tanınan sağlık hizmetleri karar vericisinin bilinçli bir karar verdiğini ve bu direktifin hastanın/yasal olarak tanınan sağlık hizmetleri karar vericisinin açık isteği olduğunu onaylıyorum. Bu formun bir kopyası hastanın kalıcı tıbbi kaydında bulunur. Kardiyak veya solunum durması durumunda hiçbir göğüs kompresyonuna, destekli ventilasyona, entübasyona, defibrilasyona veya kardiyotonik ilaçlara başlanmamalıdır” ifadesi yer almakta olup, hekim de tarih atarak imzalamaktadır. Bu DNR formunun bir örneği hasta tarafından, diğer örneği ise hastanın tıbbi kayıtlarında saklanmaktadır.

²¹ İngiltere’de ise bu sebeplere ek olarak, canlandırma müdahaleleri sonrası hastanın uzun süre bakıma vegözetime ihtiyaç duyması ancak hastane kaynaklarının sınırlı olması sebebiyle canlandırma müdahalelerinin yerine getirilmesinin ne ölçüde yerinde olacağı da tartışılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Fritz Zoe/Fuld Jonathan** (2010) “Ethical Issues Surrounding Do Not Attempt Resuscitation Orders: Decisions, Discussions and Deleterious Effects”, *Journal of Medical Ethics*, C:36, S:10, s.594.

²² Eyaletlerin formlarına ilişkin bkz. <<https://eforms.com/dnr/>> s.e.t. 15.09.2023.

III. AMERİKA'DA CANLANDIRMAMA TALİMATININ (DNR) HAZIRLANMASINDAKİ ETMENLER

A. HASTANIN/YASAL TEMSİLCİSİNİN TALEBİ (PATIENT'S/SURROGATE'S REQUEST)

Amerika'da gerekli bilgilendirilme yapılmış olan hastalar, CPR de dahil olmak üzere tıbbi müdahalelere izin verme veya reddetme hakkına sahiptirler²³. Hastanın yaşamının son döneminde olup olmamasına, ailesinin kendisiyle aynı görüşte olup olmamasına ve hekimin onayına bağlı olmaksızın hastanın tedaviyi reddetme hakkı mevcuttur²⁴. Ancak hasta kalbinin veya solunumunun durması halinde, CPR'nin kendisine uygulanmamasına ilişkin talebini önceden bildirmelidir²⁵. Hasta tarafından bildirilen bu talep DNR talimatının temelini oluşturmaktadır. Nitekim yapılan araştırmalarda CPR uygulanması veya uygulanmamasına ilişkin kararın hekim ile hastanın konuşmasıyla alınmasının daha uygun olacağı kabul edilmektedir²⁶. Hekimler arasındaki endişe, CPR ile ilgili konuşmaların, hekim algısını bakım sağlayandan bakım esirgeyene çevirerek hasta-hekim ilişkisini değiştirmesidir²⁷. Bu sorunu hafifletmek için terminolojide “doğal ölüme izin ver” (allow naturel death) kavramının kullanılması da önerilmektedir²⁸.

Hasta tam ehliyetsiz bir kişiye, bir başka ifadeyle DNR kararını verme yetisine sahip değilse, bu karar yasal temsilcisi veya vekil olarak belirlenen kişi veya

²³ Council on Ethical and Judicial Affairs, American Medical Association, s.1868.

²⁴ Sert/ Gözdemir/ Işık, s.85.

²⁵ New York'da verilen bir kararda, hasta tam ehliyetli iken isteklerini ortaya koymuştur ve buna dayanarak yaşamını kurtarıcı tıbbi müdahale kendisine yapılmamıştır. Karar için bkz. Matter of Storar and Matter of Eichner, 420 N.E.2d 64 (1981).

²⁶ Council on Ethical and Judicial Affairs, American Medical Association, 1869; Fritz/Fuld, s.595. Aksi görüşte olan yazarlar, hekim ile hasta arasında gerçekleşen konuşmanın hastanın psikolojik durumuna zarar verebileceğini ileri sürmektedirler. Schade SG/ Muslin H. (1989) “Do Not Resuscitate Decisions: Discussions with Patients” J Med Ethics, C:15, s.186 vd.

²⁷ O'Shea EM/Penson RT/ Stern TA/ Younger J/ Chabner B.A./ Lynch Jr T J (1999) “A Staff Dialogue on Do Not Resuscitate Orders: Psychosocial Issues Faced by Patients, Their Families, and Caregivers”, Oncologist, C:4, s.262.

²⁸ Venneman Sandy/ Harris, Narnor P/ Perish M/ Hamilton, M (2008) “Allow Natural Death Versus Do Not Resuscitate: Three Words That Can Change a Life”, J Med Ethics, C:3, s.6.

kişiler tarafından verilir²⁹. Böyle bir durumda yasal temsilci, hastanın önceden ifade edilmiş tercihlerine dayanarak, hastanın inançları ve hayattan beklentilerini de göz önüne alarak veya bunlar bilinmiyorsa hastanın yüksek menfaatlerine uygun olarak karar vermelidir³⁰. Bu kriterlere uygun yasal temsilcinin eş, on sekiz yaşından büyük akraba veya yakın arkadaş olabileceği ve hasta bir çocuk olduğunda ise, anne ve baba olabileceği belirtilmektedir³¹. New York eyaletinde yasal temsilcinin DNR talimatına rıza gösterme yetkisinin ön koşulu; hastanın ölümcül bir durumdan ötürü acı çekmesi, kalıcı olarak bilincini kaybetmesi, canlandırmanın tıbbi olarak yararsız olması veya canlandırmanın hastaya olağanüstü bir yük getirmesi gibi hastanın nitelikli bir tıbbi durumdan acı çektiğinin hekim tarafından belirlenmiş olmasıdır³².

Yasal temsilcinin, hasta yerine karar verirken etik ve hukuki açılardan hangi standartları dikkate alması gerektiğine ilişkin çeşitli yaklaşımlar mevcuttur:

Mahkemelerin kullandığı birinci yaklaşım, “yerine geçen karar standartı” (substituted judgement standart) yaklaşımıdır. Bu bir sübjektif testtir ve hasta karar verebilecek yetiye sahip olsaydı nasıl bir karar verecek idiye yasal temsilcinin de o şekilde karar vermesini esas alır. Sübjektif yaklaşımın amacı, hastanın istek ve ihtiyaçlarını mümkün olduğunca doğru bir şekilde belirlemektir³³. Nitekim Cruzan davasında da mahkeme, hastanın isteğinin açık ve ikna edici delillerle desteklenmemesi sebebiyle hastanın ailesinin hasta yerine karar veremeyeceğine hükmetmiştir³⁴. Karara konu Amerika'nın Missouri eyaletinde görülen Cruzan davasında, Nancy Cruzan, bir kişinin motor refleksler sergilediği ancak

²⁹ Sert/ Gözdemir/ Işık, s.89.

³⁰ Council on Ethical and Judicial Affairs, American Medical Association, s.1869.

³¹ McArdle E F (2002) “New York’s Do-Not-Resuscitate Law: Groundbreaking Protection of Patient Autonomy or a Physician’s Right to Make Medical Futility Determinations?” DePaul Journal of Health Care Law, C:6, S:55, s.62; Baştürk, s.14.

³² New York Public Health Law Art. 2965.Yasaya erişim için bkz. <<https://codes.findlaw.com/ny/public-health-law/pbh-sect-2965/>> s.e.t. 15.09.2023.

³³ Superintendent of Belchertown State School v Saikewicz, 373 Mass 728, 370 NE2d 417 (1977).

³⁴ Cruzan v. Harmon 760 SW2d 408, cert granted, 58 USLW 9999 (US July 4, 1989) (No. 88-1503).

anlamli bilişsel işlev belirtisi göstermediği bir durum olan kalıcı bitkisel hayattadır (PVS). Nancy Cruzan'ın biyolojik varlığı, teknolojik beslenme ve hidrasyonun sağlanmasıyla sürdürülmektedir. Hastane çalışanları, mahkeme onayı olmadan, ailesinin yapay beslenme ve hidrasyonu geri çekme talebini yerine getirmeyi reddetmiştir. Nancy Cruzan yakın arkadaşlarına bitkisel hayat ile karşı karşıya kalması halinde yaşamak istemeyeceğini söylemiştir. Ancak mahkeme, tam ehliyetsiz hastanın isteklerine dair açık ve ikna edici delillerin mevcut olmaması halinde, ailenin tedaviyi durdurma yönünde bir seçim yapamayacağına karar vermiştir³⁵. Amerika'da verilen bir başka kararda eğer hasta tedavinin kendisine hiçbir yarar sağlamayacağını, tedavinin değersiz, etkisiz ve yararsız olduğunu düşünüyorsa, tam ehliyete sahip olsaydı tedaviyi ve bu bağlamda CPR uygulamasını reddedecek ise, o zaman hekimin hastanın istekleri doğrultusunda tedaviyi uygulamaması gerektiği; aksi takdirde uygulamaya devam etmesi gerektiği hükme bağlanmıştır³⁶.

Mahkemelerin kullandığı diğer bir yaklaşım ise, daha nesnel bir yaklaşım olan "üstün yarar" ("best interest") yaklaşımıdır³⁷. Bu yaklaşımda, hastaya mevcut tedavilerin olası faydaları, tedavinin olası yükleri ve bu yararların ve yüklerin dengesini belirlemeye çalışmanın önemi vurgulanmıştır. Bu yöntemin amacı, hastanın vereceği kararın tespiti değildir çünkü bu bilgi genellikle bir vekil, yasal temsilci veya mahkeme tarafından bilinmez veya bilinemez niteliktedir. Bunun yerine tıbbi müdahalenin hastanın yararına olup olmadığı dikkate alınmaktadır³⁸.

³⁵ **Cruzan v. Harmon** 760 SW2d 408, cert granted, 58 USLW 9999 (US July 4, 1989) (No. 88-1503).

³⁶ **Aintree University Hospitals NHS Foundation Trust v James** [2013] UKSC 67, [2014] AC591, [2014] 1 All ER 573.

³⁷ **McArdle**, s.65.

³⁸ **Barber v Superior Court**, 147 Cal App 2d 1006, 195 Cal Rptr 484 (1983); In re Drabick, 200 Cal App 3d 185, 245 Cal Rptr 840 (Cal Ct App 1988), review denied (Cal July 28, 1988), cert denied, 109 SCt 399 (1988); In re Guardianship of Hamlin, 102 Wash2d 810, 689 P2d 1372 (1984); In re Conroy, 98 NJ 321, 486 A2d 1209 (1985); **Foody v Manchester Memorial Hospital**, 40 Conn Supp 127, 482 A2d 713 (1984).

Belirtmek gerekir ki, özellikle hastanın konuya ilişkin bakış açısını iyi bilen ve görüşlerine destekleyici delilleri olan yasal temsilci söz konusu olduğunda hekimin işi daha kolaydır. Delil vasiyetname formu, kalıcı vekaletname formu veya önceden hazırlanıp kişiselleştirilmiş talimat gibi yazılı bir delil olabilir³⁹. Ancak hastanın konuya ilişkin iradesi ister yazılı ister sözlü olsun, hastanın önceki görüşlerine ilişkin deliller güvenilir bir şekilde sunulmalı, hasta tarafından daha önce iletilmiş düşünceler olmalı ve makul ölçüde hastanın spesifik tercihlerini içermelidir. Bu tür delillerin en azından genel olarak mevcut klinik duruma karşılık gelmesi yeterli olarak kabul edilmektedir⁴⁰.

Amerika’da DNR kararını verme yetisine sahip olmayan, akrabası veya yakın arkadaşı olmayan hastaların yerine kimin karar vereceği önem teşkil etmektedir. Belirtmek gerekir ki, bu tarz bir durumla karşılaşan hekimin hastanenin etik komitesine danışarak karar vermesinin daha isabetli olduğu ifade edilmektedir⁴¹.

B. TIBBİ YARARSIZLIK (MEDICAL FUTULITY)

CPR’nin uygulanmamasını sağlayabilecek ikinci durum, hastayı tedavi eden hekimin kararına göre hastayı hayata döndürme girişiminin boşa olacağı durumlar için geçerlidir. Bu durum tıbbi yararsızlık olarak ifade edilmektedir⁴². Bir başka ifadeyle tıbbi yararsızlık, hekimin geri dönüşü olmayan bir hastalık veya yaralanmanın bir sonucu olarak, daha fazla tedavinin hastanın durumunu iyileştirmeyeceğine dair beyanını ifade eder⁴³. Tıbbi yararsızlık kavramı kesin çizgilerle belirlenmiş bir kavram olmayıp, birçok hekim tarafından çok farklı şekilde yorumlanmaktadır⁴⁴. Örneğin, bazı hekimler bir tıbbi tedaviyi başarı olasılığının %0 olduğu durumlarda yararsız

³⁹ **Weir, Robert** (1989) *Abating Treatment With Critically Ill Patients: Ethical and Legal Limits to the Medical Prolongation of Life*, Oxford, Oxford University Press Yayınları, s.455.

⁴⁰ **Weir**, s.455.

⁴¹ **Baştürk**, s.14.

⁴² **Baştürk**, s.1870.

⁴³ **Bernat, James L** (2005) “Medical Futulity Definition, Determination and Disputes in Critical Care”, *Neurocritical Care*, C:2, S:2, s.199.

⁴⁴ **Hackler, J Chris/ Hiller, F. Charles** (1990) “Family Consent to Orders Not to Resuscitate Reconsidering Hospital Policy”, *JAMA*, C:264, S:10, s.1282.

olarak nitelendirirken, diğerleri yararsızlığı %13 gibi yüksek başarı oranlarıyla ilişkilendirmektedir⁴⁵. Dolayısıyla, tedaviye yararsız diyebilmek için başarı oranının ne olması gerektiği konusunda doktrinde görüş birliği mevcut değildir.

Kanaatimizce, hastalar, hekimler ile tıbbi müdahalenin beklenen yararları ve hedefleri ile bu hedeflere ulaşma potansiyeline ilişkin diyalog içinde bulunmalıdır. Hedefler belirlendikten sonra, hasta tarafından açıkça ifade edilmişse hekim CPR ve diğer tıbbi müdahalelerin bu hedeflere ulaşmada etkili olup olmayacağını belirlemelidir. Bu koşullar altında canlandırma çabalarının bilgilendirilmiş hasta tarafından ifade edilen hedeflere ulaşması beklenmiyorsa, tıbbi olarak yararsız olduğu kabul edilmelidir. Tıbbi yararsızlığın bu tanımı yalnızca hastaların özerkliğine ve değer yargılarına saygı göstermekle kalmayıp, aynı zamanda hastaya bakım sunan hekimlerin mesleki yargılarını, bilgilerini ve tecrübelerini kullanmalarına da izin vermektedir. Belirmek gerekir ki, düşük başarı şansı veya yaşam kalitesinin düşük olma ihtimali gibi kişisel değer yargılarının söz konusu olduğu durumlarda, hekimin hastaya veya yasal temsilcisine danışmaksızın tıbbi yararsız kararını verip, CPR uygulamaması hukuka uygun olmayacaktır.

Doktrinde tıbbi yararsızlığın belirlenmesinde, hekimin tedavinin hastaya hiçbir fizyolojik etki yaratmayacağını öngörmesi veya hekimin bir tedavinin fizyolojik bir etki yaratabileceğini ancak bu etkinin hastaya hiçbir tıbbi fayda sağlamayacağını öngörmesi gibi olguların mevcut olması aranmaktadır⁴⁶. Bu bağlamda tıbbi yararsızlığın tanımı, bağımsız değişkenlerden oluşan iki kriter ortaya çıkarmaktadır: niceliksel ve niteliksel yararsızlık değerlendirmeleridir⁴⁷. Niceliksel bileşen, bir eylemin istenen fizyolojik etkiyi yaratma olasılığının sayısal değeridir⁴⁸. Niteliksel bileşen ise, fizyolojik etkinin hastaya fayda sağlama

⁴⁵ Landos, John D/ Singer, Peter A/ Walker, Robert M. et al (1989) “The Illusion of Futuility in Clinical Practice”, The American Journal of Medicine, C:87, S:1, s.84.

⁴⁶ Truog, Robert D./ Brett, Allen S./ Frader, Joel (1992) “Sounding Board: The Problem With Futuility” New England Journal of Medicine, C:326, S:23, s.1561.

⁴⁷ Fritz/ Fuld, s.594.

⁴⁸ Niteliksel bileşen hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Lemmens, Christophe (2013) “The New Style of End- of Life Cases: A Patients Right to Demand Treatment or a Physician’s Right to Refuse Treatment? The Futuility Debate Revisted?”, European Journal of Health Law, C: 20, S: 2, s.170.

olasılığıdır⁴⁹. Niteliksel bileşen için üç farklı kriter kullanılmaktadır: tıbbi müdahalenin hasta için makul bir gelişme sağlamaması, hastanın sağlığını koruyucu etkisi olmaması, hastanın taşıyacağı yük ile göreceği menfaat arasında dengesizlik olması (kötü yaşam kalitesi)⁵⁰. Tıbbi yararsızlığın hesaplaması esasen niceliksel ve niteliksel bileşenlerin çarpımıdır. Bileşenlerden biri sifıra yaklaştıkça çarpım da sifıra yaklaşmaktadır ve eylem tıbbi olarak yararsız hale gelmektedir⁵¹.

Kanaatimizce, tıbbi yararsızlığın niteliksel boyutunu tespit etmek oldukça zor ve tartışmalıdır. Zira bu durum tedavi sonucunun kalitesine ilişkin bir yargı gerektirdiğinden, kaçınılmaz olarak öznel bir değerlendirme yapılmasını gerektirir⁵². Kim, hangi standartlara göre karar verme yetkisine sahip olmalı, bir müdahalenin tıbbi yararsız olarak değerlendirilmemesi için hastanın yaşamında ulaşması gereken asgari kalite nedir? Hekim ile hasta veya ailesi aynı fikirde değilse durum ne olacak gibi sorular ortaya çıkmaktadır⁵³. Örneğin, kalıcı bitkisel hayattaki (PVS) bir hastanın yalnızca ömrünü uzatmayı başaran ve hastanın bilincini yeniden kazanma şansını artırmayan bir müdahaleyi düşündüğümüzde çoğu hekim bunun tıbbi olarak yararsız olduğuna karar verecektir. Zira hekimler genellikle sadece bilişsel olmayan bir durumu sürdürmenin hastaya hiçbir fayda sağlamadığına inanırlar. Peki ya hastanın aile üyeleri aynı fikirde değilse ve sevdikleri kişinin PVS'de yaşamaya devam etmesinin bilinci asla geri kazanamayacak olsa bile, hasta için yararlı olduğuna inanıyorlarsa kimin görüşü geçerli olmalıdır? Bu sorunun yanıtını verebilmek oldukça zordur. Nitekim New York eyaletinde konuya ilişkin olarak, hastanın kendisi veya yasal temsilcisinin itirazı olsa bile, hekimin tıbbi yararsız tedaviyi durdurabileceği veya sonlandırabileceği yaklaşımı benimsenmektedir⁵⁴. Bu görüşün temeli birçok

⁴⁹ Niteliksel bileşen hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Lemmens**, s.170.

⁵⁰ **Lemmens**, s.172.

⁵¹ **Schneiderman LJ/ Jecker NS/ Jonsen AR** (1990) "Medical Futility: Its Meaning and Ethical Implications" C:112, S:12, *Annals of Internal Medicine*, s.950.

⁵² **Fritz/Fuld**, s.594.

⁵³ Hastanın iradesinin üstün tutulması gerektiğine ilişkin bkz. **Wreen, Michael** (2004) "Medical Futulity and Physician Discretion", *J Med Ethics*, S:30, s.275 vd.

⁵⁴ **Drane James F./ Coulehan, John L.** (1993) "The Concept of Futility: Patients Do Not Have the Right to Demand Medically Useless Treatment", *Health Progress*, C:74, S:10, s.28 vd.

eyalet tarafından öncü Yasa olarak kabul edilen Tekdüzen Sağlık Hizmeti Kararları Yasası'nda somutlaştırılmıştır. Söz konusu Yasa'ya göre, bir sağlık hizmeti sağlayıcısı veya kurumu, genel kabul görmüş sağlık hizmeti standartlarına aykırı olarak tıbbi açıdan etkisiz sağlık bakımı veya sağlık bakımı gerektiren bireysel bir talimata veya sağlık bakımı kararına uymayı reddedebilir⁵⁵. Dolayısıyla bu temel mevzuata dayanarak hekimlerin hasta veya yasal temsilcisi aksi görüşü olsa bile, tıbbi yararsız görüldüğü CPR uygulamasını yerine getirmeme hakkı mevcuttur.

Bu bağlamda, tıbbi yararsızlığın belirlenmesinin doğrudan bir etik sonucu olduğunu da ifade etmek gerekir. Bu durumda daha fazla tedavi yararsız olduğundan ve hastaya yardımcı olamayacağından, söz konusu tedavi hastanın ailesi tarafından istendiğinde veya talep edildiğinde bile hekimlerin bunu sağlamak gibi bir etik yükümlülüğü olmadığı belirtilmektedir⁵⁶. Bir başka ifadeyle bir hekim belirli bir teşhis veya tedavi prosedürünü, bu tür bir prosedürün kullanılması yararsız olacaksa özel talep üzerine bile olsa, bir hastaya sunmakla etik olarak yükümlü değildir⁵⁷. Doktrinde bazı yazarlar ayrıca, hekimlerin yararsız tedavi önermemek gibi etik bir yükümlülüğü olduğunu ileri sürmüşlerdir⁵⁸. Belirtmek gerekir ki, tıbbi yararsızlık kararının sadece bir hekim tarafından verilmesini yeterli görmeyip, birkaç hekim tarafından birlikte verilen bir karar olmasını arayan yazarlar da bulunmaktadır. Daha açık bir ifadeyle, birkaç hekim tarafından ortak bir karar alınmadan sadece bir hekim tarafından tıbbi yararsızlık kararı verildiğinde, o hekimin tıbbi müdahaleyi yararsız olarak görse de, müdahaleyi yapmaya devam etmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵⁹. Nitekim Texas Sağlık ve Güvenlik Yasası'na göre⁶⁰, bir hekimin hastanın ileri direktifini

⁵⁵ The New Uniform Health Care Decisions Act 1993 Art.7(f).

⁵⁶ Lemmens, s.174.

⁵⁷ Blackhall, Leslie J (1987) "Must We Always Use CPR?", New England Journal of Medicine, C:317, S:20, s.1282.

⁵⁸ Jecker, Nancy/ Pearlman, Robert A. (1993) "Medical Futility: The Duty Not To Threat" Cambridge Q. Healthcare Ethics, C:2, S:2, s.152.

⁵⁹ Lemmens, s.174.

⁶⁰ Texas Health and Safety Code Art.166.046. <https://texas.public.law/statutes/tex_health_and_safety_code_section_166.046> s.e.t. 14.09.2023.

veya hasta tarafından ya da hasta adına verilen bir sağlık bakımı veya tedavi kararını yerine getirmeyi reddetmesi halinde, hekimin tıbbi müdahaleyi reddi kararı bir etik veya tıbbi komite tarafından incelenecektir. İlgili hekim bu komitenin bir üyesi olamayacaktır. İnceleme sırasında ise hastaya yaşamı idame ettirici tedavi verilecektir. Komitenin tıbbi müdahaleyi “yararsız” olarak nitelendirmesi halinde, hekimin hastanın talebine uymaya istekli başka bir hekime veya kuruma naklini gerçekleştirmek için makul bir çaba gösterme yükümlülüğü vardır. Komitenin hekimin kararını onaylamasının üzerinden on gün geçmişse, bu süre uzatılabilir de, tedavinin hekim tarafından durdurulması veya sona erdirilmesi yasal olarak mümkündür⁶¹.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, Amerikan Tabipler Birliği (AMA) hastanın rızası olmasa bile tıbbi yararsızlık söz konusu olduğunda hekimlerin canlandırmama (DNR) talimatı yazmalarını geçerli bir sebep olarak kabul etmektedir⁶². Nitekim DNR talimatlarının %88'i hekimin kalp masajı gibi hastaya dışarıdan yapılacak destekleyici müdahalelerin boşa olacağına dair yargısına dayanmaktadır⁶³. New York'ta ise DNR'ye ilişkin mevzuatta hastanın tam ehliyetsiz olduğu, yanında karar verebilecek bir yakını olmadığı ve hastanın canlandırmaya ilişkin düşüncesinin bilinmediği hallerde, ölümcül bir hastalık ya da kalıcı olarak bilinç kaybı yaşanması gibi durumlarda hekimin tıbbi yararsızlık nedeniyle DNR talimatı düzenlemesine izin verilmektedir⁶⁴. Bunun dışında yine aynı mevzuatta, CPR'nin etkili olmayacağına dair kesinliğin olduğu durumlarda örneğin; hastanın kalbi durduğunda zaten görülebilecek maksimum tedaviyi görüyorsa veya CPR defalarca denenip başarısız olduysa artık tıbbi yararsızlığın mevcut olduğu,

⁶¹ Virjinya'daki benzer nitelikte düzenleme için bkz. Virjina Code Art.54.1.2990 (a).

<<https://law.justia.com/codes/virginia/2022/title-54-1/chapter-29/section-54-1-2990/>> s.e.t. 14.09.2023.

⁶² **Council on Ethical and Judicial Affairs, American Medical Association**, s.1871.

⁶³ **Lo, Bernard/ Saika, Glenn/ Strull, William/ Thomas Elizabeth/ Showstack, Jonathon** (1985) “Do Not Resuscitate Decisions. A Prospective Study at Three Teaching Hospitals”, Arch Intern Med, C:145, S:6, s.1117.

⁶⁴ New York Public Health Law Art. 2966. <<https://codes.findlaw.com/ny/public-health-law/pbh-sect-2966.html>> s.e.t. 18.09.2023.

tıbbi ve etik açıdan hekimin tek başına CPR uygulamamaya karar vermesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir⁶⁵.

Amerika'da konuya ilişkin *Wendland v. Sparks*⁶⁶ davasında, mahkeme yaşamı idame ettiren tedavinin sonlandırılmasına ilişkin kararların, hastanın tam ehliyetli iken düzenlediği ileriye dönük ön direktifte veya hasta tarafından imzalanmış başka bir yazıda ifade edildiği şekilde özerkliğe dayanmasını şart koşmuştur. Hastanın veya yasal temsilcisinin itiraz ettiği durumlarda, mahkemeler tıbbi yararsızlığın sınırlı bir anlamı olduğunu kabul etmişlerdir. Başka bir deyişle tedavinin hastayı hayatta tutma şansı varsa, tedavi yararsız olabilecek olsa bile, mahkeme tedavinin sürdürülmesine karar vermiştir.

Konuya ilişkin Amerika'daki mahkeme kararlarında, hastanın ailesinin itirazına rağmen, hekimin tek taraflı olarak DNR talimatı düzenlemesi durumunda hukuk davası açılma riski bulunmaktadır. Hekim CPR uygulanmasının hastanın tedavisi için yararsız olacağı kanaatinde olsa bile, hasta için küçük bir olasılık varsa mahkeme kararlarına göre hekimin hastaya CPR uygulaması gerekmektedir. Mahkemeler, tıbbi yararsız kavramının tıbbi müdahalenin başarı olasılığı, hastanın yaşam kalitesi gibi ölçütler kullanılarak geniş bir şekilde tanımlanmasına karşı çıkmaktadır⁶⁷. New York ve diğer eyaletlerdeki yasalar CPR uygulamasını hastayı hayatta tutma şansı varsa sağlanması gereken acil bir prosedür olarak açıkça ele almaktadır⁶⁸.

⁶⁵ New York Public Health Law Art. 2961. <<https://codes.findlaw.com/ny/public-health-law/pbh-sect-2961/>> s.e.t. 18.09.2023.

⁶⁶ **Wendland v. Sparks**, 574 N.W.2d 321, 332 (1998). Benzer nitelikte yaklaşım için bkz. **In re Baby K**, 16 F. 3d. 590 (1994); **Causey v. St. Francis Med. Ctr.**, 719 So.2d 1072 (La. App. 2 Cir. 1998). Aksi yönden karar için bkz. **Bryan v. Rectors & Visitors of the University of Virginia**, 95 F.3d 349 (1996). Mahkeme hastanın isteklerine rağmen DNR talimatı verdiği için hekimin hukuki olarak sorumlu tutulmasına ilişkin davada, makul tıbbi standartlara göre hareket eden ve belirli durumlarda yaşamı idame ettiren tedaviyi uygulamayan veya geri çeken hekimlere hukuki veya cezai sorumluluk yüklenilmesine direnme eğiliminde olmuştur.

⁶⁷ **McArdle**, s.76.

⁶⁸ **McArdle**, s.76.

Belirmek gerekir ki, New York'ta DNR talimatına ilişkin mevzuatta DNR talimatlarına ilişkin uyumsuzluklar için bir arabuluculuk sistemi öngörülmektedir. Daha açık bir ifadeyle, her hastanenin bir arabuluculuk sistemi kurması gerekmektedir⁶⁹. Yasa'ya göre, CPR ile ilgili "herhangi bir uyumsuzluk" sistem kapsamında ele alınabilir ve bir anlaşmazlığın mevcudiyeti DNR talimatının girilmesini 72 saate kadar durdurmaktadır. Ancak Yasa, tıbbi yararsızlığa dayalı olarak hekimlerin CPR uygulamamasına ilişkin hazırlanmamış olup, sadece hekimler ile hastalar veya yasal temsilcileri arasında CPR kullanımına ilişkin anlaşmazlıkları planlayarak kaleme alınmıştır. Sonuç olarak, uyumsuzluk sürecinin canlandırmayı reddeden hastalar ile bu talebe karşı çıkan hekim veya hastane arasındaki ihtilaflarla sınırlı olduğu söylenebilir. Yasa, hekimin tıbbi yararsızlığa dayanarak CPR uygulamaması ve hasta ya da yasal temsilcisinin bu talebe karşı çıkması durumunda bu anlaşmazlıkları ele almak için bir süreç sağlamamaktadır⁷⁰.

IV. AMERİKA'DA CANLANDIRMAMA TALİMATININ (DNR) UYGUN KULLANIMINA YÖNELİK İLKELER

CPR yapılmasının uygun olmadığı hastaların tedavisini yönetmede hekimlere yardımcı olmak ve DNR talimatlarının uygun kullanımını sağlamak için Amerikan Tıp Birliği Etik ve Adli İşler Konseyi hastayı yeniden canlandırma ilkelerini aşağıdaki şekilde güncellemiştir⁷¹.

CPR hasta için tıbbi olarak yararsız olmadığı, hastanın isteklerine veya üstün yararına uygun olduğu sürece kalbi veya solunumu duran hastaları tekrar canlandırmak için gerekli özen gösterilmelidir.

Kalp veya solunum yetmezliği riski taşıyan hastaların CPR kullanımına ilişkin tercihlerini önceden ifade etmeleri teşvik edilmeli, hekim ve hasta arasında

⁶⁹ New York Public Health Law Art. 2972. Yasaya erişim için bkz. < <https://codes.findlaw.com/ny/public-health-law/pbh-sect-2972/> > s.e.t. 15.09.2023.

⁷⁰ New York Public Health Law Art. 2972. Yasaya erişim için bkz. < <https://codes.findlaw.com/ny/public-health-law/pbh-sect-2972/> > s.e.t. 15.09.2023.

⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Council on Ethical and Judicial Affairs, American Medical Association**, s.1871.

konuya ilişkin önceden konuşmalar yapılmalıdır. Bu konuşmalar CPR'nin kapsadığı prosedürlerin bir tanımını içermeli ve genel tedavi tercihlerinin tartışıldığı bir ayakta tedavi ortamında veya hastanın zihinsel olarak uyanık olma olasılığının yüksek olduğu hastaneye yatış sırasında yani mümkün olduğunca erken zamanda yapılmalıdır. Hasta ile hekim arasında gerçekleşen erken konuşmalar hastanın karar verme sürecine aktif katılımını sağlamaya yardımcı olur. Ayrıca, hastanın durumunda veya mevcut tedavi alternatiflerinde hastanın tercihlerini değiştirebilecek değişikliklere izin vermek için periyodik olarak çeşitli konuşmalar yapılması da istenmektedir.

Hasta CPR'nin uygulanmasına ilişkin gerekli kararı verebilecek ehliyete sahip değilse, yasal temsilcisi hastanın daha önce açıkladığı tercihini dikkate alarak veya böyle bir tercihi bilinmiyorsa hastanın üstün yararına göre karar vermelidir. Dolayısıyla bu ilkedden de anlaşılacağı üzere, konuya ilişkin üstün yarar yaklaşımının kabul edildiği görülmektedir.

Hekim, hasta veya hasta vekili tarafından ifade edilen yeniden canlandırma tercihlerini yerine getirme konusunda etik bir yükümlülüğe sahiptir. Hekimler, yaşam kalitesi hakkındaki kişisel değer yargularının, bir hastanın veya yasal temsilcisinin CPR kullanımına ilişkin tercihlerinin uygulanmasını engellemesine izin vermemelidir. Bununla birlikte tedaviyi yapan hekimin yargısına göre, CPR'nin uygulanması tıbbi olarak yararsız olacaksa tedaviyi yapan hekim, hastanın kaydına bir DNR talimatı girebilir. Bunu yapmak için yeterli zaman olduğunda, hekim önce hastayı veya tam ehliyetsiz hastanın vekilini DNR talimatının içeriği ve bunun uygulanmasının temeli hakkında bilgilendirmelidir. Hekim ayrıca ikinci bir görüş almak veya tedavinin başka bir hekime devredilmesi gibi uygun alternatifleri tartışmak için hazırlıklı olmalıdır.

Hekimin hastanın kalp veya solunum fonksiyonlarını eski haline getirmesi veya aydınlatılmış hastanın belirttiği sonuca ulaşması beklenemezse, canlandırma çabaları tıbbi olarak yararsız kabul edilmelidir.

DNR talimatları ve bunların uygulanması ilgili hekim tarafından hastanın tıbbi kayıtlarına girilmelidir.

DNR talimatları yalnızca kalbin durması durumunda resüsitasyon çabalarını engellemeli ve hasta için uygun olabilecek diğer iyileştirici müdahaleleri etkilememelidir.

Hastane tıbbi personeli DNR istemleriyle ilgili deneyimlerini ve DNR politikalarını periyodik olarak gözden geçirmeli ve hekimleri DNR istemlerine ilişkin karar verme sürecindeki uygun rolleri konusunda eğitmelidir.

V. TÜRKİYE'DE DNR TALİMATLARININ YASAL DURUMU

A. TÜRK HUKUKUNDA YÜRÜRLÜKTE OLAN MEVZUATLAR ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRME

Sağlık hakkı ve vücut bütünlüğünün korunması temel bir hak olarak Anayasa'da düzenlenmektedir⁷². Anayasa'nın 56. maddesinde devletin herkesin hayatını, ruh ve beden sağlığı içerisinde sürdürmesini sağlama yükümlülüğü olduğu belirtilmektedir. Yine Anayasa'nın 17. maddesinde, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ifade edilmektedir⁷³. Benzer şekilde, kişilik hakkı kapsamında korunan ve kişisel değerlerden biri olan vücut bütünlüğü TMK m.23 ve devamı hükümlerinde de güvence altına alınmaktadır⁷⁴. Bu hükümlere göre, kişinin rızası alınmaksızın vücut bütünlüğüne yapılacak her türlü müdahale hukuka aykırı olarak kabul

⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz. **Temiz, Özgür** (2014) "Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C:69, S:1, s.166 vd; **Şahbaz, İbrahim** (2009) "Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı", TBB Dergisi, S:86, s.410 vd.

⁷³ Anayasadaki söz konusu hüküm ile tıbbi müdahalelerin sınırlarının yaşam hakkı, vücut bütünlüğünün korunması hakkı ve kendi geleceğini belirleme hakkı olarak tayin edildiğine ilişkin bkz. **Ağın, Serenay** (2023) "Hastanın Tedaviyi Ret Hakkı", Yaşar Hukuk Dergisi, C:5, S:2, s.341.

⁷⁴ Kişinin vücut bütünlüğü üzerinde sahip olduğu hakkın yaşama hakkı ve sağlık hakkı gibi kişilik hakkının kapsamına giren kişisel değerlerden olduğuna ilişkin bkz. **Antalya, O. Gökhan/Topuz, Murat** (2019) Medeni Hukuk Cilt I, Ankara, Seçkin Yayınları, s.593; **Akıpek, Jale G./ Akıntürk, Turgut/ Ateş Karaman, Derya** (2009) Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, İstanbul, Beta Yayınları, s.360; **Kayıhan, Şaban/ Ünlütepe, Mustafa** (2017) Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri, Ankara, Seçkin Yayınları, s.246.

edilmektedir⁷⁵. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için tek başına rıza yeterli değildir; rızanın aydınlatılmış rıza olması gerekmektedir⁷⁶. Dolayısıyla tıbbi müdahale öncesinde hekim tarafından hastanın aydınlatılmış rızasının alınması gerekmektedir. Ancak Hasta Hakları Yönetmeliği'nin⁷⁷ 24. maddesine göre, hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir.

Bu noktada çalışma konumuzla bağlantılı olarak, hastanın canlandırmama-ya ilişkin DNR isteği varsa hukukumuzda bu isteğin dikkate alınıp alınmayacağı veya ne ölçüde dikkate alınacağını incelenmesi gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, tıbbi müdahale sırasında isteğini veya rızasını açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu taleplerinin dikkate alınıp alınmayacağını incelenmesi gerekmektedir. Bu soruya yanıt ararken hasta vasiyeti kavramı üzerinden de inceleme yapmak

⁷⁵ **Helvacı, Serap** (2021) Gerçek Kişiler, İstanbul, Legal Yayınları, s.112; **Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan** (2021) Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, s.106; **Hakeri, Hakan** (2023) Tıp ve Sağlık Hukuku El Kitabı, Ankara, Seçkin Yayınları, s.160; **Oğuzman M. Kemal/Seliçi, Özer/ Oktay Özdemir, Saibe** (2022) Kişiler Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, s.188; **Sert, Gürkan** (2012) "Türk Hukukunda Bilinci Açık Hastanın Tedaviyi Ret Hakkının Tıp Hukuku ve Etiği Açısından İncelenmesi ve Tıp Etiği", Terazi Hukuk Dergisi C:7, S:70, s.15; **Özcan, Burcu G./Özel, Çağlar** (2007) "Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler", Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C:10, S:1, s.66; **Çavdar, Pelin** (2016) "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C:22, S:3, s.737 vd; **Kahraman, Zafer** (2016) "Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:7, S:1, s.490 vd.

⁷⁶ "... Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır ... ". Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E: 2013/17487, K: 2014/794, T: 16.1.2014; Benzer nitelikte karar için bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E: 2013/23012 K: 2014/22561 T: 02.07.2014.

⁷⁷ Hasta Hakları Yönetmeliği. **T.C. Resmi Gazete**, S: 23420, T: 01.08.1998.

gerekmektedir. Zira hasta vasiyeti etkisini düzenleyen kişinin sağlığında ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde göstermektedir. Daha açık bir ifadeyle hasta vasiyeti, ayırt etme gücünün kaybı halinde kişinin hangi tıbbi müdahalelere rıza gösterdiğini ve hangi tıbbi müdahaleleri reddettiğini gösteren öncelenmiş bir irade beyanıdır⁷⁸. Bu bağlamda hastanın DNR talimatının geçerliliğini de hasta vasiyeti kapsamında incelemek gerekmektedir. Kişinin sağlığında hasta vasiyeti düzenlemesi kendi geleceğini belirleme hakkının bir görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁹. Kendi geleceğini belirleme hakkının temeli ise, hukukumuzda Anayasa'nın 17. maddesinde herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir şeklinde düzenlenmektedir. Hükmün kapsamının kişiye tanınan en yüksek değerdeki haklardan olan yaşama hakkı ve vücut bütünlüğü üzerinde kendi geleceğini belirleme hakkını içerdiği kabul edilmektedir⁸⁰. Nitekim hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına sahip olması, tıbbi müdahaleye ilişkin bilgilendirildikten sonra vücut bütünlüğüne yapılacak her türlü müdahaleye bizzat kendisinin karar vermesini sağlamaktadır⁸¹. Dolayısıyla

⁷⁸ **İmamoğlu, S. Hülya** (2016) "Hasta Vasiyetine İlişkin Bazı Meseleler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:65, S:1, s.203; **Söğüt, İpek Seveda/ Tuna, Ekin** (2017) "Hastanın Tıbbi Yaşam İradesine Dair Hukuki Vasıtalar", Tıp Hukuku Dergisi, C:6, S:12, s.255 vd; **Ok-tay Özdemir, Saibe** (2020) "Tıbbi Müdahaleler Alanında Önceden Verilmiş Talimatlara (Hasta Vasiyeti) İlişkin Gelişmeler ve Türk Hukukundaki Geçerliliği": Saibe Oktay Özdemir/Azra Arkan Serim (Editörler) Prof. Dr. Galip Sermet Akman'a Armağan, İstanbul, Filiz Kitabevi, s.615; Hasta vasiyeti yerine aynı anlamı ifade etmek üzere hasta talimatını kullanan yazarlar da bulunmaktadır. **Ünver, Yener/Kaya Suzan** (2017) Alman Tıp Hukukunda Hasta Talimatı, Ankara, Seçkin Yayınları, s.30; **Hakeri** (2022), s.566.

⁷⁹ **İmamoğlu, s.203; Yavuz, Cevdet/ Erlüle, Fulya/ Topuz, Murat** (2017) Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği), İstanbul, Beta Yayınları, s.8; **Hakeri** (2022), s.566 vd.

⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Üstün, Çağatay/ Aygörmez Uğurlubay, Gülsün Ayhan** (2014) "Sağlık Hukukunda Bireyin Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Bu Hakkın Etik Açısından Değerlendirilmesi", Fasikül Hukuk Dergisi, C:6, S:53, s.30 vd; **Özsunay, Ergun** (1982) "Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara, s.34 vd; **Hakeri** (2023), s.120; **Ağın**, s.347.

⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tacir, Hamide** (2016) "Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, III: Sağlık Hukuku Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu", Ankara, s.45; **Üstün/Aygörmez Uğurlubay**, s.29; **Tacir, Hamide** (2011) Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, İstanbul, On iki Levha Yayınları, s.107 vd.

kişi ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde dahi kendi vücut bütünlüğüne yönelik yapılacak tıbbi müdahalelere bizzat kendisi karar vermektedir.

Konuya ilişkin Türkiye'nin taraf olduğu Biyotıp Sözleşmesi'nin⁸² 9. maddesini incelediğimizde, tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu isteklerinin göz önüne alınacağı düzenlenmektedir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinde ise, tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu isteklerinin göz önüne alınacağı düzenlenmektedir. Aynı hükümde, yeterliğin zaman zaman kaybedildiği tekrarlayıcı hastalıklarda, hastadan yeterliği olduğu dönemde onu kaybettiği dönemlere ilişkin yapılacak tıbbi müdahale için rıza vermesi istenebileceği belirtilmektedir.

Gerek taraf olduğumuz Biyotıp Sözleşmesi, gerekse Hasta Hakları Yönetmeliği incelendiğinde, kişinin ayırt etme gücüne sahip iken ilerisi için önceden belirtmiş olduğu isteklerinin sadece "göz önüne alınacağı" düzenlenmektedir. Daha açık bir ifadeyle, önceden açıklanmış olan isteklerin mutlak şekilde hekim tarafından dikkate alınması gerekliliği öngörülmemektedir; bu isteklerin kesin olarak bağlayıcılığı söz konusu değildir⁸³. Nitekim ilgili düzenlemelerde, önceden açıklanmış isteklerin hangi şekilde ve hangi unsurları kapsayacak içerikte olması gerekliliği belirtilmemektedir⁸⁴. Kanun Koyucu'nun esasen böyle bir düzenleme getirmekteki amacı, kişinin önceki iradesinin, değer yargılarının hastalandığı veya durumu ciddi olduğunda değişebilecek olmasıdır⁸⁵. Kanaatimizce, yasal düzenlemelerdeki bu ifade isabetlidir; zira aksi durumun kabulü kişinin geleceğe ilişkin bir irade beyanında bulunduğu bu durumu değiştirememesi sonucunu doğurmaktadır. Bu durum ise TMK m.23'e aykırı olarak kişilik hakkının ölçsüz bir şekilde

⁸² Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun. **T.C. Resmi Gazete**, S: 5013, T: 03.12.2003.

⁸³ Hasta vasiyetinde aynı yönde görüş için bkz. **İmamoğlu**, s.222.

⁸⁴ **Kurtulan Güner, Gökçe** (2021) "Karşılaştırmalı Bir Bakış Açısıyla İleriye Dönük Hasta Direktifleri ve Türk Hukuku İçin Öneriler", İstanbul Hukuk Mecmuası, C:79, S:2, s.420.

⁸⁵ **Hakeri** (2022), s.568.

sınırlanması sonucunu doğurmakta⁸⁶ ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına zarar vermektedir. Dolayısıyla kişinin ayırt etme gücüne sahip olduğu bir zamanda kendisine yeniden canlandırma yapılmamasına ilişkin DNR talebinde bulunması, Türk hukuku bakımından yürürlükte olan yasal düzenlemeler dikkate alındığında mutlak bağlayıcı kabul edilemez.

B. DNR TALİMATLARININ GEÇERLİLİĞİNİN HEKİMİN TIBBİ MÜDAHALEYİ GEREKLEŞTİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ, MESLEKİ ÖZERKLİK VE HASTANIN KENDİ GELECEĞİNİ BELİRLEME HAKKI KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Belirtmiş olduğumuz üzere, hastanın vücut bütünlüğünün korunması ve kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde aydınlatılmış rızası alınmaksızın hastaya yapılan tıbbi müdahaleler hukuka aykırıdır⁸⁷. Dolayısıyla, kural olarak aydınlatılmış rızası alınan hasta, kendisine tıbbi müdahalede bulunulmasını istemiyorsa hekim tarafından buna saygı gösterilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda hastanın kalbi veya solunumu durduğunda, kendi isteğiyle kalp masajı gibi yeniden canlandırmaya yönelik tıbbi müdahalelerin yapılmamasına ilişkin bir DNR isteği söz konusu olursa, bu isteği hekimin tıbbi müdahaleyi gerçekleştirme yükümlülüğü ve hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı ile birlikte değerlendirdiğimizde geçerli olarak kabul edilecek midir?

Önemle ifade etmek gerekir ki, Türkiye’de DNR talimatlarının geçerli olup olmadığı veya hangi şartlarda geçerli olduğuna ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla hekimler ve hastalar açısından konuya ilişkin bir belirsizlik söz konusudur. Nitekim yapılan bir araştırmada, hekimlere DNR talimatının Türkiye’de yasal olup olmadığı sorulmuştur. Bu soruya hekimlerin %5’i evet, %46’sı ise bilmiyorum cevabını vermişlerdir⁸⁸. Konunun hem hukuki hem de etik

⁸⁶ Aynı yönde bkz. **İmamoğlu**, s.224.

⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Helvacı**, s.112; **Dural/Öğüz**, s.106; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s.188; **Hakeri** (2023), s.160; **Özcan/Özel**, s.66; **Çavdar**, s.737 vd; **Kahraman**, s.490 vd.

⁸⁸ **Kuvaki, Bahar/ Boztaş, Nilay/ Kaplan, Meryem/ Hacıoğlu, Caner/ Yaprak, Esra/ Ayaz, Oğuzhan** (2014) “Hastanemizde Cerrahi Bölümlerde Çalışan Doktorların Yeniden Canlandırma Yapmama Talimatı Konusundaki Görüşleri”, DEU Tıp Fakültesi Dergisi, C:28, S:1, s.23.

boyutu bulunmakta olup, DNR talimatlarında esas olarak insan sağlığına zarar verilmemesi ve suiistimallerin ortaya çıkmaması oldukça önemlidir⁸⁹.

Aslında konu hasta açısından kişinin vücuduna ve sağlığına yapılacak müdahalelere ilişkin karar verme hakkı olarak nitelendirilen hasta özerkliği ve hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı ile beden bütünlüğünün dokunulmazlığı ve bu kapsamda hastanın tedaviyi reddetme ve yaşam sürdürücü tedaviyi kabul etmeme hakkı çerçevesinde yoğunlaşmaktadır⁹⁰. Belirli olduğumuz üzere, yaşama hakkı ve beden bütünlüğünün dokunulmazlığı gerek Anayasa'nın 17. maddesinde, gerekse TMK m.23 ve devamı hükümlerinde güvence altına alınmaktadır⁹¹. Burada aslında bir yönüyle hastanın yaşama hakkı ile kendi geleceğini belirleme hakkının çatışması söz konusudur. Hekim açısından ise, konu Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün⁹² (TDT) 2. maddesinde düzenlenen hekimlik mesleğinin gereği olarak tıbbi müdahaleyi gerçekleştirme yükümlülüğünde ve mesleki özerklik ilkesinde toplanmaktadır. Nitekim TDT'nin 2. maddesinde, hekimin temel yükümlülüğünün insan sağlığına, hayatına, şahsiyetine özen ve saygı göstermek olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla bu hükümden yola çıkan bir görüş hekimin hastanın taleplerini bir kenara bırakarak, tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğü altında olabileceğini ifade etmektedir⁹³. Doktrinde katıldığımız bir başka görüş ise, söz konusu hükmün hekimin hangi şartta olursa olsun hastaya tıbbi müdahalede bulunarak hastayı iyileştirmek değil, hastanın sağlığını bozmama ve zarar verme olarak anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir⁹⁴. Kanaatimizce, hekimin özen-

⁸⁹ Kuvaki/ Boztaş/ Kaplan/ Hacıoğlu/ Yaprak/ Ayaz, s.24.

⁹⁰ Sert, s.16 vd.

⁹¹ Özcan/Özel, s.57.

⁹² Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi T.C. Resmi Gazete, S :10436, T: 19.02.1960.

⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Sert, s.18. Doktrinde bir görüş hayati bir tehlike söz konusu olduğunda, tıbbi müdahalede bulunmanın hekim açısından bir zorunluluk olduğu, hastayı yaşatma amacının, hastanın aksi yöndeki iradesine rağmen üstün tutulması gerektiğini ileri sürmektedir. Güven, Kudret (2000) Kişilik Hakları ve Ötanazi, Ankara, Nobel Yayınları, s.101; Besiri, Arzu (2009) "Ötanazi ve Yaşam Hakkı", S:6, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s.196; Bayraktar, Köksal (1982) Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, Sermet Matbaası, s.132.

⁹⁴ Hakeri, Hakan (2007) Tıp Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınları, s.217.

li tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğünün sınırı da hastanın rızası olmalıdır. Hekim hastanın canlandırma yapılmamasına ilişkin hukuken geçerli olarak nitelendirilebilecek bir irade ortaya koyması halinde bu iradeye üstünlük tanınmalıdır. Burada hekimin özenli davranma yükümlülüğü, hastanın iradesine saygı gösterme olarak tezahür etmelidir⁹⁵. Bir başka ifadeyle, hekimin kendi özgürlük alanı ile hastanın menfaat alanı çatıştığında hastanın rızası doğrultusunda tıbbi müdahalede bulunması veya bulunmaması gerekmektedir. Zira Yargıtay'ın da “... *tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını, beden tamliğini ilgilendirdiği için, bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye yani, hastaya aittir.*”⁹⁶ şeklinde vermiş olduğu kararda da açıkça yer aldığı üzere kişinin vücut bütünlüğüne ilişkin her türlü müdahaleye kendisinin karar vermesi gerekmektedir. Dolayısıyla, kişinin canlandırma yapılmamasına ilişkin önceden belirtmiş olduğu isteğinin yerine getirilmesi sağlık hukukuna egemen olan ilkelerden hasta özerkliğinin korunması ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının korunmasının sağlanması bakımından oldukça önemlidir.

Bu bağlamda hastanın tedaviyi reddetme hakkı ise, Biyotıp Sözleşmesi madde 5'te⁹⁷ ve Hasta Hakları Yönetmeliği madde 25'te düzenlenmektedir. Hasta Hakları Yönetmeliğinde, hastanın kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetme veya durdurulmasını isteme hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Hastanın tedaviyi reddetme hakkı, ayrıca özel hukuk bakımından kaynağını kişilik hakkını koruyan TMK m.23 düzenlemesinden almaktadır⁹⁸. Ayrıca Anayasa'nın 17. maddesi gereğince kişinin vücut bütünlüğü üzerindeki hakları ile maddi ve manevi varlığını özgürce geliştirme hakkının bir uzantısı olarak görülmektedir⁹⁹. Hastanın tıbbi müdahaleyi reddetme hakkı ise

⁹⁵ Hekimin özen yükümlülüğünün sınırını hastanın menfaatinin belirlediğine ilişkin bkz. **Özcan/Özel**, s.58.

⁹⁶ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E: 1977/6296, K: 1977/548, T: 07.03.1977.

⁹⁷ M.5: “.. *İlgili kişi, muvafakatini her zaman serbestçe geri alabilir...*”.

⁹⁸ **Sert**, s.16.

⁹⁹ **Ağın**, s.360.

yine hasta özerkliği ve hastanın geleceğini belirleme hakkının korunmasını sağlama amacına hizmet etmektedir¹⁰⁰. Nitekim kişi hayatına ilişkin canlandırma yapılmamasına ilişkin seçim yapma hakkına sahip olmalı ve bu hak kişilik hakkı kapsamında kendisine tanınmalıdır.

C. DNR TALİMATININ YERİNE GETİRİLMESİNİN PASİF ÖTANAZI KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLİP DEĞERLENDİRİLEMEYECEĞİ

Pasif ötenazi, doktrinde “*uygulanabilecek yaşam uzatıcı girişimleri yapmamak, hastanın içinde bulunduğu durumun doğal seyrine bırakılması*” olarak tanımlanmaktadır¹⁰¹. Pasif ötanazide hekimin hareketsiz kalması yani hastaya uygulanması gereken tedavinin uygulanmaması söz konusudur. Bir başka ifadeyle, hastanın hayatını sürdürebilmesi için uygulanması gereken tedaviler uygulanmayarak ölüm çabuklaştırılmaktadır¹⁰². Dolayısıyla burada icrai değil, ihmalî bir davranışla ölümün gerçekleşmesi söz konusudur¹⁰³. Doktrinde pasif ötanaziye hastaya ilaç tedavisinin uygulanmaması, hayatını tıbbi yöntemlerle sürdüren hastanın tedavisinin durdurulması, hastanın yaşam süresini uzatacak tedaviye girilmemesi ve respiratörün veya gastrostomi tüpünün çekilmesi gibi örnekler verilmektedir¹⁰⁴. Doktrinde, hastanın veya yakınlarının rızası ile pasif ötanazi uygulanmasının hukuki açısından sorun teşkil etmemesi gerektiği, has-

¹⁰⁰ Sert, s.15 vd; Gülel, İlhan (2018) Tıbbi Müdahaleye Rıza, Ankara, Seçkin Yayınları, s.162.

¹⁰¹ Emrah Öder, Bertil (2011) Hak ve Özgürlükler Temelinde Ötanazi: Anayasa Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi (Der) Nur Centel, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s.1-26; Yalın, Yasemin (2014) Ötanazi, Uluslararası Türk-Amerikan Tıp Hukuku ve Etiği Sempozyumu, Ankara, Seçkin Yayınları, s.254; Ağin, s.360.

¹⁰² Aşkın, Uğur/ Yeğrim, Orhan (2022) “Ötanazi ve Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı Arasındaki İlişki”, TAAD, C:13, S:52, s.7.

¹⁰³ Altunbaş, Aysun (2016) Ötanazinin Türleri ve Ötanazinin Türk Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, III. Sağlık Hukuku Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu, Ankara, s.61; Biton Serdaroğlu, Erika (2016) “Ötanazi- Ölme Hakkı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C:22, S:3, s.466.

¹⁰⁴ Maşallah, Maral (2017) “Ötanazi’nin Yaşam Hakkı Açısından Değerlendirilmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, C:191, S:2, s.148; Koca, Mahmut/ Üzülmöz, İlhan (2020) Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Adalet Yayınları, s.98.

tanın kendi geleceğini belirleme hakkını kullandığı belirtilmektedir¹⁰⁵. Ancak tedaviyi reddeden veya yarıda bırakılmasını isteyen hastanın, söz konusu hakkının hukuka uygun kullanımından bahsedebilmek için, hastalığı hakkında aydınlatılmış olması, tedaviyi reddetmesi veya yarıda bırakması sonucunda oluşabilecek riskler konusunda aydınlatılmış rızasının alınmış olması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁶.

Pasif ötanazinin pratikte nasıl uygulandığını anlatan bir anestezi uzmanı, anestezi ve reanimasyon ünitesinde yatan bazı hastaların yataklarının başına yeniden canlandırma anlamına gelen DNR yazısı astıklarını ve bu yazıya istinaden gece nöbetindeki hekimlerin bu hastaların kalbini durması halinde onlara yeniden canlandırma yapmadıklarını veya solunumlarının durması söz konusu olduğunda solunum cihazına bağlamadıklarını belirtmiştir¹⁰⁷. Nitekim anestezi uzmanı bunun aslında bir nevi pasif ötanazi anlamına geldiğini de ifade etmektedir¹⁰⁸. Ayrıca birçok hekim, anestezi ve reanimasyon ya da yoğun bakım ünitelerinde, hasta yataklarında çok uzun süredir yaşlı ve bilinci kapalı hastanın yatması ve genç hastaları yatıramamaları sebebiyle ünite sorumlusu hekim tarafından yeniden canlandırmamaya yönlendirildiklerini ifade etmektedir¹⁰⁹.

Kanaatimizce, DNR talimatını pasif ötanazi kapsamında değerlendirdiğimizde konu hukuki açıdan çetrefilli bir durum yaratmaktadır. Zira Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 13. maddesinde ötanazinin yasak olduğu, hayat hakkından vazgeçilemeyeceği, kendisinin veya bir başkasının talebi olsa da kimsenin hayatına son verilemeyeceği düzenlenmektedir. Dolayısıyla DNR talimatını uygulayarak hastaya CPR uygulamayan hekimin ülkemizde konuya ilişkin yasal düzen-

¹⁰⁵ **Yıldız, Murat** (2016) "Ötanazi Hasta Vasiyetnamesi ile Palyatif Hospis Bakımına Genel Bir Bakış, Adli Sosyal Hizmet; Yaklaşım ve Müdahale": Yücel, Didem/Gönültaş, M. Burak (Editörler) Ankara, Nobel Yayınları, s.349; **Gülel**, s.168.

¹⁰⁶ **Yıldız**, s.349.

¹⁰⁷ **Öztürk, Bahri** (2008) Ötanazi, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s.104.

¹⁰⁸ **Öztürk**, s.104.

¹⁰⁹ Bkz. **Demirörs Özge/ Arslan Hızal, Sevinç** (2016) "Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:65, S:4, s.1500.

leme olmaması sebebiyle, pasif ötanazi uyguladığı gerekçesiyle özellikle cezai sorumluluğu söz konusu olacaktır¹¹⁰.

Belirtmek gerekir ki DNR talebinin her durumda pasif ötanazi kapsamına sokulması isabetli olmadığı da savunulmaktadır¹¹¹. Bir görüşe göre pasif ötanazide, yaşamın devam edebilmesi için zorunlu olan tedavi ya geri çekilmekte ya da hiç sunulmamaktadır. Buna karşılık, DNR talebinde ise uygulanması istenmeyen CPR ile hastanın yaşamını sürdürüp sürdüremeyeceği belirsiz olup, birtakım hastalarda yaşama tekrar dönme ihtimalinin çok düşük olduğu ifade edilmektedir¹¹². Bunun dışında, pasif ötanazide amaçlanan sonucun ölüm olduğu, örneğin yaşam destek ünitesine bağlı olarak yaşayabilecek hastaya destek sunulmayarak ölümün gerçekleşmesinin amaçlandığı belirtilmektedir. Ancak DNR talebinde pasif ötanaziden farklı olarak, hastanın yaşaması için her türlü desteğin gerçekleştirildiği, daha sonra dışarıdan herhangi bir neden olmaksızın hastanın kalbinin ve solunumunun durduğu ifade edilmektedir¹¹³.

Doktrinde iradesini ortaya koyamayacak halde olan bir hastaya CPR yapılmamasının ceza hukuku bakımından nasıl yorumlanması gerektiği de tartışılmaktadır¹¹⁴. Bu durumda pasif ötanazinin söz konusu olacağı, nitekim pasif ötanazinin hastanın rızası olmaksızın hekim tarafından tek taraflı olarak uygulanması söz konusu olursa, hekimin ihmali davranışla kasten öldürme suçundan dolayı cezalandırılacağı yaklaşımı benimsenmektedir¹¹⁵.

¹¹⁰ Aynı görüş için bkz. **Baştürk**, s.20; **Gönenç**, s.50-51.

¹¹¹ **Hassanein, Fatma Betül** (2021) “DNR Talebinin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İbni Haldun Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, s.35.

¹¹² **Hassanein**, s.35.

¹¹³ **Hassanein**, s.35.

¹¹⁴ **Demirörs/ Arslan Hızal**, s.1506.

¹¹⁵ **Artuk, Mehmet Emin/ Yenidünya, A. Caner** (2001) “Ötanazi”, Prof. Dr. Tuhan Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, s.314; **Gökcan, Hasan Tahsin** (2014) Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara, Seçkin Yayınları, s.62; **Demirbaş, Timur** (2014) Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayınları, s.324. Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. “... Öğretide çoğunlukla mağdurun rızası takibi şikâyetle bağlı

D. TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN ÖNERİLER

Gerek Hasta Hakları Yönetmeliği gerekse tıp hukukuna ilişkin diğer mevzuatlar gereğince, hastaya tıbbi müdahalede bulunmadan önce hastanın aydınlatılmış rızasının alınması gerekmektedir. Dolayısıyla tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren koşullardan bir tanesi, hastanın/yasal temsilcisinin aydınlatılmış rızasının alınmasıdır. Bu bağlamda, kanaatimizce hastanın özgür iradesiyle DNR isteğinde bulunmuş olması yani solunumu veya kalbi durduğunda canlandırmaya yönelik müdahalelerin yapılmamasını istemesi hukukumuzda da belirli maddi ve şekli koşulları içermesi kaydıyla hukuka uygun kabul edilmelidir. Nitekim bu yaklaşım tıp hukuku ve etiği ilkeleriyle de uyumludur. Daha açık bir ifadeyle hastanın DNR isteğinin yerine getirilmesi, hasta özerkliğinin korunması, onurlu yaşama hakkı, hastanın vücut bütünlüğü ve yaşam kalitesinin korunması gibi temel ilkelere uygundur¹¹⁶. Zira hasta vücut bütünlüğüne ilişkin yapılmasını istediği veya istemediği tıbbi müdahalelere bağımsız, özgür bir şekilde karar vermeli, rıza göstermeli ve hekim de hastanın bu kararına saygı göstermelidir.

Kanaatimizce, hukukumuzda hastanın DNR isteğinin geçerliliği bakımından aranması gereken en önemli kriter “açık rıza” olmalıdır¹¹⁷ ve bu rızanın geri alınması her zaman mümkün olmalıdır. Bir başka ifadeyle, hekim hastanın DNR isteğine ilişkin açık bir irade tespit edemediği takdirde, hastayı canlandır-

müessir fiil eylemlerinde geçerli kabul edildiği halde, re'sen kovuşturulan müessir fiil eylemlerinde geçerli kabul edilmemektedir. Bu suçta mağdurun rızasını kabul etmek bizi sonuçta ötenaziyi kabul etmeye kadar götürebilecektir ki Türk Hukuku'nda, ötenazi kasten adam öldürme şeklinde cezalandırılmaktadır...”. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2004/9213, K: 2005/3 T: 01.02.2005.

¹¹⁶ Aynı yönde bkz. **Tacir**, s.137; **Kurtulan Güner**, s.433.

¹¹⁷ Bilinci açık olan hastanın canlandırma yapılmamasına ilişkin açık iradesini hekime bildirdiğinde hekim tarafından bu açık iradenin dikkate alınarak, hastaya işlem yapılmamasına ilişkin aynı doğrultuda görüş için bkz. **Hakeri** (2023), s.578; Benzer nitelikte açıklamalar için bkz. **İmamoğlu**, s.222; **Kurtulan Güner**, s.433; **Güven/Sert**, s.132. Vücut bütünlüğüne yapılacak müdahalelerde hastanın rızasının alınmasının hukuka uygunluk nedeni oluşturacağına ilişkin bkz. **Helvacı**, s.112; **Dural/Öğüz**, s.106; **Antalya/Topuz**, s.191; **Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman**, s.362; **Oğuzman/Seliçi / Oktay Özdemir**, s.188.

maya ilişkin müdahalelerine devam etmelidir. Hastanın açık iradesinin tayini için en güvenilir yöntem ise, Amerika'da olduğu gibi hastanın DNR isteğini içeren bir formun hasta tarafından doldurularak imzalanması ve bunun hastanın tıbbi kayıtlarına işlenmesidir. Örnek formların yeknesaklığı sağlamak ve tereddütte yer vermemek açısından Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanması da bir çözüm yolu olarak görülebilir. Önemle belirtmek gerekir ki bu formların içeriği belirli, anlaşılır ve net olmalıdır, hasta genel ifadeler kullanmamalıdır. Ayrıca bu formların hukuki sonuçlarına ilişkin hekim tarafından hastaya gerekli aydınlatma yapılmalıdır. Hastanın canlandırmamaya ilişkin bu şekilde belirtmiş olduğu iradesinin güncellik denetimine tabi tutulması; süreyle sınırlı olarak uygulanmasının sağlanması da yine isabetli olacaktır¹¹⁸. Hekimlerin de örnek olarak belirtilen şekilde ve içerikte düzenlenmeyen DNR talimatlarını uygulamazlarsa hukuki veya cezai sorumlulukları doğmamalıdır. Bunların dışında, özellikle hastanın önceden düzenlemiş olduğu DNR istekleri sonradan hastanın tıbbi durumuyla uyumsuz hale gelirse veya DNR isteğinin düzenlenmesinden sonra tıp alanında öngörülmeleyen önemli gelişmeler yaşanırsa hekim tarafından dikkate alınmalı ve somut olayın şartlarına göre hastaya canlandırma yapılmalıdır¹¹⁹.

Ayrıca, Türk hukuku bakımından hekimin hastayı canlandırmaya ilişkin müdahalelerinin tıbbi yararsız olacağı kanaatini taşıması sebebiyle hastayı canlandırmaya yönelik müdahalede bulunmaması tek başına hukuka uygun görülmemelidir. Yukarıdaki açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere, hekim açısından tıbbi yararsız olarak değerlendirilebilecek bir durum hastanın ailesi açısından bu şekilde değerlendirilmeyebilir. Kanaatimizce, hekim CPR uygulanmasının tıbbi yararsız olacağı görüşünde olsa da, somut olayın koşulları elverdiği sürece bunu hastanın ailesine de danışmalıdır. Zira hasta ölmeden önce kendisine her koşulda canlandırma yapılmasını istediğine ilişkin bir irade ortaya koymuş olabilir. Bu iradenin hekim tarafından göz ardı edilmesi, özellikle hasta özerkliğine saygı gösterilmemesi ve rıza koşulunun sağlanmaması sebebiyle hekimin sorumlu tutulmasına

¹¹⁸ Aynı yönde bkz. **Hakeri** (2022), s.569;

¹¹⁹ Aynı yönde bkz. **Kurtulan Güner**, s.434; **Oktay Özdemir**, s.622

yol açabilir. Bunun dışında, tıp hukuku ve etiğine hakim olan ilkelere ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde yer alan özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına aykırı davranmış olması da gündeme gelebilir¹²⁰.

Dolayısıyla tıbbi yararsızlık kararına istinaden hekim tarafından hastaya CPR uygulanmaması için tıbbi yararsızlık kavramı dar ve sınırları belirli şekilde tanımlanmalıdır. Örneğin; hastanın kalp ve solunum fonksiyonlarını düzeltmede CPR uygulanması başarısız olursa tıbbi yararsız olarak kabul edilebilir gibi bir tanım konuya ilişkin çıkarılacak mevzuatta yer alabilir. Ancak bu durumlarda dahi hekim mümkün oldukça hasta/hastanın yasal temsilcinin sürece katılımını sağlamalıdır. Nitekim, tıbbi yararsızlığın bu şekilde tanımlanması tıp etiğine egemen olan ilkelere hasta özerkliğinin korunması ve yararlılık ilkelerine de uygun olacaktır.

Buna karşılık, tıbbi yararsızlık kavramını hastanın yaşam kalitesinin nasıl olacağı, iyileşme olasılığının düşük olabileceği gibi ölçütlere bağlayarak geniş tanımladığımızda, hekimin tek taraflı olarak yaptığı subjektif değerlendirmesi esas alınmış olur ve hasta/hastanın yasal temsilcinin bu değerlendirmeye katılmama ihtimali de oldukça yüksektir.

Önemle belirtmek gerekir ki DNR isteklerinin hekimler tarafından gönül rahatlığıyla yerine getirilebilmesi Türk hukukunda mevcut yasal düzenlemelerde de değişiklik yapılmasını gerektirmektedir¹²¹. Yukarıdaki açıklamalarımızda

¹²⁰ “... Bir insana rızası hilafına tıbbi müdahale yapılması prensip olarak özel hayata ve özellikle de beden bütünlüğüne bir müdahale oluşturur...” şeklinde ifade edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, X., B. N:34806/04, T:03.07.2012; Aynı yönde açıklamalar için bkz. **Salihpaşaoğlu, Yaşar** (2013) “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:17, S:3, s.250.

¹²¹ **Güven, Tolga/Sert, Gürkan** (2010) “Advance Directives in Turkey’s Cultural Context: Examining The Potential Benefits For The Implementation of Patient Right”, *Bioethics*, C:24, S:3, s.131; **Kurtulan Güner**, s.433; **Oktay Özdemir**, s.626; **Tacir**, s.137; Konuya ilişkin yasal düzenleme yapılmadığı sürece karşılaşılabilecek sorunlara ilişkin bkz. **Özdemir, Merve** (2013) “İleriye Yönelik Sağlık Talimatları Uygulanması ve İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”: Hakan Ertin/Merve Özdemir (Yayına Hazırlayanlar), *Hayatın Başlangıcı ve Sonu, Tıbbi, Dini ve Etik Sorunlar*, İstanbul, İsar Yayınları, s.204.

belirttiğimiz üzere, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 13. maddesinde, ötanazinin yasak olduğu ve tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemeyeceği ve kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahil, kimsenin hayatına son verilemeyeceği düzenlenmektedir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 25. maddesinde ise hastanın tedaviyi reddetme hakkının olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla yürürlükte olan mevcut yasal düzenlemeler dikkate alındığında, ayırt etme gücüne sahip olan kişinin sağlığında ölümle sonuçlanabilecek bir tıbbi müdahaleyi reddetme örneğin DNR talimatında bulunma hakkı olup olmadığı belirsizlik yaratmaktadır. Kanaatimizce, ileri direktifler konusunda yasal düzenlemeler yürürlüğe girmediği ve söz konusu hükümlerin beraber uygulanmasını sağlayacak şekilde revize yapılmadığı sürece hekimin DNR talimatlarını uygulaması onu pasif ötanazi iddiası ile karşı karşıya bırakabilecektir. Böyle bir yasal düzenlemenin yapılması, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ve vücut bütünlüğünün korunması hakkına da hizmet edeceği şüphesizdir.

Dolayısıyla CPR ve DNR konusundaki güncel gelişmeler ve Amerika ve Avrupa'daki ülkelerin konuya ilişkin yaklaşımları da göz önünde bulundurarak, tıbbi ve hukuki ilkeler belirlenerek DNR talimatlarına Türk hukukunda da geçerlilik tanınmalıdır. Konuya ilişkin önceki açıklamalarımızda ifade ettiğimiz üzere şekli ve maddi şartları içeren yasal düzenlemeler ve etik ilkeler hazırlanmadığı sürece uygulamadaki belirsizlikleri gidermek oldukça zordur¹²². Özellikle pasif ötanazi ile arasındaki sınırın çizilmesi önemlidir zira bu sınır çizilmediği sürece hastanın DNR talimatını yerine getiren hekimin pasif ötanazi sebebiyle sorumluluğu söz konusu olacaktır.

SONUÇ

Hasta kalbi veya solunumu durduğunda kendisini canlandırmaya yönelik kalp masajı gibi tıbbi müdahalelerin yapılmamasını isteyebilir. Hastanın DNR talimatı olarak adlandırılan bu talebi onurlu yaşama hakkı, kendi geleceğini belirleme hakkı ve hasta özerkliğine saygı gösterilmesi gibi tıp hukuku ve etiği ilkeleri göz önünde bulundurularak Amerika'da yasal olarak kabul edilmektedir.

¹²² Güven/Sert, s.131.

Amerika’da DNR taleplerine ilişkin standart bir form bulunmamakta olup, her eyaletin kendine özgü formları bulunmaktadır ve bu formlar büyük ölçüde benzerdir. Ayrıca DNR talebi olan hastalara hastane tarafından bileklik de takılmaktadır. Amerika’da hastanın canlandırmama isteğini gösteren dövmelemin hukuki geçerliliği ise tartışmalıdır. Kanaatimizce de, hastanın dövmelemin alkol etkisinde kalarak sarhoşken mi yaptırdığı ve dövmeden sonradan pişman olup olmadığı gibi hususların tespiti güç olduğu için bu taleplerin geçerliliğine temkinli yaklaşılması gerekmektedir¹²³.

Amerika’da DNR talimatlarının hazırlanmasına ilişkin etmenler; hastanın/yasal temsilcisinin talebi ve tedavinin hekim tarafından yararsız olarak nitelendirildiği durumlardır. Hastanın sağlığında düzenlediği DNR formları hastanın canlandırmamaya yönelik iradesini yansıtmaktadır. Hekimin de hastanın açık iradesini dikkate alarak canlandırma yapmaması yasal sorumluluğunu doğurmamaktadır. Hastanın bilinci kapalıysa hastanın yasal temsilcisinin talebiyle de hastaya canlandırma yapılmaması mümkündür. Yasal temsilcinin hasta adına bu kararı verirken mahkemeler tarafından yerine geçen karar standardı veya hastanın üstün yararı ölçütleri kullanılmaktadır. Her iki ölçüt bakımından değerlendirme yapılırken hastanın canlandırmaya ilişkin önceden belirtmiş olduğu düşünceleri, istek ve inançları ve hayattan beklentileri de yasal temsilci tarafından göz önünde bulundurulmalıdır.

Amerika’da tıbbi olarak yararsız yani hastayı hayata döndürme girişiminin sonuçsuz kalacağı durumlarda da hekim kararıyla hastaya canlandırma yapılmamaktadır. Ancak kanaatimizce, tıbbi yararsız nitelemesinde hekimin sübjektif değerlendirmesi söz konusu olduğu için, hastayla veya hastanın ailesiyle neyin tıbbi yararsız olduğuna ilişkin farklı görüşler ortaya çıkabilmektedir. Dolayısıyla tıbbi yararsızlık kavramı tereddütte mahal vermeyerek dar bir şekilde tanımlanmalı ve bu tanım doğrultusunda hekim tarafından titizlikle değerlendirme yapılmalıdır. Belirtmek gerekir ki Amerikan Tıp Birliği Etik ve Adli İşler Konseyi’nin canlandırmaya ilişkin ilkeleri de özellikle hekimler açısından yol gösterici niteliktedir.

¹²³ Aynı yönde bkz. **Hakeri** (2022), s.578.

Türk hukukunda ise, DNR talimatlarına yasal bir geçerlilik tanınmamaktadır. Kanaatimizce, hukukumuzda hastanın canlandırmamaya ilişkin açık rızasının bulunduğu hallerde bu isteği hekim tarafından yerine getirilmeli ve bu sebepten ötürü hekimin yasal sorumluluğu doğmamalıdır. Zira kişi kendi özgür iradesi, aklı ve vicdanı ile geleceği hakkında karar verebilmelidir. Hastanın açık rızasını tespit etmek için en güvenilir yöntem ise hastanın DNR isteğini gösteren bir formun hasta tarafından doldurularak imzalanması ve bunun hastanın tıbbi kayıtlarına işlenmesidir. Bu formların içeriği ise belirli, anlaşılır ve net olmalıdır, hasta genel ifadeler kullanmamalıdır. Ayrıca bu formların hukuki sonuçlarına ilişkin hekim tarafından hastaya gerekli aydınlatma yapılmalıdır. Kanaatimizce, DNR talimatının gereğinin yerine getirilmesi onurlu yaşama hakkının korunması ve hasta özerkliğine saygı duyulması açısından da isabetli bir yaklaşımdır. Nitekim özellikle çok fazla ağrısı olan ve hastalığının son döneminde olup, iyileşme imkânı bulunmayan hastaların daha fazla acı çekmemesini sağlamak için DNR formu doldurma istekleri olağan karşılanmalıdır. Görüşümüze göre, imkân varsa, özellikle terminal dönemde ve kalbi veya solunumu durma ihtimali yüksek olan hastayla hekimin bir süre önce canlandırmaya yönelik olarak aralarında konuşması da faydalı olarak değerlendirilebilir.

Hukukumuzda, hekim tarafından verilen tıbbi yararsızlık kararına dayanarak da CPR uygulanmaması mümkün hale getirilmelidir. Ancak bunun geçerli olması için, tıbbi yararsızlık kavramı hasta özerkliği ve yararlılık ilkeleri de dikkate alınarak dar bir şekilde tanımlanmalı ve mümkün oldukça hastanın veya hastanın yasal temsilcisinin rızası alınmalıdır.

Türk doktrininde konu hasta vasiyeti, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, hastanın tedaviyi reddetme hakkı ve pasif ötanazi kapsamında incelenmektedir. Hukukumuzda mevcut yasalarda değişiklik yapılmadığı sürece hastanın DNR talimatını yerine getirerek hastaya kalp masajı gibi canlandırıcı müdahalede bulunmayan hekimin pasif ötanazi sebebiyle yasal sorumluluğu doğabilmektedir. Dolayısıyla, konuya ilişkin belirsizlikleri gidermek ve konuyu yasal bir zemine oturtmak açısından tıp hukuku ve etiğine uygun olarak belirlenen kriterler çerçevesinde yasal bir düzenlemenin yürürlüğe girmesi ve DNR talimatlarına yasalarca belirlenen maddi ve şekli ölçütler çerçevesinde geçerlilik tanınması oldukça önemlidir.

KAYNAKÇA

- Ağın, Serenay** (2023) “Hastanın Tedaviyi Ret Hakkı”, *Yaşar Hukuk Dergisi*, C:5, S:2, s.337-389.
- Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya** (2009) *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları.
- Antalya, O. Gökhan/Topuz, Murat** (2019) *Medeni Hukuk Cilt I*, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Aintree University Hospitals NHS Foundation Trust v James** [2013] UKSC 67, [2014] AC591, [2014] 1 All ER 573.
- Altunkaş, Aysun** (2016) “Ötanazinin Türleri ve Ötanazinin Türk Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, III. Sağlık Hukuku Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu, Ankara.
- Artuk, Mehmet Emin/Yenidünya, A. Caner** (2001) “Ötanazi”, Prof. Dr. Tuhan Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, s.297-319.
- Aşkın, Uğur/Yeğrim, Orhan** (2022) “Ötanazi ve Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı Arasındaki İlişki”, *TAAD*, C:13, S:52, s.1-24.
- Babacan, Gül** (2019) “Canlandırma Uygulanmasın Talimatının Hukuki ve Tıbbi Açıdan Değerlendirilmesi”: Hakeri Hakan/Doğan, Cahid (Editörler), III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı C:1, Ankara, Legal Yayınları, s.559-565.
- Barber v Superior Court**, 147CalApp2d1006,195CalRptr484(1983).
- Baştürk, Engin** (2003) “Do Not Resuscitate (DNR) Talimatının Temel Etik İlkeler Açısından Değerlendirilmesi”, *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği Hukuku Tarihi Dergisi*, C:11, S:1, s.12-21.
- Bayraktar, Köksal** (1982) *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul, Sermet Matbaası.
- Bernat, James L** (2005) “Medical Futlity Definition, Determination and Disputes in Critical Care”, *Neurocritical Care*, C:2, S:2, s.198-205.
- Besiri, Arzu** (2009) “Ötanazi ve Yaşam Hakkı”, S:6, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, s.188-203.
- Biton Serdaroğlu, Erika** (2016) “Ötanazi- Ölme Hakkı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C:22, S:3, s.463-491.

- Blackhall, Leslie J.** (1987) “Must We Always Use CPR?”, *New England Journal of Medicine*, C:317, S:20, s.1281-1285.
- Bryan v. Rectors & Visitors of the University of Virginia**, 95 F.3d 349 (1996).
- Causey v. St. Francis Med. Ctr.**, 719 So.2d 1072 (La. App. 2 Cir. 1998).
- Council on Ethical and Judicial Affairs, American Medical Association** (1991) “Guidelines for appropriate use of Do-Not-Resuscitate Orders” *JAMA*, C:265 S:14, s.1868-1871.
- Cruzan v. Harmon** 760 SW2d 408, cert granted, 58 USLW 9999 (US July 4, 1989) (No. 88-1503).
- Çavdar, Pelin** (2016) “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan*, C:22, S:3, s.735-764.
- Demirbaş, Timur** (2014) *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Demirörs Özge/Arslan Hızal, Sevinç** (2016) “Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:65, S:4, s.1481-1516.
- Drane James F./Coulehan, John L.** (1993) “The Concept of Futility: Patients Do Not Have the Right to Demand Medically Useless Treatment”, *Health Progress*, C:74, S:10, s.28-32.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan** (2021) *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Emrah Öder, Bertil** (2011) *Hak ve Özgürlükler Temelinde Ötanazi: Anayasa Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi Centel/Nur (Derleyen)*, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s.1-26.
- Ersoy, Nermin** (2013), “Yaşamın Sonuyla İlgili Etik Konular: I-II Çağdaş Tıp Etiği”: *Demirhan Erdemir, Ayşegül/Öncel, Öztan/ Aksoy, Şahin (Editörler) Ankara, Nobel Tıp Yayınları*.
- Foody v Manchester Memorial Hospital**, 40 Conn Supp 127, 482 A2d 713 (1984).
- Fritz Zoe/Fuld Jonathan** (2010) “Ethical Issues Surrounding Do Not Attempt Resuscitation Orders: Decisions, Discussions and Deleterious Effects”, *Journal of Medical Ethics*, C:36, S:10, s.593-597.
- Gökcan, Hasan Tahsin** (2014) *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, Ankara, Seçkin Yayınları.

- Gönenç, Fulya İlçin** (2005) “Hukuki ve Etik Açıdan Resüsitasyon” Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, S:36, s.50-51.
- Gülel, İlhan** (2018) Tıbbi Müdahaleye Rıza, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Güven, Kudret** (2000) Kişilik Hakları ve Ötanazi, Ankara, Nobel Yayınları.
- Güven, Tolga/Sert, Gürkan** (2010) “Advance Directives in Turkey’s Cultural Context: Examining The Potential Benefits For The Implementation of Patient Right”, Bioethics, C:24, S:3, s.127-133.
- Hackler, J. Chris/Hiller, F. Charles** (1990) “Family Consent to Orders Not to Resuscitate Reconsidering Hospital Policy”, JAMA, C:264, S:10, s.1281-1283.
- Hakeri, Hakan** (2023) Tıp ve Sağlık Hukuku El Kitabı, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Hakeri, Hakan** (2022) Tıp Hukuku (2 Cilt) Cilt I: Genel Hükümler- Cilt II: Özel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Hakeri, Hakan** (2007) Tıp Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Hassanein, Fatma Betül** (2021) “DNR Talebinin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İbni Haldun Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı.
- Helvacı, Serap** (2021) Gerçek Kişiler, İstanbul, Legal Yayınları.
- Holt, Gregory E./Sarmiento, Bianca/Kett, Daniel/Goodman Kenneth W.** (2017) “An Unconscious Patient With A DNR Tattoo” N Engl J Med, C:377, s.2192-2193.
- In re Baby K**, 16 F. 3d. 590 (1994).
- İmamoğlu, S. Hülya** (2016) “Hasta Vasiyetine İlişkin Bazı Meseleler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:65, S:1, s.199-230.
- Jecker, Nancy/ Pearlman, Robert A.** (1993) “Medical Futility: The Duty Not To Threat” Cambridge Q. Healthcare Ethics, C:2, S:2, s.1151-159.
- Kahraman, Zafer** (2016) “Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:7, S:1, s.479-510.
- Kayıhan, Şaban/ Ünlütepe, Mustafa** (2017) Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu’nun Başlangıç Hükümleri, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Kelley, K.** (1995) “The Patient Self-Determination Act. A matter of life and death” Physician Assist, C:19, S:3, s.49, s.19-60.
- Koca, Mahmut/ Üzülmez, İlhan** (2020) Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Adalet Yayınları.

- Kurtulan Güner, Gökçe** (2021) “Karşılaştırmalı Bir Bakış Açısıyla İleriye Dönük Hasta Direktifleri ve Türk Hukuku İçin Öneriler”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C:79, S:2, s.409-439.
- Kuvaki, Bahar/Boztaş, Nilay/Kaplan, Meryem/Hacıoğlu, Caner/Yaprak, Esra/Ayaz, Oğuzhan** (2014) “Hastanemizde Cerrahi Bölümlerde Çalışan Doktorların Yeniden Canlandırma Yapmama Talimatı Konusundaki Görüşleri”, *DEU Tıp Fakültesi Dergisi*, C:28, S:1, s.21-26.
- Landos, John D./Singer, Peter A./Walker, Robert M. et al** (1989) “The Illusion of Futility in Clinical Practice” *The American Journal of Medicine*, C.87, S:1, s.81-84.
- Lemmens, Christophe** (2013) “The New Style of End-of Life Cases: A Patients Right to Demand Treatment or a Physician’s Right to Refuse Treatment? The Futility Debate Revisted?”, *European Journal of Health Law*, C: 20, S: 2, s.167-183.
- Lieberman, Jennifer** (2014) “Do not Resuscitate Orders” <https://www.academia.edu/6884259/Do_Not_Resuscitate_Orders> s.e.t. 07.09.2023.
- Lo, Bernard/Saika, Glenn/Strull, William/Thomas Elizabeth/Showstack, Jonathon** (1985) “Do Not Resuscitate Decisions. A Prospective Study at Three Teaching Hospitals”, *Arch Intern Med*, C:145, S:6, s.1115-1117.
- Maşallah, Maral** (2017) “Otanazi’nin Yaşam Hakkı Açısından Değerlendirilmesi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C:191, S:2, s.148; s.145-155.
- McArdle, E.F.** (2002) “New York’s Do-Not-Resuscitate Law: Groundbreaking Protection of Patient Autonomy or a Physician’s Right to Make Medical Futility Determinations?” *DePaul Journal of Health Care Law*, C:6, S:55, s.55-82.
- Oktay Özdemir, Saibe** (2020) “Tıbbi Müdahaleler Alanında Önceden Verilmiş Talimatlara (Hasta Vasiyeti) İlişkin Gelişmeler ve Türk Hukukundaki Geçerliliği”: Saibe Oktay Özdemir/Azra Arkan Serim (Editörler), Prof. Dr. Galip Sermet Akman’a Armağan, İstanbul, Filiz Kitabevi, s.601-630.
- O’Shea E.M./Penson R.T./Stern T.A./Younger J./Chabner B.A./Lynch Jr T.J.** (1999) “A Staff Dialogue on Do Not Resuscitate Orders: Psychosocial Issues Faced by Patients, Their Families, and Caregivers”, *Oncologist*, C:4, s.256-262.
- Office of Technology Assessment** (1987) *Life-Sustaining Technologies and the Elderly* Washington, DC: US Congress; Publication OTA-BA s.306. Bkz. <<https://www.princeton.edu/~ota/disk2/1987/8714/8714.PDF>> s.e.t. 15.09.2023.
- Oğuzman M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe** (2022) *Kişiler Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi.

- Özcan, Burcu G./Özel, Çağlar** (2007) “Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C:10, S:1, s.49-73.
- Özdemir, Merve** (2013) “İleriye Yönelik Sağlık Talimatları Uygulaması ve İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”: Hakan Ertin/Merve Özdemir (Yayına Hazırlayanlar), Hayatın Başlangıcı ve Sonu, Tıbbi, Dini ve Etik Sorunlar, İstanbul, İsar Yayınları.
- Özsunay, Ergun** (1982) “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara, s.31-59.
- Öztürk, Bahri** (2008) Otanazi, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- Üstün, Çağatay/Aygörmez Uğurlubay, Gülsün Ayhan** (2014) “Sağlık Hukukunda Bireyin Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Bu Hakkın Etik Açıdan Değerlendirilmesi”, Fasikül Hukuk Dergisi, C:6, S:53, s.29-37.
- Saiyad, Saleem** (2009) “Do Not Resuscitate: A Case Study from the Islamic Viewpoint”, JIMA, C:141, S:3, s.109-113.
- Salihpaşaoğlu, Yaşar** (2013) “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:17, S:3, s.227-266.
- Samuels, Alec** (2022) “Do Not Resuscitate: Lawful or Unlawful”, Medicine, Science and The Law, C:62, S:2, s.144-148.
- Sans S./Kesteloot H./Kromhout D.** (1997) “The Burden of Cardiovascular Diseases Mortality in Europe. Task Force of the European Society of Cardiology on Cardiovascular Mortality and Morbidity Statistics in Europe” European Heart Journal, C:18, S:12, s.1231-1248.
- Schade S.G./Muslin H.** (1989) “Do Not Resuscitate Decisions: Discussions with Patients” J Med Ethics, C:15, s.186-190.
- Schneiderman L.J./Jecker N.S./Jonsen A.R.** (1990) “Medical Futility: Its Meaning and Ethical Implications” C:112, S:12, Annals of Internal Medicine, s.949-954.
- Sert, Hüseyin/Gözdemir, Muhammed/Işık, Bünyamin** (2007) “Kardiyopulmoner Canlandırma Yapılmaması Etik Mi?”, Yeni Tıp Dergisi, C:24, s.85-89.

- Sert, Gürkan** (2012) “Türk Hukukunda Bilinci Açık Hastanın Tedaviyi Ret Hakkının Tıp Hukuku ve Etiği Açısından İncelenmesi ve Tıp Etiği”, *Terazi Hukuk Dergisi* C:7, S:70, s.14-21.
- Sögüt, İpek Sevda/Tuna, Ekin** (2017) “Hastanın Tıbbi Yaşam İradesine Dair Hukuki Vasıtalar”, *Tıp Hukuku Dergisi*, C:6, S:12, s.255-295.
- Şahbaz, İbrahim** (2009) “Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı”, *TBB Dergisi*, S:86, s.405-424.
- Superintendentof BelchertownStateSchool v Saikewicz**, 373Mass728,370 NE2d 417 (1977).
- Tacir, Hamide** (2016) “Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, III: Sağlık Hukuku Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu”, Ankara.
- Tacir, Hamide** (2011) *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*, İstanbul, On iki Levha Yayınları.
- Temiz, Özgür** (2014) “Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C:69, S:1, s.165-188.
- Thobaben, M/Proctor, C.** (1996) “Patient Self-Determination Act: Advocating for the Patient's Wishes”, *Home Care Provid.*, C:1, S:3, s.157-158.
- Truog, Robert D./Brett, Allen S./Frader, Joel** (1992) “Sounding Board: The Problem With Futility” *New England Journal of Medicine*, C:326, S:23, s.1560-1564.
- Ünver, Yener/Kaya Suzan** (2017) *Alman Tıp Hukukunda Hasta Talimatı*, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Venneman Sandy/Harris, Narnor P./Perish M./Hamilton, M.** (2008) “Allow Natural Death Versus Do Not Resuscitate: Three Words That Can Change a Life”, *J Med Ethics*, C:3, s.2-6.
- Weir, Robert** (1989) *Abating Treatment With Critically Ill Patients: Ethical and Legal Limits to the Medical Prolongation of Life*, Oxford, Oxford University Press Yayınları, s.455.
- Wendland v. Sparks**, 574 N.W.2d 321, 332 (1998).
- Wreen, Michael** (2004) “Medical Futulity and Physician Discretion”, *J Med Ethics*, S:30, s.275-278.
- Yalın, Yasemin** (2014) *Ötanazi*, Uluslararası Türk-Amerikan Tıp Hukuku ve Etiği Sempozyumu, Ankara, Seçkin Yayınları.

Yavuz, Cevdet/Erlüle, Fulya/Topuz, Murat (2017) Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği), İstanbul, Beta Yayınları.

Yıldız, Murat (2016) “Ötanazi Hasta Vasiyetnamesi ile Palyatif Hospis Bakımına Genel Bir Bakış, Adli Sosyal Hizmet; Yaklaşım ve Müdahale”: Yücel, Didem/Gönültaş, M. Burak (Editörler) Ankara, Nobel Yayınları, s.342-362.

FARKLI GÖRÜNÜMLERİYLE FAZLA ÇALIŞMA VE UYGULAMADAKİ BAZI SORUNLAR^(*)

Arş. Gör. Atanur KARA AHMETOĞLU^(**)

ÖZET

Normal haftalık yasal çalışma süresi 45 saattir. Ancak tarafların aralarında anlaşarak haftalık çalışma süresini 45 saatin altında belirlemesi mümkündür. Bununla birlikte bazı şartların varlığı halinde işçinin haftalık 45 saatin üzerinde çalışma yapması mümkündür. Önemle belirtmek gerekir ki işçi, haftalık 45 saat üzeri çalıştığında fazla çalışmış olmaktadır. Ancak bunun için işçiden mutlaka yazılı onay alınması gerekmektedir. Yazılı onay alınmadığı takdirde fazla çalışması işçiden beklenemeyecektir. Ancak zorunlu nedenlerle veya olağanüstü nedenlerle yapılan fazla çalışmada bu onay aranmamaktadır. Ayrıca fazla çalışan işçiye saat başına düşen ücret tutarının % 50 zamlı şekline karşılık gelen bir ücretin ödenmesi gerekmektedir. İşveren bu tutarı işçiye ödemekle veya işçinin talep etmesi halinde işçiye serbest zaman kullandırmakla yükümlüdür. Fazla çalışan ve bunun karşılığını isteyen işçiye işveren ödeme yapmadığı takdirde bundan dolayı sorumlu olacaktır. İşçinin hak ettiği bu tutarı işverenin ödememesi halinde işçinin bu durumu haklı neden göstererek iş sözleşmesini feshetme imkanı bulunmaktadır. Ancak işçinin de hakkaniyet çerçevesinde hareket etmesi gerekmektedir. Bu çalışmada fazla çalışma kavramından ne anlaşılması gerektiği, fazla çalışma türlerinin neler olduğu meselesi ele alınmakla birlikte, fazla çalışma ücretini alamayan işçinin iş sözleşmesini feshedip feshedemeyeceği, feshedebileceği yapılan feshin haklı fesih kabul edilip edilemeyeceği gibi konularda uygulamada karşılaşılan bazı sorunlar üzerine bir araştırma yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Çalışma Süreleri, Fazla Çalışma, Fazla Sürelerle Çalışma, Fazla Çalışma Ücreti, Haklı Nedenle Fesih.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1322677 - **Geliş Tarihi:** 04.07.2023 - **Kabul Tarihi:** 25.10.2023.

^(**) Kırklareli Üniversitesi, İ.İ.B.F., İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Kırklareli-Türkiye,

E-posta: atanurkartal@hotmail.com; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-8306-3178>.

OVERWORK WITH DIFFERENT APPEARANCES AND SOME PROBLEMS IN IMPLEMENTATION

ABSTRACT

Normal weekly legal working time is 45 hours. However, it is possible for the parties to determine the weekly working time under 45 hours by mutual agreement. With this in the presence of certain conditions, it is possible for the worker to work more than 45 hours per week. It should be noted that when the worker works more than 45 hours a week, he/she is overworked. However, this requires written consent from the worker. Unless written approval is obtained, overtime work cannot be expected from the worker. However, this approval is not sought for more studies performed for compulsory or extraordinary reasons. Also, a fee corresponding to a 50% increase in the hourly wage must be paid to the overworked worker. The employer is obliged to pay this amount to the worker or if the worker so requests, to allow the worker to use free time. If the employer does not pay the employee who works overtime and demands compensation, he/she will be responsible for it. If the employer does not pay this amount that the worker deserves, the worker has the opportunity to terminate the employment contract by justifying this situation. However, the worker must also act within the framework of fairness. In this study, what should be understood from the concept of overtime work, the issue of what types of overtime work are discussed, research has been conducted on some problems encountered in practice, such as whether the worker who cannot receive the overtime wage can terminate the employment contract, and if he can, whether the termination made can be considered a just termination.

Keywords

Working Times, Overwork, Working Overtime, Overwork Pay, Termination for Just Cause.

GİRİŞ

4857 sayılı İş Kanunu'nun¹ (İşK.) 63. maddesinin 1. fıkrasında² çalışma süresinin kaç saat olduğu, ne şekilde belirleneceği ve nasıl sınırlandırılabilmesine ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. Çalışma süresi haftalık 45 saat ile sınırlandırılmıştır. Yine İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği³ m. 3 hükmünde de böyle bir sınırlama bulunmaktadır.

Önemle belirtmek gerekir ki, hangi tür çalışma yapıldığının tespiti açısından işçinin haftalık 45 saatlik çalışma süresini aşp aşmadığının belirlenmesi gerekmektedir. İşK. m. 41 hükmünde hem fazla çalışma hem de fazla sürelerle çalışma açısından düzenlemeler kaleme alınmıştır.

Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği⁴ (FÇFSCY) m. 3 hükmünde de hangi durumun fazla çalışma, hangi durumun fazla sürelerle çalışma olacağına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

Bu çalışmada, fazla çalışma kavramının genel çerçevesi çizilerek, fazla çalışmanın fazla sürelerle çalışmadan ne farkı olduğu, fazla çalışmanın türleri, fazla çalışmanın karşılığı konuları incelendikten sonra fazla çalışma ücretinin ödenmemesi nedeniyle işçinin iş sözleşmesini feshedip feshedemeyeceği, eğer feshedebilecekse hangi hallerde feshedebileceği, söz konusu feshin haklı nedenle fesih olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorularına bir yanıt aranmıştır. Böylelikle fazla çalışma ücretinin ödenmemesi nedeniyle yaşanan sorunlar ile fazla çalışma ücretinin ödenmemesi nedeniyle iş akdinin feshine ilişkin uygulamadaki bazı sorunlar Yargıtay kararları ve öğreti görüşleri eşliğinde ele alınmıştır.

¹ T.C. Resmi Gazete, S:25134, T:10.06.2003.

² 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesinin 1. fıkrasına göre, "Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırkbeş saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır. (Ek cümle: 10/9/2014-6552/7 md.; Değişik cümle: 4/4/2015-6645/36 md.) Yer altı maden işlerinde çalışan işçilerin çalışma süresi; günde en çok yedi buçuk, haftada en çok otuz yedi buçuk saattir."

³ İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 2. maddesinde bu yönetmeliğin 22.05.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesine dayanılarak hazırlandığı düzenlenmiştir.

⁴ T.C. Resmi Gazete, S:25425, T:06.04.2004.

I. FAZLA ÇALIŞMA

İş hukukunun en temel ilkelerinden biri işçinin korunması ilkesidir⁵. Bu nedenle işçilerin özgür iradeleriyle çalıştırılması esastır ve işçilerin zorla çalıştırılması söz konusu değildir. İş hukuku sistematığında işçinin korunması ilkesine yönelik birçok örnek bulunmaktadır⁶. Bu ilkenin en somut örneklerinden biri de işçinin çalışma saatlerini sınırlandıran düzenlemelerdir⁷. Böylelikle işçinin kendisine ve ailesine vakit ayırabilmesi, sosyal yaşamdan kendini soyutlamaması, ihtiyaçlarını karşılayabilmesi için gerekli zamana sahip olması, bunların yanında beden ve ruh sağlığını koruyabilmesi amaçlanmış ve işçinin çalışma süresine bir sınırlama getirilmiştir⁸. O nedenle İş Kanunu'nda da çalışma süresine bir sınırlama getirilmiştir ve İşK. m. 63/I hükmünde haftalık zaman dilimi açısından çalışma süresinin en çok 45 saat olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca, İşK. m.63/3 hükmü doğrultusunda çıkarılan İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 3. Maddesinde ve İşK. m. 66

⁵ **Mollamahmutoglu, Hamdi/ Astarlı Muhittin/ Baysal Ulaş** (2019) İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1, 3. Baskı, Ankara Lykeion Yayınları, s.42-43; **Günay,Cevdet, İlhan** (2020) İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, s.78-80; **Senyen Kaplan, Emine Tuncay** (2003), “İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, Kamu İş, C: 7, S: 2, s.3-4; **Akyiğit, Ercan** (2021) İş Hukuku, 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık,s. 393-394; **Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat** (2019) İş Hukuku Dersleri, 32. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s.321-322; **Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut** (2018) İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s.97-98; **Özyurt, Vuslat** (2019), Türk İş Hukuku ve Avrupa Birliği İş Hukuku'nda Çalışma Süreleri,Bursa Uludağ Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa, s.6-7.

⁶ **Yıldırım, Kadir** (2011), “Uluslararası Düzenlemelerde Fazla Çalışma ve Ülke Uygulamaları”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C: 23, S: 34, s.36; **Ünlütürk Ulutaş, Çağla/ Ulutaş, Tevfik Barbaros** (2015), “Angarya ve Zorla Çalıştırma: Uluslararası Düzenlemeler ve Yüksek Mahkeme Kararları Işığında Bir Değerlendirme”,Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C:8, S: 40,s. 331.

⁷ **Yücel Bodur, Mehtap** (2019), “Yoğunlaştırılmış İş Haftası, Denkleştirme Süresi ve Bundan Doğan Hukuki Sorunlar”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C: 9, S: 1, s.289-290; **Doğan, Sevil** (2020), “İş Hukukunda İşçinin Ara Dinlenmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 26, S: 2, s.1181.

⁸ **Ekin, Ali** (2016), “İş Hukuku Uygulamasında Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışmanın Hukuki Sonuçları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 74, S: 337, s.342; **Özcan, Kenal** (2005) 4857 Sayılı İş Kanununda Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.9-10; **Yılmaz, Gökşan** (2019) İş Hukukunda Fazla Çalışma, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.13-14; **Özyurt**, s.6-7.

hükmünde çalışma süresi ile ilgili hükümler düzenlenmiştir. Zira haftalık 45 saatlik çalışma süresinin tespitinde hangi çalışmaların çalışma süresine dahil edileceğinin belirlenmesi önem arz etmektedir. Öte yandan çalışma süresinin kapsamına işçinin çalıştığı süreler girmekle birlikte, işçinin işte iş sözleşmesiyle üstlendiği işi fiilen yapmaksızın geçirdiği bazı süreler de girmektedir⁹. Ancak, İşK. m.66'da çalışma süresi, işçinin çalışmış sayıldığı sürelerin toplamı olarak ifade edilmiştir. Buna göre çalışma süresinden sayılan haller de çalışma süresinin kapsamına girmektedir. Zira çalışma süresinden sayılan haller İşK. m.66 hükmünde düzenlenmiştir. Şu halde teknik nedenlerle veya sosyal nedenlerle ya da çalışmaya hazır işçinin çalıştırılmadan belli bir süre beklemesi halinde geçen bu süreler çalışma süresinden sayılmaktadır. O nedenle çalışma süresinden sayılan haller özelliği itibarıyla farazi süreler olmaktadır¹⁰. Ancak söz konusu haller kapsamında sürenin geçmesi, çalışma süresinden sayılan hallerin oluşması için yeterli değildir. Söz konusu sürelerin çalışma süresinden sayılabilmesi için işin niteliği nedeniyle geçmiş süreler olması gerekir¹¹. Haftalık 45 saatlik sürenin hesabında sadece işçinin fiilen çalıştırıldığı süreler değil, işçinin işveren talimatları doğrultusunda iş görmek için hazır beklediği süreler de dikkate alınmaktadır¹². İşçinin fiilen çalıştığı süreler ile İşK. m.66 hükmü kapsamında işçinin çalışmış sayıldığı sürelerin toplamının yasal haftalık çalışma süresinin üzerine çıkması halinde fazla çalışma söz konusu olmaktadır¹³.

⁹ **Astarlı, Muhittin** (2008a) İş Hukukunda Çalışma Süreleri, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.135-137; **Özcan**, s.13-14; **Özyurt**, s.12-13; **Yılmaz**, s.18-19; **Ekin**, s.339-340; **Akın, Osman** (1981) "İş Hukukunda Çalışma Süreleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 45, S: 1, s.775, 781.

¹⁰ **Kılıçoğlu, Mustafa/ Şenocak, Kemal** (2021) İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, s.724; **Yılmaz, Olgun**, (2021), Türk İş Hukukunda Dinlenme Süreleri, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 13-15.

¹¹ **Narmanlıoğlu, Ünal** (2014) İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, 5. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, ss. 626-627; **Süzek, Sarper** (2019) İş Hukuku, 18. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s.822.

¹² **Kılıçoğlu/ Şenocak**, s.724.

¹³ **Astarlı, Muhittin** (2011) "Üst Düzey Yöneticilerin Çalışma Süreleri ve Fazla Çalışma Ücreti Talepleri (Yargıtay Kararlarına Genel Bir Bakış)", İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, s.24-25; **Özcan**, s.12-13; **Ekin**, s.340-344; **Özyurt**, s.9-10; **Yılmaz**,s. 16-17.

Anlaşıldığı üzere bir haftalık zaman diliminde 45 saati geçen bir çalışma varsa, ortada fazla çalışma vardır¹⁴. Ancak yer altında maden işleri özelinde çalışan işçiler açısından çalışma süresi; günlük en fazla 7.5, haftalık en fazla 37.5 saat olarak uygulanmaktadır (İş K m. 63/1). Maden işçileri de bazı özel sebeplerin varlığı halinde haftalık 37,5 saatin üzerinde çalıştığı takdirde fazla çalışma yapmış olmaktadır.

Görülüyor ki 4857 sayılı İş Kanunu, 1475 sayılı Kanun'dan farklı olarak fazla çalışma açısından günlük çalışma süresini değil, haftalık çalışma süresini esas almıştır. Zira İş Kanunu günlük çalışma süresinin aşılmasını değil de, haftalık çalışma süresinin aşılmasını fazla çalışma kabul etmiştir. Dolayısıyla Türk Hukukunda 1475 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemdeki fazla çalışmanın hukuki niteliğine ilişkin kabul gören anlayış¹⁵ değişime uğramıştır¹⁶.

Haftalık 45 saati aşmayan normal çalışmalar açısından da günlük 11 saatlik bir sınır bulunmaktadır.¹⁷ Zira İşK. m. 63/2 hükmünde tarafların aralarında anlaşarak haftalık normal çalışma süresini haftanın çalışılan günlerine, günde 11 saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtabilecekleri düzenlenmiştir. Lakin, günlük çalışma süresi açısından İşK. m. 63/2 hükmünde 11 saatlik bir sınırın bulunması nedeniyle fazla çalışma açısından da günlük 11 saatlik sınırın aşıl-maması yerinde olacaktır¹⁸. Bu bağlamda günlük 11 saati aşmamak üzere haftanın bazı günleri işçi diğer günlere göre daha az çalışmış olsa dahi, haftalık 45

¹⁴ **Süzek**, s.789-780; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s.716-718. **Eyrenci, Ömer/Taşkent Savaş/ Ulucan Devrim**, (2020) Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s.282-283.

¹⁵ **Arıcı, Kadir** (1992) Çalışma Sürelerinin Hukuki Gelişimi ve Yeterliliği Açısından 1475 Sayılı İş Kanunu'nda Çalışma Süreleri, Ankara, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası Yayınları, s.35-37; **Yücel Bodur**, s.300-301.

¹⁶ **Güç, Tekin** (2014) Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.41-42; **Ertürk, Zeynep Ezgi** (2018) 4857 sayılı Kanuna Göre Fazla Çalışma, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.6; **Gökçek, İsmail Sinan** (2008) 4857 sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Türk İş Hukuku'nda Fazla Çalışma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.13.

¹⁷ **Mollamahutoğlu/Astarlı/Baysal**, s.350-351; **Demir, Fevzi** (2017) İş Hukuku ve Uygulaması, 11. Baskı, İzmir, Albi Yayıncılık, s.250-252.

¹⁸ **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s.720-722; **Akyiğit**, s.393-394; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s.282-284.

saati aştığı takdirde fazla çalışmış olmaktadır¹⁹. O nedenle fazla çalışma açısından haftalık çalışma süresinin tespiti büyük öneme sahiptir²⁰. Haftalık çalışma süresinin tespiti denkleştirme yapılabilmesi açısından da önemlidir²¹. Zira denkleştirme yapıldığında ortalama haftalık çalışma süresinin belirlenerek, fazla çalışma yapılıp yapılmadığının tespit edilmesi gerekmektedir²².

İş Kanunu m. 63'e göre, denkleştirmenin uygulanması halinde, denkleştirme döneminde bazı haftalar 45 saat aşılmış olsa dahi, toplam çalışma süresinin haftalık ortalaması 45 saati geçmediği takdirde fazla çalışma oluşmayacak, ancak toplamda ortalama haftalık 45 saati geçtiği takdirde fazla çalışma gerçekleşmiş olacaktır²³.

Denkleştirme uygulanması halinde ise haftalık çalışma süresi 45 saati aşmış olsa dahi, ortalama haftalık çalışma süresinin 45 saati geçmemesi halinde fazla çalışma ortaya çıkmamaktadır²⁴. Denkleştirmeye gidilmesi halinde en fazla iki ay süreyle denkleştirme yapılması mümkün olmaktadır. Ancak, denkleştirme süresinin toplu iş sözleşmesiyle uzatılması ve toplamda dört aylık bir süre için denkleştirmeye gidilmesi mümkün bulunmaktadır (İŞK. m.63/3).

Denkleştirme yapılan süre içinde bazı haftalar çalışma süresinin 45 saati geçmesi halinde yoğunlaştırılmış iş haftası söz konusu olacaktır²⁵. Bununla birlikte, denkleştirme yapılması halinde fazla çalışma yapılmaksızın işin görülmesi mümkün olmaktadır. Ancak bazı zamanlar iş yoğunluğu nedeniyle fazla çalışma yapılmaktadır. Bu durumda denkleştirme uygulanan dönemlerde de fazla çalış-

¹⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.350-351; Demir, s.250-252.

²⁰ Şakar, Müjdat (2018) İş Hukuku Uygulaması, 12. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, s.127-128; Melekoğlu Keser, Burcu (2018) Fazla Çalışma, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.9-10.

²¹ Mülâyim, Baki Oğuz (2019) Türk İş Hukukunda Avrupa Birliği Yönergeleri Çerçevesinde Denkleştirme Uygulaması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 68, S: 3, s.646-647.

²² Demir, Cuma Akif, 'Yargıtay Kararları Işığında Fazla Çalışmanın İspatı', s.3, <<https://www.dogandemir.av.tr/paketler/ckfinder/dosyalar/files/YARGITAY%20KARARLARI%20I%C5%9E%C4%9EINDA%20FAZLA%20MESA%C4%B0%20%C4%B0SPATI.pdf>> s.e.t. 11.12.2022.

²³ Ekin, s.540; Yücel Bodur, s.300-301; Karacan Çetin, Hatice (2019) Fazla Çalışma, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.54-55.

²⁴ Süzek, s.789-790; Ayrıca bkz. Astarlı, s.275-285; Tekin, s.88-89.

²⁵ Ekin, s.540; Karacan Çetin, s.55-57; Yücel Bodur, s.301-302.

manın tespiti açısından aynı şekilde hareket edilmesi gerekmektedir²⁶. Öte yandan denkleştirme dönemi içinde bazı haftalarda ortalama çalışma süresi 45 saate tekabül ediyor olsa dahi, işçiye bazı günlerde 11 saati aşan çalışmanın yaptırılıp yaptırılmayacağı sorusu akla gelmektedir²⁷. Böyle bir durumda kanaatimizce günlük 11 saatin üzerine çıkılması durumunda fazla çalışma veyahut fazla sürelerle çalışmanın uygulanmasını düzenleyen hükümlere gidilmesi isabetli olacaktır. Zira günlük mesai süresi açısından 11 saati esas alan bir sınır bulunmaktadır. O halde denkleştirme süresi içerisinde ortalama çalışma süresi 45 saate denk gelen haftalarda işçiye bazı günlerde 11 saati aşan çalışmanın yaptırılması halinde bu çalışmanın da fazla çalışma olarak kabulü gerekir²⁸.

Farklı bir açıdan konuyu ele aldığımızda, çalışma süresi günlük 11 saat ile sınırlandırılmıştır²⁹. Günlük 11 saati geçen çalışmalar yasak çalışma olarak kabul edilmektedir³⁰. O nedenle işçinin günlük 11 saatin üzerinde çalıştırılması söz konusu değildir³¹. Bu konuda yaşanan tartışmalara Yargıtay da kayıtsız kalmamış ve günlük 11 saati geçen çalışmaların fazla çalışma olacağını kabulmüş³², diğer taraftan günlük 11 saati geçen çalışmaların yasak çalışma olacağı ve

²⁶ Köseoğlu, Ali Cengiz/ Kabul, Sibel (2014) “4857 Sayılı İş Kanunu Bağlamında Çalışma Süresinin Aşılması: Fazla Çalışma”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 72, S: 2, s.236.

²⁷ Akyiğit, s.393-394; Çelik / Çanıklıoğlu / Canbolat, s.720-722; Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s.282-284.

²⁸ Özcan, s.14-15; Ekin, s.341-344; Özyurt, s.11-13; Yılmaz, s.18-19.

²⁹ Çelik / Çanıklıoğlu / Canbolat, s.720-722; Narmanlıoğlu, Ünal (2010) “İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma ve Karşılığı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, C: 0, S: 17, s.35-38; Akyiğit, s.393-394; Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s.282-284.

³⁰ <<https://www.cumhuriyet.com.tr/turkiye/yargitaydan-emsal-fazla-mesai-karari-2079251#:~:text=Bu%20a%C3%A7%C4%B1klamalara%20g%C3%B6re%2C%20g%C3%BCnl%C3%BCk%20%C3%A7al%C4%B1C5%9Fma,fazla%20%C3%A7al%C4%B1C5%9Fma%20%C3%BCcreti%20%C3%B6denmesi%20gerekir>> s.e.t. 05.09.2023.

³¹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E:2008/41023, K:2011/1080, T:27.01.2011. <<https://www.calismatoplum.org/yargitay-karari/gunde-11-saati-asan-calismalarin-denklestirmeye-tabi-tutulamayacagi>> s.e.t. 05.09. 2023.

³² Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E:2016/3049, K:2019/744, T:14.01.2019 <<http://kazanci.com.tr/gunluk/22hd-2016-3049.htm>> s.e.t. 05.09.2023; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E:2006/9-107, K:2006/144, T:05.04.2006 <http://iskanunu.com/portal/wp-content/uploads/2006/04/denkles_tirme-yargitay-karari-esas-no-2006-9107.pdf> s.e.t. 05.09.2023.

bu çalışmaların fazla çalışma açısından yıllık 270 saatlik sınıra dahil edilemeyeceği yönünde de karar vermiştir³³.

İş Kanunu ile getirilen fazla çalışmaya ilişkin ölçütler mutlak emredici niteliktedir. Onun için, işçi ve işverenin aralarında yaptıkları sözleşmeyle kanun hükümlerini kaldırması ve kanun hükümleri yerine başka hükümler koymaları mümkün değildir³⁴.

Fazla çalışma ancak belli şartlar dahilinde söz konusu olmaktadır.³⁵ Buna göre fazla çalışma, ülkenin genel menfaatleri, işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle normal çalışma süresinin üzerinde bir çalışmanın yaptırılmasıdır şeklinde tanımlanabilir³⁶.

Ekleme gerekir ki fazla çalışmanın olabilmesi için, aşağıda ayrıca ele alınacak olan İşK. m. 42 ve 43'deki istisnalar dışında fazla çalışmaya ilişkin işçiden onay alınması zorunludur. İşçi de fazla çalışmaya onay verdiğinde fazla çalışma borcunu ifa etmekle yükümlü hale gelmektedir³⁷. İşçi, fazla çalışmaya onay vermemişse işveren işçiyi fazla çalışmaya zorlayamamaktadır³⁸. Ancak, fazla çalışmaya onay veren ve fazla çalışan işçi, fazla çalışma karşılığı ödenmesi gereken ücrete hak kazanmaktadır³⁹. Daha sonra, “Fazla Çalışmanın Karşılığı” başlığı altında bu konuya ilişkin detaylı açıklamalar yapılacaktır.

³³ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E:2016/19322, K:2017/9164, T:29.05.2017, <<https://mevzuat.kararara.com/viewtopic.php?t=33318>> s.e.t. 06.09.2023.

³⁴ **Köseoğlu/ Kabul**, s.235-236.

³⁵ **Şakar**, s.127-128; **Melekoğlu Keser**, s.9-10; **Çil, Şahin** (2016) “Fazla Çalışma Ücretinin Temel Ücret İçinde Ödenmesi Uygulaması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 74, Özel Sayı, s.270; **Ekonomi, Munir** (2004) “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı”, Kamu İş, Resul Aslanköylü'ye Armağan, C: 7, S: 3, s.161.

³⁶ **Çil**, s.271; **Şakar**, s.128-129; **Melekoğlu Keser**, s.11-12; **Ekonomi**, s.2-3.

³⁷ **Özcan, Durmuş** (2013) İş Hukukunda Fesih ve İş Güvencesi, Ankara, Adalet Yayınevi, s.496; **Melekoğlu Keser**, s.38-39; **Güç**, s.74-75.

³⁸ **Kaya, Erdoğan** (t.y). “Fazla Çalışma (Fazla Mesai)-İşçinin Onayının Alınması Gereği” <[https://www.sinerjias.com.tr/makale/FAZLA%20%C3%87ALI%C5%9EMA\(%20FAZLA%20MESA%C4%B0\)-%C4%B0%C5%9E%C3%87%C4%B0N%C4%B0N%20ONAYININ%20ALINMASI%20GERE%C4%9E%C4%B0-HAKLI%20FES%C4%B0H.pdf](https://www.sinerjias.com.tr/makale/FAZLA%20%C3%87ALI%C5%9EMA(%20FAZLA%20MESA%C4%B0)-%C4%B0%C5%9E%C3%87%C4%B0N%C4%B0N%20ONAYININ%20ALINMASI%20GERE%C4%9E%C4%B0-HAKLI%20FES%C4%B0H.pdf)> s.e.t. 07.02.2023.

³⁹ **Mülayim, Baki Oğuz/ Kayık Aydınalp, Aslıhan** (2021) “Fazla Çalışma Ücretinin Hesaplanması”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, S: 2, ss. 417-418.

II. FAZLA SÜRELERLE ÇALIŞMA

İş Kanunu'nun 41. maddesinin 3. fıkrasında, fazla sürelerle çalışmaya ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre fazla sürelerle çalışma, haftalık çalışma süresi sözleşme ile 45 saatin altında belirlenmiş fakat, haftalık çalışma süresi sözleşme ile belirlenen süreyi aşmış ve 45 saati de aşmamışsa, sözleşmedeki süre ile 45 saatlik süre arasında çalışmaları ifade etmektedir⁴⁰. Ayrıca vurgulamak gerekir ki, İşK. m.63 hükmünde de kamu düzenine ilişkin nispi emredici nitelikte bir düzenleme getirilmiştir. O nedenle işçi yararı söz konusu olduğunda, tarafların 45 saati aşığı çekmesi ve daha az bir süreyi kararlaştırması mümkündür⁴¹.

Bu doğrultuda fazla sürelerle çalışma, tarafların kendi aralarında belirledikleri 45 saatin altındaki süreyi geçen fakat 45 saati geçmeyen çalışmalar olarak düzenlenmiş bulunmaktadır (FÇFSCY m.3).

Söz konusu açıklamalara göre her iki çalışma türü açısından da haftalık 45 saat çalışma süresi dikkate alınmaktadır⁴². Bunlara ek olarak İş Kanunu'nda fazla çalışma açısından yıllık 270 saatlik bir sınır getirilmiştir (İşK. m.41/8). Ancak Kanun, günde en fazla kaç saat fazla çalışma yaptırılacağına yönelik herhangi bir düzenleme getirmemiştir. Öğreti bu durumda Kanun'da günlük çalışma süresine ilişkin 11 saatlik sınırın (İşK. m.63/2) fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma açısından da uygulamasının yerinde olacağını kabul etmektedir⁴³.

Denkleştirme uygulanan işyerlerinde de taraflar kendi arasında haftalık bir süre belirleyebilmektedir. Denkleştirenin uygulandığı dönem içinde işçinin çalıştığı haftalık ortalama sürenin 45 saatten fazla olması halinde ise fazla çalışma bahse konu olacaktır⁴⁴.

⁴⁰ Ertürk, s.7-8; Ekonomi, s.1-2; Melekoğlu Keser, s. 9-10; Çil, s.270; Akyiğit, s.405-407; Şakar, s.130-133; Demir, s.255.

⁴¹ Köseoğlu/ Kabul, s.237; Demir, s.255; Şakar, s.130-133; Melekoğlu Keser, s.11-12.

⁴² Mülayim/ Aydınalp, s.417-418; Akyiğit, s.405-407; Demir, s.255; Şakar, s.130-133.

⁴³ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.722-724; Akyiğit, s.400-402.

⁴⁴ Süzek, s.789-790; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.369-370.

III. FAZLA ÇALIŞMA TÜRLERİ

Genel olarak fazla çalışma; üretimin arttırılması nedeniyle yaptırılabilen çalışmalar olmakla birlikte, ülkenin genel menfaatleri veya işin niteliğinden kaynaklanan nedenlerle de yaptırılabilen, bu nedenle normal çalışma süresini aşan⁴⁵ çalışmalardır.⁴⁶ Zira yürürlükte olan İş Kanunu da, 1475 sayılı mülga kanunun benimsediği anlayışı benimsemiş ve fazla çalışmayı gerekli kılan nedenlere göre fazla çalışmayı farklı türlere ayırmıştır. Fazla çalışmanın yapılabilmesi için bu nedenlerden birinin bulunması gerekmektedir. Başka bir nedene dayanarak fazla çalışma yaptırılması söz konusu olmayacaktır⁴⁷.

A. OLAĞAN NEDENLERLE FAZLA ÇALIŞMA

Olağan bir nedenin veya nedenlerin varlığı halinde yapılan fazla çalışma, İşK. m.41 hükmünde düzenlenen fazla çalışma halidir. İşK. m.41 hükmünde genel olarak fazla çalışmaya ilişkin düzenlemeler yapılmış olsa da söz konusu hükümde yapılan düzenleme olağan nedenlerle fazla çalışmadır. O halde “fazla çalışma” kavramı ile “olağan nedenlerle fazla çalışma” kavramı arasında İşK.'nin 41. maddesinin uygulanması açısından bir fark yoktur. Buna göre olağan nedenler kapsamında yapılan fazla çalışma, normal işin niteliğine bağlı olarak yapılabilen, geçici nitelik arz eden, ve haftalık çalışma süresini geçen çalışmalardır.

Olağan nedenlerle fazla çalışma, İşK. m.63/son hükmünde düzenlenen sağlık kuralları bakımından günde ancak yedi buçuk saat ve daha az çalışması gereken işler⁴⁸ ile İşK.'nin 69. maddesinde düzenlenen gece çalışması⁴⁹ dışında

⁴⁵ Ertürk, s.6.

⁴⁶ Şakar, s.130-132; Çil, s.270; Ekonomi, s.3-4; Melekoğlu Keser, s.10-12.

⁴⁷ Köseoğlu / Kabul, s.238; Şakar, s.131-133; Ertürk, s.7.

⁴⁸ İşyerlerinde yapılan işlerin Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedi Buçuk Saat veya Daha Az Çalıştırılması Gereken İşler Yönetmeliğinin 4. ve 5. maddesinde sayılan işlerden olup olmadığı konusunda yapılan itirazlar ile Yönetmeliğinin 4. ve 5. maddede yer almayan işler hakkında yapılan başvurular Sağlık Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle karara bağlanmaktadır. Korkmaz, Fahrettin/ Alp, Nihat Seyhun, (2016) Bireysel İş Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.279-280.

kalan, İşK. m.41 hükmünde düzenlenen nedenlere bağlı olarak işverenin işçilerine haftalık çalışma süresini aşan, günlük normal çalışma süresinin üzerinde yaptırdığı çalışma şeklidir⁵⁰. İşK. m.41/1 hükmü uyarınca, “Ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle fazla çalışma yapılabilir. Fazla çalışma, Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırkbeş saati aşan çalışmalardır.” Buna göre, ülkenin genel yararı söz konusu olduğunda fazla çalışma yaptırılabilir. Ayrıca işin niteliği dolayısıyla fazla çalışmanın yaptırılması da mümkündür.

Bu kapsamda yapılan işin niteliği fazla çalışma gerektirirse fazla çalışma yaptırılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Ekleyelim ki, üretimin arttırılması gerekiyorsa örneğin verilen siparişlerin belli bir zamana kadar yetiştirilmesi gerekiyorsa bu durumda da fazla çalışmanın yaptırılması mümkündür⁵¹. Ancak, bu sebepler sınırlı değildir. Zira, İşK. m.41/1 hükmünde “gibi” ifadesi kullanılmıştır ve sınırlı sayı ilkesi benimsenmemiştir. Bu bağlamda kanunun amacına uygun başkaca sebepler olduğunda da fazla çalışmanın yaptırılması mümkündür⁵². Ancak, işçinin yazılı onayının alınması halinde işçiye fazla çalışma yaptırılması mümkün olacaktır⁵³.

İş Kanunu m.41/7 hükmü uyarınca, “Fazla saatlerle çalışmak için işçinin onayının alınması gerekir.” Ayrıca, FÇFSCY'nin 9. maddesine göre, “Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırmak için işçinin yazılı onayının alınması gerekir.” Bu bağlamda işçinin yazılı onayı alınmamışsa örneğin işçiden sözlü onay alınmışsa işçiye fazla çalışma yaptırılması mümkün olmayacaktır. Buna göre yazılı onay vermemiş işçiyi,

⁴⁹ **Güner, Erol** (2013) “Tüm Yönleriyle İşçilerin Gece Çalışması”, ISMMMO, C: 0, S: 120, s.190: Gece çalışması, bazı işyerlerinde işin niteliği, işyerinin gerekleri gibi nedenlerle gündüz başlayan çalışmanın gece de devam etmesi veya bazı işyerlerinde işin niteliği gereği gündüz çalışma yapılmayıp gece döneminde çalışmanın yapılması halidir.

⁵⁰ **Köseoğlu/ Kabul**, s.238.

⁵¹ **Şakar**, s.129-130; **Çil**, s.270; **Ekonomi**, s.2-4; **Melekoğlu Keser**, s.11-13.

⁵² **Ekin**, s.342.

⁵³ **Ertürk**, s.59-60; Ayrıca bkz. **Hüseyinli, Namık** (2017), “İş Kanunu Kapsamında Fazla Çalışmanın Yıllık Sınırının Aşılmasının Hukuki Sonuçları”, Terazi Hukuk Dergisi, C: 12, S: 136, s.27.

işverenin fazla çalışmaya zorlaması söz konusu olmayacaktır⁵⁴. İşçi yazılı onay verdiği takdirde fazla çalışma borcu altına girmektedir. Bu durumda işçinin fazla çalışma borcunu yerine getirmesi gerekir. O halde fazla çalışmaya yazılı onay veren işçinin fazla çalışma borcunu yerine getirmemesi halinde, işveren bu işçinin iş sözleşmesini İşK. m.25/2 hükmü uyarınca haklı nedenle feshedebilecektir.

Bununla birlikte, FÇFSCY m. 9/2 hükmünde “Fazla çalışma ihtiyacı olan işverence bu onay iş sözleşmesinin yapılması esnasında ya da bu ihtiyaç ortaya çıktığında alınır.” şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır. Şöyle ki, işveren işçiden fazla çalışma onayını iki şekilde alabilir. İşverenin ya iş sözleşmesinin yapıldığı sırada ya da fazla çalışma ihtiyacı hasıl olunca işçiden onay alması gerekmektedir. İlâveten FÇFSCY m. 9/2 hükmünde işçiden alınan fazla çalışma onayının işçi özlük dosyasında saklanacağı da düzenlenmiştir. Buna göre işçiden alınan fazla çalışma onayının belgelenmesi mümkündür ve işçiden yıllar önce alınan fazla çalışma onayının bir geçerliliği olmayacak, yıllar evvel işçiden alınan onaya dayanarak işçi fazla çalıştırılmayacaktır⁵⁵.

Yargıtay⁵⁶, iş sözleşmesinin yapıldığı sırada işçiden alınan fazla çalışmaya ilişkin onayın bir yıl için geçerli olacağını, daha sonraki yıllar için bu onayın geçerli olmadığını kabul etmiştir⁵⁷. Yargıtay, daha sonraki yıllarda işçinin fazla çalışma yapabilmesi için, işçiden onay alınması gerektiğine, onay alınmaması

⁵⁴ **Ozcan**, s.496; **Akyiğit, Ercan**, (2005) “Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C: 19, S: 4, s.5.

⁵⁵ **Köseoğlu/ Kabul**, s.240; **Özdemir, Cumhuriyet Sinan**, (2007) “Fazla Çalışma İçin Her Yıl İşçinin Onayının Alınıp Alınmama Sorunu”, Terazi Hukuk Dergisi, C: 2, S: 8, s.38; **Caniklioğlu, Nurşen** (2005) “4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri”, III. Yılında İş Yasası, Seminer Notları, Bodrum, Türkiye Toprak Seramik Çimentove Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, 2005, s.171-172.

⁵⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E:2016/13980, K:2020/2869, T:24.02.2020, <<https://www.isveisci.davalari.com/wp-content/uploads/2020/09/YARGITAY-9.-HUKUK-DAI%CC%87RESI%CC%87-E.-201613980-K.-20202869-T.-24.2.2020.pdf>> s.e.t. 12.04.2022.

⁵⁷ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E:2010/2551, K:2010/4290, T:22.02.2010, <www.kazanci.com.tr> s.e.t. 12. 03.2022; Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, E:2013/8243, K:2014/7400, T:08.03.2014. <<https://legal.com.tr/blog/genel/iscinin-fazla-calisma-yapmamasini-hakli-kilan-bir-neden-yoksa-fazla-calismaya-katilmamasini-hakli-fesih-nedeni-midir/>> s.e.t. 17.04.2022.

halinde işçinin fazla çalışmaya zorlanamayacağına hükmetmiştir.⁵⁸ Dolayısıyla fazla çalışmaya onay vermeyen işçinin fazla çalışma yapmaması bir geçerli neden oluşturmayacaktır.⁵⁹ İlan edilerek fazla çalışma yapılacağına işçilere duyurulması ile birlikte, işçilerin fazla çalışma yükümlülüğü oluşmaktadır. Bu nedenle fazla çalışma yapılacağına ilanından sonra fazla çalışma yapmak istemeyen işçinin, neden fazla çalışma yapmak istemediğini en kısa sürede işverene ya da işveren vekiline bildirmesi gerekmektedir.⁶⁰ Ancak, fazla çalışmaya onay veren işçi fazla çalışma borcu altına girmiş olmaktadır.⁶¹

Bu çerçevede işçi fazla çalışmaya onay vermesine karşın fazla çalışmayı reddederse iş görme⁶² borcuna⁶³ kusuruyla aykırı davranmış olacaktır. Böyle bir durumda işveren, İşK. m.25/II-h hükmüne dayanarak haklı sebeple iş sözleşmesini feshedebilecektir.

İş Kanunu m.25/II-h hükmüne göre; “İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi” söz konusu olacaktır. Bu bağlamda fazla çalışmaya onay veren işçi, yapmakla ödevli olduğu görevini, kendisine hatırlatılmış olmasına karşın yapmamış olacaktır.

⁵⁸ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi E:2017/8306, K:2017/14916 T:20.06.2017, <<https://calismatoplum.org/yargitay-karari/iscinin-rizasi-olmadigi-halde-fazla-calisma-yapmaya-zorlanmasinin-isci-acisindan-hakli-fesih-nedeni-olusturacagi>> s.e.t. 05.01.2023; Yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E:2015/22-2360, K:2018/1904, T:12.12.2018. <<https://www.calismatoplum.org/Content/pdf/yargitay-kararlari-5876-85ef4503.pdf>> s.e.t. 11 01.2023.

⁵⁹ Akyiğit (2021) s.324-325; Baycık, Gaye (2006) “İş Akdini Fesih Sebebinin Değiştirilmesi”, AÜHFHD, C: 55, S: 1, s.57.

⁶⁰ Köseoğlu/ Kabul, s.239; Günay, s.188-190; Kılıçoğlu, s.615-617.

⁶¹ Özcan, s.496; Korkmaz / Alp, s.144; Akyiğit, İş Hukuku, s.375-377.

⁶² TBKm.393/1 uyarınca,

“Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.”

⁶³ İşçinin iş görme borcu kapsamında, mesleki bilgi, beceri, nitelikleri, ehliyeti, kişisel özellikleri ve işin gerekleri doğrultusunda özenle iş görme borcu altındadır; Kurt, Resul/ Koç, Muzaffer (2015) İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.26: İşçi bu özellikleri kapsamında işyerinde ya da işverenin gösterdiği yerde iş görme borcunu yerine getirmekle yükümlüdür.

Hatırlatıldığı halde yapmakla ödevli olduğu işi yapmayan işçinin sözleşmesi haklı nedenle feshedilebilecektir. Ancak bunun için işçiye kaç kez hatırlatılması gerektiği sorusu akla gelmektedir. İşK. m.25/II-h hükmünde “yapmamakta ısrar etmesi” ifadesi geçmektedir. Buna göre işçinin kendisine hatırlatıldığı halde sadece bir kere yapmakla yükümlü olduğu işi yapmaması yeterli olmayacaktır⁶⁴. İşçinin yapmama eyleminin kendisine yapılan hatırlatmadan sonra da devamlılık arz etmesi gerekmektedir. İşçi kendisine yapılan bir hatırlatmadan sonra da yapmamaya devam etmekte ise işveren haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebilecektir. Ancak yapılan bir hatırlatmadan sonra yapmama eylemi devamlılık arz etmemekte ve işyerinde de bir olumsuzluğa yol açmakta ise işveren geçerli nedenle iş sözleşmesini feshedebilmektedir⁶⁵. Aynı şekilde Yargıtay da hatırlatıldığı halde işçinin kendisine verilen işi yapmama eyleminin devamlılık arz etmesi halinde işverenin haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebileceğini⁶⁶, ancak işçinin hatırlatıldığı halde yükümlülüklerini yerine getirmemesi devamlılık arz etmese de bu durumun işyerinde bir olumsuzluğa yol açması halinde işverenin geçerli nedenle iş sözleşmesini feshedebileceğini, zira işçinin iş görme borcunu gereği gibi ifa edememiş olacağını kabul etmiştir⁶⁷.

İş görme borcunun bir gereği olarak işçinin fazla çalışma borcunu yerine getirme ve bu borcunu bizzat ifa etme yükümlülüğü bulunmaktadır⁶⁸. Fazla çalışma için önceden onay veren işçinin fazla çalışma yükümlülüğü söz konusu olmaktadır.

⁶⁴ **Kar, Bektaş** (2010) “Fesih Nedeni Olarak İşçinin Ödevli Olduğu Görevleri (İş Görme Edimi) Hatırlatıldığı Halde İsrarla Yapmaması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, C: 0, S: 17, s.91; **Odaman, Serkan** (2004), “4857 Sayılı İş Kanununun Kabulü Sonrasında Yargıtay Kararları Işığında İşçinin: Yapmakla Ödevli Bulunduğu Görevleri Kendisine Hatırlatıldığı Halde Yapmamakta İsrar Etmesi ve Hukuki Sonuçları”, TÜHİS, C: 0, S: 190, s.139.

⁶⁵ **Göktaş, Seracettin** (2020) Türk İş Hukukunda Haksız Fesih, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.107-109.

⁶⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E:2017/22156, K:2020/10256, T:01.10.2020, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2017-22156-k-2020-10256-t-1-10-2020>> s.e.t. 15 03.2023; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E:2010/46465, K:2013/5851, T:18.02.2013. <<https://www.calismatoplum.org/yargitay-karari/hatir-latildigi-halde-gorevini-yapmama>> s.e.t. 18 03.2023.

⁶⁷ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E:2018/6582 K:2018/16484, T:24.09.2018. <<http://kazanci.com.tr/gunluk/9hd-2018-6582.htm>> s.e.t. 21.03.2023.

⁶⁸ **Senyen Kaplan, E. Tuncay** (2015) Bireysel İş Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi, s.105; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s.263.

Ancak, bu mutlak geçerli bir kural değildir⁶⁹. Zira FÇFSCY m. 8uvarınca, fazla çalışma yapmaya elverişsiz olduğuna yönelik sağlık raporu olan kişilere İşK. m.88 uvarınca fazla çalışma yaptırılması yasaktır. Dolayısıyla fizyolojik özellikleri veya sağlık sorunları nedeniyle işçinin fazla çalışmaya katılmaması mümkündür⁷⁰. Aynı şekilde bir haklı nedenin varlığı halinde de işçinin fazla çalışmaya katılmaması mümkündür. Örneğin işçinin hastalanması ya da işçinin özel durumunun söz konusu olması halinde işçinin fazla çalışmaya zorlanması mümkün olmayacaktır. Özel durum da, her somut olaya göre farklılık gösterebilmektedir⁷¹. Bunun yanında işçinin bir yakının hastalanması veya kaza geçirmesi halinde de önceden onayı alınmış olsa dahi işçi fazla çalışmaktan kaçınabilmektedir⁷².

Yargıtay fazla çalışmaya önceden onay veren işçinin haklı bir mazereti olmadığı takdirde işyerinde uygulanan fazla çalışmaya katılmak zorunda olduğunu⁷³, aksi bir durumun iyi niyet kurallarına sığmayacağı gibi, işçinin sadakat borcuna da aykırılık teşkil edeceğini, ayrıca sırf işvereni zor duruma düşürmek için işçinin fazla çalışmaya katılmaması halinde işverenin haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebileceğini ifade etmiştir⁷⁴.

İşverenin, işin yapılması, işin ve işyerinin düzeninin sağlanması açısından yönetim hakkı bulunmaktadır.⁷⁵ İşveren yönetim hakkının çizdiği sınırlar çerçe-

⁶⁹ **Sümer, Haluk Hadi** (2020) İş Hukuku, 25. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 141; **Keser, Hakan** (2018), “İşverenin Fazla Çalışma Yapılması Yönündeki Talimatına Uymayan ya da Fazla Çalışma Onayını Geri Alan İşçinin İş Sözleşmesinin İşverence Feshine İlişkin Bir Değerlendirme”, Sicil İş Hukuku Dergisi, C: 0, S: 39, s. 23-24.

⁷⁰ **Tunçomağ / Centel**, s.97-98.

⁷¹ **Ekin**, s.343.

⁷² **Köseoğlu/ Kabul**, s.240; **Canıklıoğlu**, s.171-172; **Akyiğit** (2005) s.5.

⁷³ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E:2013/8243, K:2014/7400, T:08.03.2014. <<https://www.inciroglu.danismanlik.com/2021/04/14/iscinin-fazla-calisma-yapmamasini-hakli-kilan-bir-neden-yoksa-fazla-calismaya-katilmamasini-hakli-fesih-nedeni-midir/>> s.e.t. 22.03.2023.

⁷⁴ Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, E:2014/15443, K:2015/584, T:26.01.2015. <<https://legal.com.tr/blog/genel/iscinin-fazla-calisma-yapmamasini-hakli-kilan-bir-neden-yoksa-fazla-calismaya-katilmamasini-hakli-fesih-nedeni-midir/>> s.e.t. 23.03.2023.

⁷⁵ **Taşkent, Savaş** (1981) İşverenin Yönetim Hakkı 1. Baskı, İstanbul, Meter Matbaası. s.10-12; **Korkmaz/ Alp**, s.151; **Altuntepe, Ayşen** (2014) Türk İş Hukukunda İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, s.73-74; **Demir, Fevzi** (2006) Sorularla Bireysel İş Hukuku Cilt 1, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s.68.

vesinde işçilere emir ve talimat verme hakkına sahip bulunmaktadır⁷⁶. Bu nedenle işveren, işyerinde fazla çalışma yapılması kararı almaya yetkilidir. Ancak, işveren vekilinin de işyerinde fazla çalışma kararı alması mümkündür⁷⁷.

Bu bağlamda işveren yönetim hakkı kapsamında fazla çalışmaya karar verme yetkisini haiz olmakla birlikte, yasal mevzuat kapsamında fazla çalışmanın uygulanma şeklini, zamanını, süresini ve fazla çalışmaya katılacak işçileri belirleme yetkisine de sahiptir⁷⁸. Yargıtay da işverenin fazla çalışma kararı alma yetkisi olduğunu, fazla çalışmaya gidilmesi halinde de yönetim hakkı kapsamında işverenin işçilere emir ve talimat verebileceğini kabul etmiştir⁷⁹. Bu nedenle bir işyerinde işveren işçilerden talep ettiği takdirde fazla çalışmaya gidilmesi mümkündür. İşverenin işçilerden bu yönde bir talebi olmamasına karşın işçilerin fazla çalışmaya gitmiş olması, fazla çalışmaya giden işçilere fazla çalışma ücreti isteme hakkı vermemektedir⁸⁰. Hatta Yargıtay işçi işyerinde üst düzey yönetici konumunda çalışan yüksek ücretli bir işçi olsa dahi, işveren tarafınca açıkça fazla çalışma yapması talep edilmemişse, işin gereği gibi yapılması için üst düzey yöneticinin belirlediği kendi çalışma saatleri dolayısıyla fazla çalışma ücreti talep edemeyeceğini kabul etmiştir⁸¹.

⁷⁶ **Dursun Ateş, Sevgi** (2019) İşverenin Yönetim Hakkı. 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık. s.29-30; **Öztürk, Berna** (2021) İşçinin Talimatlara Uyuma Borcu, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık. s.23-25; **Aydınlı, İbrahim** (2005), 'İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi', TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi C: 19, S: 6, s.22-23; **Günay**, s.78-80.

⁷⁷ **Adınır Kaptan, Merter** (2016), İşverenin Yönetim Hakkı, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.30.

⁷⁸ **Yuvalı, Ertuğrul/ Yaba Tuğçe** (2022), İşverenin Yönetim Hakkının ve İşçinin Talimatlara Uyuma Borcunun Bir Sınırı Olarak Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik", YBHD, C: 0, S: 2, s.1692; **Çil, Şahin** (2007), "4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma", Çalışma ve Toplum Dergisi, C: 3, S: 14, s.64; **Adınır**, s.43-45.

⁷⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E:2014/22-2422, K:2017/508, T:15.03.2017. <<http://kazanci.com.tr/gunluk/hgk-2014-22-2421.htm/>> s.e.t. 26.03.2023; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E:2018/6582, K:2018/16484, T:24.09.2018. <<http://kazanci.com.tr/gunluk/9hd-2018-6582.htm>> s.e.t. 28.03.2023.

⁸⁰ **Köseoğlu/ Kabul**, s.241; **Çil** (2007) s.64-66; **Narmanlıoğlu** (2010) s.35-38.

⁸¹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E:2010/7747, K:2012/15054, T:30.12.2009. <<https://demirbas.av.tr/yargitay-karari-fazla-calisma-ucreti/#:~:text=%C4%B0%C5%9Fyerinde%20y%C3%BCcksek%20%C3%BCcret%20olarak%20g%C3%B6rev,%C3%BCcreti%20talep%20edemeyece%C4%9Fi%20kabil%20edilmelidir>> s.e.t. 30.03.2023.

Tüm bu açıklamalar ışığında belirtmek gerekir ki, olağan nedenlerle yapılan fazla çalışma açısından yıllık toplam 270 saatlik bir sınır bulunmaktadır. Ancak fazla sürelerle çalışmada böyle bir durum söz konusu değildir⁸².

Olağan nedenler kapsamında yapılan fazla çalışma, normal işin niteliğine bağlı olarak ortaya çıkan, geçici nitelik taşıyan, haftalık çalışma süresi olan 45 saati aşan çalışmalardır. Bu şekilde birçok iş sahasında olağan nedenlerle fazla çalışmaya gidilebilmektedir. Ancak, maden işinde olağan nedenlerle fazla çalışma yapılması mümkün değildir⁸³. Maden işlerinde çalışan maden işçilerine sadece zorlayıcı sebeplerin veya olağanüstü sebeplerin varlığı halinde fazla çalışma yaptırılması mümkündür⁸⁴.

B. ZORUNLU NEDENLERLE FAZLA ÇALIŞMA

İş Kanunu m.42/1'e göre, *“Gerek bir arıza sırasında, gerek bir arızanın mümkün görülmesi halinde yahut makineler veya araç ve gereç için hemen yapılması gerekli acele işlerde, yahut zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkmasında, işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmamak koşulu ile işçilerin hepsi veya bir kısmına fazla çalışma yaptırılabilir. Bu durumda fazla çalışma yapan işçilere uygun bir dinlenme süresi verilmesi zorunludur.”*

Önemle belirtmek gerekir ki, zorunlu nedenlerin varlığı halinde işveren tüm işçilere veya işçilerin bir bölümüne fazla çalışma yaptırabilmektedir. Ancak, zorunlu nedenlerle fazla çalışmanın yaptırılabilmesi için, işyerinin normal haline geri dönmesi şartı aranmaktadır. Bir başka ifadeyle zorunlu nedenlerle fazla çalışma yapılmasını gerektiren neden ortadan kalktığı takdirde zorunlu nedenlerle fazla çalıştırma yaptırılması mümkün olmayacaktır⁸⁵.

⁸² Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.722-723; Akyiğit, İş Hukuku, s.400-402.

⁸³ Akyiğit Ercan (2014) “Maden İşyerlerinde Çalışma Süreleri ve Fazla Çalışma”, Toplu İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C: 25, S: 3-4-5-6, s.27.

⁸⁴ Sümer, s.141; Keser, s.23-24; Baybora, Dilek (2013) “İş İlişkinin Ücret Zaman ve Kişiler Bakımından Düzenlenmesi”, Nuvit Gerek ve Fatma Kocabaş (Ed.) İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları, s.74.

⁸⁵ Ekin, s.343; Çil (2007) s.62-63; Yılmaz, s.40-42; Ertürk, Zeynep Ezgi (2018), 4857 Sayılı Kanun'a Göre Fazla Çalışma, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.67-69.

Ayrıca zorunlu nedenlerle fazla çalışma, yıllık 270 saat hesabına tabi değildir (İşK. m.41/8). Ancak kanun koyucu kanun metninde “zorunlu nedenle fazla çalışma” başlığını kullanmış olsa da, bu kapsamda fazla çalışma yapılabilmesi için söz konusu nedenin hukuki açıdan bir zorunlu neden olması şart değildir. Hemen belirtelim ki zorunlu nedenin de zorlayıcı sebep (mücbir sebep⁸⁶) ile karıştırılmaması gerekir. Zorlayıcı sebep İşK. m. 24/III ve 25/III ile hüküm altına alınan sebeplerdir ve söz konusu sebepler önceden öngörülmesi mümkün olmayan, kaçınılamayan, beklenmedik şekilde dıştan gelen ve taraflara kusur izafe edilemeyecek olaylardır⁸⁷. O halde zorunlu nedenle fazla çalışmada İşK.'nin 24. ve 25. maddesinde düzenlenen zorlayıcı sebebe gidilmemesi gerekir. Burada kanunun aradığı fazla çalışma yapılması açısından gerekli olan zorunlu neden, işin hemen yapılmasını gerekli kılan acele bir durumun varlığıdır. Ancak, bu niteliğe sahip işi ortaya çıkartan nedenin umulmayan halden, zorunlu nedenden veya kusurlu bir davranıştan kaynaklı olması mümkün bulunmaktadır⁸⁸. Bu bağlamda işyerine çığ düşmesi, işyerinde yangın olması gibi hadiseler bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Böyle durumlarda işçilerin tümünden fazla çalışma yapmasının istenmesi mümkün olacaktır. Zira işçilerin sadakat borcu⁸⁹ bulunmaktadır ve sadakat borcu kapsamında işçilerin zorunlu nedenlerle fazla çalışma borcunu yerine getirmesi gerekmektedir. Sadakat borcunun bir gereği olarak işçi-

⁸⁶ **Yıldırım, Turan** (2019) “Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağan, C: 25, S: 2, s.1521: Özel hukuk açısından mücbir sebep, bir genel davranış yükümlülüğü veya bir borcun yerine getirilmesine engel olan, borçlu tarafın işletme faaliyetlerinden kaynaklanmayan, öngörülemeyen ve kaçınılmaz olarak gerçekleşen olaylardır. Ancak, mücbir sebepten söz edebilmek için bazı unsurların bulunması gerekmektedir. Bu unsurlar, haricilik, kaçınılmaz ve öngörülmezlik şeklinde sıralanabilir.

⁸⁷ <[https://www.nevzaterdag.com/mucbir-sebep-ve-telafi-calismasi/#:~:text=Zorunlu%20neden%2C%20zorlay%C4%B1c%C4%B1%20\(m%C3%BCcbir\),gelen%20ve%20kusurdan%20uzak%20olaylard%C4%B1r](https://www.nevzaterdag.com/mucbir-sebep-ve-telafi-calismasi/#:~:text=Zorunlu%20neden%2C%20zorlay%C4%B1c%C4%B1%20(m%C3%BCcbir),gelen%20ve%20kusurdan%20uzak%20olaylard%C4%B1r)> s.e.t. 16.03.2023.

⁸⁸ **Köseoğlu/ Kabul**, s.243.

⁸⁹ **Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan**, s.135: Sadakat borcu, işçinin iş sözleşmesi süresince dürüstlük kuralı çerçevesinde doğruluk ve bağlılık ilkesine uygun şekilde işverenin ve işyerinin menfaatlerini zedelemeyecek şekilde hareket etmesi ve sadakat göstermesidir.

lerin işyerinin ve işverenin menfaatlerini gözetmesi ve bu doğrultuda hareket etmesi gerekmektedir⁹⁰.

Görülüyor ki, işçilerin haklı bir gerekçe olmadan zorunlu nedenlerle fazla çalışma yapmaktan kaçınmaması gerekir. Bu bağlamda işçinin sağlık nedenleri gibi haklı bir sebep olmaksızın zorunlu nedenlerle fazla çalışma borcunu yerine getirmemesi halinde, sadakat borcuna aykırılık söz konusu olacaktır ve işveren haklı nedenle işçinin iş sözleşmesini feshedebilecektir⁹¹. Şu hususu da vurgulamak gerekir ki, olağan nedenlerle fazla çalışma, işçinin onayına bağlıdır. Ancak, zorunlu nedenlerle veya olağanüstü nedenlerle fazla çalışmada işçinin onayı aranmamaktadır (FÇFSCY m. 9/1).

Yapılan bu açıklamalardan hareketle zorunlu nedenlerden dolayı bazı işlerin yapılması gerekmektedir. Zorunlu nedenlerle fazla çalışma yapılması gerekli olan işler devam ettiği sürece yapılabilmektedir. Dolayısıyla bu tür işlerin tamamlanmasıyla işyeri normal faaliyetine dönmektedir ve işyeri normal faaliyetine tekrar başladığında işçilere fazla çalışma yaptırılması söz konusu olmayacaktır⁹².

Üzerinde durulması gereken bir diğer mesele de, zorunlu nedenlerle fazla çalışma yapan işçilere de postalar halinde çalışan işçilerde olduğu gibi en az 11 saatlik aranın verilmesi gerekir (İŞK. m.42/1; İŞK. m.69/son).

⁹⁰ Poyraz, Ercan (2016) İş Hukuku Şemalı Anlatımlı, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.57; Süzek, s.378; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s.276-278; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s.138-140; Demircioğlu Murat/ Centel, Tankut (2021) İş Hukuku, 21. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, s.103-104; Demir Fevzi/ Demir Gönenç (2009), “İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması”, Kamu İş, C: 11, S: 1, s.2; Arslan Ertürk, Arzu (2010) İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s.146-147; Yavuz, Nihat (2013) Türk Borçlar Kanunu Şerhi Cilt II, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.2222-2224.

⁹¹ Ekin, s.344; Demir/ Gönenç Demir, “İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması”, s.26-28; Durusun, Yonca (2017), “İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Kapsamında İşçinin İş Görme ve Rekabet Etmeme Borcu”, DEÜHFD. Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan C: 19, Özel Sayı, s.2409, 2413; Günay, s.114-115; Tunçomağ / Centel, s.98-100.

⁹² Köseoğlu/ Kabul, s.243-244; Akyiğit, s.383-384; Korkmaz / Alp, s.282; Çil, Şahin (2022) İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2020-2021 Yılları), 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi. s.1060-1062.

C. OLAĞANÜSTÜ NEDENLERLE FAZLA ÇALIŞMA

İş Kanunu m.43/I hükmünde olağanüstü nedenlerle fazla çalışmaya ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Buna göre; “*Seferberlik sırasında ve bu süreyi aşmamak şartıyla yurt savunmasının gereklerini karşılayan işyerlerinde fazla çalışmaya lüzum görülrse işlerin çeşidine ve ihtiyacın derecesine göre Cumhurbaşkanı günlük çalışma süresini, işçinin en çok çalışma gücüne çıkarabilir.*” Şu halde böylesi fazla çalışma yapılabilmesi için Cumhurbaşkanı kararı gerekmektedir. Bu kapsamda işverenin talimatı ile olağanüstü nedenlerle fazla çalışma yapılması söz konusu değildir. Zira seferberlik nedeniyle ve seferberlik süresince böyle bir fazla çalışma yapılabilmektedir⁹³.

İş Kanunu m.43/2 hükmüne göre, “*Bu suretle fazla çalıştırılan işçiler için verilecek ücret hakkında 41 inci maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları hükümleri uygulanır.*” Buna göre olağanüstü nedenlerle fazla çalışma yaptırılan işçiler de zamlı ücret almaya hak kazanmaktadır. Ancak, olağanüstü nedenlerle fazla çalışma yapan işçilerin serbest zaman seçeneğinden yararlanması söz konusu olmayacaktır. Ayrıca Cumhurbaşkanı'nın fazla çalışma yapılması yönünde talimat vermesi ile birlikte, işçi ve işverenlerin bu talimata uyma ve fazla çalışma yapma yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır⁹⁴. Olağanüstü nedenlerle fazla çalışmada işçinin onayı aranmamaktadır (Fazla Çalışma Yönetmeliği m. 9/1). Ayrıca haklı bir nedeni olmayan işçinin olağanüstü nedenlerle fazla çalışmaktan kaçınması söz konusu değildir. Haklı bir nedeni olmadığı halde işçinin fazla çalışmaktan kaçınması halinde işveren işçinin sözleşmesini İşK. m.25/II hükmü kapsamında haklı nedenle feshedebilecektir. Ancak, hekim raporu kapsamında fazla çalışma yapmaya elverişli olmayan kişilerin fazla çalışma yapması söz konusu değildir.

Ayrıca İşK. m.71 hükmünde düzenlendiği üzere çocuklar da fazla çalışma yapamamaktadır. Bunun yanında, FÇFSCY'nin 8. maddesinde belirtildiği şekliyle fazla çalışma yapmaya elverişsiz kişilerin fazla çalıştırılması mümkün değildir. Dolayısıyla bedeni ve ruhi açıdan fazla çalışma yapmaya elverişli olmayan kişilere fazla çalışma

⁹³ Köseoğlu/ Kabul, s.241; Korkmaz/Alp, s.283; Günay, s.191.

⁹⁴ Aydoğdu Günalp, Ayşenur (2019), Fazla Çalışmanın İspatı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.18; Yılmaz, s.46; Akyiğit, s.385.

yaptırılması söz konusu olmamaktadır⁹⁵. Buna ek olarak olağanüstü nedenlerle yapılan fazla çalışmada denkleştirmenin uygulanması mümkün olmamaktadır⁹⁶.

Olağanüstü nedenlerle yapılan fazla çalışmada işçilerin çalışma gününde ne kadar süre çalışacağı önem arz eden bir meseledir. Zira İş Kanunu'nda olağanüstü nedenlerle yapılan fazla çalışmada çalışma gününe ilişkin bir süre öngörülmemiştir. Burada işçinin en fazla günlük çalışma süresinin belirlenmesi açısından yapılacak işlerin türüne ve ihtiyaç dönemine göre bir değerlendirmenin yapılması isabetli olacaktır. Bu bağlamda yapılan işin niteliği, çalışma şartları gibi kriterlerin dikkate alınması ve işçi sağlığının da göz önünde bulundurularak işçinin azami olarak ne kadar çalışabileceğine bakılması gerekmektedir⁹⁷. Ancak 93/101 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin 3. maddesinde 24 saatlik çalışma diliminde işçilerin en az 11 saat dinlendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir⁹⁸.

Ek olarak, İşK. m.69/son hükmünde de posta⁹⁹ değişiminde işçilerin en az 11 saat dinlendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu nedenle olağanüstü nedenlerle yapılan fazla çalışmada da 24 saatlik zaman diliminde işçilerin en az 11 saat dinlendirilmesi yerinde olacaktır. Dolayısıyla olağanüstü nedenlerle yaptırılan fazla çalışma söz konusu olduğunda dahi, işçilerin sınırsız bir şekilde çalıştırılması söz konusu değildir. Burada işçinin çalışma günü en fazla 13 saat kabul edilebilir. Zira 24 saat içinde işçilere en az 11 saat dinlenme süresinin verilmesi gerekmektedir¹⁰⁰.

IV. FAZLA ÇALIŞMANIN KARŞILIĞI

Hayatın genel olağan akışı göz önünde bulundurulduğunda fazla çalışan işçi daha fazla efor harcamak mecburiyeti altında kalmaktadır. Ayrıca işçi, normal

⁹⁵ Keser, s.23-24; Sümer, s.141.

⁹⁶ Çil (2007) s.64-65.

⁹⁷ Köseoğlu/ Kabul, s.241.

⁹⁸ <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A31993L0101>> s.e.t. 13.04.2021.

⁹⁹ Özer, Hasan/Günaydın, Aykut (2017) “Zonguldak'ta Maden İşçilerinin Kömür Ocaklarında Kullandıkları Bazı Madencilik Terimleri Üzerine”, Uluslararası Türkçe Edebiyat Kültür Eğitim Dergisi, C: 6, S: 3, s.1348; Posta, vardiyaların belirlenmesi için kullanılan bir kavramdır. Her postada işçiler ayrı ayrı ekipler halinde çalışmaktadır.

¹⁰⁰ Akyiğit (2005) s.7.

şartlarda dinlenmesi gereken zaman dilimini de işe tahsis etmektedir. Bunun yanında fazla çalışma yapılması nedeniyle işveren de ekstra bir menfaat elde etmektedir. Bu gibi sebeplerle fazla çalışma yapan işçiye, yapmış olduğu fazla çalışmanın karşılığının verilmesi gerekmektedir¹⁰¹.

İşçi çalışması gereken sürenin üzerinde bir çalışma yaptığı için İşK. m.41'de fazla çalışmanın karşılığı özel olarak hüküm altına alınmıştır. İşK. m.41 hükmünü genel hatlarıyla ele aldığımızda, fazla çalışma yapan işçinin iki hakkı bulunmaktadır.

Söz konusu hükme göre, fazla çalışma yapan işçiye belli bir orana göre zamlı ücret ödenebilir veya yine belli bir süre serbest zaman verilebilir. Daha sonra zamlı ücretin nasıl hesaplanacağı ve işçiye ne kadar serbest zaman verilebileceği ayrıntılı şekilde ele alınacaktır¹⁰². Ancak, şu hususu belirtmek gerekir ki, işçinin seçimlik hakkı söz konusudur¹⁰³.

A. İŞÇİYE ZAMLI ÜCRET ÖDENMESİ

Fazla çalışma ücretinin belirlenmesi açısından öncelikli olarak işçinin ücretinin belirlenmesi gerekmektedir. Ücretin hizmet sözleşmesi ile belirlenmesi mümkündür¹⁰⁴. Ancak, hizmet sözleşmesi kapsamında ücretin tayin edilmemesi

¹⁰¹ **Karakaş, İsa** (2014) *İşçi Alacakları ve Tazminatları İle Dava Yolları*, Ankara, Bilge Yayınevi, s.35; **Çil Şahin** (2009), “Yargıtay Kararlarına Göre İşçinin Ücreti”, *Sicil İş Hukuku Dergisi* C: 0, S: 15, s.70; **Mülayim/ Aydınalp**, s.430-432; **Narmanlıoğlu**, *İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma ve Karşılığı*, s.38; **Kaya, Erdoğan** (t.y). “Fazla Çalışma (Fazla Mesai)-İşçinin Onayının Alınması Gereği”, <[https://www.sinerjias.com.tr/makale/FAZLA%20C3%87ALI%C5%9EM A\(%20FAZLA%20MESA%C4%B0\)-%C4%B0%C5%9E%C3%87%C4%B0N%C4%B0N%20ONAYININ%20ALINMASI%20GERE%C4%9E %C4%B0-HAKLI%20FES%C4%B0H.pdf](https://www.sinerjias.com.tr/makale/FAZLA%20C3%87ALI%C5%9EM A(%20FAZLA%20MESA%C4%B0)-%C4%B0%C5%9E%C3%87%C4%B0N%C4%B0N%20ONAYININ%20ALINMASI%20GERE%C4%9E %C4%B0-HAKLI%20FES%C4%B0H.pdf)> s.e.t. 07.02.2023.

¹⁰² **Köseoğlu/ Kabul**, s.245.

¹⁰³ **Astarlı, Muhittin** (2008b), “Alman ve Türk Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma Ücretinin Asıl Ücrete Dâhi Olduğuna İlişkin Sözleşme Hükümleri ve Geçerlik Koşulları”, *Kamu İş Dergisi*, C: 9, S: 4, s.51.

¹⁰⁴ **Süzek, Sarper** (2007), “İşçi Ücretlerinin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları”, *AÜHFD*, C: 56, S: 4, s.214; **Narmanlıoğlu** (2014) s.282-283; **Tunçomağ/Centel**, s.105-106; **Demircioğlu/Centel**, s.106; **Karakaş**, s.35; **Çil**, “Yargıtay Kararlarına Göre İşçinin Ücreti”, s.70; **Korkusuz, Mustafa Halit** (2017) 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sonuçları ve 4857 Sayılı İş Kanunu'na Tabi İşçilere Etkisi, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, s.12-13.

halinde Yargıtay ücretin belirlenmesi açısından birtakım kriterler ortaya koymuştur. Buna göre hizmet sözleşmesinde ücretin belirlenmemesi halinde, işçinin kişisel becerileri, işyerindeki pozisyonu, kıdemi, işçinin yaptığı işin niteliği, işyerinin yapısı ve özellikleri, aynı işi yapan aynı pozisyondaki işçilere verilen emsal ücrete, iş sözleşmesinin türü ve işçinin çalıştığı bölgedeki örf ve adete göre bir ücretin tayin edilmesi gerekmektedir¹⁰⁵.

Ücretin tayin edilmesi açısından işçi ile işveren arasında kurulan iş ilişkisinin mahiyeti büyük önem taşımaktadır¹⁰⁶. Ancak uygulamada işçinin fazla çalışma yapması halinde işçinin kaç saat fazla çalıştığı ve fazla çalışma karşılığı ne kadar ücretin ödenmesi gerektiği konusunda sıkıntılar yaşanabilmektedir¹⁰⁷. Bu nedenle fazla çalışma ücretinin nasıl hesaplandığının bilinmesi ve fazla çalışma ücretinin doğru bir şekilde hesaplanması büyük öneme sahiptir. Zira adaletin ve hakkaniyetin sağlanması açısından fazla çalışma yapan işçiye normal ücretinin verilmesini beklemek insaflı bir yaklaşım olmayacaktır.¹⁰⁸ Onun içindir ki, fazla çalışma yapan işçinin, zamlı ücret alması bir gereklilik halini almıştır¹⁰⁹.

İş Kanunu m.41/2'ye göre fazla çalışma yapan işçiye saat başına düşen ücretinin %50 zamlı ödenmesi gerekmektedir. Hemen belirtelim ki, İşK. m.41/3 hükmü uyarınca fazla sürelerle çalışma yapan işçiye de saat başına düşen ücreti-

¹⁰⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E:2012/844, K:2012/749, T:14.11.2012 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2012-9-844-k-2012-794-t-14-11-2012>> s.e.t. 01.08.2021; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E:2016/13980, K:2020/2869, T:24.02.2020. <<https://www.isveiscidavalari.com/wp-content/uploads/2020/09/YARGITAY-9.-HUKUK-DAI%CC%87RESI%CC%87-E.-201613980-K.-20202869-T.-24.2.2020.pdf>> s.e.t. 03.08.2021; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E:2008/372, K:2009/15530, T.02.06.2009. <<https://legalbank.net/kavramara.aspx?a=%C3%9CCRET%C4%B0N+%C4%B0SPATI&s1>> s.e.t. 07.08.2021.

¹⁰⁶ **Evren, Öcal Kemal** (2011) İş Hukukunda Ücret Uygulaması 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.21; **Akyiğit**, İş Hukuku, s.181-182; **Eren, Fikret** (2021) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, s.554-555; **Demircioğlu / Centel**, s.106; **Çil**, “Yargıtay Kararlarına Göre İşçinin Ücreti”, s.70; **Karakaş**, s.35; **Korkmaz**, s.12-13; **Tunçomağ /Centel**, s.105-106; **Süzek** (2007) s.214; **Narmanlıoğlu**, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, s.282-283.

¹⁰⁷ **Demir**, İş Hukuku ve Uygulaması, s.402; **Tunçomağ /Centel**,s. 123-127.

¹⁰⁸ **Köseoğlu / Kabul**, s.245.

¹⁰⁹ **Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat**, s.728.

nin %25 zamlı ödenmesi zorunludur. Buna göre normalde saat başına 100 TL alan bir işçi, fazla çalışma yaptığı her saat için 150 TL almaya hak kazanmaktadır. Aynı şekilde saat başına 100TL alan işçinin, fazla sürelerle çalışma yapması halinde de işçi, saat başına 125 TL almaya hak kazanmaktadır¹¹⁰. İşçi hangi nedenle fazla çalışma yapmış olursa olsun, işçinin saat başına düşen ücretinin % 50 zamlı karşılığının işçiye ödenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla fazla çalışma ücretinin tespit edilmesi açısından fazla çalışmaya yol açan nedenin bir önemi yoktur¹¹¹.

Ayrıca İş Kanunu'nda fazla çalışmanın karşılığının hesabına ilişkin yer alan hükümler nispi emredici bir niteliğe sahiptir. Bu nedenle fazla çalışma ücretinin işçi lehine arttırılması ve işçiye daha yüksek fazla çalışma ücretinin ödenmesi mümkün olup, bu yönde karar alınmasının önünde bir engel bulunmamaktadır¹¹².

Görülüyor ki, işçinin haftalık 45 saat ücret karşılığının tam olarak belirlenmesi ve işçinin bir saatlik ücretinin doğru hesaplanması gerekmektedir. Zira FÇFSCY m. 10 hükmüne göre işverenin, fazla çalışan veya fazla sürelerle çalışan işçinin bu çalışmasının karşılığı işlemiş ücreti ile normal çalışma karşılığı olan ücretleri ile birlikte, İŞK m. 32 ve m. 34hükümleri uyarınca ödemesi ve yapılan bu ödemelere ilişkin düzenlenen ücret bordoları ve işçiye verilecek ücret hesap pusulalarında tüm ödeme bilgilerinin açık bir şekilde yer alması gerektiği düzenlenmiştir¹¹³. Bir de fazla çalışma ücretinin, ücrete dahil olduğunun kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı meselesi gündeme gelmektedir. Fazla çalışma ücretinin ücrete dahil edilebileceğine ilişkin mevzuatımızda herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Ancak sözleşme serbestisi ilkesi göz önünde bulunduruldu-

¹¹⁰ Günalp, s.22.

¹¹¹ Köseoğlu / Kabul, s.246.

¹¹² Mülayim / Aydınalp, s.419; Köseoğlu / Kabul, s.246.

¹¹³ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E:2017/19030, K:2020/15339, T:09.11.2020. <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2017-19030-k-2020-15399-t-9-11-2020>> s.e.t. 09.08.2022; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E:2010/38484, K:2013/2588, T:23.01.2013. <<https://legalbank.net/kavramara.aspx?a=%C3%9CCRET%C4%B0N%20%C3%96DEND%C4%B0%C4%9E%C4%B0N%C4%B0N%20%C4%B0SPATI&s=1>> s.e.t. 16.08.2022.

ğunda ve işverenin de işçinin yazılı onayını alması halinde işçi ile işverenin bu yönde bir anlaşma yapmasının önünde bir engel bulunmamaktadır¹¹⁴.

Bu doğrultuda sözleşme ile fazla çalışmanın ücrete dahil edilebileceğinin kararlaştırılması mümkündür. Ancak burada yıllık 270 saatlik bir sınır bulunmaktadır. Yıllık 270 saate kadar yapılan fazla çalışmalar ücrete dahil olmakla birlikte, yıllık 270 saati aşan fazla çalışma için işçiye zamlı ücret ödenmesi gerekmektedir¹¹⁵.

Yargıtay işçinin fazla çalışma saat ücretinin, normal çalışma saat ücretinin %50 fazlası olduğunu, ancak fazla çalışma yapılan saatler için normal çalışma ücretinin ödenmesi halinde, sadece kalan %50 kısmın ödeneceğini, bunun yanında İş Kanunu'nda düzenlenen şartların varlığı halinde fazla çalışma ücretinin oluşacağını, bunun için söz konusu ücretin bir prim alacağı olmadığını, fazla çalışma yapsın veya yapmasın prim ödemesi var ise işçinin prime hak kazanacağını ifade etmiştir¹¹⁶. İşçinin hafta içi veya hafta sonu fazla çalışma yapması, fazla çalışma ücretinin hesaplanması açısından bir farklılık yaratmamaktadır. Her iki durumda da işçiye saat başına aldığı ücreti % 50 zamlı ödenir. Ancak, milli ve dini bayramlarda işçinin fazla çalışma yapması halinde işçiye saat başına aldığı

¹¹⁴ <<https://blog.lexpera.com.tr/fazla-calisma-ucretinin-aylik-ucrete-dahil-edilme-esaslari/#:~:text=Fazla%20%C3%A7al%C4%B1%C5%9Fma%20%C3%BCcretinin%20ayl%C4%B1k%20%C3%BCcrete%20dahil%20edilmesine%20ili%C5%9Fkin%20bir%20h%C3%BCk%C3%BCm,b%C3%B6yle%20bir%20anla%C5%9Fmaya%20varmas%C4%B1%20m%C3%BCmk%C3%BCnd%C3%BCr%20>> s.e.t. 01.09.2023.

¹¹⁵ **Kaya, Erdoğan** (t.y), “Fazla Çalışma (Fazla Mesai)-İşçinin Onayının Alınması Gereği”, <[https://www.sinerjias.com.tr/makale/FAZLA%20%C3%87ALI%C5%9EMA\(%20FAZLA%20MESA%C4%B0\)-%C4%B0%C5%9E%C3%87%C4%B0N%C4%B0N%20ONAYININ%20ALINMASI%20GERE%C4%9E%C4%B0-HAKLI%20FES%C4%B0H.pdf](https://www.sinerjias.com.tr/makale/FAZLA%20%C3%87ALI%C5%9EMA(%20FAZLA%20MESA%C4%B0)-%C4%B0%C5%9E%C3%87%C4%B0N%C4%B0N%20ONAYININ%20ALINMASI%20GERE%C4%9E%C4%B0-HAKLI%20FES%C4%B0H.pdf)> s.e.t. 07.02.2023.

¹¹⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E:2016/13980, K:2020/2869, T:24.02.2020. <<https://www.isveisci.davalari.com/wp-content/uploads/2020/09/YARGITAY-9.-HUKUK-DAI%CC%87RESI%CC%87-E.-201613980-K.-20202869-T.-24.2.2020.pdf>> s.e.t. 17.02.2022; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E:2015/28185, K:2018/22159, T:03.12.2018. <<https://www.alomaliye.com/2019/07/17/yargitay-9-hukuk-dairesi-karari-e-2015-28185-fazla-calisma-ucretinin-odenmemesi-fesih/>> s.e.t. 12.03.2022; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E:2015/22-2360, K:2018/1904, T:07.02.2018. <<https://www.calismatoplum.org/yargitay-karari/fazla-calisma-ucretinde-karineye-dayali-makul-indirim>> s.e.t. 19.03.2022.

ücretinin % 100 zamlı ödenmesi gerekmektedir¹¹⁷. Dolayısıyla fazla çalışma karşılığı işçiye zamlı ücret ödenmektedir. Bununla birlikte fazla çalışma karşılığı ödenecek zamlı ücretin da ayrıca hesaplanması ve asıl ücretle birlikte işçiye ödenmesi gerekmektedir¹¹⁸.

İş Kanunu m. 32/7 uyarınca ücret alacaklarına ilişkin zamanaşımı süresi beş yıldır. Fazla çalışma ücreti alacağı açısından da İşK. m. 32/7 hükmü kapsamında normal ücret alacaklarında uygulanan 5 yıllık zaman aşımı süresi uygulanmaktadır.

Zamanaşımı süresinin belirlenmesi açısından ücret alacakları için, iş sözleşmesinin sona erip ermemesine bakılmamaktadır. Öyleyse ücret alacağı iş sözleşmesi sona ermeden önce doğmuş ve ödenmemişse zamanaşımı süresi işlemeye devam etmektedir¹¹⁹.

Bu doğrultuda denkleştirme dönemi tamamlanmadan önce iş sözleşmesi sona ermişse, bu zamana kadar işçinin yaptığı çalışmanın belirlenmesi önem arz etmektedir. Buna göre denkleştirme döneminin sonu açısından sözleşmenin ortadan kalktığı tarih esas alınır ve bu tarihe kadar yapılan haftalık ortalama çalışma süresinin üzerinde olan çalışmalar için fazla çalışma ücretinin ödenmesi isabetli olacaktır¹²⁰.

¹¹⁷ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E:2016/5688, K:2019/14533, T:01.07.2019. <<https://www.calisma-mevzuati.com/2019/09/fazla-mesai-ispai/>> s.e.t. 17.02.2022; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E:2017/19030, K:2020/15339, T:09.11.2020. <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2017-19030-k-2020-15399-t-9-11-2020>> s.e.t. 22.02.2022.

¹¹⁸ **Astarlı**, Alman ve Türk Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma, s.51.

¹¹⁹ **Evren**, s.52; **Tunçomağ/Centel**, s.123; **Ücret Alacaklarında Zamanaşımı** <https://www.baris-erdem.com/pdf/ucret_alacaklarindazamanasimi.pdf> s.e.t. 15.01.2023; **Keskin, Halil Ahmet** (2020), İş Hukukunda Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süre, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.48-49; **Yakışık, Müşerref** (2010), 4857 Sayılı İş Kanununa Tabi Alacaklarda Zamanaşımı Süresi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.132-134.

¹²⁰ **Köseoğlu / Kabul**, s.250.

B. SERBEST ZAMAN HAKKI

İş Kanununun.41/4 hükmünde ise işçiye serbest zaman¹²¹ hakkı tanınmıştır. Söz konusu hükme göre fazla çalışma yapan işçi isterse zamlı ücret yerine 1 saat 30 dakika serbest zaman kullanabilmektedir.

Ayrıca aynı maddede zamlı ücrete alternatif olarak fazla sürelerle çalışan işçinin de 1 saat 15 dakika serbest zaman hakkını kullanabileceği hükme bağlanmıştır. Aynı şekilde FÇFSCY m. 6hükmünde de fazla sürelerle çalışma yapan veya fazla çalışan işçinin istemesi halinde işverenden yazılı talepte bulunmak kaydıyla yaptığı çalışmanın karşılığı olarak zamlı ücretin muadili olarak serbest zaman kullanabileceği düzenlenmiştir.

Her iki hüküm birlikte ele alındığında gerek fazla çalışmada, gerek fazla sürelerle çalışmada işçinin serbest zaman hakkını kullanabilmesi için yazılı başvuruda bulunması gerekmektedir¹²². Bununla birlikte, İşK. m.41/5 hükmü uyarınca işçi kazandığı serbest zaman hakkını 6 aylık süre kapsamında, ücretinde bir kesinti olmaksızın ve çalışma süresi içinde kullanabilmektedir. Ancak şu husus belirtilmelidir ki, bu serbest zaman süreleri nispi emredici niteliktedir. Bu nedenle işçi lehine bu sürelerin arttırılması mümkündür¹²³. Zira Yargıtay söz konusu sürelerin işçi lehine sözleşmelerle arttırılmasının mümkün olduğunu kabul etmiştir¹²⁴. Fazla çalışma yapan işçi yazılı talepte bulunduğu takdirde serbest zaman hakkını kullanabilmektedir. İşverenin bu talebi reddetmesi söz konusu değildir. Ayrıca işçinin yazılı talepte bulunmaması halinde işveren serbest zaman kullanması için işçiyi zorlayamamaktadır. Dolayısıyla yazılı bir talebinin olmaması halinde işveren fazla çalışma ücreti yerine işçinin serbest zaman kullanması yönünde bir karar veremekte-

¹²¹ 1475 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde işçiye fazla çalışma karşılığı zamlı ücret verilmesi söz konusu iken, işçiye zamlı ücret karşılığında serbest zaman hakkı tanınmamaktaydı. Bir başka ifadeyle işçi fazla çalışma karşılığı sadece zamlı ücrete hak kazanmaktaydı.

¹²² Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s.735; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s.356.

¹²³ Ekin, s.345; Köseoğlu / Kabul, s.245.

¹²⁴ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E:16/19455, K:2020/6892, T:01.07.2020. <www.kazanci.com.tr> s.e.t. 17.11.2020.

dir¹²⁵. İşçinin serbest zaman hakkını kullanabilmesi için, haftalık çalışma süresinin 45 saatin üzerinde mi yoksa altında mı olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Bu durumda işçinin haftalık çalışma süresi tam saat olmayabilir. Örneğin işçi haftalık 45 saat 35 dakika bir çalışma yapmış olabilir. O nedenle fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışmada yapılan çalışmanın kaç saat olduğunun belirlenmesi açısından FÇFSCY m.5/f-2 hükmüne göre yarım saatin altındaki çalışmalar yarım saat, yarım saatin üzerindeki çalışmalar bir saat olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla işçinin yapmış olduğu çalışmanın belirlenmesinde yarım saat sınır teşkil etmektedir.

Normal haftalık çalışma süresi 45 saat olmakla birlikte, maden işçileri açısından normal haftalık çalışma süresi 37,5¹²⁶ saattir. Buna göre maden işçileri ancak zorlayıcı ve olağanüstü nedenlerin varlığı halinde haftalık 37,5 saatin üzerinde çalıştırılmışsa, 37,5 saati aşan çalışmalar fazla çalışma olmaktadır. Söz konusu şartların varlığı halinde fazla çalışma yapan maden işçileri de fazla çalışma ücretine hak kazanmaktadır. Bunun yanında normalde haftalık 45 saati aşan çalışmalarda işçinin saatlik ücreti % 50 zamlı ödenirken, maden işçilerine haftalık 37,5 saati aşan çalışmalar için saat başına düşen ücretleri % 100 zamlı ödenmektedir (İşK. m.41/10).

İş Kanunu m. 41 hükmünde yapılan düzenlemeler İşK. m. 42 ve m. 43 hükmünde yer alan düzenlemelerle birlikte değerlendirildiğinde genel sebeplerle ve zorunlu nedenlerle yapılan fazla çalışmalarda işçiye saat başına düşen ücretinin % 50 zamlı ödenmesi gerekmektedir. Aynı şekilde genel sebepler ve zorunlu sebepler kapsamında fazla sürelerle çalışma yapan işçiye saat başına düşen ücretinin %25 zamlı ödenmesi gerekmektedir. Ancak zorunlu bir nedenle fazla çalışan işçilerin zamlı ücreti almayıp serbest zaman hakkından yararlanması söz konusu değildir.

¹²⁵ **Ekmekçi Ömer/ Yiğit Esra** (2022) Bireysel İş Hukuku Dersleri, 4. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s.333; **Süzek**, İş Hukuku, s.802; **Kılıçoğlu, Mustafa** (2009) İlke Kararları İşığında İş Hukukunda Temel Kavramlar, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s.309; **Sümer**, s.141; **Keser**, s.23-24; **Baybora**, s.174.

¹²⁶ 6645 sayılı Kanun'un 36. maddesinde 04.04.2015 tarihinde yapılan bir düzenleme ile birlikte İş K. m. 63/1 hükmünde de bir düzenlemeye gidilmiştir. Böylece günlük ve haftalık çalışma süreleri açısından maden işçileri bakımından farklı bir düzenleme yapılmıştır.

Önemle belirtmek gerekir ki, fazla çalışma yapan işçinin serbest zaman kullanma zorunluluğunun olduğuna dair iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesine konulan hükümler geçerli olmayacaktır¹²⁷. Zira serbest zaman hakkı, fazla çalışma ücretini ikame eden ve fazla çalışma karşılığında işçiye verilen bir haktır. Ayrıca işçi sağlığının korunabilmesi ve işçinin dinlenebilmesi açısından serbest zaman hakkı önemli bir işleve sahiptir. Ancak belirtmek gerekir ki serbest zaman hakkı, kanun veya sözleşmeyle işçiye tanınan izin sürelerinden farklıdır. Serbest zaman hakkı fazla çalışma karşılığında işçiye tanınan bir haktır¹²⁸.

V. FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİNİN ÖDENMEMESİNİN YAPTIRIMLARI

A. İŞ AKDİNİN HAKLI NEDENLE FESHİ

Fazla çalışma ücretinin ödenmemesi ile ilişkili uygulamada birtakım sorunlar yaşanmakla birlikte¹²⁹, bu duruma ilişkin birtakım çözüm önerileri de ortaya koyulmaktadır. Zira işçinin emeğini temsil eden, işçinin kişiliğine bağlı ve çoğu zaman işçinin en önemli geçim kaynağı olan ücret kutsaldır¹³⁰. Bu nedenle ücretin korunması anlayışı üzerinde çalışma yaşamının yükselmesi amaçlanmıştır¹³¹. Ücrete bu denli önem atfedilmekle birlikte, bir de fazla çalışma yapan işçinin, fazla çalışmanın karşılığı ücreti alamamasını kabul etmek mümkün değildir¹³².

Bu doğrultuda işverenin sözleşmeden ve yasalardan kaynaklanan işçinin ücret ve diğer işçilik hak ve alacaklarını ödemesi gerekmektedir¹³³. İşverenin

¹²⁷ **Süzek**, İş Hukuku, s.802; **Demircioğlu / Centel**, s.106-107.

¹²⁸ **Köseoğlu / Kabul**, s.245.

¹²⁹ **Demir**, İş Hukuku ve Uygulaması, s.402; **Evren**, s.21; **Tunçomağ / Centel**, s.123-127.

¹³⁰ **Çil**, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2020-2021 Yılları), s.672-673; **Karakaş**, s.35; **Demircioğlu/Centel**, s.105; **Süzek** (2007) s.214-215; **Çelik / Caniklioğlu / Canbolat**, s.758.

¹³¹ **Günay**, s.106; **Çelik / Caniklioğlu / Canbolat**, s.758-760.

¹³² **Aktay, Nizamettin / Arıcı, Kadir / Senyen Kaplan, E. Tuncay** (2013) İş Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Gazi Kitapevi. s.103; **Demircioğlu / Centel**, s.103; **Süzek**, “İşçi Ücretinin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları”. s.104.

¹³³ **Ocak, Uğur** (2013) 4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre 9. Hukuk Dairesinin Emsal İçtihatlarıyla İşçilik Alacakları Cilt 1, 1. Baskı, Ankara, Kalkan Matbaacılık, s.1-2; **Çil**, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2020-2021 Yılları), s.672-673; **Süzek**, “İşçi Ücretlerinin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları”, s.102-103.

işçilik hak ve alacaklarını ödememesi halinde işçi, haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebilmektedir¹³⁴. Ücret açısından geniş anlamda ücret, dar anlamda ücret; asıl ücret, ek ücret gibi çeşitli ayrımlar yapılmaktadır¹³⁵. Bu başlık altında fazla çalışma ücretinin ödenmemesi nedeniyle iş akdinin feshi konusu ele alındığı için, ücret türlerine ilişkin detaylı açıklamalar yapılmayıp, fazla çalışma ücretinin ödenmemesi nedeniyle iş akdinin feshedilip feshedilemeyeceği, feshedilecekse hangi şartlar altında feshedilebileceği ile ilgili açıklamalara ağırlık verilecektir. Ancak konuyla ilgili olması hasebiyle şu hususa değinmek gerekir ki, fazla çalışma açısından geniş anlamda ücret esas alınmaktadır¹³⁶.

Fazla çalışmaya gidilebilmesi için işverenin fazla çalışma yapılmasını işçiden talep etmesi¹³⁷ ve işçinin de fazla çalışmaya onay vermesi gerekmektedir¹³⁸. Zira FÇFŞÇY m. 9 hükmüne göre, “*Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırmak için işçinin yazılı onayının alınması gerekir.*” Buna göre işçinin yazılı onayı alınmamışsa örneğin işçiden sözlü onay alınmışsa işçiye fazla çalışma yaptırılması mümkün olmayacaktır¹³⁹. O halde işverenin yazılı onay vermemiş işçiyi, fazla çalışmaya zorlaması söz konusu olmayacaktır¹⁴⁰. Bu bağlamda her

¹³⁴ **Narter, Sami** (2017), ‘İşçi Alacaklarında Hakkaniyet İndirimi ve Zamanaşımının Çakışması Sorunu’, *Karatahta/İş Yazıları Dergisi* C: 0, S: 9, s.39-40; **Antalya, Ö. Gökhan** (2016) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* Cilt 1, 2. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, s.22-23.

¹³⁵ **Korkmaz / Alp**, s.151; **Akyiğit**, *İş Hukuku*, s.193; **Günay**, s.109-111; **Narmanlıoğlu**, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri*, s.282-283; **Tunçomağ / Centel**, s.105-106; **Şahin**, *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2020-2021 Yılları)*, s.1025-1027.

¹³⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E:2012/3896, K:2014/11195, T:02.04.2014. <<https://calismatoplum.org/yargitay-karari/ucretin-odenmemesi-1>> s.e.t. 03.09.2023.

¹³⁷ Bir işverene bağlı çalışan işçiler fazla çalışma ücretine hak kazanabilmektedir. Buna göre kendi mesaisini belirleme özgürlüğüne sahip olan üst düzey yöneticiler fazla çalışma ücretine hak kazanamamaktadır; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E:2007/18589, K:2008/133, T:01.04.2008. <www.kazanci.com.tr> s.e.t. 02.05.2020.

¹³⁸ **Özcan**, s.496: İşçiye fazla çalışma yaptırılabilmesi için işçiden onay alınması gerekir. Ancak, işçinin de fazla çalışmaya onay vermiş olması halinde fazla çalışma borcunu yerine getirmesi gerekir.

¹³⁹ **Tunçomağ / Centel**, s.117-118.

¹⁴⁰ **Ekici, Mehmet** (2019), *İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi*, İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.167.

sene başında ilgili takvim yılını kapsayacak şekilde fazla çalışma için işçinin yazılı muvafakati alınabilir. İşçiden alınan bu muvafakat her sene başında alındığı için bir yıl geçerli olmaktadır¹⁴¹. Ancak, işçinin fazla çalışmaya onay verip, fazla çalışması halinde işverenin de fazla çalışma ücretini ödemesi gerekir¹⁴².

Ücret¹⁴³, iş sözleşmesinin temel unsurlarından biridir¹⁴⁴. Ayrıca iş görme edimini yerine getiren işçiye emeğinin karşılığının verilmemesi, insani değerlerle de örtüşmemektedir.¹⁴⁵ Bu nedenle işverenin iş görme edimini yerine getiren işçiye karşı ücret ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁴⁶.

İşverenin ücreti ödememesi halinde işçi iş sözleşmesini haklı nedene dayanarak feshedebilmektedir. Konuya ilişkin düzenleme İş Kanunu'nun "İşçinin haklı nedenle derhal fesih hakkı" başlığı altında düzenlenmiştir. İşK. m. 24/II-e hükmünde işveren tarafının işçi ücretinin kanun veya sözleşme hükümlerine uygun olarak hesaplanmaması veya ödenmemesi halinde işçinin haklı fesih yolu olduğu düzenlenmiştir. Söz konusu maddede geçen ücret kavramını yalın haliyle düşünmemek gerekir. Zira maddede geçen ücret kavramı, fazla çalışma ücretini de kapsamaktadır¹⁴⁷.

¹⁴¹ <<http://iskanunu.com/yargitay-kararlari/fazla-calisma-sebebi-ile-is-sozlesmesini-fesheden-iscinin-tazmi-nat-hakki-var-midir/>> s.e.t. 22.04.2022.

¹⁴² **Kılıçoğlu**, s.525; **Tunçomağ / Centel**, s.117-118.

¹⁴³ Yargıtay, fazla çalışma ücretini, geniş anlamda ücret niteliğinde olduğunu kabul etmiş ve fazla çalışma ücreti açısından da İşK. m. 34 hükmünün uygulanması gerektiğini belirtmiştir; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E:2017/3057, K:2020/8621, T:02.07.2020. <<https://www.esraakyildiz.av.tr/makaleler/%C4%B0%C5%9E%C3%87%C4%B0n%C4%B0n-fazla-mesa%C4%B0-%C3%9Ccret%C4%B0n%C4%B0n-%C3%96denmemes%C4%B0>> s.e.t. 01.05.2022.

¹⁴⁴ **Süzek** (2007) s.214-215; **Korkusuz, Mustafa Halit**, s.12-13; **Çil** (2009) s.70; **Karakaş**, s.35; **Demircioğlu / Centel**, s.106; **Tunçomağ / Centel**, s.105-106; **Narmanlıoğlu**, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, s.282-283.

¹⁴⁵ **Akyiğit**, İş Hukuku, s.181-182; **Evren**, s.21-22; **Süzek**, "İşçi Ücretinin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları". s.215-216.

¹⁴⁶ **Korkusuz, Mustafa Halit**, s.12; **Demircioğlu / Centel**, s.105-106; **Narmanlıoğlu**, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, s.281-283; **Tunçomağ / Centel**, s.106-107.

¹⁴⁷ **Köseoğlu / Kabul**, s.250.

Yargıtay da fazla çalışma ücreti ödenmeyen işçinin yaptığı feshi de İşK. m. 24/II kapsamında haklı nedenle fesih olarak kabul etmiştir¹⁴⁸. Bu nedenle Yargıtay fazla çalışma ücreti ödenmediği için iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden işçinin kıdem tazminatı talebini de yerinde bulmuştur¹⁴⁹.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, İşK. m. 24/II hükmünde açıkça isimleri zikredilmemiş olsa dahi işveren işçilik hak ve alacaklarını ödemediği takdirde işçi haklı şekilde iş sözleşmesini feshedebilmektedir. Zira İşK. m. 24/II hükmünde genel olarak işçi ücretinin ödenmemesinden söz edilmiş olmasına karşın, kanun hükmünde açıkça sayılmamış olsa dahi fazla çalışma ücretinin ödenmemesi, yıllık izin hakkının kullandırılmaması, işçinin sosyal güvenlik primlerinin yatırılmaması halinde işçi haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebilmektedir¹⁵⁰. Nitekim Yargıtay da ücret ve fazla çalışma ücreti dışında diğer işçilik hak ve alacaklarının ödenmemesi halinde işçinin İşK. m. 24/II hükmü uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceğine hükmetmiştir¹⁵¹.

İş sözleşmesinin sona ereceği tarihe kadar işveren ücret ve eklentilerinden işçiye karşı sorumlu olmaktadır. Buna göre iş sözleşmesi ayın ortasında sona erse dahi, işveren ücret ödeme zamanını beklemeksizin işçinin ücret, fazla ça-

¹⁴⁸ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E:2015/28185, K:2018/22159, T:03.12.2018. <<https://www.alo-maliye.com/2019/07/17/yargitay-9-hukuk-dairesi-karari-e-2015-28185-fazla-calisma-ucretinin-odenmemesi-fesih/>> s.e.t. 12.01.2022; Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, E:2014/19129, K:2015/13542, T:02.07.2015. <<http://www.kazanci.com.tr/gunluk/7hd-2014-1912-9.htm>> s.e.t. 23.01.2022.

¹⁴⁹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E:2017/27253 K:2020/1489, T:04.02.2020. <https://www.calisma-toplum.org/yargitay-karari/ucretin-odenmemesi-6>> s.e.t. 19.05.2022; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi E:2013/8376, K:2014/7438, T:09.04.2014. <<https://legalbank.net/kavramara.aspx?a=YIL-LIK%20%C3%9CCRETL%C4%B0%20%C4%B0Z%C4%B0N%20ALACA%C4%9E1&s=1>> s.e.t. 22.05.2022.

¹⁵⁰ **Tunçomağ/Centel**, s.117-118; **Yılmaz**, s.104.

¹⁵¹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E:2021/1432, K:2021/5322, T:02.03.2021. <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2021-1432-k-2021-5322-t-2-3-2021>> s.e.t. 01.05.2022; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E:2013/32755, K:2015/9038, T:04.03.2015, <<https://medeni.legalbank.net/paketonay/madde-17/1296524/ilgili-mahkeme-kararlari>> s.e.t. 02.05.2022; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E:2017/27253, K:2020/1489, T:04.02.2020. <<https://www.alomaliye.com/2020/02/04/ucretin-odenmemesi-hakli-fesih/>> s.e.t. 21.05.2022.

İşma ücreti başta olmak üzere tüm işçilik alacaklarını tam olarak eksiksiz işçiye ödemekle mükelleftir¹⁵².

Ücretin ödenmemesi halinde işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği gibi ücretin eksik ya da geç ödenmesi halinde de işçi haklı nedene dayanarak iş sözleşmesini feshedebilmektedir (İşK. m. 24/II-e).

Anlaşılabacağı üzere, işverenin fazla çalışma ücretini geç veya eksik ödediği hallerde de işçinin haklı nedenle iş sözleşmesini feshetmesi mümkündür¹⁵³. Zira İş K'nin 32., 34. maddeleri ve FŞÇSÇY m. 10 hükmü birlikte değerlendirildiğinde işverenin fazla çalışan işçinin ücretini eksiksiz, tam olarak ve gecikmeksizin ödemesi gerekmektedir. Ancak işveren fazla çalışma yapan işçinin ücretini tam ve eksiksiz ödemiş olsa dahi yıllık 270 saatin üzerinde işçiye fazla çalışma yaptırmış olması halinde işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilmektedir. Yargıtay da yıllık yasal sınırın üzerinde fazla çalışma yaptırılması nedeniyle iş sözleşmesini fesheden işçinin yaptığı feshin haklı fesih olduğunu kabul etmiştir¹⁵⁴. Yargıtay¹⁵⁵ karşılığı ödenmiş olsa dahi, yıllık 270 saatin üzerinde fazla çalışma yaptırılan işçinin istifasının haklı nedenle fesih sebebi sayılması gerektiğini ifade etmiştir. Ancak Yargıtay fazla çalışmanın söz konusu olabilmesi için yıllık 270 saatin aşılması gerektiği hususu üzerinde durmuştur¹⁵⁶.

Fazla çalışan ve bunun karşılığı olarak hak ettiği ücreti alamayan işçi dava yoluyla işverenden fazla çalışma ücretini talep edebilmektedir¹⁵⁷. Ancak, bazı uyuş-

¹⁵² Demir (2017) s.404-405; Ocak, s.20-22.

¹⁵³ Köseoğlu / Kabul, s.250.

¹⁵⁴ Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, E:2014/19129, K:2015/13542, T:02.07.2015. <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/7-hukuk-dairesi-e-2014-19129-k-2015-13542-t-2-7-2015>> s.e.t. 07.02.2022.

¹⁵⁵ Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, E:2019/19129, K:2015/13542, T:02.07.2015. <<https://www.etki.avukatlik.com/yillik-270-saatten-fazla-fazla-mesai-yapan-isci-istifa-etmesi-halinde-kidem-tazminat-isteyebilir-mi>> s.e.t. 01.04.2022.

¹⁵⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E:2021/11407, K:2021/15634, T:11.11.2021. <<https://www.calisma-toplum.org/yargitay-karari/fazla-calismalarin-ucretin-icerisinde-oldugunun-kararlastirmis-olmasi>> s.e.t. 06.04.2022.

¹⁵⁷ Köseoğlu / Kabul, s.250.

mazlıklar açısından bir dava şartı olarak zorunlu arabuluculuk müessesesi getirilmiştir.

Bu kapsamda fazla çalışma ücreti, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı gibi talepler için zorunlu arabulucuya gidilmesi gerekmektedir. Aksi halde dava şartı yokluğu nedeniyle dava başvurusu reddedilecektir¹⁵⁸. Yargıtay'a göre fazla çalışma ücretinin gününde ödenmemesi halinde, İş K'nin 34. maddesi uyarınca fazla çalışma alacağına kanuni faizi geçmemek kaydıyla bankaların mevduata uyguladığı en yüksek faiz oranının uygulanması gerekmektedir¹⁵⁹. Dolayısıyla Yargıtay, fazla çalışan işçinin hakkettiği ücreti noksansız almasını amaçlamıştır.

Söz konusu açıklamalardan hareketle işverenin fazla çalışma ücretini ödememesi halinde işçi İşK. m. 24/II kapsamında iş sözleşmesini haklı neden göstererek feshedebilmektedir. Ancak işçi iddiasını ispat etme yükümlülüğü altındadır¹⁶⁰. Ücretin geç ödenmesi, işçi açısından İşK. m. 24/II hükmü kapsamında sözleşmenin feshi için haklı neden teşkil etmektedir. Ancak, her durum ve koşulda işçinin haklı nedenle iş sözleşmesini feshi mümkün olmayacaktır. Burada dürüstlük ve iyi niyet kurallarına göre bir değerlendirmenin yapılması gerekmektedir. O halde işverenin yanılması, ihmali, unutmaması, para transferinin yapılamaması gibi nedenlerle işçi ücretini birkaç gün geç almışsa bu durumda işçinin haklı nedenle iş sözleşmesini feshi söz konusu olmayacaktır.¹⁶¹ İşçinin fesih hakkını dürüstlük kurallarına uygun kullanması gerekmektedir. Zira işçinin ücretin ödenmemesini gerekçe göstererek haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebilmesi için işveren ücret ödemekten kaçınmış olmalıdır¹⁶².

¹⁵⁸ **Akın, Levent** (2020) "İkinci Yılında Dava Şartı Arabuluculuk Alanında Gelişmeler ve Öneriler", Sosyal Güvenlik Dergisi, C: 19, S: 1, s.2-3.

¹⁵⁹ Yargıtay22. Hukuk Dairesi, E:2017/3057, K:2020/8621, T:02.07.2020. <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2017-15110-k-2020-2319-t-17-2-2020>> s.e.t. 01.04.2022.

¹⁶⁰ **Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat**, s.660-661.

¹⁶¹ **Sümer Önder, Aslı** (2011) İşçinin İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Feshi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.101-102.

¹⁶² Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E:2012/3896, K:2014/11195, T:02.04.2014. <<https://calismatoplum.org/yargitay-karari/ucretin-odenmemesi-1>> s.e.t. 03.09.2023.

B. İŞÇİNİN İŞ GÖRMekten KAÇINMA HAKKI

İşçinin iş sözleşmesinden kaynağını alan iş görme borcu bulunmaktadır¹⁶³. Bu anlamda iş görme borcu işçinin asli borcudur. İşçi, iş sözleşmesinde taahhüt ettiği işi görmekle yükümlüdür.¹⁶⁴ Kural, işçinin üstlendiği işi bizzat görmesidir¹⁶⁵. Ancak, işçinin şahsına bağlı bir iş görme borcu söz konusu değilse, iş görme ediminin üçüncü kişi tarafından ifası mümkün bulunmaktadır¹⁶⁶.

İşçi, iş görme borcunu ifa ile mükelleftir. İşçi iş görme borcunu yerine getirdiğinde işverenin de ücret ödeme borcunu yerine getirmesi gerekmektedir¹⁶⁷. İşveren, kusuru olsun ya da olmasın tamamen ya da kısmen işçi ücretini ödemediğinde temerrüde düşmüş olmaktadır¹⁶⁸.

Görüldüğü üzere işçi açısından meseleyi ele aldığımızda, işçinin iş görme borcu bulunmaktadır¹⁶⁹. Lakin ücreti ödenmeyen işçinin iş görmekten kaçınma hakkı da vardır¹⁷⁰. Zira işçinin ücretinin ödenmemesinin yaptırımlarından biri fesih olmakla birlikte, diğeri de işçinin iş görmekten kaçınma hakkıdır¹⁷¹.

İş Kanunu m. 34 hükmünde düzenlendiği şekliyle, “*Ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmeyen işçi, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir...*”

¹⁶³ Akyiğit (2021) s.178; Kılıçoğlu, s.131-132; Günay, s.114; Tunçomağ / Centel, s.92.

¹⁶⁴ Tuncay, A. Can (2005) “Ücretin Ödenmemesinin Sonuçları”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C: 0, S: 6, s.650-652.

¹⁶⁵ Günay, s.115-116; Tunçomağ / Centel, s.92; Akyiğit, İş Hukuku, s.179.

¹⁶⁶ Korkmaz / Alp, s.141-142; Eren, s.549.

¹⁶⁷ Yener, Mehmed Zahid (2020) İş Sözleşmesinde İş Görme ve Ücret Ödeme Borcunda Temerrüt, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi. s.25-27; Kılıçoğlu, s.38-39; Tuncay, s.652-653; Akyiğit, İş Hukuku, s.179-180; Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2020-2021 Yılları), s.62-63.

¹⁶⁸ Narmanlıoğlu, Ünal (2012) “Kanuni Süresinde Ücreti Ödenmeyen İşçinin İş görmekten Kaçınabilme Hakkı (İmkanı)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 12, Özel Sayı, s.611; Yılmaz, s.103-104.

¹⁶⁹ Süzek (2019) s.251; Kurt / Koç, s.26; Tunçomağ / Centel, s.119-120.

¹⁷⁰ Ocak, s.77-78; Süzek (2007) s.211-212; Akyiğit, İş Hukuku, s.179-180.

¹⁷¹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E.2012/3896, K.2014/11195, T.02.04.2014. <<https://calismatoplum.org/yargitay-karari/ucretin-odenmemesi-1>> s.e.t. 03.09.2023.

Anlaşılacağı üzere, işçinin iş görme edimini görmekten kaçınabilmesi için iki şartın bir arada bulunması gerekmektedir. Buna göre işverenin mücbir sebep olmaksızın ücret ödeme edimini yerine getirmekten kaçınmış olması ve belirlenen ödeme gününden itibaren işverenin ücreti ödemede yirmi gün gecikmesi şeklindedir. Bu şartların bulunmaması halinde işçinin iş görme edimini yerine getirmekten kaçınması söz konusu olmayacaktır. Buna göre işverenin mücbir sebep olmaksızın, ücret ödeme tarihinden itibaren 20 gün geçmeden fazla çalışma yapan işçiye ücretini ödemesi gerekmektedir.

Yapılan açıklamalar gösteriyor ki, fazla çalışma ücretinin ödenmemesi nedeniyle işçi iş görmekten kaçınabilir veya iş akdini feshedebilir¹⁷². Ayrıca fazla çalışma ücreti açısından geniş anlamda ücret esas alındığından İş K. m. 34'ün uygulama alanı olmaktadır.

Ücretin ödenmemesi üzerine iş ilişkisinin çökmez bir hal alması durumunda işçi iş görmekten kaçınmak yerine iş akdini feshetme yoluna gidebilecektir. Ancak böyle bir durumda fesih için aranan şartlar vaki olmalıdır¹⁷³.

SONUÇ

Kanun koyucuya göre çalışma süresi haftalık 45 saattir. Ancak kanun koyucu taraflara haftalık çalışma süresini 45 saatin altında belirleme noktasında da bir inisiyatif vermiştir. Zira 45 saatin altında çalışma yapma işçi için lehe bir durumdur. Lakin, işçinin 45 saatin altında belirlenen süresinin üstünde ve 45 saatin altında bir çalışma yapması durumunda da saat başına düşen ücretini %25zamlı alması gerektiğine, işçinin 45 saatin üzerinde bir çalışma yapması halinde ise saat başına düşen ücretini %50 zamlı alması gerektiğine hükmetmiştir. Keza haftalık 45 saatin üzerinde çalışan işçi fazla çalışma yapmış olmaktadır.

Görülüyor ki, fazla çalışma yapan işçi daha fazla efor harcayacağı için daha fazla ücrete hak kazanmaktadır. İşverenin haklı bir sebep olmaksızın işçinin fazla çalışma ücretini ödemekten kaçınması söz konusu değildir.

¹⁷² Tuncay, s.652-654; Yılmaz, s.103-104; Yener, s.123.

¹⁷³ Narmanlıoğlu (2012) s.612-613; Süzek (2007) s.210-211.

İşverenin işçinin ücretini ödememesi halinde, işçinin haklı nedene dayanarak iş sözleşmesini feshetme imkanı bulunmaktadır. Ancak, işverenin sadece ücreti ödememesi durumunda mı işçinin haklı nedenle iş sözleşmesini feshetme hakkı bulunmaktadır sorusu akla gelmektedir.

İşverenin işçinin ücretini ödememesi halinde işçi, haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebileceği gibi, işverenin ücreti eksik ödemesi ya da ücret ödemede gecikmesi durumunda da haklı nedenle feshe gidebilmektedir. Ancak böyle bir durum söz konusu olduğunda da hakkaniyetin gözetilmesi gerekir.

İşverenin ücret ödemede bir iki gün gecikmesi ya da işverenin para transferi sırasında karşılaştığı problem nedeniyle ücretin işçinin hesabına bir iki gün gecikmesi nedeniyle işçinin iş sözleşmesini feshi dürüstlük ve iyi niyet kuralı ile örtüşmeyecektir.

Sonuç olarak fazla çalışma yapan işçi, fazla çalışma ücretine hak kazanmaktadır. Fazla çalışan işçi, hak ettiği ücreti alamadığında işverenin ücreti ödemede veya geç ödemede meşru bir gerekçesi yoksa (örneğin mücbir sebep) ve bu nedenle işçinin iş ahdini feshi hakkaniyete, dürüstlük ve doğruluk kurallarına ters düşmeyecekse işçinin haklı nedenle iş ahdini feshi mümkün olacaktır.

KAYNAKÇA

- Adınır Kaptan, Merter** (2016) İşverenin Yönetim Hakkı, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Akın, Levent** (2020) “İkinci Yılında Dava Şartı Arabuluculuk Alanında Gelişmeler ve Öneriler”, Sosyal Güvenlik Dergisi, C: 19, S: 1, s.1-18.
- Akın, Osman** (1981) “İş Hukukunda Çalışma Süreleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 45, S: 1, s.775-795.
- Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen Kaplan, E. Tuncay** (2013) İş Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi.
- Akyiğit, Ercan** (2005) “Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C: 19, S: 4, s.1-26.
- Akyiğit, Ercan** (2014) “Maden İşyerlerinde Çalışma Süreleri ve Fazla Çalışma”, Toplu İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C: 25, S: 3-4-5-6, s.21-34.
- Akyiğit, Ercan** (2021) İş Hukuku, 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Altuntepe, Ayşen** (2014) Türk İş Hukukunda İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi.
- Antalya, Ö. Gökhan** (2016) Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 2. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık.
- Arıcı Kadir,** (1992) Çalışma Sürelerinin Hukuki Gelişimi ve Yeterliliği Açısından 1475 Sayılı İş Kanunu'nda Çalışma Süreleri, Ankara, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası Yayınları.
- Arlan Ertürk, Arzu** (2010) İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Astarlı, Muhittin** (2008a) İş Hukukunda Çalışma Süreleri, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Astarlı, Muhittin** (2008b) “Alman ve Türk Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma Ücretinin Asıl Ücrete Dâhi Olduğuna İlişkin Sözleşme Hükümleri ve Geçerlik Koşulları”, Kamu İş Dergisi, C: 9, S: 4, s.36-69.
- Astarlı, Muhittin** (2011) “Üst Düzey Yöneticilerin Çalışma Süreleri ve Fazla Çalışma Ücreti Talepleri (Yargıtay Kararlarına Genel Bir Bakış)”, İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları.

- Aydınlı, İbrahim** (2005) 'İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi', TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi C: 19, S: 6. s.21-42.
- Aydoğdu Günalp, Ayşenur** (2019) Fazla Çalışmanın İspatı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Baybora, Dilek** (2013) "İş İlişkinin Ücret Zaman ve Kişiler Bakımından Düzenlenmesi", Nuvit Gerek ve Fatma Kocabaş (Ed.) İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları.
- Baycık, Gaye** (2006) "İş Akdini Fesih Sebebinin Değiştirilmesi", AÜHFD, C: 55, S: 1, s.48-68.
- Caniklioğlu, Nurşen** (2005) "4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri", III. Yılında İş Yasası, Seminer Notları, Bodrum, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, 2005.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat** (2019) İş Hukuku Dersleri, 32. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık,
- Çil, Şahin** (2007) "4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma", Çalışma ve Toplum Dergisi, C: 3, S: 14, s.57-80.
- Çil, Şahin** (2009) "Yargıtay Kararlarına Göre İşçinin Ücreti", Sicil İş Hukuku Dergisi C: 0, S: 15, s.60-69.
- Çil, Şahin** (2016) "Fazla Çalışma Ücretinin Temel Ücret İçinde Ödenmesi Uygulaması", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 74, Özel Sayı, s.269-312.
- Çil, Şahin** (2022) İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2020-2021 Yılları), 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Demir, Cuma Akif**, 'Yargıtay Kararları Işığında Fazla Çalışmanın İspatı', <<https://www.dogandemir.av.tr/paketler/ckfinder/dosyalar/files/YARGITAY%20KARLARLA-RI%20I%C5%9EIEI%C4%9EINDA%20FAZLA%20MESA%C4%B0%20C4%B0SPATI.pdf>>
- Demir, Fevzi** (2006) Sorularla Bireysel İş Hukuku Cilt 1, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- Demir, Fevzi** (2017) İş Hukuku ve Uygulaması, 11. Baskı, İzmir, Albi Yayıncılık.
- Demir, Fevzi/Demir, Gönenç** (2009), "İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması", Kamu İş, C: 11, S: 1, s.1-37.

- Demircioğlu, Murat/Centel, Tankut** (2021) İş Hukuku, 21. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Doğan, Sevil** (2020) “İş Hukukunda İşçinin Ara Dinlenmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 26, S: 2, s.1179-1202.
- Dursun, Yonca** (2017) “İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Kapsamında İşçinin İş Görme ve Rekabet Etmeme Borcu”, DEÜHFD. Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan C: 19, Özel Sayı, s.2409-2449.
- Ekici, Mehmet** (2019) İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi, İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Ekin, Ali** (2016) “İş Hukuku Uygulamasında Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışmanın Hukuki Sonuçları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 74, S: 337, s.337-370.
- Dursun Ateş, Sevgi** (2019) İşverenin Yönetim Hakkı. 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra** (2022) Bireysel İş Hukuku Dersleri, 4. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Ekonomi, Münir** (2004) “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı”, Kamu İş, Resul Aslanköylü’ye Armağan, C: 7, S: 3, s.159-173.
- Eren, Fikret** (2021) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Ertürk, Zeynep Ezgi** (2018) 4857 sayılı Kanuna Göre Fazla Çalışma, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Evren, Öcal Kemal** (2011) İş Hukukunda Ücret Uygulaması 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Eyrenci, Ömer/Taşkent Savaş/Ulucan Devrim** (2022) Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Gökçek, İsmail Sinan** (2008) 4857 sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Türk İş Hukuku'nda Fazla Çalışma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Göktaş, Seracettin** (2020) Türk İş Hukukunda Haksız Fesih, 1. Baskı. Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Güç, Tekin (2014) Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Günay, Cevdet, İlhan (2020) İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.

Güner, Erol (2013), “Tüm Yönleriyle İşçilerin Gece Çalışması”, ISMMMO, C: 0, S: 120, s.189-195.

Hüseyinli, Namık (2017) “İş Kanunu Kapsamında Fazla Çalışmanın Yıllık Sınırının Aşılmasının Hukuki Sonuçları”, Terazi Hukuk Dergisi, C: 12, S: 136, s.14-27.

<<https://blog.lexpera.com.tr/fazla-calisma-ucretinin-aylik-ucrete-dahil-edilme-esaslari/#:~:text=Fazla%20C3%A7al%C4%B1C5%9Fma%20C3%BCcretinin%20ayl%C4%B1k%20C3%BCrete%20dahil%20edilmesine%20ili%C5%9Fkin%20bir%20h%C3%BCk%C3%BCm,b%C3%B6yle%20bir%20anla%C5%9Fmaya%20varma%C4%B1%20m%C3%BCmk%C3%BCnd%C3%BCr%20>>.

<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A31993L0101>>.

<<http://iskanunu.com/yargitay-kararlari/fazla-calisma-sebebi-ile-is-sozlesmesini-fesheden-isci-nin-tazminat-hakki-var-midir/>>.

<[https://www.nevzaterdag.com/mucbir-sebep-ve-telafi-calismasi/#:~:text=Zorunlu%20neden%20zorlay%C4%B1c%C4%B1%20\(m%C3%BCcbir\),gelen%20ve%20okusurdan%20uzak%20olaylard%C4%B1r](https://www.nevzaterdag.com/mucbir-sebep-ve-telafi-calismasi/#:~:text=Zorunlu%20neden%20zorlay%C4%B1c%C4%B1%20(m%C3%BCcbir),gelen%20ve%20okusurdan%20uzak%20olaylard%C4%B1r)>.

İşçinin Sadakat Borcuna Aykırı Davranışları, <http://www.tiryakidanismanlik.zcom/makaleler/pdf/makale_78>.

Kar, Bektaş (2010) “Fesih Nedeni Olarak İşçinin Ödevli Olduğu Görevleri (İş Görme Edimi) Hatırlatıldığı Halde Israrla Yapmaması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, C: 0, S: 17, s.89-95.

Karacan Çetin, Hatice (2019) Fazla Çalışma, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Karakaş, İsa (2014) İşçi Alacaklar ve Tazminatları İle Dava Yolları, Ankara, Bilge Yayınevi.

Kaya, Erdoğan (t.y.), “Fazla Çalışma (Fazla Mesai)-İşçinin Onayının Alınması Gereği”, <[https://www.sinerjias.com.tr/makale/FAZLA%20C3%87ALI%C5%9EMA\(%20FAZLA%20MESA%C4%B0\)-%C4%B0C5%9E%C3%87%C4%B0N%C4%B0N%20ONAYININ%20ALINMASI%20GERE%C4%9E%C4%B0-HAKLI%20FES%C4%B0H.pdf](https://www.sinerjias.com.tr/makale/FAZLA%20C3%87ALI%C5%9EMA(%20FAZLA%20MESA%C4%B0)-%C4%B0C5%9E%C3%87%C4%B0N%C4%B0N%20ONAYININ%20ALINMASI%20GERE%C4%9E%C4%B0-HAKLI%20FES%C4%B0H.pdf)>

- Kaya, Erdoğan** (t.y.) “Fazla Çalışma (Mesai) Ücreti-Fazla Çalışmanın Ücrete Dâhil Olması-270 Saati Aşan Çalışma-Haklı Fesih”, <[https://www.sinerjias.com.tr/makale/FAZLA%20%C3%87ALI%C5%9EMA\(MESA%C4%B0\)%20%C3%9CCRET%C4%B0-20FAZLA%20%C3%87ALI%C5%9EMANIN%20%C3%9CCRETE%20D%C3%82H%C4%B0L%20OLMASI%20-70%20SAAT%C4%B0%20A%C5%9EAN%20%C3%87ALI%C5%9EMA%20-HAKLI%20FES%C4%B0H.pdf](https://www.sinerjias.com.tr/makale/FAZLA%20%C3%87ALI%C5%9EMA(MESA%C4%B0)%20%C3%9CCRET%C4%B0-20FAZLA%20%C3%87ALI%C5%9EMANIN%20%C3%9CCRETE%20D%C3%82H%C4%B0L%20OLMASI%20-70%20SAAT%C4%B0%20A%C5%9EAN%20%C3%87ALI%C5%9EMA%20-HAKLI%20FES%C4%B0H.pdf)>
- Keser, Hakan** (2018) “İşverenin Fazla Çalışma Yapılması Yönündeki Talimatına Uymayan ya da Fazla Çalışma Onayını Geri Alan İşçinin İş Sözleşmesinin İşverence Feshine İlişkin Bir Değerlendirme”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 89, s.19-43.
- Keskin, Halil Ahmet** (2020) İş Hukukunda Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süre, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Kılıçoğlu, Mustafa** (2009) İlke Kararları Işığında İş Hukukunda Temel Kavramlar, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal** (2021) İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık,
- Korkmaz, Fahrettin/Alp, Nihat Seyhun** (2016) Bireysel İş Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Korkusuz, Mustafa Halit** (2017) 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sonuçları ve 4857 Sayılı İş Kanunu'na Tabi İşçilere Etkisi, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Köseoğlu, Ali Cengiz/ Kabul, Sibel** (2014) “4857 Sayılı İş Kanunu Bağlamında Çalışma Süresinin Aşılması: Fazla Çalışma”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 72, S: 2, s.233-268.
- Kurt, Resul/ Koç, Muzaffer** (2015) İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık,
- Melekoğlu, Keser Burcu** (2018) Fazla Çalışma, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı Muhittin/Baysal Ulaş** (2019) İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1, 3. Baskı, Ankara Lykeion Yayınları.
- Mülayim, Baki Oğuz** (2019) Türk İş Hukukunda Avrupa Birliği Yönergeleri Çerçevesinde Denkleştirme Uygulaması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 68, S: 3, s.636-664.

- Mülayim, Baki Oğuz/Kaykık Aydınalp, Aslıhan** (2021) “Fazla Çalışma Ücretinin Hesaplanması”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, S: 2, s.412-451.
- Narmanlıoğlu, Ünal** (2010) “İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma ve Karşılığı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, C: 0, S: 17, s.27-44.
- Narmanlıoğlu, Ünal** (2012) “Kanuni Süresinde Ücreti Ödenmeyen İşçinin İş Görmekten Kaçınabilme Hakkı (İmkânı)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 12, Özel Sayı, s.607-633.
- Narmanlıoğlu Ünal** (2014) İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, 5. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Narter, Sami** (2017) “İşçi Alacaklarında Hakkaniyet İndirimi ve Zamanaşımının Çakışması Sorunu”, Karatahta/İş Yazıları Dergisi C: 0, S: 9, s.23-54.
- Ocak, Uğur** (2013) 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre 9. Hukuk Dairesinin Emsal İçtihatlarıyla İşçilik Alacakları Cilt 1, 1. Baskı, Ankara, Kalkan Matbaacılık.
- Odaman, Serkan** (2004) “4857 Sayılı İş Kanununun Kabulü Sonrasında Yargıtay Kararları Işığında İşçinin: Yapmakla Ödevli Bulunduğu Görevleri Kendisine Hatırlatıldığı Halde Yapmamakta Israr Etmesi ve Hukuki Sonuçları”, TÜHİS, C: 0, S: 190, s.131-146.
- Özcan, Durmuş** (2013) İş Hukukunda Fesih ve İş Güvencesi, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Özcan, Kenal** (2005) 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Özdemir, Cumhuriyet Sinan** (2007) “Fazla Çalışma İçin Her Yıl İşçinin Onayının Alınıp Alınmama Sorunu”, Terazi Hukuk Dergisi, C: 2, S: 8, s.35-38.
- Özer, Hasan/ Günaydın, Aykut** (2017) “Zonguldak'ta Maden İşçilerinin Kömür Ocaklarında Kullandıkları Bazı Madencilik Terimleri Üzerine”, Uluslararası Türkçe Edebiyat Kültür Eğitim Dergisi, C: 6, S: 3,
- Öztürk, Berna** (2021) İşçinin Talimatlara Uyma Borcu, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Özyurt, Vuslat** (2019) Türk İş Hukuku ve Avrupa Birliği İş Hukuku'nda Çalışma Süreleri, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa.
- Poyraz, Ercan** (2016) İş Hukuku Şemalı Anlatımlı, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

- Senyen Kaplan, Emine Tuncay** (2003), “İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, Kamu İş, C: 7, S: 2, s.2-16.
- Senyen Kaplan, E. Tuncay** (2015) Bireysel İş Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Gazi Kitapevi.
- Sümer, Haluk Hadi** (2020) İş Hukuku, 25. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Sümer Önder, Aslı** (2011), İşçinin İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Feshi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Süzek, Sarper** (2007) “İşçi Ücretlerinin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları, AÜHFHD, C: 56, S: 4, s.207-221.
- Süzek, Sarper** (2019) İş Hukuku, 18. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Şakar, Müjdat** (2018) İş Hukuku Uygulaması, 12. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Taşkent, Savaş** (1981) İşverenin Yönetim Hakkı 1. Baskı, İstanbul, Meter Matbaası.
- Tuncay, A. Can** (2005) “Ücretin Ödenmemesinin Sonuçları”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S: 6, s.650-654.
- Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut** (2018) İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık,
- Ücret Alacaklarında Zamanaşımı** <<https://www.bariserdem.com/pdf/ucretalacaklarindazamanasimi.pdf>.>
- Ünlütürk Ulutaş, Çağla/Ulutaş, Tevfik Barbaros** (2015), “Angarya ve Zorla Çalıştırma: Uluslararası Düzenlemeler ve Yüksek Mahkeme Kararları Işığında Bir Değerlendirme”, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C: 8, S: 40, s.327-339.
- Yakışık, Müşerref** (2010), 4857 Sayılı İş Kanunu’na Tabi Alacaklarda Zamanaşımı Süresi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Yavuz, Nihat** (2013) Türk Borçlar Kanunu Şerhi Cilt II, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Yener, Mehmed Zahid** (2020) İş Sözleşmesinde İş Görme ve Ücret Ödeme Borcunda Temerrüt, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Yıldırım, Turan** (2019) “Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağan, C: 25, S: 2, s.1520-1538.

- Yıldırım, Kadir** (2011) “Uluslararası Düzenlemelerde Fazla Çalışma ve Ülke Uygulamaları”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C: 23, S: 34, s.34-103.
- Yılmaz, Gökşan** (2019) İş Hukukunda Fazla Çalışma, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Yılmaz, Olgun** (2021) Türk İş Hukukunda Dinlenme Süreleri, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Yuvalı, Ertuğrul/Yaba Tuğçe** (2022) İşverenin Yönetim Hakkının ve İşçinin Talimatlara Uyuma Borcunun Bir Sınırı Olarak Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik”, YBHD, S: 2, s.1685-1714.
- Yücel Bodur, Mehtap** (2019) “Yoğunlaştırılmış İş Haftası, Denkleştirme Süresi ve Bundan Doğan Hukuki Sorunlar”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C: 9, S: 1, s.285-352.

TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDEN YARARLANMA (*)

Gizem KILIÇ ÖZTÜRK (**)

ÖZET

Sendika hak ve özgürlüğü, temel hak ve özgürlüklerden olup bu hakkın kullanılmasıyla sendika çatısı altında örgütlenen işçiler, işveren karşısında ekonomik anlamda olan güç dengesizliğini toplu iş sözleşmesi imzalamak yoluyla aşmaktadır. Toplu iş sözleşmesi, işçilerin haklarını ve çalışma koşullarını işverenleri ile müzakere etmeleri sonucu bağtlanan bir sözleşme olduğundan; işçilerin işverenlerine karşı daha güçlü bir konumda olmalarını ve daha iyi çalışma koşulları, ücretler ve diğer avantajları elde etmelerini sağlayan araç niteliğindedir. Toplu iş sözleşmesiyle belirlenen parasal hak ve imkanlardan kural olarak yalnızca sözleşmenin tarafı olan işçi sendikasına üye olan işçiler yararlanabilmektedir. Buna karşılık sendika özgürlüğünün, kişinin dilediği sendikaya üye olmasını güvence altına aldığı gibi, hiçbir sendikaya üye olmama özgürlüğünü de güvence altına aldığı görülmektedir. Olumsuz sendika özgürlüğünün de güvence altına alınmış olması sebebiyle, kanun koyucu toplu iş sözleşmesinden yararlanma imkanını sadece taraf sendika üyesi olan işçilere sunmamış, bunun dışında dayanışma aidatı ödemek yoluyla, taraf işçi sendikasının yazılı izni ile, işverenin taraf işçi sendikasına üye olmayan işçileri toplu iş sözleşmesinden yararlandırması ve teşmil yoluyla, toplu iş sözleşmesinden yararlanma kuralının sendika üyesi işçiler dışında genişlediği görülmektedir. Bunun yanında toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacak işçiler de söz konusu olabilir. Bu kişiler taraf işçi sendikasına üye olsa dahi sözleşmeden yararlanamamaktadır. Çalışmamızda toplu iş sözleşmesinin içeriği ve toplu iş sözleşmesinin kişi bakımından uygulama alanına kısaca değinilerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma kurumu, taraf işçi sendikasına üye işçiler bakımından ve sendikaya üye olmayan işçiler bakımından ikili bir ayırım yapılarak incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Toplu İş Hukuku, Toplu İş Sözleşmesi, Sendika Üyeliği, Dayanışma Aidatı, İşçi Sendikasının Yazılı İzni, Teşmil.

(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1350175 - **Geliş Tarihi:** 25.08.2023 - **Kabul Tarihi:** 09.01.2024.

(**) Avukat, Arabulucu; Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, Bursa-Türkiye,

E-posta: gizemkilicozturk@gmail.com; Orcid Id: <https://orcid.org/0009-0007-0118-7822>.

BENEFITTING FROM THE COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENTS

ABSTRACT

Labor union right and freedom are among the fundamental rights and freedoms, and workers who organize under the roof of a union with the use of this right overcome the economic power imbalance against the employer by signing a collective bargaining agreement. Since the collective bargaining agreement is a contract concluded as a result of the workers negotiating their rights and working conditions with their employers, it becomes an essential tool that enables workers to be in a stronger position against their employers and to obtain better working conditions, wages and other advantages. As a rule, only workers who are members of the labor union, which is a party to the contract, can benefit from the monetary rights and opportunities determined by the collective bargaining agreement. On the other hand, freedom of trade union guarantees individuals to be members of any union they wish, as well as the freedom of not being a member of any union. Due to the negative trade union freedom being guaranteed, the legislator did not offer the opportunity to benefit from the collective bargaining agreement only to the workers who are members of the party union. In addition, there may be workers who cannot benefit from the collective bargaining agreement. These persons cannot benefit from the contract even if the party is a member of a labor union. In our study, the content of the collective bargaining agreement and the application area of the collective bargaining agreement will be briefly mentioned. The institution of benefiting from the collective bargaining agreement will be examined by making a dual distinction in terms of workers who are members of the party labor union and workers who are not members of the union.

Keywords

Collective Labor Law, Collective Bargaining Agreement, Union Membership, Solidarity Dues, Written Consent of the Trade Union, Extension.

GİRİŞ

Toplu iş hukukunun temel enstrümanlarından biri toplu iş sözleşmeleridir. Kendine özgü yapısı olan özel hukuk sözleşmesi niteliğindeki toplu iş sözleşmeleri, yetki alan işçi sendikası ile işveren veya işveren sendikası arasında akdedilmektedir. Toplu iş sözleşmeleri, düzenleyici ve borç doğurucu kısım olmak üzere iki kısımdan oluşmaktadır. Sözleşmenin borç doğurucu kısmı, sözleşmenin tarafları arasında hüküm doğururken; sözleşmenin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümler içeren düzenleyici kısmı normatif etkiye sahip olup, bireysel iş sözleşmeleri üzerinde doğrudan etkili olmaktadır. Bu bakımdan sözleşmenin düzenleyici kısmında yer alan hükümler, toplu iş sözleşmesinin uygulama alanı içinde bulunan iş ilişkilerine uygulanabilmektedir. Buna karşılık parasal haklara ilişkin olan düzenleyici hükümler, kural olarak yalnızca taraf işçi sendikasına üye olan işçilere uygulanmaktadır.

Genel kural uyarınca yetkili işçi sendikası üyesi işçiler sözleşmenin parasal avantajlarından yararlanırken; o işyerinde çalışan diğer işçiler, dayanışma aidatı ödemek yoluyla, taraf işçi sendikasının yazılı onayı ile veya temsil yoluyla toplu iş sözleşmesinden yararlanma imkanına sahip olabilmektedir. Buna karşılık, gerek toplu iş sözleşmesinin taraflarının iradesinden gerek kanundan kaynaklanan belli bazı işçiler toplu iş sözleşmesinden yukarıdaki koşulları sağlasalar dahi yararlanamazlar. Bu kişiler, kapsam dışı personeller, işveren vekilleri, işvereni temsilen toplu iş görüşmelerine katılanlar ve yasal bir zorunluluk bulunmamasına rağmen greve katılmayıp çalışmaya devam eden işçilerdir. Çalışmamızda toplu iş sözleşmesinin tanımı, niteliği ve uygulama alanına değinilerek; sözleşmenin uygulama alanı ile sözleşmeden yararlanma kavramı arasındaki ayırım ortaya koyulmaya çalışılmış ve toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın koşulları ayrıntılı şekilde incelenmiştir.

I. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNE GENEL BAKIŞ

İşçi ve işveren arasındaki ilişkiler, her bir işçi ile işveren arasında bireysel hizmet sözleşmeleri ile düzenlenebildiği gibi; işyerindeki iş koşullarının tüm işçileri kapsayacak şekilde kolektif düzeyde belirlenmesi de mümkündür¹. Ko-

¹ **Akyiğit, Ercan** (2022) İş Hukuku, 14. Baskı, Ankara, Seçkin, s.637; **Sümer, Haluk Hadi** (2022) İş Hukuku, 26. Baskı, Ankara, Seçkin, s.240.

lektif düzeyde sözleşmelerin yapılabilmesi, sözleşmenin işçileri temsil eden tarafı bakımından sendikalar aracılığı ile mümkündür. Çalışma hayatının sүйeleri olan işçi ve işverenlerin, sosyal ve mesleki nitelikli örgütlenme özgürlüğü² olarak da ifade edilebilecek sendika özgürlüğü temel hak ve özgürlüklerden olup Anayasa³ ve yasal güvenceye sahiptir. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (STİSK) m. 17/3'e göre, işçiler ve işverenler sendikalara serbestçe üye olma hakkına sahiptirler. Düzenlemenin devamında hiç kimsenin sendikaya üye olmaya veya olmamaya zorlanamayacağı belirtilmiştir. Bu şekilde sendika özgürlüğü, sendikaya üye olma özgürlüğü ile sendikadan çıkma ve uzak kalma özgürlüğü olmak üzere iki boyutuyla da güvence altına alınmıştır⁴.

6356 sayılı Kanun'da sendikalar, en az yedi işçi veya işverenin⁵ bir araya gelecek bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere kurduğu tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar olarak tanımlanmıştır. Sendikaların amacı işçi veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmektir.

Toplu iş sözleşmesi, bir sendika çatısı altında örgütlenen işçilerin toplu iş mücadelesi veya toplu pazarlık sonucunda işveren veya işveren sendikaları ile bağtıldıkları sözleşmedir ve bu sözleşmeler, toplu iş hukukunun en önemli enstrümanını oluşturur⁶. Toplu iş sözleşmesi hakkı da tıpkı sendika özgürlüğü

² Akyiğit, s.483.

³ Anayasa'nın 51. maddesinde "Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz." şeklinde ifade edilen sendika özgürlüğünün; sendikaya üye olma, sendikal faaliyette bulunma şeklinde olumlu yönü olduğu gibi, negatif sendika özgürlüğü olarak adlandırılan sendikaya üye olmama, sendikal faaliyette bulunmama şeklinde olumsuz yönü de vardır.

⁴ Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat/ Özkaraca, Ercüment (2022) İş Hukuku Dersleri, 35. Bası, İstanbul, Beta, s.831.

⁵ Sendikaların en az yedi gerçek veya tüzel kişi ile kurulacağı düzenlemesinde 5253 sayılı Dernekler Kanunundaki düzenlemenin esas alındığı yönünde bkz. Gökaş, Seracettin/ Yılmaz, Gökhan (2021) Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s.41.

⁶ Arıcı, Kadir (2022) Türk İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Gazi, s.217; Aktay, A. Nizamettin/Özdemir Ertürk, Olgu (2022) Toplu İş Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, s.112.

gibi temel insan hak ve özgürlükleri arasından sosyal haklar arasında yer almakta ve Anayasal düzeyde korunmaktadır⁷. Bunun yanında toplu iş sözleşmesi hakkı, ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ile de teminat altına alınmıştır. Bunlar Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 98 Nolu Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi⁸ ile Revize Edilmiş Avrupa Sosyal Şartıdır⁹.

Toplu iş sözleşmesi hakkı ile sözleşmenin tarafları serbest iradeleri ile objektif hukuk kuralı niteliğinde düzenlemeler oluşturarak çalışma şartlarını belirlemektedir. Kamu müdahalesi olmadan kolektif düzeyde taraflara verilen düzenleme yapabilme yetkisi toplu iş sözleşmesi özerkliği olarak da adlandırılmaktadır.

⁷ **Göktaş/ Yılmaz**, s.612, Anayasa m. 53/1' de "İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler." şeklinde toplu iş sözleşmesi yapma hakkı düzenlenmiş; toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağı, şekli, usulü, yürürlüğü ile toplu sözleşme kapsamı, istisnaları, toplu sözleşmeden yararlanacakların belirlenmesi ile ilgili hususların kanunla düzenleneceği belirlenmiştir.

⁸ Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)'nün temel haklara ilişkin söz konusu sözleşmesi 23 Ocak 1952' de Türkiye' de yürürlüğe girmiş olup sözleşmenin 4. maddesinde, "Çalışma şartlarını kolektif mukavelelerle tanzim etmek üzere işverenler veya işveren teşekkülleriyle işçi teşekkülleri arasında ihtiyari müzakere usulünden faydalanılmasını ve bu usulün tam bir surette geliştirilmesini teşvik etmek ve gerçekleştirmek için lüzumu halinde milli şartlara uygun tedbirler alınacaktır." hükmü yer almaktadır. Böylece taraf devletler toplu iş sözleşmesi yapma hakkının geliştirilmesi bakımından gerekli tedbirleri almak hususunda yükümlü kılınmıştır. <https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377267/lang-tr/index.htm> s.e.t. 14.03.2023.

⁹ 3 Mayıs 1996 tarihli (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı 9 Nisan 2007' de Türkiye' de yürürlüğe girmiş olup sözleşmenin Toplu pazarlık hakkı başlıklı 6. maddesine göre, "Akit Taraflar, toplu pazarlık hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla;

1- Çalışanlar ve işverenler arasındaki ortak görüşmeleri teşvik etmeyi;

2- Gerekli ve uygun olduğu durumlarda, toplu sözleşme yoluyla ücretlerin ve iş koşullarının düzenlenmesi amacıyla işverenlerin ya da işveren örgütlerinin çalışanların örgütleriyle isteğe bağlı görüşmelerini sağlayacak yolları teşvik etmeyi;

3- İş uyuşmazlıklarının çözümü için uygun uzlaştırma ve isteğe bağlı hakemlik sisteminin kurulmasını ve işletilmesini teşvik etmeyi; taahhüt eder ve

4- Menfaat uyuşmazlığı durumunda çalışanların ve işverenlerin, daha önce yapılan toplu sözleşmelerden doğabilecek yükümlülüklerle bağlı olmak koşuluyla grev hakkı dahil, toplu eylem hakkını tanır." <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/04/20070409-1.htm>> s.e.t. 14.03.2023.

Toplu iş sözleşmesi hakkının bulunmaması halinde sendika özgürlüğü de etkisiz hale gelecektir. Bu bağlamda söz konusu iki temel hak birbirinden ayrı düşünülemez¹⁰. Tarihsel süreçte sendika hakkının elde edilmesinden sonra ortaya çıkan toplu iş sözleşmeleri ile sosyal taraflar çalışma koşullarını belirlemiş; böylece işçiler çalışma şartlarının iyileştirilmesi ve geliştirilmesi hususunda önemli kazanımlar elde etmişlerdir¹¹. Diğer bir ifadeyle toplu iş sözleşmesi ile işçiler, bireysel olarak yapacakları iş sözleşmelerine göre daha üst düzeyde haklar elde etmektedirler¹².

Toplu iş sözleşmelerinin ücret, çalışma süresi ve çalışma şartlarını içererek işçilerin haklarını teminat altına alma fonksiyonunun yanında, işverenler arasında eşit olmayan mükellefiyetleri eşit hale getirerek haksız rekabeti önleme fonksiyonu da vardır; böylece ekonomik eşitlik ile işçi ve işveren arasında iş birliğinin sağlanmasına da hizmet etmektedir¹³.

A. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Toplu iş sözleşmesi, 6356 sayılı Kanun'un 2. maddesinde “iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşme” şeklinde tanımlanmıştır.

Toplu iş sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda, sözleşmenin taraflarının özel hukuk kişisi olması ve özel hukuka ilişkin düzenlemeler içermesi sebebiyle özel hukuk sözleşmesi olduğu; diğer taraftan aşağıda değinilecek olan sözleşmenin normatif kısmının mevcut olması ve bireysel iş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı olmaması sebebiyle kamu hukuku karakterini taşıdığı savunulmuştur¹⁴. Her iki görüşün de hukuki temellendirmeleri mevcut olmasına karşılık, toplu iş sözleşmelerini sadece

¹⁰ Gökteş/Yılmaz, s.612.

¹¹ Gökteş/Yılmaz, s.612.

¹² Akyiğit, s.637.

¹³ Aktay/ Özdemir Ertürk, s.113.

¹⁴ Toplu iş sözleşmesinin hukuki niteliği hususundaki tartışmalar için bkz. Aktay/ Özdemir Ertürk, s.133 vd; Gökteş, Seracettin (2023) Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı, Ankara, Seçkin, s.20 vd.

özel hukuk sözleşmesi yahut sadece bir kamu hukuku kurumu olarak değerlendirilmemek gerektiğinden yola çıkılarak bu sözleşmelerin kendine özgü yapısı olan bir hukuk sözleşmesi olduğu da savunulmaktadır¹⁵.

Bizim de katıldığımız görüşe göre ise toplu iş sözleşmeleri kendine özgü bir özel hukuk sözleşmesidir. Toplu iş sözleşmeleri, özel hukuk tüzel kişisi olan işçi sendikalar ile özel hukuk tüzel kişisi olan işveren sendikası yahut işveren arasında, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulan iş hukukuna özgü¹⁶ özel hukuk sözleşmesi olmasına karşılık; sözleşmenin normatif bölümü ile iş sözleşmeleri üzerinde, emredici nitelikte kural koyabilme yetkisinin bulunması sebebiyle kendine özgü bir özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmektedir¹⁷.

B. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN İÇERİĞİ

Toplu iş sözleşmesinin içeriği ise 6356 sayılı Kanun'un 33. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili hükme göre, Anayasaya ve kanunların emredici hükümlerine aykırı düzenlemeler içermeyecek “*Toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümleri içerir. Toplu iş sözleşmesi, tarafların karşılıklı hak ve borçları ile sözleşmenin uygulanması ve denetimini ve uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri de içerebilir.*” Bu bağlamda toplu iş sözleşmesi, düzenleyici (normatif) ve borç doğurucu olmak üzere iki bölümden oluşmaktadır.

1. Düzenleyici Bölüm

Toplu iş sözleşmesinin; iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenleyen kısmına düzenleyici (normatif) bölüm adı verilmektedir. (STİSK m.33/1) Normatif bölüm toplu iş sözleşmesinin zorunlu ve kurucu unsurdur¹⁸.

¹⁵ Aktay/ Özdemir Ertürk, s.140; Kandemir, Murat (2013) “Toplu İş Sözleşmesinin Uygulama Alanı”, Çalışma ve Toplum: Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S:39, s.169.

¹⁶ Gökteş/ Yılmaz, s.612.

¹⁷ Sümer (2022), s.241.

¹⁸ Sümer (2022), s.241; Gökteş, s.95; Çelik, Nuri (2010) İş Hukuku Dersleri, 23. Bası, İstanbul, Beta, s.509; Ekmekçi, Ömer (2019) Toplu İş Hukuku Dersleri, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, s.214; Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz (2018) Toplu İş Sözleşmesinin Uygulama Alanı, İstanbul, Vedat, s.47.

İş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin hükümler; genel olarak sözleşmenin kimlerle, nasıl ve ne şekilde yapılacağına dair hükümler olup, iş sözleşmelerinin yapılmasını emreden¹⁹, iş sözleşmelerinin yapılmasını yasaklayan²⁰ veya iş sözleşmelerinin şeklini belirleyen²¹ hükümler olarak sınıflandırılmaktadır.

İş sözleşmesinin içeriğine ilişkin hükümler, toplu iş sözleşmesinin asıl amacını oluşturan, işçilerin ekonomik ve sosyal durumlarının korunması, geliştirilmesi ve çalışma koşullarının belirlenmesine yönelik hükümlerden oluşmaktadır²². Ücret, periyodik ücret zamları ve enflasyon oranına göre zam dönemleri, ikramiye, prim, sosyal yardımlar, izinler, çalışma süreleri, çalışma gün ve saatleri, iş sağlığı ve güvenliğine yönelik önlemler, kantin açılması, dinlenme hakkının kapsamı gibi işyeri düzeni ve çalışma koşullarına yönelik hükümler bu bölüme örnek gösterilebilir²³.

İş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümlerin kapsamına ise; iş sözleşmesinin feshinde bildirim sürelerinin artırılması, işverenin fesih yetkisinin sınırlandırılması, iş sözleşmesinin feshine dair usulün belirlenmesi, ihbar, kötüniyet ve sendikal tazminat miktarlarının artırılması ve haksız fesih halinde cezai şart öngörülmesi gibi hükümler girmektedir²⁴.

2. Borç Doğurucu Bölüm

Toplu iş sözleşmesinde tarafların karşılıklı hak ve borçlarının, sözleşmenin uygulanması ve denetiminin ve uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolların düzenlendiği kısım sözleşmenin borç doğurucu bölümünü oluşturur. 6356

¹⁹ “Kanun’da belirtilen sayının üzerinde engelli işçi çalıştırılması, yeniden işçi alınmasında daha önce işyerinde çalışmış olanlara öncelik tanınması gibi sözleşme yapma zorunluluğuna ilişkin hükümlerin örnek gösterilebileceği” yönünde bkz. **Sümer** (2022), s.242; **Çelik**, s.510.

²⁰ “Belirli niteliklere sahip olmayan örneğin ilköğretim mezunu olmayan işçileri işe alma yasağı” örneği için bkz. **Sümer** (2022), s.242.

²¹ “İş sözleşmelerinin yazılı olarak yapılmasını geçerlilik koşulu olarak öngören hükümlerin” örnek olabileceği yönünde bkz. **Çelik**, s.510.

²² **Çelik**, s.511.

²³ **Sümer** (2022), s.242; **Göktaş/ Yılmaz**, s.617.

²⁴ **Sümer** (2022), s.242; **Göktaş/ Yılmaz**, s.617.

sayılı Kanun'un 33. maddesinde "... hükümleri de içerebilir." şeklinde ifade edildiği üzere; toplu iş sözleşmeleri bakımından borç doğurucu bölümün varlığı zorunlu unsur oluşturmamaktadır.

Toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu bölümü sözleşmenin tarafları, diğer bir ifadeyle işçi sendikası ile işveren sendikası yahut sendika üyesi olmayan işveren arasında hüküm ve sonuç doğurur. Dolayısıyla toplu iş sözleşmesinin tarafları borç doğurucu bölüme ekledikleri hükümler ile üyelerini borç altına sokamazlar²⁵.

Borç doğurucu bölümde, işyeri sendika temsilciliği odasının belirlenmesi, izin kurulu, disiplin kurulu, uzlaştırma kurulu gibi kurulları oluşturmaya yönelik hükümlere yer verilebilir. Toplu iş sözleşmesinde herhangi bir düzenleme bulunmasa, taraflar açıkça kararlaştırmamış olsa dahi tarafların en önemli borcu iş barışını sağlama borcudur²⁶. Toplu iş sözleşmesinin uygulanması ve denetlenmesine dair kayıtlar da borç doğurucu hükümler kategorisinde yer alır. Örneğin sendikanın hukuki sorumluluğu, toplu iş sözleşmesinin yorumu, tahkim şartı, (özel hakeme gidilmesinin öngörülmesi), tipik borç doğurucu hükümlerdir²⁷.

II. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN UYGULAMA ALANI

Toplu iş sözleşmelerinin yapıma amacı, işyerleri ve işletmeler itibarıyla çalışma şartları oluşturmaktır²⁸; toplu iş sözleşmeleri yukarıda açıklandığı üzere, işçi ve işveren ilişkilerinde başvurulacak kaynak niteliğindedir. Toplu iş sözleşmesindeki hükümler; sözleşmenin yer, kişi ve zaman bakımından uygulama alanında bulunan işçi ve işverenlere uygulanacaktır²⁹.

²⁵ Sümer (2022), s.243.

²⁶ Sümer (2022), s.243.

²⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2017/1066, K: 2019/100, T: 07.02.2019, Legalbank, s.e.t. 10.04.2023.

²⁸ Aktay/ Özdemir Ertürk, s.203.

²⁹ Canbolat, Talat (2002) "Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacak İşçiler", Kamu-İş Dergisi (Yargıç Dr. Aydın ÖZKUL'a Armağan), C:6, S:4, s.2, <<https://www.tuhis.org.tr/pdf/649.pdf>> s.e.t. 13.03.2023; Göktaş, s.127.

Toplu iş sözleşmesinin zaman bakımından uygulama alanı, sözleşme hükümlerinin hangi zaman dilimi için hüküm ifade edeceğiyle ilgilidir. 6356 sayılı Kanun m.35/2’de toplu iş sözleşmesinin en az bir ve en çok üç yıl süreli olarak yapılabileceği düzenlenmiştir. Faaliyetin bir yıldan az sürdüğü işlerde toplu iş sözleşmesinin süresi için öngörülen alt sınır uygulanmayacak olmasına karşılık; işin süresinde bitmemesi halinde daha kısa süre saptanan toplu iş sözleşmesi bir yılın sonuna kadar uygulanmaya devam edecektir. Ayrıca toplu iş sözleşmesinin taraflarca imzalanmasından sonra, sözleşme süresi taraflarca uzatılıp kısaltılmayacağı gibi, sözleşme imza tarihinde belirlenen süreden önce de sona erdirilemez. Toplu iş sözleşmesi süresinin bitmesinden önceki yüz yirmi gün içinde, yeni sözleşme için işçi sendikası yetki başvurusunda bulunulabilir. Bu halde dahi yapılacak toplu iş sözleşmesi önceki toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresini etkileyemeyecektir. Yeni yapılacak sözleşme önceki sözleşme sona ermedikçe yürürlüğe giremez.

Toplu iş sözleşmeleri, kapsadığı işyerleri ve işletmelere uygulanacaktır. İşyeri kavramının tanımına STİSK’te yer verilmemiş ve 4857 sayılı İş Kanunu’na atıf yapılmıştır. STİSK m.2/3’e göre, “Bu Kanunun uygulanması bakımından işçi, işveren ve işyeri kavramları 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununda tanımlandığı gibidir.” Söz konusu atıf nedeniyle işyerinin tanımı için İK m.2’de bulunan düzenleme dikkate alınmalıdır. İlgili hükme göre, “İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir...İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür.” İşletmenin tanımı ise STİSK m.2/1-d’de tanımlanan işletme toplu iş sözleşmesi kavramından çıkarılmaktadır; bu bağlamda işletme, bir gerçek veya tüzel kişiye ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait aynı işkolundaki birden çok işyeridir. Toplu iş sözleşmesinin yer bakımından uygulama alanını, işverenin bir işkolunda tek bir işyeri var ise o işyeri; işverenin aynı işkolunda birden çok işyeri varsa bunların

tamamı olan işletme oluşturacaktır. Toplu iş sözleşmesinin yer bakımından uygulama alanı emredici nitelikte olduğundan; işletme kapsamında bulunan bazı işyerleri sözleşmenin kapsamı dışında tutulamayacağı gibi, işverenin başka işkolundaki herhangi bir işyeri de sözleşmenin yer bakımından uygulama alanına dahil edilemeyecektir³⁰.

Çalışma konumuz esas itibarıyla toplu iş sözleşmesinin işçiler bakımından, bir başka deyişle kişi bakımından uygulama alanına ilişkin olduğundan; sözleşmenin yer ve zaman olarak uygulama alanına ilişkin yukarıda verilen genel bilgilerle yetinilmiştir.

A. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞVEREN BAKIMINDAN UYGULAMA ALANI

Toplu iş sözleşmesinin kişiler bakımından uygulama alanı ile ifade edilen, söz konusu sözleşmenin hüküm ifade edeceği, bir başka ifadeyle hak ve yükümlülükler doğuracağı tarafların belirlenmesidir. 6356 sayılı Kanun'da işverenin toplu iş sözleşmesinin uygulama alanına girmesi "bağlılık" olarak ifade edilmiştir³¹. Gerçekten de toplu iş sözleşmesinde tarafların durumunda değişiklik halini düzenleyen STİSK m.37'de, toplu iş sözleşmesinin sürekliliği benimsenmiş ve toplu iş sözleşmesine taraf olan sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, faaliyetinin durdurulması, işçi sendikasının yetkiyi kaybetmesi ve toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde işverenin ya da işyerinin girdiği işkolunun değişmesinin toplu iş sözleşmesini sona erdirmeyeceği kuralı benimsenmiştir. Bu bakımdan toplu iş sözleşmesinin uygulandığı zaman diliminde, işverenin üye olduğu sendikanın tüzel kişiliğini kaybetmesi, faaliyetinin durdurulması yahut işkolunun değişmesi söz konusu olsa da işverenin toplu iş sözleşmesi ile bağlılığı devam edecektir.

Sendikanın toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine sahip olduğunun belirlenmesi üzerine, işveren sendikası, tespit yazısının alınmasından itibaren onbeş gün

³⁰ Canbolat (2002), s.8.

³¹ Bostancı, Yalçın/ Bulun Tokkaş, Sevede (2021) "Güncel Gelişmeler Işığında Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Y: 6, S: 2, s.435.

içinde karşı tarafı toplu görüşmeye çağırır. STİSK m. 37/2’de, toplu görüşmeye çağrı tarihinde bir işveren sendikasına üye bulunan işverenin, sendika üyeliğinin sona ermesi durumunda da sendikaya yapılmış olan çağrı ile bağlı kalacağı düzenlenmiştir. İşveren sendikasına üyeliğin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde, toplu görüşmeye çağrı ile bağlılığı devam eden işverenin; toplu iş sözleşmesi imzalandıktan sonra sendika üyeliği sona erse dahi sözleşme ile bağlı olacağıının evleviyetle kabulü gerekir ki bu ihtimal de STİSK m.37/3’te ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir.

İşyerinin veya bir bölümünün devri halinde de devralan işverenin toplu iş sözleşmesi ile bağlı olacağı STİSK m.38’de düzenlenmiştir. Buna göre devralan işverenin aynı işkolunda giren işyeri ve işyerlerinde yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesi var ise, devralınan işyeri veya işyerlerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar iş sözleşmesi hükmü olarak devam edecek; eğer devralan işverenin işyeri veya işyerlerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesi yok ise yeni bir toplu iş sözleşmesi yapıncaya kadar, toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan hak ve borçlar toplu iş sözleşmesi hükmü olarak uygulanacak ve devralan işveren her iki ihtimalde de sözleşme hükümlerine bağlı olacaktır.

İşveren toplu iş sözleşmesinin hem iş sözleşmelerini etkileyen normatif hükümlerine hem de borç doğurucu bölümün getirdiği yükümlülüklerle tabi olacaktır³². İşveren sözleşmenin etkisine tabi olduktan sonra, sendika üyeliğinden ayrılmak yoluyla veya başka bir şekilde, kendi iradesi ile sözleşmenin süresi boyunca bu etkiden kurtulamamakta ve sözleşme ile bağlı olmaktadır³³. İşverenin ölümü halinde dahi işverenin mirasçıları toplu iş sözleşmesi ile bağlı olmaya devam edeceklerdir³⁴.

³² **Kandemir**, s.175.

³³ **Canbolat** (2002), s.5.

³⁴ **Narmanlıoğlu, Ünal** (1991) “Toplu İş Sözleşmesinin Sadece Taraf Sendika Üyelerine Uygulanan Hükümlerine Tabi Olma”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul, s.230; **Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut** (2018) İş Hukukununun Esasları, 9. Baskı, İstanbul, Beta, s.383; **Bostancı/ Bulun Tokkaş**, s.436; **Kandemir**, s.175.

İşverenin toplu iş sözleşmesiyle bağlılığı işyerinin kapatılması halinde sona erecektir. Fakat bu halde dahi işyerinin aynı veya farklı işveren tarafından tekrar faaliyete geçmesi söz konusu olur ve işyerinin açıldığı zamanda toplu iş sözleşmesi süre bakımından sona ermemiş olursa, aynı veya farklı işveren bu sözleşme ile bağlı olmaya devam edecektir³⁵.

B. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞÇİLER BAKIMINDAN UYGULAMA ALANI - TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDEN YARARLANMA

Toplu iş sözleşmesinin işveren bakımından uygulama alanı “bağlılık” kavramı ile ifade edilirken, işçiler bakımından uygulama alanı toplu iş sözleşmesinden “yararlanma” kavramı ile ifade edilmektedir. Kural olarak toplu iş sözleşmesinden, bir işletme veya işyerinde örgütlenerek yetki alan ve işveren veya işverenin üyesi olduğu işveren sendikası ile toplu iş sözleşmesi imzalayan işçi sendikasının üyesi olan işçiler yararlanır³⁶. STİSK m.39’da toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikasının üyelerinin yararlanacağı belirtilmekle yetinilmiş; ancak yararlanma kavramından ne anlaşılması gerektiği düzenlenmemiştir³⁷.

Yararlanma kavramını açıklayabilmek için, bu kurumu sendikal ayrımcılık yasağı ile birlikte değerlendirmek gerekmektedir. STİSK m.25 ile sendika özgürlüğünün güvencesi düzenlenerek sendikal ayrımcılık yasaklanmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre, “İşçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz. İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır. İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin

³⁵ **Bostancı/ Bulun Tokkaş**, s.436.

³⁶ **Gerek, Nüvit** (2009) “Dayanışma Aidatı Ödeyerek Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 16, s.137.

³⁷ **Özkaraca, Ercüment** (2017) “The Provisions of Collective Bargaining Agreement Applied to All the Employees” PressAcademia Procedia (PAP), S: 3, s.577.

izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya farklı işleme tabi tutulamaz.”.

Bu düzenlemeden iki farklı sonuca ulaşmak mümkündür; bunlardan ilki işverenin, toplu iş sözleşmesinden yararlanma koşullarına sahip olanlara, toplu iş sözleşmesi ile getirilen ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım haklarını sağlayıp, diğer işçilere sağlamaması hükme göre sendikal ayrımcılık olarak nitelendirilmeyecektir. Düzenlemeden ulaşılan diğer sonuç ise, toplu iş sözleşmelerinin parasal konulara ilişkin hükümlerinin dışında kalan çalışma koşullarına ilişkin hükümlerinin, yararlanma koşullarını sağlamasa da işyerinde çalışan tüm işçilere sendikal ayrımcılık yasağı gereği uygulanmasının gerekmesidir³⁸. Bu bağlamda toplu iş sözleşmesinin işçi bakımından uygulama alanı ile toplu iş sözleşmesinden yararlanma kavramının farklı kavramlar olduğu; uygulama alanı daha geniş iken toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın, sözleşmenin ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularıyla sınırlı olduğu belirtilebilir³⁹.

Toplu iş sözleşmesinin tüm işçilere uygulanacak hükümlerinin belirlenmesinde öğretide iki farklı görüş bulunmaktadır. İlk görüşe göre, toplu iş sözleşmesinde işçiye para verilmesine ilişkin hükümler dışındaki tüm hükümleri, sözleşmenin uygulama alanındaki tüm işçilere uygulanmalıdır. İşçilere servis sağlan-

³⁸ Özkaraca, s.577; Canbolat (2002), s.3.

³⁹ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E: 2019/1586, K: 2019/7909, T: 08.04.2019, “Davacı sendika ile davalı işveren arasında bağitlanan toplu iş sözleşmesinden yararlanmak amacıyla kendi isteği ile toplu iş sözleşmesi kapsamına girmiştir. Davacının toplu iş sözleşmesinden faydalanmasıyla birlikte toplu iş sözleşmesinin işçiler yararına getirdiği akçalı menfaatlerden (giyim yardımı, gıda yardımı, yemek yardımı, ikramiye, ilave tediye vs. gibi) de yararlanmakta olup böylelikle davacının gelirinde artış meydana gelmiştir. Mahkemece bu yönler gözden kaçırılarak davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2020/226, K: 2022/126, T: 15.02.2022, “... bir toplu iş sözleşmesinden ancak o toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikasına üye işçi veya üye olmaksızın dayanışma aidatı ödeyen işçinin yararlanması mümkündür. Oysa davacı ne taraf işçi sendikası olan Koop-İş Sendikasına üyedir ne de dayanışma aidatı ödemektedir. Bu nedenle uyumsuzluğa devredilen Kurumda yürürlükte olan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanarak ücret ve malî haklarının belirlenmesi mümkün değildir.” <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 15.04.2023.

ması, yemek verilmesi, giriş çıkış kontrolleri, iş güvenliği, çalışma ve dinlenme süreleri, işyerinin havalandırılması, ışıklandırılması, işyerinde uygulanacak sağlık ve güvenlik tedbirleri, hafta tatili, yıllık ücretli izin süreleri, disiplin kuralları gibi işyerinin çalışma düzenine ilişkin olan ve işçilerin ortak çıkarlarını gözeten hükümler ile sosyal yardımlardan aynı nitelikte olanlar bu kapsamdadır⁴⁰. Diğer görüşe göre ise, hükmü “ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım” ile sınırlı yorumlamak, artırılmış ihbar sürelerinin, yıllık ücretli izin sürelerinin, kıdem tazminatının tüm işçilere uygulanması sonucunu doğurarak; toplu iş sözleşmesinden yararlanma kavramı ile sendikal örgütlenmenin etkinliğini oldukça azaltacaktır⁴¹.

1. Toplu İş Sözleşmesinden Taraf İşçi Sendikası Üyelerinin Yararlanması

Toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin tamamından taraf işçi sendikasına üye işçilerin yararlanacağı düzenlenmiştir⁴². Buna göre, üye sıfatıyla toplu iş sözleşmesinden yararlanma kanundan doğan bir hak olup, işçinin sendika üyeliği üyelikten ayrılma veya çıkarılma⁴³ gibi bir sebeple sona erdiği takdirde, söz

⁴⁰ **Canbolat, Talat** (1998) “Toplu İş Sözleşmesinin Kişiler Açısından Uygulama Alanı” (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.147; **Özkaraca**, s.577-578; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s.254; **Göktaş**, s.179; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2017/1066, K: 2019/100, T: 07.02.2019, “Örneğin işyerinde ek işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemleri getiren, çalışma ortamını (havalandırma, gürültü) iyileştirmeye yönelik, sosyal amaçlı (spor tesisleri, kreş, servis araçları, yemekhane), işyeri organizasyonuna ilişkin (iş süreleri, vardiyalar, yıllık izin kullanma zamanı...) hükümler esas itibarıyla işyeri düzeni ve iş koşullarına dair hükümlerdir ve sendikali sendikası tüm işçiler bu düzenlemelerden yararlanır. Böyle bir genel etki eskiden beri iş hayatımızda benimsenmektedir. Toplu iş sözleşmesinin bir kısım hükümlerinin tüm işçilere etki etmesi çeşitli açılardan gereklidir.” Legalbank, s.e.t. 10.04.2023.

⁴¹ **Şahlanan, Fevzi** (2011) “İşverenin Sendika Üyesi Olmayan İşçilere Yaptığı Bazı Ödemelerin Toplu Sözleşmeden Yararlandırma Açısından Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 23, s.140; **Ekmekçi**, s.370; ayrıca görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Turan, Samet** (2022) “Toplu İş Sözleşmesinin Tüm İşçilere Uygulanacak Hükümlerinin Kapsamı”, İş ve Hayat Dergisi, S:16, s.40-41.

⁴² **Ekonomi, Münir** (1964) “Toplu İş Sözleşmesine Taraf İşçi Teşekkülüne Üye Olmayan İşçilerin Sözleşmeden Faydalanmaları”, İktisat ve Maliye Dergisi, Ekim, s.255-256; **Göktaş**, s.184.

⁴³ **Akyiğit**, s.457.

konusu işçi “taraf işçi sendikasına üye” sıfatıyla toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacak; ancak dayanışma aidatı ödemek yoluyla yararlanma⁴⁴, toplu iş sözleşmesinin teşmili veya toplu iş sözleşmesi tarafı işçi sendikasının yazılı onayı gibi aşağıda açıklayacağımız kapsamda yararlanabilecektir. Üyelik sıfatının sona ermesi ve askıya alınması hali STİSK m.19’da düzenlenmiştir. Üyelik sıfatı çekilme veya çıkarılma ile sona erebilir ve üyeliğin sona erme anı her iki durumda da birbirinden farklıdır. İlgili düzenlemeye göre, üyelikten çekilme, sendikaya bildirim tarihinden itibaren bir ay sonra geçerlilik kazanacağından; üyeliğin devam ettiği bir aylık sürede işçi toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya devam edecektir. Sendika üyeliğinden çıkarılmaya ise genel kurul karar verecek olup; işçinin üyeliği çıkarılma kararı kesinleşinceye kadar devam edecektir. (STİSK m. 19/4) Bu ihtimalde de üyelikten çıkarılma kararı kesinleşinceye kadar geçen zamanda, söz konusu işçi toplu iş sözleşmesinden üye sıfatıyla yararlanmaya devam edecektir. Aynı hükümde, askeri ödev nedeniyle silah altına alınan üyenin, bu zaman diliminde üyeliğinin askıda kalacağı düzenlenmiştir. Üyeliğin askıda olduğu bu zaman diliminde işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanması mümkün değildir⁴⁵. Buna karşılık işçi işyerinden sürekli olarak ayrılmış ise, sendika üyeliğini koruyor olsa bile, o işyeri için yapılmış toplu iş sözleşmesinden yararlanamaz⁴⁶.

Yararlanmanın söz konusu olabilmesi için sendika üyeliği dışında birtakım şartların var olması gerekmektedir. Bunlardan ilki, işçilerin çalıştıkları işyerinin toplu iş sözleşmesinin yer bakımından kapsamında olması gerekmektedir. Çünkü toplu iş sözleşmeleri, sadece kapsamına giren işyeri veya işyerlerinde uygulama alanı bulurlar⁴⁷. Toplu iş sözleşmesinin yer bakımından kapsamına, yetki belgesi alındığı tarihte, o toplu iş sözleşmesi kapsamında olan işyerleri ve işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar (İK m. 2) girmektedir⁴⁸. Bu bakımdan, işçinin iş sözleşmesinin

⁴⁴ **Sümer, Haluk Hadi** (2019) İş Hukuku Uygulamaları, Ankara, Seçkin, s.629; **Bostancı/ Bulun Toktaş**, s.438.

⁴⁵ **Bostancı/ Bulun Toktaş**, s.442.

⁴⁶ **Kandemir**, s.178.

⁴⁷ **Kandemir**, s.177.

⁴⁸ **Demir, Kübra** (2020) “Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma”, Sivas Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C: 21, S: 2, s.356.

sona ermesi, toplu iş sözleşmesinin yer bakımından uygulama alanı dışında olan başka bir işyerine nakledilmesi, aynı işverenin farklı işkolunda olan işyerinde çalışmaya başlaması hallerinde toplu iş sözleşmesinden yararlanma sona erer⁴⁹.

Diğer koşul, kişinin işyerinde işçi sıfatı ile çalışıyor olmasıdır. STİSK m. 2/3, işçi kavramını tanımlamamış, 4857 sayılı İş Kanunu'na atıf yapmıştır. İK m. 2'ye göre, "iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye" işçi denir. 6356 sayılı Kanun'un işçi kavramının tanımı bakımından 4857 sayılı Kanun'a atıf yapması, İş Kanunu'nun uygulama alanı dışındaki Basın İş Kanunu ya da Türk Borçlar Kanunu'na tabi olan işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanmalarına engel olmayacağı gibi; STİSK m. 2/4'ün, "iş sözleşmesi dışında ücret karşılığı iş görmeyi taşıma, eser, vekalet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız olarak mesleki faaliyet olarak yürüten gerçek kişiler"i de işçi sayması sebebiyle bu kişiler de toplu iş sözleşmesinden yararlanabilecektir⁵⁰. Diğer taraftan işçi sayılmayan, çırak, stajyer, sözleşmeli personel, devlet memurları ile geçici işçiler de toplu iş sözleşmesinden yararlanamazlar⁵¹. Bu koşul kapsamında değerlendirilebilecek diğer bir durum ise, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunmasıdır. Bu ihtimalde, geçerli şekilde kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisinde asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden alt işveren işçilerinin yararlanması mümkün olmayıp⁵², alt işveren işçileri alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanabilirler⁵³. Asıl işveren- alt işveren ilişkisinin

⁴⁹ Sümer (2019), s.629.

⁵⁰ Bostancı/ Bulun Tokkaş, s.439; Subaşı, İbrahim (2019) "Sendikalı Olmayan veya Taraf Sendika Üyesi Olmayan İşçilerin Toplu İş Sözleşmesi'nden Yararlanması", Sicil İş Hukuku Dergisi, S:14, Y:4, s.181; Kandemir, s.177; Kavak, Özkan (2005) "Toplu İş Sözleşmesinin Kişi Bakımından Kapsamı (Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma)" (Yüksek Lisans), Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

⁵¹ Bostancı/ Bulun Tokkaş, s.439; Sümer (2019), s.630; Özcan, Durmuş/ Özcan, Gamze (2020) Uygulamalı İş Davaları, 5. Baskı, Ankara, Adalet, s.1489.

⁵² Canbolat (2002), s.9.

⁵³ Sümer (2019), s.639; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E: 2013/5319, K: 2013/9217, T: 30.04.2013, "Yardımcı iş olan güvenlik işinin alt işverene verilmesine engel bir durum bulunmamaktadır. Davacı işçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında alt işveren işçisi olarak çalıştığı dosya içeriği ile sabit olmuştur. Somut olayda, davacının dava dışı alt işveren şirkette güvenlik görevlisi ola-

muvazaalı olması ihtimalinde ise, alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacak olduklarından toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceklerdir; ancak bu ihtimalde de söz konusu işçilerin taraf işçi sendikasına üye olmaları ve diğer şartları da taşımaları gerekmektedir⁵⁴.

Toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikası üyesi işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya başlayacağı zaman ve yararlanma süresinin de tespit edilmesi gerekmektedir. İşçinin üye sıfatıyla toplu iş sözleşmesinden yararlanmasının başladığı anın belirlenmesinde, toplu iş sözleşmesinin imza tarihi esas alınarak bir ayrıma gidilmiştir. STİSK m. 39/2’de, toplu iş sözleşmesinden, sözleşmenin imzalanması tarihinde taraf sendikaya üye olan işçilerin toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihinden itibaren yararlanmalarının başlayacağı; toplu iş sözleşmesinin imza tarihinden sonra taraf işçi sendikasına üye olan işçilerin ise üyeliklerinin taraf işçi sendikasıca işverene bildirildiği tarihten itibaren sözleşmeden yararlanabilecekleri düzenlenmiştir.

rak çalıştığı, davalı asıl işveren işçisi olduğuna dair muvazaalı iddiasını ispat edemediği, asıl işveren olan davalı şirket tarafından kendi kadrolu işçilerine uygulanan toplu iş sözleşmesi hükümlerinden alt işveren işçisi olan davacının yararlanamayacağı açıktır. Ayrıca kıdem ve ihbar tazminatı hesaplamasında davacının asıl işverenin işçisi kabul edilerek asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre tespit edilen ücretin esas alınması da hatalı olmuştur.” <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 15.04.2023.

⁵⁴ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2021/8704, K: 2021/16099, T: 02.12.2021, “Somut olayda, davacı işyerinde örgütlü ve yetkili olan ... Sendikasına üye olduğunu, fakat muvazaalı bir biçimde yüklenici firmaların işçisi olarak gösterildiğinden sendika ile davalı ... arasında imzalanan Toplu İş Sözleşmesinden yararlandırılmadığını iddia etmiş, İlk Derece Mahkemesince davalı ... ile dava dışı hizmet alım sözleşmesi imzalanan şirketler arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğu gerekçesi ile davacı işçinin davalının taraf olduğu Toplu İş Sözleşmelerinin tamamından yararlanabileceği kabul edilmiş ise de davacının söz konusu Toplu İş Sözleşmelerinden yararlanması için sendikaya üye olması, üyeliğinin işverene bildirilmesi veya dayanışma aidatı kesilmesini talep etmesi gerektiği, davacının muvazaalı nedeniyle baştan itibaren davalı Belediyenin işçisi sayılmasının başkaca bir işleme gerek kalmaksızın davalı Belediyenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmelerinden yararlandırılmasına imkan vermeyeceği gözetilmeksizin dava konusu alacaklara hükmedilmesi isabetli olmadığından tüm dosya kapsamı ile 6356 sayılı Kanun’un 39. maddesi değerlendirilmek suretiyle davacının üyeliğinin hangi tarihte davalı Belediyeye bildirildiği ve Toplu İş Sözleşmelerinden hangi tarih itibarı ile faydalanabileceği belirlenerek sonucuna göre Toplu İş sözleşmesinden kaynaklanan fark ücret talepleri ile ilgili bir karar vermek gerekirken açıklanan maddi ve hukuki esaslar gözetilmeden eksik inceleme ile hüküm kurulması hatalı olup kararın bu nedenle bozulması gerekmektedir.” Legalbank, s.e.t. 15.04.2023.

Toplu iş sözleşmeleri kural olarak imzalandığı tarihte yürürlüğe girmektedir; fakat taraflar sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğüne sahip olduklarından sözleşmenin imzalandığı tarihten bir süre sonra veya daha önceki bir tarihte yürürlüğe girmiş olacağını kararlaştırabilirler⁵⁵. Düzenlemenin lafzından toplu iş sözleşmesinin imza tarihinde sendikaya üye olan işçinin, toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihinin geriye dönük kararlaştırıldığı durumlarda, toplu iş sözleşmesinden yürürlük tarihi itibarıyla yararlanacağı sonucu çıkmaktadır. Bu ihtimalde de diğer koşulların varlığı aranmalı ve işçinin toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihinde işyerinde çalışıyor olması koşulu göz ardı edilmemelidir. Bu ihtimalde işçi, sözleşmenin yürürlük tarihi ile imza tarihi arasında işe girmişse, işe girmesinden itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanacaktır⁵⁶. Toplu iş sözleşmesinin imzalanması tarihinden sonra sözleşmenin tarafı sendikaya üye olan işçiler ise, sözleşmeden ancak üye oldukları tarihten itibaren yararlanırlar⁵⁷.

Sendika üyesi olan işçilerin toplu iş sözleşmesinin geriye etkisinden yararlanmasına paralel olarak STİSK m.39/3'te toplu iş sözleşmesinin imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında iş sözleşmesi sona eren sendika üyesi işçilerin de iş sözleşmelerinin sona erdiği tarihe kadar toplu iş sözleşmesinden yararlanacağı düzenlenmiştir⁵⁸.

STİSK m.39/1'e göre, toplu iş sözleşmesinin imza tarihinden sonra taraf işçi sendikasına üye olan işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanması ise, üyelikle-

⁵⁵ **Çelik, Nuri** (1986) "Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma" (Yararlanma), TÜHİS, C: 10, S: 1, s.6; **Keser, Hakan** (1994)"Toplu İş Sözleşmelerinde Geriye Etkili Yürürlük ve Yürürlüğün Başlangıcı", Çimento İşveren Dergisi, C: 8, S: 5, s.5; **Canbolat** (1998), s.157; **Özkaraca, Ercüment/ Özkan Koç, Sema Deniz** (2021) "Anayasa Mahkemesi'nin iptal Kararı Sonrası Geçmiş Etkili Yürürlüğe Konan Toplu İş Sözleşmelerinden Dayanışma Aidatı Odeyerek Yararlanma", Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 46, s.13; **Göktaş**, s.128.

⁵⁶ **Canbolat** (1998), s.161; **Göktaş**, s.193; **Demir**, s.357; **Özcan/ Özcan**, s.1490; **Keser**, s.7.

⁵⁷ **Aktay, Nizamettin** (1998) "Geçmiş Etkili Yürürlüğe Giren Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma", Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C: 4, S: 3, s.46; **Kandemir**, s.181; **Keser**, s.7; **Çelik**, s.573.

⁵⁸ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2020/4622, K: 2021/4324, T: 18.02.2021, "davacının hangi tarihe kadar yararlanma hakkına sahip olduğu üyeliğinin 28.2.2014 tarihinden sonra devam edip etmediğinin ya da bu tarihten sonra dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinin bulunup bulunmadığının tespitine bağlıdır." Lexpera, s.e.t. 06.05.2023.

rinin taraf işçi sendikasıncı işverene bildirildiği tarihten itibaren söz konusu olur⁵⁹. Burada söz konusu bildirim işverene ulaştığı tarihten itibaren yararlanmanın başlayacağı kabul edilmektedir⁶⁰. İşçinin sendika üyeliğinin işverene geç bildirmesinden doğan zararlardan, bildirimi geç yapan sendika sorumlu olacaktır.

2. Toplu İş Sözleşmesi Tarafı İşçi Sendikasına Üye Olmayan İşçilerin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanması

Toplu iş sözleşmesinden kural olarak taraf işçi sendikasına üye olan işçilerin yararlanabileceği düzenlense de yararlanmayı yalnızca bu kapsam ile sınırlı tutmak, işçiler üzerinde toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendikaya üye olmak hususunda baskı yaratabilecek ve böylece anayasal güvenceye sahip olumlu ve olumsuz

⁵⁹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2021/2185, K: 2021/8433, T: 26.04.2021, "... davalı işveren ile Türkiye Kooperatif Ticaret Eğitim ve Büro İşçileri (Koop-İş) Sendikası arasında 01.10.2012 - 30.09.2014 yürürlük tarihli toplu iş sözleşmesinin bağitlandığı görülmüş, davalı işverende bu iş sözleşmesinin yürürlük süresi sonrasında başka bir toplu iş sözleşmesi uygulanmamıştır. Davacı işçinin 22.09.2014 tarihinde Koop-İş Sendikasına üye olduğu, üyeliğinin işverene 03.11.2015 tarihinde bildirildiği anlaşılmaktadır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının sendikaya üye olduğu tarihten itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanması gerektiği kabul edilerek alacak hesabı yapılmış ise de varılan sonuç hatalıdır." ; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2022/6678, K: 2022/7757, T: 15.06.2022, "davalı Kurum ile dava dışı alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğu gerekçesiyle ilave tediyeye alacağının hüküm altına alınması yerindedir. Ancak davacının sendika üyeliği davalı asıl işverene bildirilmemiş olup bu hâlde davacının asıl işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanması mümkün değildir. Dairemizin emsal kararları da bu doğrultudadır." <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 15.04.2023; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2020/4622, K: 2021/4324, T: 18.02.2021, "01.01.2012-31.12.2013 tarihleri arasında yürürlükte bulunan belediyenin taraf olduğu Toplu İş Sözleşmesi bakımından değerlendirme yapıldığında; belirtilen Toplu İş Sözleşmesinin imza tarihi 18.01.2012 olup davacının bu sendikaya 10.02.2012 tarihinde şirket işçisi olarak üye olduğu ve üyeliğinin de kayden işveren olan bu şirkete 28.06.2013 tarihinde bildirildiği görülmektedir. Davacı bu sözleşmeden 28.06.2013 tarihinden itibaren yararlandırılmış ise de; davacının sendika üyeliğinin dava dışı şirkete bildirildiği, davalı belediyeye ise bildirilmediği anlaşılmaktadır. Davacı, Toplu İş Sözleşmesinin imza tarihinde sendikaya üye olmadığına göre, bu sözleşmeden yararlanması ancak sendika üyeliğinin sözleşmenin tarafı davalı belediyeye bildirilmesiyle ve bildirim tarihinden geçerli olarak mümkün olabilir. Açıklanan sebeple, davacının 01.01.2012-31.12.2013 tarihleri arasında yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacağı kabul edilmelidir." Lexpera, s.e.t. 06.05.2023.

⁶⁰ Aktay, s.46.

sendika özgürlüğü zedelenektir. Diğer taraftan toplu iş sözleşmesinin sendika üyelikleri gözetilmeksizin tüm işçilere uygulanması ihtimalinde de sendikaların güçsüzleşmesi ve önemini yitirmesi gündeme gelecektir. Yasa koyucu her iki ihtimaldeki olumsuz sonuçları bertaraf edebilmek için, sendika güvenliği ile bireysel sendika özgürlüğü arasında denge sağlamış ve sendika üyesi olmayan işçilerin belirli koşullarda toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceğini düzenlemiştir⁶¹.

a. Dayanışma Aidatı Ödeyerek Yararlanma

STİSK m. 39/4'te sendikaya üye olmayan veya sendika üyeliği sona eren işçilerin dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceği şu şekilde düzenlenmiştir: "Toplu iş sözleşmesinin imzası sırasında taraf işçi sendikasına üye olmayanlar, sonradan işyerine girip de üye olmayanlar veya imza tarihinde taraf işçi sendikasına üye olup da ayrılanlar veya çıkarılanların toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmeleri, toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasına dayanışma aidatı ödemelerine bağlıdır." Bu düzenlemeye göre, dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlanma talebinde bulunan işçinin, daha önce taraf işçi sendikasına üye olması, bir başka sendikaya üye olması veya sendika üyeliğinin bulunmaması arasında fark bulunmamaktadır.

Dayanışma aidatı ödeyerek yararlanacak kişilerin işçi sıfatına sahip olması gerekli olduğundan; çırak, stajyer, kamu görevlisi, memur yahut işveren vekili dayanışma aidatı ödemek yoluyla toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacaktır⁶².

Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma, işçinin iradesine ve talebine bağlıdır. İşçinin yararlanma talebinin incelenmesi, uygun olup olmadığının sendika tarafından değerlendirilmesi söz konusu değildir⁶³. Yararlanma için işçi sendikasının onayının aranmayacağı açıkça düzenlenmiştir.

⁶¹ **Yılmaz, İmge Hazal** (2021) "Toplu İş Sözleşmesinden Dayanışma Aidatı Ödeyerek Yararlanmanın Başlangıcı -Anayasa Mahkemesi Kararının Düşündürdükleri-", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y: 12, S: 47, s.377-378.

⁶² **Özkaraca/ Özkan Koç**, s.20.

⁶³ **Gerek**, s.139; İşçi sendikasının muvafakati aranmadığından, konunun işçi sendikasını ilgilendiren bir yönünün olmadığı, dolayısıyla talebin işverene yöneltilmesi gerektiği hakkında bkz. **Canbolat** (2002), s.14.

(STİSK m.39/4) İşçinin yararlanma talebini işverene yöneltmesi gerekmekte olup bu talep yazılı veya sözlü şekilde gerçekleşebilir; ancak işçi talebini ispatlamakla yükümlü olduğundan talebin yazılı yapılması ispat kolaylığı sağlayacaktır⁶⁴.

Ayrıca toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanma dayanışma aidatı ödemek ile gerçekleşeceğinden, işçinin dayanışma aidatı ödemekten vazgeçmesi halinde; toplu iş sözleşmesi hükümlerinin iş sözleşmesi hükümleri olarak devam etmesi, diğer bir ifadeyle toplu iş sözleşmesinin art etkisinden yararlanması mümkün değildir. Diğer taraftan işçi, toplu iş sözleşmesinin süresinin bitimine kadar dayanışma aidatı ödediği takdirde; toplu iş sözleşmesinin süresi sona erse dahi, yeni toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girinceye kadar sözleşmenin art etkisinden yararlanabilecektir⁶⁵.

Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın hangi an itibarıyla başlayacağına ilişkin 6356 sayılı Kanun'un 39/4. maddesinin son cümlesinde "İmza tarihinden önceki talepler imza tarihi itibarıyla hüküm doğurur." ifadesi yer alıyordu. Anayasa Mahkemesi⁶⁶, Bakırköy 16. İş Mahkemesinin itiraz başvurusu üzerine somut norm denetimi yapmış ve söz konusu maddenin yukarıda belirtilen cümlesi hakkında oyçokluğuyla iptal kararı vermiştir. Bakırköy 16. İş Mahkemesince, toplu iş sözleşmesini akdeden sendikanın üyesi ol-

⁶⁴ **Çelik**, s.561; **Demir**, s.360; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 1997/4335, K: 1997/5219, T: 17.03.1997, "Davacı işçi dayanışma aidatı ödemek suretiyle işyerinde uygulanmakta olan TİS'den yararlanması gerekirken yararlandırılmadığını ileri sürerek TİS'den kaynaklanan alacak isteklerinde bulunmuş ve mahkemece de istek gibi hüküm kurulmuş ise de, davacının dayanışma aidatı ödemek suretiyle TİS.'den yararlanma talebinde bulunduğunu gösteren 15.8.1991 tarihli belgenin davalı işverene verilir verilmeyeceği ya da posta ile gönderilip gönderilmediği anlaşılamamaktadır. Gerçekten dayanışma aidatı ödemek suretiyle bir işçinin işyerinde uygulanmakta olan TİS.'den yararlanması bu konuda talepte bulunması koşuluna bağlıdır. Bunun için de böyle bir talebi içeren belgenin işverene ulaştırıldığıın ispatı davacı işçiye düşer. Bu konunun açıklığa kavuşturularak davacının da diyecekleri sorulmalı, delilleri varsa istenmeli, mukabil deliller de toplanarak sonucuna göre bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ile isteklerin hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.", Legalbank, s.e.t. 06.05.2023.

⁶⁵ **Kandemir**, s.189.

⁶⁶ Anayasa Mahkemesi, E: 2020/57, K: 2020/83, T: 30.12.2020, Legalbank, s.e.t. 15.04.2023.

maksızın toplu iş sözleşmesinden faydalanma imkanı sağlamak amacıyla öngörülen dayanışma aidatı kurumunun işçilerin diledikleri sendikaya üye olma veya olmama haklarının güvencesi konumunda olduğu, toplu iş sözleşmesinden faydalanmaya ilişkin talebin işverene ileildiği andan itibaren sendikalı ve sendikasız işçi ayırımının ortadan kalktığı ancak itiraz konusu kuralla sendikaya üye olmayan işçiler bakımından söz konusu talebin geçerlilik tarihinin toplu iş sözleşmesinin imza tarihi olarak belirlendiği, bu suretle işçilerin toplu iş sözleşmesini akdeden sendikaya üye olmaya zorlandıkları belirtilerek kuralın Anayasa'nın 51. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi, toplu iş sözleşmesinin imza tarihinden önce dayanışma aidatı ödeyerek sözleşmeden yararlanmak isteyen işçilerin, sözleşmeden yararlanma anını daha sonraki bir tarih olan imza tarihinden itibaren geçerli gören ve sözleşmenin geriye etkili olduğu durumlarda dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmayı mümkün kılmayan bu düzenlemeyi iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararında “*taraf sendikanın üyesi olmayıp dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanmak isteyen işçilerin imza tarihinden önceki talepleri itiraz konusu kural uyarınca imza tarihi itibarıyla hüküm doğuracaktır. Bu itibarla toplu görüşme ve pazarlık sürecinde toplu iş sözleşmesi kapsamındaki işyerinde çalışan, süresinde talepte bulunan ve dayanışma aidatı ödeyen, taraf sendika üyesi olmayan işçilerin toplu iş sözleşmesinde yer alan ve toplu görüşme ve pazarlık süreçleri nedeniyle geçmişe yönelik parasal haklar bahşeden hükümlerden yararlanmaları mümkün olmayacaktır. Bu sonuçla karşılaşmak istemeyen işçilerin ise toplu iş sözleşmesi öncesinde taraf sendikaya üye olmaları gerekmektedir. Dolayısıyla kural hem olumsuz sendika hakkını hem de toplu iş sözleşmesi hakkını sınırlamaktadır*” sonucuna ulaşılmıştır. Kararda ayrıca temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğinde görülen bu düzenlemenin aynı zamanda sendikalar arasındaki yarışın ve dolayısıyla çoğulculuğun zedelenmesine neden olabileceği belirtilmiştir. Şöyle ki, ilgili düzenleme ile toplu iş sözleşmesinin imzalandığı tarihte taraf sendika üyesi olan işçiler lehine bir sonuç yaratıldığından; sendikalaşma yarışında taraf sendika lehine avantajlı bir durum söz konusu olacak ve üye sayısını artırmada kolaylık elde eden taraf sendikanın bir sonraki toplu iş sözleşmesinde de üye işçi çoğunluğunu muhafaza etmek suretiyle diğer

sendikalara üstün gelmesi ve taraf sendika statüsünü koruması söz konusu olabilecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin düzenlemeyi iptal etmesinden önce, dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma zamanına ilişkin doktrinde farklı görüşler mevcuttu. Bir görüşe göre, toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlanma talep tarihi itibarıyla söz konusu olacağından ve henüz imzalanmamış toplu iş sözleşmesinden yararlanma talebinde bulunulması mümkün olmayacağından; yararlanma ancak sözleşmenin imza tarihinden itibaren gerçekleşebilir. Dolayısıyla toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihi daha önceki bir tarih olsa da bu tarihten itibaren yararlanma mümkün olmayacaktır⁶⁷. Doktrindeki diğer görüşe göre ise, kanunda yalnızca yararlanmanın talep tarihinden itibaren geçerli olacağına düzenlenmiştir. Talebin ne zaman yapılacağına yönelik ayrıca bir kısıtlama veya düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla henüz imzalanmamış olan toplu iş sözleşmesinden yararlanma talebinde bulunulması mümkün olup bu işçiler talep tarihi itibarıyla toplu iş sözleşmesinden geçmişe dönük olarak yararlanabileceklerdir⁶⁸.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına, ilgili düzenlemenin olumsuz sendika özgürlüğünü ihlal etmesi ve sendikalar arasında haksız rekabet yaratması sebebiyle katılmaktayız. İptal kararı sonrası, işçilerin dayanışma aidatı ödemek suretiyle geçmişe etkili yürürlüğe konulan toplu iş sözleşmesinden yararlanması ve yararlanmanın başlangıç anının talep tarihi olacağı açıklığa kavuşturulmuştur⁶⁹. İşyerinde mevcut yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesi varsa, sendika

⁶⁷ Akyiğit, s.471; Aktay/ Özdemir Ertürk, s.218; Narmanlıoğlu, s.220-221; Gerek, s.140.

⁶⁸ Caniklioğlu, s.126; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.294; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.1091.

⁶⁹ AYM kararı öncesinde doktrindeki görüşler için bkz. Özkaraca/ Özkan Koç, s.15-16, "Mülga 2822 sayılı Kanun'da, dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinin yapılma zamanına ilişkin açık bir düzenleme mevcut olmadığından, bu Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde dayanışma aidatı ödeyerek geçmişe etkili kılınan hükümlerden yararlanmaya ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştü. Ağırlıklı görüş, Kanun'da yararlanmanın talep tarihinden geçerli olduğunun öngörülmesi karşısında, henüz imzalanmamış bir toplu iş sözleşmesinden yararlanma talebinde bulunulamayacağını; böyle bir talepte bulunulmuşsa, yararlanmanın ancak imza tarihinden itibaren başlayabileceğini; yürürlük tarihinden itibaren yararlanmanın mümkün ol-

üyeyi olmayan işçi dilediği zaman yararlanma talebinde bulunma ve talep tarihi itibarıyla yararlanma imkanına sahiptir⁷⁰. STİSK m.39/4'ün son cümlesinin Anayasaya aykırılığı sebebiyle iptali üzerine, işçinin toplu iş sözleşmesi daha ortaya çıkmadan önce de “imzalanacak” toplu iş sözleşmesinden yararlanma talebinde bulunabilecek⁷¹ ve sözleşme yürürlüğe girdikten sonra da geçmişe etkiden talep tarihi itibarıyla yararlanabilecektir.

madığını kabul etmekteydi.”; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 1985/9459, K: 1985/571, T: 23.05.1986, “Türk Toplu İş Hukukunda toplu iş sözleşmesinden yararlanma, toplu iş sözleşmesi ile işçi arasındaki bağıllık ilkesine dayanır. Bu bağıllık ilkesi ise toplu iş sözleşmesini yapan sendikaya üye olmakla gerçekleşir. Toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için temel ve genel ilkelere bağıllık kuralını oluşturan üyelik durumudur. Genel ve temel kuralın tek istisnası; 2822 sayılı Yasası 9 ve daha önceki 275 sayılı Yasanın 7/son maddesinde düzenlenen dayanışma denilen bir aidatın ödenmesi suretiyle yararlanma biçimidir. Toplu iş sözleşmesinin imzalanması sırasında taraf sendikaya üye olanların toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları bağıllık ilkesinin doğal sonucudur. İmza tarihinden sonra üye olanların üyeliklerinin taraf işçi sendikasıyla işverene bildirildiği tarihten itibaren yararlanmaları yine aynı kuralın uygulanmasıdır. Bunun için üyelik koşulu, az önce açıklanan şekilde düşünüldüğü takdirde üye olmayanların dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlandırılmalarında daha imtiyazlı ve avantajlı bir yol seçilmiş olur ki bu da temel kuralla bağdaştırılmaz. Ayrıca Kollektif İş Hukukunun yerleşmesi ve gelişmesi prensiplerine de ters düşer. Yasada ve toplu iş sözleşmesinde dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlanmada “Toplu iş sözleşmesinden” söz edilmiştir. Bu deyimler bir toplu iş sözleşmesinin ortaya çıkmış olmasını gösteren ve açıklayan deyimleridir. HGK. kararlarında konuya aynı biçimde değerlendirerek kararlar oluşturmuştur.” Legalbank, s.e.t. 06.05.2023, AYM'nin iptal kararından önce dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmada daha ileriye yönelik bir talep olduğundan, sözleşme imzalandıktan sonra işçinin ayrıca bir de kesinti yapılması için talepte bulunması gerekiyordu, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2007/9-27, K: 2007/47, T: 31.01.2007, “İşyerinde Belediye-İş Sendikası ile 31.12.2002 tarihinde imzalanan 1.1.2002 -31.12.2003 yürürlük süreli TİS bulunmaktadır. Davacı 17.6.2002 tarihinde taraf sendika üyeliğinden istifa ederek başka bir sendikaya üye olmuş ve 18.6.2002 tarihinde de yürürlükteki TİS den yararlanmak için dayanışma aidatı dilekçesi vermiştir. 2822 Sayılı T.S.G.L.K'nun 9. maddesine göre, davacı imza tarihinden önce, diğer bir anlatımla henüz toplu iş sözleşmesi imzalanmadan, bağitlanmayan toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma isteği ile dilekçe verdiğinden, TİS imzalandıktan sonra ayrıca bir dayanışma aidatı kesintisi için bir dilekçe vermediğinden TİS den yararlandırılması Dairemizin yerleşmiş kararlarına aykırı düşmektedir. Bu nedenle hükmedilen tüm alacaklar TİS nazara alınmadan hesaplanmalıdır.” Legalbank, s.e.t. 06.05.2023.

⁷⁰ **Caniklioğlu, Nurşen** (2006) “Henüz İmzalanmamış Toplu İş Sözleşmesinden Dayanışma Aidatı Ödeyerek Yararlanma Talebi- Talebin Geçersizliği”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 2, s.126.

⁷¹ **Caniklioğlu**, s.126.

Dayanışma aidatı, toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikasına üye olmayan işçilerin bu sendikanın bağtlatdığı sözleşmeden yararlanabilmek amacıyla ödedikleri bir miktar paradır⁷². 274 ve 275 sayılı Kanunların uygulandığı dönemde, sendikaların mali bağımsızlığını korumak amacıyla dayanışma aidatının tespiti hususunda bir sınırlama getirilmediğinden; sendikalar dayanışma aidatını, sendika aidatından daha yüksek belirlemek yoluyla, işçileri toplu iş sözleşmesinden yararlanmak imkanına kavuşmak için, bir bakıma sendikaya üye olmaya zorlamaktaydı. 2822 sayılı Kanun⁷³ ile günümüzde yürürlükte olan 6356 sayılı Kanun döneminde ise negatif sendika özgürlüğünü korumak maksadıyla dayanışma aidatına sınırlamalar getirilmiştir⁷⁴. STİSK m.39/5'e göre, dayanışma aidatının miktarı, üyelik aidatından fazla olmamak kaydıyla sendika tüzüğünde belirlenektir. Bu bakımdan ilgili hükümde sendika üyeliği aidatı üst sınır olarak öngörülmüştür. Sendika Üyeliğinin Kazanılması ve Sona Ermesi İle Üyelik Aidatının Tahsili Hakkında Yönetmelik⁷⁵ m. 9'da aidatların sendika hesabına yatırılması hususu düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre, dayanışma aidatları, yetkili işçi sendikasının işverene başvurusu üzerine, işçinin ücretinden kesilerek ilgili sendikaya ödenir. İşyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikası veya toplu iş sözleşmesi yapılmamışsa ya da sona ermişse yetki belgesi alan işçi sendikası, aidatların işçilerin ücretlerinden kesilmesi için işverene yazılı talepte bulunmalıdır. İşveren aidatları kesmek ve kestiği aidatın türü, tutarı ile kesinti listesini sendikaya göndermekle yükümlüdür. Ödenmesi gereken aidatı kesmeyen veya kesmesine rağmen bir ay içinde ilgili işçi sendikasına ödemeyen işveren, bildirim şartı aranmaksızın aidat miktarını bankalarca işletme kredilerine uygulanan en yüksek faiziyle birlikte ödemekle yükümlüdür. Yetkili sendika

⁷² **Özkaraca/ Özkan Koç**, s.14, **Yılmaz**, s.379.

⁷³ 2822 sayılı Kanun döneminde, dayanışma aidatının miktarı üyelik aidatının üçte ikisi olarak öngörülmüştü. (m.9/4)

⁷⁴ **Arıcı**, s.262-263; 2822 sayılı Kanun döneminde belirlenen dayanışma aidatı miktarının yerinde olduğu, dayanışma aidatı ile üyelik aidatının eşit olmaması gerektiği; nitekim üyelik aidatı ödeyen üyelerin toplu iş sözleşmesi de dahil sendikanın tüm faaliyetlerinden yararlanmasına karşılık dayanışma aidatı ödeyen işçilerin yalnızca toplu iş sözleşmesinden yararlandığı yönünde bkz. **Çelik**, s.561-562.

⁷⁵ T.C. Resmi Gazete, S: 28702, T: 09.07.2013.

genel kurul kararı ile aidatlarda değişiklik yapılması halinde, en geç bir ay içinde belirlenen aidat miktarı sendika tarafından işverene bildirilir.

STİSK m.37'ye göre, toplu iş sözleşmesine taraf olan sendikanın faaliyetinin durdurulması toplu iş sözleşmesinin sona ermesi sonucunu doğurmayacaktır. Bu halde toplu iş sözleşmesinin borç doğuran hükümleri uygulanmasa da normatif hükümleri uygulanmaya devam edecektir. STİSK m. 39/6 'da faaliyeti durdurulmuş olan sendikalara dayanışma aidatı ödenmeyeceği düzenlenmiştir. Buna göre, sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi ya da faaliyetinin durdurulması halinde işçi dayanışma aidatı ödemek zorunda olmamakla birlikte toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya devam edecektir. Faaliyeti durdurulan sendika tekrar faaliyete geçse dahi geriye dönük olarak dayanışma aidatı talep edemeyecektir⁷⁶.

b. İşçi Sendikasının Yazılı Onayı ile Yararlanma

STİSK m. 26/4'e göre, kuruluşların kendi faaliyetleri ile üyelerine sağladıkları hak ve çıkarları üyesi olmayanlara uygulaması mümkündür. Sendikaların üyelerine sağladığı hakları diğer işçilere uygulayabilmesi, sendikaların yazılı onayına tabi tutulmuştur. Kanun'da "yazılı onay" şartı aranmış ve özel bir şekil şartı öngörülmemiştir. Bu nedenle işçi sendikasının adi yazılı şekilde onay vermesi de yeterlidir. Toplu iş sözleşmesinden sendikanın yazılı onayı ile yararlanma, sendikanın yazılı olarak onay verildiğini işverene tebliğ ettiği tarihten itibaren başlar⁷⁷.

Sendikaya üye olmayan işçilerin hiçbir zahmet ve külfete katlanmaksızın ve herhangi bir aidat ödemeksizin, toplu iş sözleşmesinden yararlanmasına sendikalar sıcak bakmadığından; bu düzenlemenin pratikte uygulanması görülmemiştir⁷⁸.

c. Teşmil Yoluyla Yararlanma

Teşmil, kapsamına alma, genişletme ve yayma anlamına gelmektedir. Teşmil kurumu ilk olarak 275 sayılı Kanun ile hukukumuzda uygulanmaya başlanmıştır. Bir işkolundaki işçilerin çoğunluğunu kapsayan bir toplu iş sözleşmesi

⁷⁶ Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s.987.

⁷⁷ Sümer, s.263; Bostancı/ Bulun Tokkaş, s.457.

⁷⁸ Çelik, s.562.

yapıldıktan sonra, iş sözleşmesine taraf olmayan işverenlerin iş hayatına girmesi gibi nedenlerle bazı işçilerin toplu iş sözleşmesi kapsamı dışında kalmasını önlemek, iş piyasasında yeknesak kurallar oluşturmak ve gereksiz grev ve lokavtları önlemek amacıyla düzenlenmiştir⁷⁹.

Teşmil, Cumhurbaşkanlığı kararı ile toplu iş sözleşmesinin yer ve kişi itibarıyla uygulama alanının genişletilmesi olup, aynı işkolunda olan ve toplu iş sözleşmesi uygulanmayan işyerinde uygulanmasını sağlamaktır. Böylece işçilerin çalışma şartları arasındaki farklılıklar önlenecek, toplu iş sözleşmesinden yararlanmayan işçi sayısı azalacak ve çalışma şartları teşmil edilecek toplu iş sözleşmesi ile düzeltilecektir⁸⁰.

STİSK m. 40'a göre, "Cumhurbaşkanı; teşmili yapılacak işyerinin kurulu bulunduğu işkolunda en çok üyeye sahip sendikanın yapmış olduğu bir toplu iş sözleşmesini, o işkolundaki işçi veya işveren sendikalarının veya ilgili işverenlerden birinin ya da Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının talebi üzerine, Yüksek Hakem Kurulunun görüşünü aldıktan sonra tamamen veya kısmen ya da zorunlu değişiklikleri yaparak, o işkolunda toplu iş sözleşmesi bulunmayan işyeri veya işyerlerine teşmil edebilir."

Teşmil, hukuki niteliği itibarıyla bir idari işlemdir; bunun bir sonucu olarak idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açık olduğundan teşmil kararının iptali talep edilebilir⁸¹. Cumhurbaşkanının kendiliğinden teşmil kararı alması mümkün değildir; düzenlemeye göre teşmil için söz konusu işkolundaki işçi sendikası, işveren sendikası, ilgili işverenlerden biri veya Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının talepte bulunmuş olması gerekmektedir. Talebin bulunması dışında diğer bir koşul, teşmil kararının alınabilmesi için Yüksek Hakem Kurulu'nun görüşünün alınmasıdır. Yüksek Hakem Kurulu on beş iş günü içinde

⁷⁹ Çelik, s.362.

⁸⁰ Çelik, s.562; Bostancı/ Bulun Toktaş, s.458.

⁸¹ Teşmil kararının hukuki niteliğine ilişkin görüşler ve bu kararın toplu iş sözleşmesinin niteliğine bir etkisi olmadığına ilişkin bkz., Subaşı, İbrahim (2013) "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda Toplu İş Sözleşmesinin Teşmili", Çalışma ve Toplum, C: 4, S: 39, s.220.

belirtecektir. Bu süre, talep tarihinden itibaren başlayacak olup Cumhurbaşkanı, Yüksek Hakem Kurulu'nun görüşü ile bağlı değildir⁸². Dolayısıyla Yüksek Hakem Kurulu'nun görüşü olumsuz olsa dahi, Cumhurbaşkanı teşmil kararı verebilecektir.

Teşmile karar verilebilmesi için, kamu yararının ön planda olduğu haklı bir gerekçenin bulunması gerekmektedir. Teşmil kararında teşmilin gerekçesi, teşmil için niçin söz konusu sözleşmenin seçildiği, teşmil edilen işyerinin ya da işyerlerinin hangi koşullarının teşmili gerekli kıldığı, sözleşmenin niçin kısmen veya tamamen teşmil edildiği, sözleşmede yapılan değişikliklerin hangi zorunluluklardan kaynaklandığı⁸³ açıklanır. Yürürlüğe gireceği tarih de belirtilmek suretiyle teşmil kararı Resmî Gazete'de yayımlanır, ancak yürürlük tarihi Resmî Gazete'de yayım tarihinden önceki bir tarih olarak belirlenemez.

Hakkında teşmil kararı verilecek toplu iş sözleşmesinin en çok üyeye sahip işçi sendikasıyla yapılmış olması gerekmektedir. STİSK m.40'ta, "işyerinin kurulu bulunduğu işkolunda en çok üyeye sahip sendikanın yapmış olduğu" toplu iş sözleşmesinin o işkolunda toplu iş sözleşmesi bulunmayan işyerlerine teşmil edileceği belirtilmiştir.

Toplu iş sözleşmesinin teşmil edileceği işyerlerinde yürürlükte bir toplu iş sözleşmesinin veya yetkili bir sendikanın bulunmaması da teşmilin diğer koşuludur. Teşmilin amacı, bir toplu iş sözleşmesinin, o işkolunda toplu iş sözleşmesi bulunmayan işyerleri veya bu işyerlerinin bir kısmında uygulanmasıdır⁸⁴. Bu amaç kapsamında ve teşmil uygulamasının toplu iş sözleşmesi hakkı ve özerkliğini ihlal etmemesi için iki ayrı düzenleme öngörülmüştür. STİSK m. 40/7'de, toplu iş sözleşmesinin teşmil edildiği işletme veya işyerinde her zaman yetki için

⁸² **Subaşı** (2013), s.227.

⁸³ **Subaşı** (2013), s.226.

⁸⁴ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2003/2810, K: 2003/18636, T: 04.11.2003, "21 Aralık 1995 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan Bakanlar Kurulu Kararı ile teşmiline karar verilen toplu iş sözleşmesinin hangi işyerlerinde uygulanacağı Ek maddede sayılmış, davalı işverenin işyerine burada yer verilmemiştir. Böyle olunca davacı işçi yönünden anılan teşmil kararı doğrultusunda teşmiline karar verilen toplu iş sözleşmesinin uygulanması imkanı yoktur." Legalbank s.e.t. 06.05.2023.

başvurulabileceği düzenlenmiştir. Bu olasılıkta, yeni toplu iş sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte teşmil uygulaması kendiliğinden sona erecektir. STİSK m.40/6'da ise, yetki için başvurulduktan sonra bu işlem tamamlanıncaya, diğer bir ifadeyle yetki sorunu çözülmünceye kadar veya bu belgeyi aldıktan sonra yetki devam ettiği sürece, yetki kapsamına giren işyerleri için teşmil kararı alınamayacağı öngörülmüştür. Böylelikle kanun koyucu, işyerinde bir toplu iş sözleşmesi bulunmamakla beraber yetki almak için başvurmuş ya da yetki almış sendikaların, Anayasal güvenceye sahip toplu iş sözleşmesi yapma hakkının teşmil ile ortadan kaldırılmasını önlemiştir⁸⁵.

Toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu kısmı, diğer bir ifadeyle tarafların hak ve borçlarını düzenleyen hükümleri ile özel hakeme başvurmaya ilişkin hükümleri teşmile konu olmayacaktır. (STİSK m.40/5) Bu bağlamda, teşmilin kapsamı toplu iş sözleşmesinin normatif kısmı ile sınırlı olup; iş sözleşmesinin yapılması, içeriği, sona ermesi ve çalışma koşullarına ilişkin hükümler bu kapsamdadır⁸⁶. Teşmilin kapsamı normatif hükümler veya bu hükümlerin bir kısmı ile sınırlı olduğundan, teşmil edilen toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikası, teşmil edilen işyeri bakımından taraf sendika değildir⁸⁷. Dolayısıyla teşmil edilen toplu iş sözleşmesinin hükümleri, teşmil edilen işyerindeki işçilerin iş sözleşmelerini doğrudan etkileyecektir ve söz konusu işçilerin bu sözleşmeden yararlanmak için sendika üyesi olup olmadığına bakılmayacağından dayanışma aidatı ödemeleri de gerekli değildir⁸⁸.

⁸⁵ **Subaşı** (2013), s.225.

⁸⁶ **Çelik**, s.563; **Subaşı** (2013), s.230.

⁸⁷ **Bostancı/ Bulun Tokkaş**, s.459.

⁸⁸ **Çelik**, s.563; **Subaşı** (2019), s.230; Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, E: 2003/11293, K: 2003/18637, T: 04.11.2003, "Bakanlar Kurulunun anılan kararının 2. maddesinde "Bu teşmil kararında belirtilmeyen konularda Gazeteci" niteliğinde olan fikir işçilerine Basın İş Kanunu hükümleri, Basın İş Kanunu dışında kalanların ise İş Kanunu hükümleri uygulanacaktır" kuralı öngörülmüştür. Bu hükme göre teşmiline karar verilen işyerleri açısından çalışanların gazeteci olup olmamaları, yararlanma bakımından fark oluşturmaz. Öte yandan anılan teşmil kararının ek maddesinde davalı işyeri ve adresi belirtilmiştir. Böyle olunca davacı işçinin teşmil kararından yararlanması gerektiği kabul edilerek tazminat ve işçilik haklarının buna göre hesaplanarak hüküm altına alınması gerekir." Legalbank, s.e.t. 06.05.2023.

Teşmil edilen toplu iş sözleşmesinde taraflarca bir değişiklik yapılması halinde, ilgili değişiklikler teşmil edilen işyerinde doğrudan geçerli olamaz. Bu değişikliklerin uygulanabilmesi için yeni bir teşmil kararı verilmelidir⁸⁹.

Daha ileri bir tarih öngörülmemiş ise, Resmi Gazete’de yayımlandığı tarih itibariyle uygulanacak olan teşmil kararı ve dolayısıyla toplu iş sözleşmesinden yararlanma, teşmil edilen toplu iş sözleşmesinin sona ermesine kadar devam eder, teşmil edilen sözleşme sona erdiğinde teşmil kararı da ortadan kalkacaktır⁹⁰. Bunun dışında Cumhurbaşkanı teşmil kararını, gerekçesini de açıklayarak gerekli gördüğünde yürürlükten kaldırabilir. Teşmil yoluyla toplu iş sözleşmesinden yararlanma teşmil kararının ortadan kalktığı tarihe kadar devam edecektir.

Teşmil edilen toplu iş sözleşmesinin süresinin sona ermesi halinde, teşmil edilen toplu iş sözleşmesinin kapsamına giren işyerlerinde bu sözleşmenin iş sözleşmesine ilişkin hükümlerinin, iş sözleşmesi hükmü olarak devam edip etmeyeceği; toplu iş sözleşmesinin art etkisinin burada mevcut olup olmayacağı tartışmalıdır. Öğretide aksi görüş savunulsa da, Yargıtay’a göre teşmil edilen toplu iş sözleşmesinin süresi sona erse de teşmil kararı kaldırılmak suretiyle sözleşme son bulsa da art etkiden söz edilemeyecektir⁹¹.

⁸⁹ **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s.304; **Bostancı/ Bulun Toktaş**, s.463.

⁹⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 1987/960, K: 1987/182, T: 13.03.1987, “Davacı Bakanlar Kurulu’nun teşmil ettiği işyerinde çalışmaktadır. Davacının çalıştığı yer teşmilden önce teşmil edilen sözleşme kapsamında değildir. Teşmil kararı ile davacının çalıştığı yerde anılan Toplu Sözleşme uygulamaya başlanmış ve bu TİS’nin getirdiği zam hakları TİS’nin sonu olan 31.8.1984 tarihine kadar davacıya uygulanmıştır. Teşmil kararları 2822 Sayılı Kanun’un 11/3 maddesi hükmüne göre teşmil edilen sözleşmenin süresi ile sınırlı tutulmuştur. Başka bir deyişle teşmil edilen TİS’nin sona ermesi ile teşmil kararı da ortadan kalkar. Davacının çalıştığı işyerini teşmil edilen TİS’nin 31.8.1984 tarihinde sona erdiği uyuşmazlık konusu değildir. Bu teşmil kararında ve teşmil edilen sözleşmenin 3. maddesinde açık ve seçik olarak belirtilmiştir. Böyle olunca davacı, sözleşmenin sona ermesinden sonra başka bir sözleşme için YHK’nin getirdiği 3. yıl zammından yararlanamaz. Mahkemenin bu hukuki durumu dikkate almadan isteği hüküm altına alması hatalıdır.) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmeye, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir... Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, mahkeme kararında gösterilen gerektirici nedenlere göre, davacı işçinin 1.9.1984 tarihinden itibaren üçüncü yıl zammından faydalandırılmasına ilişkin direnme kararı uygun bulunduğundan...” Legalbank, s.e.t. 06.05.2023.

⁹¹ **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s.304; **Subaşı** (2013), s.233; **Sümer** (2019), s.649; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2003/22885, K: 2004/10444, T: 03.05.2004, “Teşmil kararı ile uygulanan toplu iş söz-

3. Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacak Kişiler

a. Kapsam Dışı Personel

Kapsam dışı personel uygulaması, toplu iş sözleşmesini yapanların aralarında anlaşarak, iradeleri ile bazı işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanma olanağını ortadan kaldırmasıdır. İşçi sendikasına üye bulunan yahut üye olması mümkün olan bir takım üst düzey görevliler, müdür, şef, mühendis, mimar, müşavir gibi önemli görevlerde bulunan bazı işçileri kapsam dışı personel olarak belirleyebilirler. Bu kişiler doğrudan sözleşmenin kapsamı dışında tutulduklarından sendikaya üye olarak veya dayanışma aidatı ödeyerek de toplu iş sözleşmesinden yararlanamazlar⁹².

STİSK kapsam dışı personele ilişkin olarak açık bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bu kişilerin yaptıkları işin niteliği gereği toplu iş sözleşmesinin üzerinde haklar elde ettiği gerekçesiyle toplu iş sözleşmesinin kapsamı dışında bırakılmaları olanaklı görülmektedir. Toplu iş sözleşmesinin kapsamı dışında bırakılmaya ilişkin kanuni bir düzenleme bulunmamakta, ilgili kurum hukuki dayanağını, taraflara adeta objektif kural koyma yetkisi veren toplu iş sözleşmesi özerkliği ile tarafların takdir yetkisinden almaktadır. Buna karşılık, bir görüşe göre, bazı üyelerin yahut işçilerin kapsam dışında bırakılması hem eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacak hem de Anayasal güvenceye sahip toplu iş sözleşmesi hakkından kapsam dışı personelin yoksun bırakılmasına sebep olacaktır. Bu sonuçları ortadan kaldırabilmek için, toplu iş sözleşmesindeki kapsam dışı bırakmaya ilişkin düzenlemeleri hükümsüz olmasını önlemek için, kapsam dışında bırakılanların muvafakatinin alınması gereklidir⁹³.

leşmesi taraflarca “bağıtlanan toplu iş sözleşmelerinden farklı olarak normative hükümleri yeni toplu iş sözleşmesi bağıtlanana kadar hizmet akti olarak uygulanamaz. Dolayısıyla işçinin sona eren teşmil kararı ile uygulanmış bulunan toplu iş sözleşmesinden dolayı kazanılmış hakkından söz edilemez. Bu durumda, fark ücret ve buna dayanan ikramiye farklarının sadece teşmil kararının uygulandığı 01.12.1995-30.09.1995 tarihleri arasındaki dönem için hesaplanmalı bunun dışındaki süreye ilişkin talebin reddedilmesi gerekirken yazılı şekilde talebin kabulü hatalıdır.” <<https://www.calismatoplum.org/yargitay-karari/tesmil-kararininresmi-gazetede-ilaniyla-baslayip-tis-suresinin-sona-ermesiyle-son-bulmasi>> s.e.t. 06.05.2023.

⁹² **Kandemir**, s.192.

⁹³ **Çelik**, s.567.

b. Greve Katılmayan İşçiler

STİSK m. 39/8'a göre, grev sonunda yapılan toplu iş sözleşmesinden, STİSK m. 65'e göre zorunlu olarak çalışanlar dışında işyerinde çalışmış olanların, aksine hüküm bulunmadıkça toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacaklardır. STİSK m.65'e göre zorunlu olarak çalışanların kimler olacağı şu şekilde belirtilmiştir; hiçbir surette üretim veya satışa yönelik olmamak kaydıyla niteliği bakımından sürekli olmasında teknik zorunluluk bulunan işlerde faaliyetin devamlılığını veya işyeri güvenliğini, makine ve demirbaş eşyalarının, gereçlerinin, hammadde, yarı mamul ve mamul maddelerin bozulmamasını ya da hayvan ve bitkilerin korunmasını sağlayacak sayıda işçi, kanuni grev ve lokavt sırasında çalışmak, işveren de bunları çalıştırmak zorundadır. Bu bakımdan zorunluluk üzerine çalışan işçiler toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceklerdir.

Bir zorunluluk olmamasına karşılık greve katılmayan ve çalışmaya devam eden kişiler ise ilgili düzenleme gereği, taraf işçi sendikasına üye olsalar veya dayanışma aidatı ödeseler dahi toplu iş sözleşmesinden yararlanamazlar. STİSK m.65'te "aksine hüküm bulunmadıkça" ifadesi yer aldığından, hükmün mutlak emredici nitelikte olmadığı ve toplu iş sözleşmesine aksi yönde bir hüküm konularak bu kişilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanmalarının sağlanabileceği sonucuna ulaşılmaktadır⁹⁴.

İşçi grev kararının öncesinde yararlanma talebinde bulunmuş ve sonrasında greve katılmayarak işyerinde çalışmış ise toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacaktır; buna karşılık işçi çalıştırılma talebinde bulunmasına rağmen, işçinin işyerinde çalıştırılması işverenin kararına bağlı olduğundan, işverenin işçiyi çalıştırmamış ise işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanması söz konusu olabilecektir⁹⁵.

⁹⁴ Bostancı/ Bulun Tokkaş, s.441.

⁹⁵ Özkaraca/ Özkan Koç, s.21.

c. İşveren Vekilleri ve İşvereni Temsilen Toplu İş Sözleşmesi Görüşmelerine Katılan Kişiler

STİSK m.39/7’de, “*Bu Kanun anlamında işveren vekilleri ile toplu iş sözleşmesi görüşmelerine işvereni temsilen katılanlar, toplu iş sözleşmesinden yararlanamaz*” düzenlemesine yer verilerek; işveren vekillerinin ve işvereni temsilen toplu iş sözleşmesi görüşmelerine katılanların toplu iş sözleşmesinden yararlanma haklarının olmadığı belirlenmiştir. STİSK bakımından işveren vekili, işveren adına işletmenin bütününe yönetenleri ifade ederken; İK bakımından işveren vekili, işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselerdir. Kanun’da özellikle işveren adına işletmenin bütünü yöneten işveren vekilleri ile işvereni temsilen toplu iş sözleşmesi görüşmesine katılanlar ile sınırlı olarak kapsam dışı olma kurumunun uygulanacağı düzenlenmiştir.

Bu kişilerin kapsam dışı bırakılmasının altında yatan sebep, kapsam dışı personel uygulamasındaki benzer niteliktedir. İşveren vekillerinin toplu iş sözleşmesinde sağlanan haklardan daha üstün haklara bireysel iş sözleşmeleri ile kavuşturulması; toplu iş sözleşmesi görüşmelerine katılan kişilerin de işveren adına insiyatif alabildiklerinden, ileride kendilerini de etkileyecek toplu iş sözleşmelerine imza atmalarının⁹⁶ bir bakıma menfaat çatışmasına sebep olmasıdır. Böylece, kanun gereği, işveren vekilleri ile toplu iş sözleşmesi görüşmelerine işvereni temsilen katılanlar toplu iş sözleşmesinin “kapsamı dışına” çıkarılmıştır. Bu kişiler de tıpkı kapsam dışı personel gibi “sendika üyesi” olsalar veya üye olmadan dayanışma aidatı ödemek isteseler ve hatta taraflarca kapsam içine alınmış olsalar bile toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacaklar⁹⁷.

SONUÇ

Sendika hak ve özgürlüğü, işçilerin bir sendika çatısı altında toplanarak ekonomik açıdan güçlü olan işveren karşısında birlikte olmalarını sağlamaktadır. Toplu iş sözleşmeleri ise bu birliktelik ile güç sağlayan işçilerin hak ve men-

⁹⁶ Kandemir, s.193.

⁹⁷ Kandemir, s.193.

faatlerini koruyan, geliştiren önemli bir iş hukuku kurumudur. Toplu iş sözleşmeleri ile çalışma koşulları kapsamlı olarak belirlenerek bireysel iş sözleşmeleri üzerinde normatif bir etki yaratılmaktadır.

Toplu iş sözleşmesinin bu etkisinden yararlanabilmek için, sözleşmenin yer, zaman ve kişi bakımından kapsamında olmak gereklidir. Buna karşılık toplu iş sözleşmesinin kişi bakımından uygulama alanı ile toplu iş sözleşmesinden yararlanma kavramı tam olarak aynı şeyi ifade etmemektedir. Toplu iş sözleşmesinin bütün hükümlerinin ve sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin kimlere uygulanacağına belirlenmesi sözleşmenin kişiler açısından uygulama alanının konusunu oluşturur. Sözleşmenin kişiler açısından uygulama alanı daha geniş olup, sözleşmenin tüm hükümlerinin kimlere uygulanabileceği bu kavram çatısında belirlenirken; yararlanma, somut olarak bu sözleşmenin normatif hükümlerinden parasal nitelikte olanların hangi işçilere uygulandığını ifade eden daha dar bir kavramdır. Bu bakımdan, yararlanma işçilere yönelik bir kavramı ifade ederken, kişiler açısından uygulama alanı işçilerin yanı sıra sözleşmenin tarafları ve işvereni de kapsamaktadır.

Toplu iş sözleşmesinde öngörülen parasal haklardan öncelikle ve kural olarak sözleşme tarafı işçi sendikasına üye olan işçiler yararlanmaktadır. Toplu iş sözleşmesinin imzalanması sırasında, toplu mücadelede külfete katlanan işçilerin, sözleşmenin nimetlerinden yararlanmalarının öngörülmesi olağandır⁹⁸. Ancak bunun dışında, negatif sendika özgürlüğünü de koruyan kanun koyucu, sendikaya üye olmayı tercih etmeyen işçilerin de dayanışma aidatı ödeyerek, maddi bir külfete katlanarak toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceğini öngörmüştür. Bu ihtimalin dışında, sözleşmeye taraf olan işçi sendikası yazılı onay vererek üyesi olmayan işçilerin dayanışma aidatı ödemek zorunda kalmaksızın toplu iş sözleşmesinden yararlanmasını sağlayabilir; ancak bu düzenlemenin uygulamasına sık rastlanmamaktadır. Toplu iş sözleşmesinden yararlanma alanının genişletilmesine ilişkin son ihtimal ise teşmil uygulamasıdır. Teşmil ile aynı işkolunda olup toplu iş sözleşmesi bulunmayan işyerlerine, o işkolunda en çok üyeye sahip işçi sendikasının taraf olduğu toplu iş sözleşmesinin Cumhur-

⁹⁸ **Ekonomi**, s.255-256.

başkanı kararı ile uygulanması sağlanarak hem yer bakımından hem de kişi bakımından uygulama alanı genişletilmektedir.

Toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın yukarıda belirtildiği üzere çeşitli yolları bulunsa da tarafların iradi olarak toplu iş sözleşmesinin dışında tuttuğu kapsam dışı personel ile kanunun yararlanma dışı bıraktığı işveren vekilleri ile işvereni temsilen toplu iş görüşmelerine katılanlar ve yasal bir zorunluluk bulunmamasına rağmen greve katılmayıp çalışmaya devam eden işçiler, taraflar bu kişileri yararlanma kapsamına almadıkça, toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacaktır.

KAYNAKÇA

- Aktay, Nizamettin** (1998) “Geçmişe Etkili Yürürlüğe Giren Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma”, Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C: 4, S: 3, s.45-48.
- Aktay, A. Nizamettin/Özdemir Ertürk, Olgu** (2022) Toplu İş Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Akyiğit, Ercan** (2022) İş Hukuku, Güncellenmiş 14. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Arıcı, Kadir** (2022) Türk İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Gazi.
- Bostancı, Yalçın/Bulun Tokkaş, Sevde** (2021) “Güncel Gelişmeler Işığında Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Y: 6, S: 2, s.427-468.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz** (2018) Toplu İş Sözleşmesinin Uygulama Alanı, İstanbul, Vedat.
- Canbolat, Talat** (1998) “Toplu İş Sözleşmesinin Kişiler Açısından Uygulama Alanı” (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Canbolat, Talat** (2002) “Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacak İşçiler”, Kamu-İş Dergisi (Yargıç Dr. Aydın ÖZKUL’a Armağan), C: 6, S: 4, s.1-39, <<https://www.tuhis.org.tr/pdf/649.pdf>> s.e.t. 13.03.2023.
- Caniklioğlu, Nurşen** (2006) “Henüz İmzalanmamış Toplu İş Sözleşmesinden Dayanışma Aidatı Ödeyerek Yararlanma Talebi- Talebin Geçersizliği”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 2, s.122-128.
- Çelik, Nuri** (1986) “Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma”, TÜHİS, C: 10, S: 1, s.3-12.
- Çelik, Nuri** (2010) İş Hukuku Dersleri, 23. Bası, İstanbul, Beta.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment** (2022) İş Hukuku Dersleri, 35. Bası, İstanbul, Beta.
- Demir, Kübra** (2020) “Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma”, Sivas Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C: 21, S: 2, s.352-383.
- Ekmekçi, Ömer** (2019) Toplu İş Hukuku Dersleri, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık.
- Ekonomi, Münir** (1964) “Toplu İş Sözleşmesine Taraf İşçi Teşekkülüne Üye Olmayan İşçilerin Sözleşmeden Faydalanmaları”, İktisat ve Maliye Dergisi, Ekim, s.255-260.
- Gerek, Nüvit** (2009) “Dayanışma Aidatı Ödeyerek Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 16, s.137-143.

- Göktaş, Seracettin** (2023) Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı, Ankara, Seçkin.
- Göktaş Seracettin/Yılmaz Gökhan** (2021), Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Kandemir, Murat** (2013) “Toplu İş Sözleşmesinin Uygulama Alanı”, Çalışma ve Toplum: Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S: 39, s.167- 214.
- Kavak, Özkan** (2005) “Toplu İş Sözleşmesinin Kişi Bakımından Kapsamı (Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma)” (Yüksek Lisans), Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Keser, Hakan** (1994) “Toplu İş Sözleşmelerinde Geriye Etkili Yürürlük ve Yürürlüğün Başlangıcı”, Çimento İşveren Dergisi, C: 8, S: 5, s.5-9.
- Narmanlıoğlu, Ünal** (1991) “Toplu İş Sözleşmesinin Sadece Taraf Sendika Üyelerine Uygulanan Hükümlerine Tabi Olma”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul, s.179-237.
- Özkaraca, Ercüment** (2017) “The Provisions of Collective Bargaining Agreement Applied to All the Employees”, PressAcademia Procedia (PAP), S: 3, s.576-581.
- Özkaraca, Ercüment/Özkan Koç, Sema Deniz** (2021) “Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararı Sonrası Geçmişe Etkili Yürürlüğe Konan Toplu İş Sözleşmelerinden Dayanışma Aidatı Ödeyerek Yararlanma”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 46, 2021/2, s.11-27.
- Subaşı, İbrahim** (2019) “Sendikalı Olmayan veya Taraf Sendika Üyesi Olmayan İşçilerin Toplu İş Sözleşmesi’nden Yararlanması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S:14, Y: 4, s.172-207.
- Subaşı, İbrahim** (2013) “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda Toplu İş Sözleşmesinin Teşmili”, Çalışma ve Toplum, C: 4, S: 39, s.209-246.
- Sümer, Haluk Hadi** (2022), İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 26. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Sümer, Haluk Hadi** (2019) İş Hukuku Uygulamaları, Ankara, Seçkin.
- Şahlanan, Fevzi** (2011) “İşverenin Sendika Üyesi Olmayan İşçilere Yaptığı Bazı Ödemelerin Toplu Sözleşmeden Yararlandırma Açısından Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 23, s.139-142.
- Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut** (2018) İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, İstanbul, Beta.
- Turan, Samet** (2022) “Toplu İş Sözleşmesinin Tüm İşçilere Uygulanacak Hükümlerinin Kapsamı”, İş ve Hayat Dergisi, S: 16, s.35-48.

Yılmaz, İmge Hazal (2021) “Toplu İş Sözleşmesinden Dayanışma Aidatı Odeyerek Yararlanmanın Başlangıcı -Anayasa Mahkemesi Kararının Düşündürdükleri-”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y: 12, S: 47, s.375- 390.

<https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377267/lang-tr/index.htm> s.e.t. 14.03.2023.

<<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/04/20070409-1.htm>> s.e.t. 14.03.2023.

<<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 15.04.2023.

<<https://www.calismatoplum.org/yargitay-karari/tesmil-kararininresmi-gazetede-ilaniyla-baslayip-tis-suresinin-sona-ermesiyle-son-bulmasi>> s.e.t. 06.05.2023.

<www.mevzuat.gov.tr>

Legalbank <<https://legalbank.net/arama>> s.e.t. 04.09.2023.

Lexpera <<https://www.lexpera.com.tr/>> s.e.t. 04.09.2023.

BORÇLUNUN KONUTUNDA HACİZ YAPILMASI (İİK m. 79/a)^(*)

Arş. Gör. Dr. Mesut KÖKSOY^()**

ÖZET

Anayasa'nın 21'inci maddesine göre, hâkim kararı olmaksızın bir kimsenin konutuna girilemez ve buradaki eşyalara el konulamaz. İcra ve İflâs Kanunu'nun 80'inci maddesine göre ise, borçlunun konutunda haciz yapılabilmesi için mahkemeden bir karar alınmasına gerek yoktur. 7445 sayılı Kanun ile, Anayasa ve İcra ve İflâs Kanunu arasında bir uyum sağlanabilmesi amacıyla Kanun'a, konutta haciz başlığını taşıyan 79/a maddesi eklenmiştir. Buna göre, icra müdürü, borçlunun konutunda haciz yapabilmek için öncelikle haciz kararını icra mahkemesine onaylatmalıdır. İcra mahkemesi, haciz yapılması istenen yerin konut olduğunun anlaşılması hâlinde kararın onaylanmasına karar verir. Bu kararın icra dairesine bildirilmesi üzerine haciz işlemleri yapılır. Haciz yapılması istenen yerin konut olmadığı anlaşılması hâlinde ise icra müdürünün kararının kaldırılmasına karar verilir. Verilen kararlara karşı kanun yoluna başvurulamaz. İhtiyatî haciz hakkında ise söz konusu düzenleme uygulanmaz. Bu nedenle, konutta ihtiyatî haciz kararının uygulanabilmesi için icra mahkemesinden onay alınması gerekmez.

Anahtar Kelimeler

Konut Dokunulmazlığı Hakkı, Hukuk Devleti İlkesi, Konut Kavramı, Konutta Haciz, İcra Mahkemesi Kararı.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1333550 - **Geliş Tarihi:** 27.07.2023 - **Kabul Tarihi:** 20.12.2023.

^(**) Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Rize-Türkiye,

E-posta: mesutkoksoy@hotmail.com; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-8929-6124>.

ATTACHMENT FULFILL IN THE HOUSE OF THE DEBTOR (EBL art. 79/a)

ABSTRACT

According to Article 21 of the Turkish Constitution, it is not allowed to enter a person's residence without a judge's decision and the belongings therein cannot be confiscated. According to Article 80 of the Execution and Bankruptcy Law, there is no need to take a decision from the court in order to fulfill attachment in the debtor's house. To ensure harmony between Constitution and the Law on Execution and Bankruptcy by the Law No. 7445, article 79/a, titled attachment on the house, has been added to the Law.

Accordingly, the bailiff must firstly have the foreclosure decision approved by the enforcement court in order to fulfill attachment in the debtor's house. The enforcement court decides to approve the decision if it is understood that the place where the attachment is requested is a house. Upon notification of this decision to the enforcement office, attachment is carried out. If it is understood that the place where the attachment is requested is not a house, it is decided to cancel the decision of the bailiff. No legal remedy can be taken against the decisions. The aforesaid regulation does not apply to the provisional attachment. For this reason, it is not necessary to obtain the approval of the enforcement court in order to implement the provisional attachment decision in the house.

Keywords

Right to Immunity of Residence, Rule of Law Principle, Housing Concept, Attachment in the House, Enforcement Court Decision.

GİRİŞ

Hak sahibinin kendiliğinden hak alması hukukumuzda yasaklanmıştır. Bireyler devletin organlarından hakkın korunması için talepte bulunabilirler¹. Bu bağlamda bir kimseden para alacağı olan alacaklı, borçlusuna zor kullanmak suretiyle alacağını temin edemez. Gerekliğinde zor kullanma yetkisi devlete aittir². Borçlunun borcunu kendi rızası ile ifa etmemesi hâlinde alacaklı, mahkemeden alacağı ilâm ile borçluya karşı ilâmlı icra takibi yapabileceği gibi doğrudan ilâmsız icra takibi de başlatabilir. Başlatılan icra takibi üzerine borçluya ait malvarlığı alacaklının alacağına yetecek oranda haczedilip satılır; satış sonunda elde edilen miktar üzerinden alacaklıya ödeme yapılır. Borçlunun mallarının haczedilebilmesi için bazı hâllerde borçlunun konutuna girilmesi gerekebilir. Konutta haciz yapılması, alacaklının alacak hakkının korunması bakımından önem taşımakla birlikte, borçlunun konut dokunulmazlığı hakkına müdahale edilmesini gerektirir. Anayasa'nın 21'inci maddesinde bir kimsenin konutuna mahkeme kararı olmaksızın girilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu bağlamda alacaklının alacak hakkını temin için borçlunun konutunda haciz yapılmasının Anayasa'ya aykırılık teşkil edip etmediğinin tespiti önem arz etmektedir. Bu hususa ilişkin olarak 7445 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu'na 79/a maddesinin eklenmesinden önceki ve sonraki dönem bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılmalıdır.

7445 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu'na eklenen 79/a maddesi konutta haczi düzenlemektedir. Bu düzenleme uyarınca haciz yapılması talep edilen yerin konut olup olmadığının önceden tespit edilmesi; konut olduğunun tespiti hâlinde ise icra müdürünün haciz kararını icra mahkemesinin onayına sunması gerekir. Prosedürün bu şekilde yerine getirilmesinden sonra ise borçlunun konutunda haciz yapılabilir. Bu çalışmada öncelikli olarak konutta hacze ilişkin düzenleme getirilmeden önce, mahkeme kararı olmaksızın borçlunun konutunda haciz yapılmasının Anayasa'ya aykırılık teşkil edip etmediği değerlendirme konusu yapılacaktır. Daha sonra ise konutta hacze ilişkin getirilen yeni düzenlemenin detaylarına yer verilerek olası sorunlar üzerinde durulacaktır.

¹ **Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özkes, Muhammet** (2022) İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 9. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s.1.

² **Karlı, Abdurrahim** (2014) İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Alternatif Yayıncılık, s.3.

I. KONUT KAVRAMI

7445 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun³ ile konutta hacze ilişkin özel düzenlemeye yer verilmiştir. Bu bağlamda öncelikli olarak konut kavramına açıklık getirilmesi gerekir. Anayasa’da ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda konut dokunulmazlığına ilişkin düzenlemelere yer verilmiş olmasına rağmen, konut kavramının tanımı yapılmamıştır. Yine Türk Borçlar Kanunu’nda konut ve çatılı işyeri kiralaları düzenlenmiş, ancak konut kavramının tanımına yer verilmemiştir. Türk Medeni Kanunu’nun 19’uncu maddesinde ise yerleşim yerinin tanımı yapılmıştır. Buna göre, “Yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir. Bir kimsenin aynı zamanda birden çok yerleşim yeri olamaz”. Bir yerin yerleşim yeri olarak kabul edilmesi için fiilen orada oturulması ve sürekli kalma niyetinin bulunması gerekir⁴. Konut kavramı ise yerleşim yeri kavramından farklı olup ondan daha geniştir⁵.

Sözcük anlamıyla konut, bir ailenin yaşadığı yapısal birim, mesken olarak tanımlanmaktadır⁶. Az veya çok kapalı ve güvenli olan konaklamaya elverişli taşınır veya taşınmazlar konut olarak kabul edilir⁷. Yine bir kimsenin geçici ya da sürekli olarak yaşadığı ve oturduğu her yerin konut kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁸. Bu bağlamda, otel, gemi kamarası, yazlık, çadır, karavan konut kapsamına alınmaktadır⁹. Bir kimsenin yaşamsal faaliyetini geçirdiği

³ T.C. Resmî Gazete, S: 32154, T: 05.04.2023.

⁴ Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat (2022) Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Güncellenmiş 20. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.594.

⁵ Olcay, Suphan (2019) “Konut Dokunulmazlığı Hakkı ve Konut Dokunulmazlığının İhlâli Suçu”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 6, S: 1, Bahar, s.247; Tezcan/Erdem/Önok, s.594.

⁶ Yılmaz, Ejder (2014) Hukuk Sözlüğü, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.440.

⁷ Nebioğlu Öner, Şebnem (2011) “Aile Konutunun Özellikleri, Unsurları, Koruma Süresi ve Korunma Nedenleri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 97, s.129; İpek, Eyüp (2012) “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Tahliye Sebeplerine İlişkin Getirilen Yenilikler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 102, s.61.

⁸ Çınar, Ali Rıza (1991), “Konut Dokunulmazlığını İhlâl Cürümleri”, Yargıtay Dergisi, C: 17, S: 4, Ekim, s.472; İpek, s.61.

⁹ Olcay, s.247; Nebioğlu Öner, s.129, dn. 40; İpek, s.61.

Ceza hukuku ve icra hukuku arasındaki bu farklılık dikkate alınarak kanaatimizce icra hukuku bağlamında konut kavramının ceza hukukundan farklı olarak geniş yorumlanmaması ve amaca uygun yorum yapılması gerekir. Borçlunun konutunda haciz yapılmasındaki amaç haczedilecek malların tespit edilmesi ve bunların paraya çevrilerek alacaklının alacağına ödenmesidir. Bu amaç dikkate alınarak bir yerin konut olup olmadığını değerlendirmekte fayda vardır.

Ceza hukuku bakımından konut kavramı geniş yorumlanmakta, otel, gemi kamarası, yazlık, çadır, karavan konut kapsamına dâhil edilmektedir¹⁶. Ayrıca merdiven sahanlığı, asansörler¹⁷, kayık, yataklı vagon kompartımanı ceza hukuku anlamında konuttur¹⁸. Burada korunan menfaat kişi hürriyeti olduğu için konut kavramının geniş yorumlanması amaca uygun düşebilir. İcra hukuku bakımından ise konut kavramının geniş yorumlanması farklı sorunları beraberinde getirebilir. Örneğin bir yerin konut olup olmadığını tespiti güçleşebilir. Zira icra mahkemesi sistem üzerinden şekli bir inceleme ile bir yerin konut olup olmadığını tespit etmekte ve ona göre karar vermektedir. Ayrıca konut kavramının geniş yorumlanması hâlinde, haciz yapılacak yerlerin konut kapsamına girme ihtimâli artacağı için hemen hemen her haciz bakımından icra mahkemesinin bir karar vermesi beklenecektir. Bu durum ise kanun koyucunun amaçları arasında yer almaz. Diğer taraftan konut kavramının bu kadar geniş yorumlanması haczin gerçekleştirilmesini gereksiz yere geciktireceğinden menfaat dengesinin alacaklı aleyhine bozulmasına yol açar. Borçlunun konutuna girilmesindeki asıl amaç, borçlunun mallarının haczedilmesi suretiyle alacaklının tatmin edilmesidir. O hâlde, amaca uygun yorum yapılmalı; borçlunun özel hayatını sürdürmeye elverişli olan, barınma ihtiyacını karşılayan, bu amaç için eşyalarını bulundurduğu yer konut olarak değerlendirilmelidir. Bu kapsamda öncelikle bağımsız ev, apartman dairesi konut olarak kabul edilmelidir¹⁹. Ayrıca yazlık da

¹⁶ **Olçay**, s.247; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.593.

¹⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2008/6-203, K: 2009/3, T: 27/01/2009 (karararama.yargitay.gov.tr, s.e.t. 12.07.2023).

¹⁸ **Tezcan/Erdem/Önok**, s.593.

¹⁹ **Dönmez, R. Murat** (2009) İcra ve İflâs Hukukunda Meskeniyet İddiası, İzmir, Güncel Yayınevi, s.13.

konut kavramına dâhil edilmelidir. Bununla birlikte çadır, konteyner kent gibi yerlerin konut olup olmadığı somut duruma göre değerlendirilmelidir. Örneğin deprem nedeniyle evleri yıkılan insanların ailesiyle birlikte konteynerde kalması hâlinde bu yerler de konut olarak kabul edilmelidir.

II. KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKI

A. GENEL OLARAK

Konut dokunulmazlığı hakkı, kişinin özel yaşam alanı kapsamında değerlendirilen ve dışarıya karşı korunan konutta huzur ve güven içerisinde yaşamını sürdürme hakkı olarak tanımlanmaktadır²⁰. Bu hak, mülkiyetle ilişkisinin yanı sıra, özel hayatın gizliliği ve özel hayata saygı²¹ çerçevesinde değerlendirilmektedir²². Konut dokunulmazlığı hakkının önemi dolayısıyla, bu hakkın devlet tarafından korunması, bu hakka yapılan müdahalelerin önlenmesi, hakkın ihlâli hâlinde failin cezalandırılması gerekir²³. Nitekim konut dokunulmazlığı hakkı, Anayasa'nın 21'inci maddesinde düzenlenerek koruma altına alınmıştır. Buna göre, "Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar".

²⁰ Olcay, s.225.

²¹ Konut dokunulmazlığı hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8'inci maddesinde "özel ve aile hayatına saygı hakkı" başlığı altında düzenlenmiştir.

²² Nebioğlu Öner, s.128; Olcay, s.226.

²³ Olcay, s.226.

Konut dokunulmazlığı hakkı herkesin sahip olduğu temel bir hak olarak Anayasa ile güvence altına alınmıştır²⁴. Konut dokunulmazlığı hakkının korunması bakımından kişinin konutun sahibi olması aranmaz; önemli olan kişinin konutta oturup oturmadığıdır²⁵.

Konut dokunulmazlığı hakkı mutlak şekilde kullanılan bir hak değildir. Diğer bir ifade ile, Anayasa'nın belirlemiş olduğu şartlar çerçevesinde bu hakkın sınırlandırılması mümkündür²⁶. Bu bağlamda, konut dokunulmazlığı hakkı, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak sınırlandırılabilir. Anayasa'nın 21'inci maddesinde konut dokunulmazlığının hangi sebeplerle sınırlandırılacağına yanısıra sınırlandırmanın ne şekilde yapılabileceği de düzenlenmiştir. Buna göre, konut dokunulmazlığı hakkı ancak hâkim kararı ile sınırlandırılabilir. Ayrıca gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle de konuta girilmesi mümkündür.

Konut dokunulmazlığına hâkim kararı ile müdahale edilebileceği esası, sadece Türk hukukunda değil, Alman hukukunda da geçerlidir. Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasa'sının 13'üncü maddesinde, konuta dokunulamayacağı, aramaların, ancak hâkim kararı üzerine, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda kanunların öngördüğü diğer organların kararı üzerine ve yalnız kanunlarda

²⁴ Çınar, s.469.

²⁵ Çınar, s.469. İşyerinin de konut kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bkz. **Özçelik, Volkan** (2014) İcra Müdürünün Takdir Yetkisi, Ankara, Adalet Yayınevi, s.162; "Konut kavramı genellikle özel yaşamın ve aile yaşamının geliştiği maddi olarak belirlenmiş yer olarak tanımlanmaktadır. Öte yandan konut kavramı işyerini de kapsamakta; bu bağlamda bir kişinin mesleğini sürdürdüğü bürosu, özel bir kişinin işlettiği şirketin faaliyetlerinin yürütüldüğü kayıtlı merkezi, tüzel kişilerin kayıtlı merkezleri, şubeleri ve diğer işyerleri de bu kapsamda değerlendirilebilmektedir. Bununla birlikte işyerlerinin mahrem bir unsur içermeyen, herkese açık, aleni alanları konut kavramı kapsamında görülmeyebilir", **Ford Otomotiv Sanayi Anonim Şirketi Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2019/40991, K.T. 23/03/2023, T.C. Resmî Gazete, S. 32227, T: 20.06.2023.

²⁶ **Olçay**, s.234; **Köksoy, Mesut** (2018) İcra Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Ankara, Adalet Yayınevi, s.196-197.

yazılı şekilde yapılabileceği düzenlenmiştir (GG Art. 13). Konut dokunulmazlığına yönelik müdahale ve sınırlamalar, suçun kovuşturulması, kamu güvenliğine ve düzenine yönelik ağır tehlikeleri önlemek, bir kimsenin yaşamını tehdit eden bir tehlikeye karşı önlem almak gibi sebeplerle yapılabilir²⁷. Görüldüğü üzere Alman hukukunda da konut dokunulmazlığı hakkı koruma altına alınmış ve bu hakkın sınırlandırılmasının hâkim kararı ile mümkün olduğu esası benimsenmiştir.

Konut dokunulmazlığına ilişkin diğer bir düzenleme ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 116'ncı maddesinde yer almaktadır. Buna göre, "Bir kimsenin konutuna, konutunun eklentilerine rızasına aykırı olarak giren veya rıza ile girildikten sonra buradan çıkmayan kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" (TCK m. 116/I). Görüldüğü üzere bir kimsenin konutuna izinsiz girilmesi veya girildikten sonra çıkılmaması konut dokunulmazlığını ihlâl suçu oluşturur. Bu suçun işlenmesi hâlinde fail hakkında hapis cezası yaptırımını uygulanır.

B. KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKININ İCRA HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Konut dokunulmazlığı bugüne kadar daha çok ceza hukuku boyutu ile ele alınmış, icra hukuku boyutu ise ihmâl edilmiştir²⁸. Ancak belirtmek gerekir ki, borçlunun mallarının haczedilmesi için borçlunun konutuna girilmesi gerekebilir. Bu durum, temel hak olan konut dokunulmazlığı hakkına bir müdahale teşkil ettiğinden, konut dokunulmazlığı ile icra hukukunun yakın ilişki içinde olduğu söylenebilir²⁹.

Konut dokunulmazlığı hakkı ile icra hukuku arasındaki bağlantının ortaya konulabilmesi açısından, İcra ve İflâs Kanunu'nun 80'inci maddesine değinilmelidir. Söz konusu düzenlemeye göre, "borçlu haciz sırasında malın bulundu-

²⁷ Detaylı bilgi için bkz. **Esmek, Achim** (1989) Der Durchsuchungsbegriff nach Art. 13 Abs. 2 GG in der Zwangsvollstreckung, Pfaffenweiler, s.8 vd.

²⁸ **Özekes, Muhammet** (2009) İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara, Adalet Yayınevi, s.169.

²⁹ **Pekantez/Atalay/Sungurtekin Özkan ve diğerleri**, s.22; **Özekes**, 2009, s.169; **Köksoy**, 2018, s.196.

ğu yerde bulunmaz ve hemen bulundurulması mümkün olmazsa, haciz gıyabında yapılır” (İİK m. 80/II). Bu düzenleme uyarınca, konutta veya malın bulunduğu başka bir yerde haciz yapılırken borçlunun bulundurulması haczin geçerlilik şartı değildir. O hâlde, borçlunun hemen bulundurulması mümkün olmazsa, yokluğunda dahi konutta haciz yapılmasına engel yoktur. Konutta hacze ilişkin olarak ele alınması gereken diğer bir düzenleme ise İcra ve İflas Kanunu’nun m. 80/III hükmüdür. Söz konusu hüküm uyarınca, “Talep vukuunda borçlu kilitli yerleri ve dolapları açmağa vesair eşyayı göstermeğe mecburdur. Bu yerler icrasında zorla açtırılır”. Görüldüğü üzere borçlu haciz sırasında, talep edilmesi hâlinde kilitli yerleri açmak durumundadır. Şayet bu yerler açılmazsa icra müdürü zor kullanmak suretiyle açtırabilir. Bu düzenleme, haciz mahallindeki kilitli yerlerin açtırılmasına yönelik zor kullanma yetkisine ilişkindir³⁰. Ancak İİK m. 80/II ve İİK m. 80/III hükümleri birlikte değerlendirilmelidir. O hâlde, borçlu haciz için geldiğinde konutu açmazsa ya da kapıyı açacak kimse bulunmazsa ve borçlunun da derhâl hazır bulundurulması mümkün olmazsa, icra müdürü zor kullanma yetkisine dayanarak, çilingir marifetiyle konuta girebilmektedir.

Doktrinde, konutta haciz yapılıp yapılmayacağı hususunda icra müdürüne takdir yetkisi tanınmadığı ifade edilmektedir³¹. Bu bağlamda tespiti gereken husus, icra müdürüne tanınan borçlunun konutuna zorla girme yetkisinin konut dokunulmazlığını ihlâl edip etmediğidir. Belirtmek gerekir ki, anayasal sınırlamalar ve anayasanın bağlayıcılığı icra hukukunda da geçerlidir³². Bu neden-

³⁰ İİK m. 80/III hükmünün konut dışındaki kilitli yerlerin açtırılmasına ilişkin olduğu, icra müdürünün bu hükme dayanarak borçlunun konutuna zorla girmesinin Anayasa’ya aykırı olduğu ifade edilmektedir (**Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s.193)

³¹ **Toraman, Barış/Hasırcı, Hakan** (2023) “Yedinci Yargı Paketi (7445 Sayılı Kanun) ve Takip Hukuku: Tespit ve Değerlendirmeler”, *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, C: 19, S: 54, s.15; “...İcra memurunun haciz yapıp yapmama konusunda takdir yetkisi bulunmamaktadır... Haciz işlemi bizatihi zor kullanmayı gerektirdiğinden tarafların ayrıca talebine gerek olmaksızın icra memuru haciz işlemi için gerekiyorsa kilitli yerleri açtırma yetkisini haizdir...”, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 2395/17394, 03.10.2011, (karararama.yargitay.gov.tr, s.e.t. 15.06.2023).

³² **Özbek, Mustafa Serdar** (2013) *Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlamlı İcranın Etkinliği*, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.259; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan ve diğerleri**, s.22.

le, Anayasa'da konut dokunulmazlığının sınırlandırılması için kabul edilen haklı nedenlerin icra hukukunda da gözetilmesi gerekir. Bu bağlamda konut dokunulmazlığının sınırlandırılması için icra hukuku bakımından önem arz eden sebebin, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması olduğu söylenebilir. Nitekim alacaklının alacak hakkını korumak için haciz yapılmak üzere borçlunun konutuna girilmektedir. O hâlde, alacaklının alacak hakkının korunması amacıyla borçlunun konutuna girilmesinin, konut dokunulmazlığı hakkının sınırlandırılması sebepleri bakımından hukuka ve Anayasa'ya aykırılık teşkil edip etmediğinin değerlendirilmesi gerekir. Bu hususta bir değerlendirme yaparken, ilâmsız icra takibinde ve ilâmlı icra takibinde haciz için borçlunun konutuna girilmesini ayrı ayrı ele almakta fayda vardır.

1. İlâmsız İcra Takibi

Borçludan para veya teminat alacağı bulunan alacaklı, dava açmak yerine borçluya karşı doğrudan ilâmsız icra takibi başlatabilir. İlâmsız icra takibi başlatılabilmesi için alacaklının alacaklı olduğuna dair bir belge ibraz etmesi gerekmez³³. Ayrıca icra müdürü de alacaklının alacağına mevcut olup olmadığını inceleme yetkisine sahip değildir³⁴. Bu nedenle, aslında alacaklı olmayan bir kimse de borçluya karşı ilâmsız icra takibi başlatabilir³⁵. Alacaklının haciz isteyebilmesi için takibin kesinleşmesi gerekir³⁶. Takibin kesinleşmesini borçlunun ödeme emrine itiraz edip etmediğine göre ayrı ayrı ele almak gerekir. Borçlu, gönderilen ödeme

³³ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan ve diğerleri, s.93; Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel (2022) İcra ve İflâs Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.152; Kuru, Baki/Aydın, Burak (2021) İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.80; Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin (2022) İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.107.

³⁴ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.122.

³⁵ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan ve diğerleri, s.93; Özkes, 2009, s.14; Köksoy, 2018, s.197-198.

³⁶ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz ve diğerleri, s.298; Kuru/Aydın, s.160; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan ve diğerleri, s.162; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.184; Akgün, Şükran (2020) Haczin Hukukî Niteliği, İstanbul, Der Yayınları, s.176.

emrine itiraz ederse takip durur³⁷. Duran takibe devam edilebilmesi için alacaklı, ya altı ay içinde icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını³⁸ istemeli ya da bir yıl içinde genel mahkemelerde itirazın iptali davası açmalıdır. İcra mahkemesince itirazın kesin olarak kaldırılmasına veya mahkemede itirazın iptaline karar verilirse takip kesinleşir ve alacaklı haciz isteyebilir. Borçlunun ödeme emrine süresi içinde itiraz etmemesi hâlinde ise sürenin geçmesiyle birlikte takip kesinleşir³⁹. Bunun üzerine alacaklı, borçlunun mallarının haczedilmesini talep edebilir.

İtirazın kesin olarak kaldırılabilmesi için alacaklının elinde İİK m. 68 veya m. 68/b'de belirtilen belgelerden birinin bulunması gerekir⁴⁰. İcra mahkemesi bu belgelere dayanarak itirazın kaldırılmasına karar verir. Ancak bu karar, alacaklının alacaklı olduğunu kesin olarak göstermez. Zira icra mahkemesinin verdiği karar, kural olarak maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez⁴¹. Bu nedenle, söz konusu durumda her ne kadar borçluya karşı takibe devam edilebilecekse de borçlunun genel mahkemede borçlu olmadığına tespitine ilişkin dava açması mümkün olduğundan, konut dokunulmazlığına müdahale için haklı nedenin oluştuğu tam olarak söylenemez. İtirazın iptaline karar verilmesi hâlinde ise alacaklının alacak hakkı mahkeme tarafından kesin olarak tespit edilmiştir. Zira itirazın iptali davasında verilen karar maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder⁴². Bu nedenle, söz konusu

³⁷ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz ve diğerleri, s.192; Yılmaz, Ejder (2016) İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Ankara, Yetkin Yayınları, s.361; Kuru/Aydın, s.99; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.128; Görgün, Şanal/Börü, Levent/Kodakoğlu, Mehmet (2022) İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.81.

³⁸ İtirazın kaldırılması hakkında bkz. Tanır, Zeliha Büşra (2022) Genel Haciz Yoluyla Takipte İtirazın Kesin Olarak Kaldırılması, Ankara, Adalet Yayınevi, s.72 vd.

³⁹ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan ve diğerleri, s.162; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.126; Akgün, s.188.

⁴⁰ Üstündağ, Saim (2004) İcra Hukukunun Esasları, 8. Baskı, İstanbul, s.105; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz ve diğerleri, s.234; Kuru, Baki (2013) İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İkinci Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.277; Muşul, Timuçin (2017) İcra ve İflâs Hukuku Esasları, 6. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.286; Tanır, s.64.

⁴¹ Yılmaz, 2016, s.49; Kuru, s.66; İyilikli, Ahmet Cahit (2020) Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, 2. Baskı, Ankara, 2020, s.65; Üstündağ, s.25; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.45.

⁴² Üstündağ, s.105; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz ve diğerleri, s.229; Kuru, s.271; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s.100.

hâlde alacaklının alacak hakkının korunması gerekir. Alacaklının takibin kesinleşmesi hâlinde borçlunun mallarının haczedilmesini istemesi, kanun ile kendisine tanınan bir hakkın kullanılması niteliğindedir. Alacaklının alacağını temin için borçlunun konutuna gidildiğinde borçlu, konut dokunulmazlığı hakkını ileri sürerek bu hacze engel olamaz; haciz işlemine katlanmakla yükümlüdür⁴³. Ancak itirazın iptali bakımından sorun, genel mahkemede kesin hüküm teşkil eden bir karar verilmiş olmasına rağmen, bu kararın konuta girilmesine yönelik olmamasıdır. Anayasa’da borçlunun konutuna hâkim kararıyla girilebileceği düzenlenmiştir. İtirazın iptali davasında ise, alacaklının alacağının mevcut olduğu tespit edilmekle birlikte, verilen karar borçlunun konutuna girilmesi için yeterli değildir. Zira mahkemece verilen karar borçlunun konutuna girilmesine ilişkin olmayıp alacağın mevcut olduğuna ilişkindir. Borçlunun ödeme emrine süresi içinde itiraz etmemesi nedeniyle takibin kesinleşmesi ise, alacaklının alacaklı olduğunu göstermez. Zira borçlu ihmâl ettiği için veya bilgisizliğinden dolayı ödeme emrine itiraz etmemiş olabilir. O hâlde, ödeme emrine itiraz edilmemiş olması alacağın varlığını kesin olarak göstermez. Bu ihtimâlde başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması haklı sebebinin oluştuğunu söylemek her zaman mümkün olmayabilir.

Gelinen noktada ilâmsız icra takiplerinde alacaklının alacağını temin etmek amacıyla borçlunun konutuna girilmesi iki açıdan sorunludur. Bunlardan ilki, alacaklının alacağının gerçekten mevcut olup olmadığının tespitinin yapılmadığı hâllerde, Anayasa’nın 21’inci maddesinde belirtilen “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” sebebinin gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Diğer sorun ise, mahkemece bir yargılama yapılması hâlinde, alacağın mevcut olduğu her ne kadar mahkeme kararıyla tespit edilmiş olsa da bu kararın borçlunun konutuna girilmesi için yeterli bir gerekçe oluşturmayacağıdır. Zira mahkeme tarafından verilen karar, borçlunun konutuna girilebileceğine ilişkin olmayıp alacağın mevcut olduğuna yöneliktir.

⁴³ **Özçelik**, s.165. Konuta girilmesine katlanma yükümlülüğü borçlu ile aynı konutta yaşayan kişiler için de geçerlidir (**Wieczorek, Bernhard/Schütze, Rolf A.** (2016) *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, 4. Auflage, Neunter Band, Berlin, Walter de Gruyter GmbH, s.242; **Zöllner, Richard** (2020) *Zöllner Zivilprozessordnung*, 33. Auflage, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2020, s.1547)).

2. İlâmlı İcra Takibi

Alacaklı, para alacağı için borçluya karşı doğrudan ilâmsız icra takibi yapmak yerine dava açmayı ve dava sonunda verilen ilâma dayanarak ilâmlı takip yapmayı tercih edebilir. İlâmlı icra takibi yapılabilmesi için ise alacaklının elinde ilâm veya ilâm niteliğinde bir belgenin bulunması gerekir⁴⁴. Elinde ilâm olan alacaklının alacağının mevcut olduğu mahkeme kararıyla tespit edilmiştir. Ancak ilk derece mahkemesince verilen kararların ilâmlı icraya konulması için kural olarak kesinleşmesi gerekmez⁴⁵. Dolayısıyla kanun yoluna başvurulması hâlinde ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararın kaldırılması veya bozulması mümkündür. Kesinleşmiş bir ilâma dayanarak ilâmlı icra takibi yapan bir alacaklının ise korunmaya değer menfaatinin bulunduğu ortadadır. Alacak hakkının korunması için borçlunun konutuna zorla girilmesi haklı bir nedene dayanır⁴⁶. Ancak belirtmek gerekir ki, mahkemenin alacaklının alacağının mevcudiyetine ilişkin vermiş olduğu karar, icra müdürünün borçlunun konutuna zorla girmesini haklı göstermez. Zira alacağın mahkeme kararı ile tespit edilmiş olması konuta girmek için haklı bir neden oluştursa da tek başına yeterli olmayıp bu hususta ayrıca mahkeme kararının bulunması gerekir⁴⁷.

Uygulamada bir mahkeme kararı olmaksızın alacaklının alacak hakkını korumak için borçlunun konutuna girilebiliyordu. Bu durum konut dokunulmazlığı hakkını ihlâl ettiği⁴⁸ gerekçesiyle eleştirilmekteydi⁴⁹. Bu eleştirilerin temelinde, Anayasa'da ancak hâkim kararı ile bir kimsenin konutuna girilebileceği düzenlenmişken, mahkeme kararı olmaksızın borçlunun konutunda haciz yapıl-

⁴⁴ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyavaz ve diğerleri, s.405; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan ve diğerleri, s.306-307; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.418; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s.369.

⁴⁵ Üstündağ, s.354; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyavaz ve diğerleri, s.492; Kuru, s.913.

⁴⁶ Toroman/Hasırcı, s.15.

⁴⁷ Köksoy, 2018, s.198.

⁴⁸ Borçlunun konutuna mahkeme kararı olmaksızın girilmesinin konut dokunulmazlığı hakkının yanı sıra özel hayatın gizliliğini de ihlâl ettiğine ilişkin bkz. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan ve diğerleri, s.22.

⁴⁹ Eleştiriler için bkz. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan ve diğerleri, s.22; Özkes, 2009, s.167 vd; Karlı, s.298; Köksoy, 2018, s.196 vd.

masının Anayasa'ya aykırılık teşkil edeceği bulunmaktaydı⁵⁰. Borçlunun konutunda haciz yapılmasının Anayasa'ya uygun hâle gelmesi için bir yargısal denetime veya bir mahkeme kararına ihtiyaç vardı. Bir temel hak olan konut dokunulmazlığı hakkının ihlâlinden kaçınma düşüncesiyle⁵¹, 28 Mart 2023 tarihli ve 7445 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu'nda değişiklik yapılmış ve Kanun'a m. 79/a maddesi eklenmiştir. Söz konusu düzenleme ile borçlunun konutunda yapılacak hacizlerde icra müdürünün haciz kararının icra mahkemesinin onayına sunulması zorunluluğu getirilmiştir.

3. Alacaklı Vekilinin Haciz Sırasında Konuta Girip Giremeyeceği

7445 sayılı Kanun ile konutta haciz yapılmasına ilişkin önemli değişiklikler yapılsa da yapılan bu değişikliklerde alacaklı vekilinin haciz sırasında borçlunun konutuna girip giremeyeceğine ilişkin bir açıklık getirilmemiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, İcra ve İflâs Kanunu'na m.79/a hükmünün eklenmesi, konut dokunulmazlığı hakkının icra hukuku bakımından da önem taşıdığı ve bu hakkın korunması gerektiğinin bir göstergesidir. Bu nedenle, söz konusu hususun ayrıca ele alınması gerekir.

Konut dokunulmazlığının ihlâli, borçlunun konuta girilmesine rıza göstermemesi hâlinde söz konusu olabilir. Borçlu, alacaklı vekilinin haciz sırasında konuta girmesine rıza göstermişse, alacaklı vekilinin konuta girmesi konut dokunulmazlığının ihlâline sebep olmaz. Zira ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedenlerinden biridir (TCK m. 26/II). Borçlunun açık rızasının bulunmadığı ya da borçlunun evde olmadığı hâllerde borçlunun konutuna haciz için girilebilmesi başka bir hukuka uygunluk sebebinin varlığına bağlıdır⁵². TCK m. 24/I uyarınca kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez. Belirli bir görevi yerine getirilebilmesi için verilen yetki çerçevesinde hareket edilmesi

⁵⁰ Özkes, 2009, s.167 vd; Köksoy, 2018, s.196 vd.

⁵¹ Yapılan değişikliğin Anayasal ihtiyaçları karşılamada yetersiz kalacağı yönünde bkz. **Torman/Hasırcı**, s.17.

⁵² **Şen, Ersan/Malbeleş, Erkam**, "Alacaklı Vekili Hacizde Konuta ve İşyerine Girebilir mi?", <<https://www.yeniyaklasimlar.org/?p=ara&q=ersan%20%C5%9Fen>> s.e.t. 13/05/2023.

kanunun emrinin yerine getirilmesi anlamına gelir ve hukuka uygunluk sebebi teşkil eder⁵³.

Alacaklı vekilinin borçlunun konutuna girip giremeyeceğine ilişkin doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, icra müdürüne yetki verilmesi, alacaklı vekilinin icra müdürü ile birlikte haciz için konuta izinsiz olarak girebileceği anlamına gelmez. Zira alacaklı vekilinin haciz sırasında borçlunun konutuna girebileceğine ilişkin açık hüküm mevcut değildir⁵⁴. Kendisine açık bir şekilde görev veya yetki verilmeyen alacaklı vekilinin konuta borçlunun rızası olmaksızın girememesi, haciz sırasında alacaklının temsiline bir engel teşkil etse de burada borçlunun iradesine üstünlük tanınması gerekir⁵⁵.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise bir kararında avukatların yargı görevini yapan kişilerden olduğunu, müvekkilleri adına haciz işlemlerini takip edebileceğini, bu görev sırasında görevin engellenmesinin görevi yaptırılmamak için direnme suçu oluşturduğunu ifade etmiştir⁵⁶. Söz konusu karar, avukatın yargı görevini yapan kişi olup olmadığı hususuna odaklanmakla birlikte, karardan, Yargıtay'ın alacaklı vekilinin haciz mahalline girebileceği görüşünde olduğu anlaşılmaktadır.

⁵³ Şen/Malbeleşti, <<https://www.yeniyaklasimler.org/?p=ara&q=ersan%20%C5%9Fen>> s.e.t. 13/05/2023.

⁵⁴ Şen/Malbeleşti, <<https://www.yeniyaklasimler.org/?p=ara&q=ersan%20%C5%9Fen>> s.e.t. 13/05/2023.

⁵⁵ Şen/Malbeleşti, <<https://www.yeniyaklasimler.org/?p=ara&q=ersan%20%C5%9Fen>> s.e.t. 13/05/2023.

⁵⁶ “Avukatların TCK'nın 6. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi kapsamında yargı görevi yapan kişilerden olması ve müvekkilleri adına haciz işlemlerini takip etmelerinin 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesi anlamında adli bir işlem olması karşısında, bu görev sırasında, görevin engellenmesine yönelik olarak katılan avukata karşı gerçekleştirilen eylemler nedeniyle TCK'nın 265. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan görevi yaptırılmamak için direnme suçunun yargı görevi yapan kişilere karşı işlenmesine ilişkin cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hâlin uygulanma koşulunun gerçekleştiği ve sanıkların eylemlerinin bir bütün hâlinde birden fazla kişiyle birlikte yargı görevi yapan kişilere karşı görevi yaptırılmamak için direnme suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir”. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2016/1419, K: 2020/38, T: 28.01.2020, (karararama.yargitay.gov.tr, s.e.t. 12.07.2023).

İcra ve İflâs Kanunu'nun 103'üncü maddesinde haciz tutanağı tutulurken alacaklı, borçlu veya adlarına Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebellüğe yetkili kimsenin bulunması hâlinde haciz tutanağının bir örneğinin bu şahıslara verileceği hüküm altına alınmıştır. İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği'nin 41'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, "Tutanağın altı, haczi yapan memur; hazır bulunan alacaklı, varsa temsilcisi veya vekili; borçlu, varsa temsilcisi, vekili veya haciz sırasında hazır bulunan diğer kişiler; yediemin ve bilirkişi tarafından imzalanır". Her iki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde alacaklı vekilinin haciz mahallinde bulunması bir zorunluluk teşkil etmez. Alacaklı vekili ihtiyari olarak orada bulunabilmektedir⁵⁷. Kanun ve Yönetmelik hükümleri haciz tutanağının alacaklı vekili tarafından imzalanabileceğine işaret etmekle birlikte, bu hükümlerden vekilin konuta girebileceği açık bir şekilde anlaşılabilir. Konuta giremeyeceğinin kabulü, alacaklı vekilinin haciz yapılacak konutun önüne kadar gelebileceği, ancak konuta giremeyeceği ve hazırlanan haciz tutanağını imzalayacağı şeklinde anlaşılmaya elverişlidir. Ayrıca, konutta haczedilebilecek mal kalıp kalmadığının ve icra müdürünün işleminin hukuka uygun olup olmadığının tespiti ve gerektiğinde şikâyet yoluna gidilebilmesi alacaklı vekilinin de konuta girebilmesini gerektirir⁵⁸. İleri sürülen gerekçeler alacaklının temsili bakımından yerinde görülebilir de borçlunun konut dokunulmazlığı hakkının ihlali bağlamında sorunludur. Zira icra müdürünün mahkemedeki bir karar alınmaksızın borçlunun konutunda haciz yapmasının Anayasa'nın 21'inci maddesine aykırılığının tartışıldığı bir yerde alacaklı vekilinin borçlunun konutuna serbestçe girebileceğinin kabulü bir çelişki teşkil eder. Kanaatimizce tereddütlerin giderilmesi bakımından bu hususa ilişkin açık düzenleme yapılması yerinde olur.

⁵⁷ Karslı, s.293.

⁵⁸ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.192.

III. İİK m. 79/a UYARINCA KONUTTA HACİZ YAPILMASI

A. GENEL OLARAK

7445 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu'nda önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden biri de konutta hacze ilişkin düzenlemedir. Kanun'a eklenen 79/a maddesi ile, konutta haciz yapılmasına ilişkin esaslar ve şartlar belirlenmiştir. Bu bağlamda konutta yapılacak haciz, icra mahkemesinin kararı-na bağlanmıştır. Söz konusu düzenleme ile, kişilerin temel insanî ihtiyaçlarından olan barınma hakkını kullandığı ve özel hayatını idame ettirdiği en mahrem mekân olan konutta haciz yapılması özel usûle tâbi tutularak konut mahremiyetinin güçlendirilmesi amaçlanmaktadır⁵⁹.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 79/a maddesi uyarınca icra müdürü, haciz yapılması talep edilen yerin konut olduğunu tespit ederse, bu yerde haciz yapılmasına karar verir ve bu kararı derhal icra mahkemesinin onayına sunar. İcra mahkemesi, dosya üzerinden yapacağı inceleme sonunda haciz yapılması talep edilen yerin konut olduğunun anlaşılması hâlinde icra müdürünün haciz kararının onaylanmasına, aksi takdirde ise konutta haciz yapılmasına dair kararın kaldırılmasına kesin olarak karar verir. Konut olmadığı kabul edilen bir yerde haciz işlemi sırasında, bu yerin konut olduğunun anlaşılması hâlinde hacze devam edilebilmesi borçlunun rıza göstermesine bağlı tutulmuştur. Borçlunun rıza göstermemesi hâlinde haciz işlemine son verilmesi ve icra mahkemesinin onaylama kararından sonra o yerde haciz yapılması gerekir. İcra ve İflâs Kanunu m. 79/a hükmü ihtiyatî haciz bakımından uygulanmaz. Bu nedenle, borçlunun konutunda ihtiyatî haciz yapılması için icra müdürünün, icra mahkemesinden onay kararı almasına gerek yoktur⁶⁰.

7445 sayılı Kanun değişikliği ile borçlunun konutunda haciz yapılabilmesi icra mahkemesi kararına⁶¹ bağlanmıştır ve böylece İcra ve İflâs Kanunu, şeklen

⁵⁹ 7445 sayılı Kanun'un genel gerekçesi.

⁶⁰ Bu hususa ilişkin açıklamalar için bkz. E. Konutta İhtiyatî Haciz Uygulanması.

⁶¹ Alman hukukunda da borçlunun evinde rızası dışında arama yapılabilmesi için mahkeme kararının bulunması gerekir. Aramadan beklenen sonucun tehlikeye girecek olması hâlinde ise mahkeme kararına gerek yoktur (ZPO Art. 758a, Abs. 1). Bu konuda ayrıca bkz. **Wiczo-rek/Schütze**, s.236 vd.

olsa da Anayasa'ya uygun hâle getirilmiştir. Nitekim konut dokunulmazlığı hakkına Anayasa'nın 21'inci maddesi uyarınca mahkeme kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunması şartıyla müdahale edilebilir. Normlar hiyerarşisi çerçevesinde kanunların Anayasa'ya aykırı olmaması gerekir. Bu bağlamda, yapılan değişiklik, Anayasa'nın üstünlüğü bakımından yerindedir. Bununla birlikte, söz konusu düzenleme uygulamada başka problemlere sebep olabilecek niteliktedir. İcra müdürünün haciz yapılması talep edilen yerin konut olduğunu nasıl tespit edeceği, icra mahkemesinin dosya üzerinden yapacağı incelemeyle bir yerin konut olup olmadığını nasıl değerlendireceği gibi hususlar bu problemlere örnek olarak gösterilebilir. Ayrıca söz konusu düzenleme, mahkemelerin iş yükünü artıracığı⁶² ve masraf ve zaman kaybına neden olacağı gerekçeleriyle de eleştiriye açıktır.

B. KONUTTA HACİZ YAPILABİLMESİNİN ŞARTLARI

1. İcra Müdürünün Haciz Kararının Bulunması

İcra müdürü, haciz yapılması talep edilen yerin konut olduğunu tespit ederse, bu yerde haciz yapılmasına karar verir. İcra ve İflâs Kanunu'nda, icra müdürünün haciz yapılması talep edilen yerin konut olduğunu tespit etmesi hâlinde, haciz kararını derhâl icra mahkemesinin onayına sunacağı belirtilmiştir (İİK m. 79/a-I). İcra müdürünün haciz yapılacak yerin konut olup olmadığını nasıl tespit edeceğine ilişkin Kanun'da bir açıklık mevcut değildir. Belirtmek gerekir ki, her bir haciz bakımından önceden haciz mahalline giderek inceleme yapılması gereksiz masraf ve zaman kaybına yol açabilir⁶³. Takibin masraflı olması ve makul sürede tamamlanmaması ise takip ekonomisine uygun düşmez⁶⁴. Ayrıca

⁶² Toroman/Hasırcı, s.20.

⁶³ İcra müdürünün henüz haciz kararı olmadan bizzat adrese gitmesinin başka hukuki problemlere neden olacağına ilişkin bkz. Toroman/Hasırcı, s.19. İcra müdürünün mahallinde inceleme yapmasının iş yükünün fazla olması ve sürenin azlığı nedeniyle önemli bir külfet oluşturacağına ilişkin bkz. Selçuk, Seyhan (2023) "İcra ve İflâs Kanunu'nun 79/a Maddesi Uyarınca Konutta Haciz", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 14, S: 2, s.420.

⁶⁴ Köksoy, Mesut (2016) "Hukukî Güvenlik İlkesi Açısından Takip Ekonomisi İlkesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XX, S: 3 Temmuz, s.62-66.

konut olmadığı kanaatiyle hacze gidilen yerin konut olduğunun anlaşılması hâlinde İİK m. 79/a hükmünde öngörülen prosedürün uygulanması söz konusu olabileceği için önceden haciz mahalline gidilmesi zorunluluk teşkil etmeyebilir. Bu nedenle, icra müdürünün yapacağı incelemenin sınırlı olacağı söylenebilir. Burada akla gelecek ilk ihtimal alacaklı veya vekilinin bu husustaki beyanıdır. Alacaklı veya vekili haciz talep ederken haciz yapılmasını istediği yeri belirtmelidir⁶⁵. Ayrıca haciz yapılacak yerin konut olması hâlinde bu hususun da haciz talebinde belirtilmesinde fayda vardır. Ancak alacaklının haciz talebinde böyle bir açıklama yapması haciz talebinin geçerliliği bakımından önem taşımaz⁶⁶. Diğer bir ifade ile alacaklı haciz yapılacak yerin konut olup olmadığını belirtme-se dahi yapılan haciz talebi usûlüne uygun olup geçerlidir. Alacaklının haciz yapılmasını istediği yerin konut olduğunu belirtmesi, sürecin ve müteakip işlemlerin hızlandırılmasında fayda sağlayabilir.

Alacaklının haciz talebinde haciz yapılmasını istediği yerin konut olup olmadığına ilişkin beyanı icra müdürü için bağlayıcı mıdır? Kanaatimizce alacaklının bu hususa ilişkin beyanı icra müdürü bakımından bağlayıcı değildir. Kanun, bu tespitin yapılmasını icra müdürüne bir görev olarak vermiştir. Bununla birlikte icra müdürü, alacaklının beyanını dikkate alarak da tespit yapabilir. Diğer taraftan, alacaklının yapmış olduğu açıklamanın veya belirtilen yerin konut olduğuna ilişkin tespitinin yerinde olup olmadığının da teyit edilmesine ihtiyaç duyulabilir. Bu gibi hâllerde tespitin yine icra müdürü tarafından yapılması gerekir.

Alacaklı, haciz yapılmasını talep ettiği yerin borçlunun işyeri ya da home-ofis olarak kullandığı bir yer olduğunu beyan etmişse, icra müdürü öncelikle bu durumu sorgulamalı ve kararını bundan sonra vermelidir⁶⁷. İcra müdürü bu tespiti yerinde yapabileceği gibi adrese doğrudan gitmeksizin taşınmazın hangi

⁶⁵ Haciz talebinin içeriği konusunda Kanunda bir açıklık mevcut değildir. Ancak doktrinde alacaklının, borçlunun hangi mallarının haczedilmesini istediğini ve bunların buldukları yerin gösterilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. **Akgün**, s.173-174.

⁶⁶ Aynı yönde bkz. **Selçuk**, s.420.

⁶⁷ **Toroman/Hasırcı**, s.19.

amaçla kullanıldığının adresin bağlı olduğu muhtarlığa sormak suretiyle de tespit edilebilir⁶⁸.

Alacaklı veya vekili haciz talebi ile birlikte haciz yapılacak yerin konut olduğunu belirtmese dahi icra müdürü, Merkezi Nüfus İdaresi Sistemi'nden (MERNİS) kontrol ederek o yerin konut olup olmadığını tespit edebilir. İcra müdürünün haciz talebinde gösterilen yerin, borçlunun adres kayıt sisteminde gösterilen yer olduğunu tespit ettiğinde, başkaca bir inceleme yapmaksızın söz konusu yeri konut olarak nitelendirip haciz kararı vermesi muhtemeldir⁶⁹. Nitekim uygulamada da icra daireleri bir yerin konut olup olmadığını bu şekilde tespit etmektedirler. Ancak belirtmek gerekir ki, icra müdürü MERNİS üzerinden bir sorgulama yapabilmekle birlikte, bununla sınırlı kalmayıp başkaca araştırma da yapabilir.

İcra müdürünün haciz talebinde bulunan alacaklıdan haciz yapılacak yerin konut olup olmadığına ilişkin açıklama isteme yükümlülüğü bulunup bulunmadığına da değinilmelidir. Alacaklı tarafından haciz talebinde böyle bir açıklama yapılmaması, icra müdürüne her haciz bakımından haciz yapılacak yerin konut olup olmadığını tespit etme hususunda bir yük getirmektedir. Bu nedenle, haciz talebiyle birlikte alacaklının açıklama yapmasında fayda vardır. Bununla birlikte, icra müdürünün alacaklıdan açıklama isteme yükümlülüğü bulunup bulunmadığı hususunda iki yaklaşım ileri sürülebilir. Bir yaklaşıma göre, borçlu ile alacaklı arasındaki menfaat dengesini gözetmek zorunda olan icra müdürü alacaklıdan bu hususta açıklama yapmasını istemekle yükümlüdür. Diğer bir yaklaşıma göre ise, İİK'da haciz yapılması talep edilen yerin konut olup olmadığının tespiti icra müdürüne bir görev olarak verildiği için icra müdürünün alacaklıdan açıklama isteme yükümlülüğü yoktur. Kanaatimizce icra müdürünün alacaklıdan açıklama istemesi, alacaklının beyanıyla birlikte belge sunması hâlinde faydalı olabilir. Ancak, icra müdürüne alacaklıdan açıklama isteme yükümlülüğü getirilmesi, alacaklının gerçeğe aykırı beyanda bulunma ihtimâli nedeniyle, amaca uygun düşmeyebilir. Zira salt alacaklının beyanı teyit edilmeye muhtaçtır.

⁶⁸ Toroman/Hasırcı, s.19.

⁶⁹ Toroman/Hasırcı, s.18.

Üzerinde durulması gereken diğer bir husus ise, borçlunun mal beyanında bulunurken ilgili malların konutta olduğunu belirtmesi hâlinde, bu beyanın icra müdürünün kararı bakımından bağlayıcı olup olmayacağıdır. Kanaatimizce icra müdürü, haciz yapılacak yerin konut olup olmadığını tespit ederken borçlunun beyanıyla bağlı değildir. Zira bu tespiti yapma görev ve yükümlülüğü icra müdürüne aittir. Bununla birlikte, icra müdürü, borçlunun bu yöndeki beyanını dikkate alarak da karar verebilir.

Haciz kural olarak takibin yapıldığı icra dairesince gerçekleştirilir⁷⁰. Ancak her icra dairesi kendi yetki çevresinde işlem yapabilir. Yetki çevresi dışında işlem yapılması gereken durumlarda ise istinabe yoluyla o işlemin yapılması başka bir icra dairesinden talep edilebilir⁷¹. Nitekim bu hususa İİK m. 79'da "haciz olunacak mallar başka yerde ise haciz yapılmasını malların bulunduğu yerin icra dairesine hemen yazar" ifadesi ile açıkça işaret edilmiştir. İstinabe yoluyla konutta haciz yapılması gereken hâllerde, haciz yapılması talep edilen yerin konut olup olmadığının hangi icra dairesi müdürünce tespit edilmesi gerektiği bir sorun teşkil etmektedir. Bu hususa ilişkin açık düzenlemenin bulunmaması uygulamada tereddütlere yol açabilecek niteliktedir. Haciz istinabe yoluyla gerçekleştirilecekse dahi, haciz talebinin herhâlde takibin yapıldığı yer icra dairesine yöneltilmesi gerekir⁷². İcra müdürü, alacaklının haciz talebinin yerinde olduğuna kanaat getirirse haciz kararı, aksi hâlde ise talebin reddine karar verir⁷³. Bu bağlamda haciz kararı, haciz talep edilen icra dairesi tarafından verilmelidir. İstinabe olunan icra dairesi ise bu haciz kararı doğrultusunda haczi gerçekleştirir. O hâlde Kanun'un lafzı da dikkate alınarak, haciz yapılması talep edilen yerin konut olup olmadığının tespiti kural olarak haciz talep edilen icra dairesinin müdürü tarafından gerçekleştirilmelidir⁷⁴. Ancak belirtmek gerekir ki, haciz

⁷⁰ Kuru, s.416; Kuru/Aydın, s.162; Pekcantez/Atalay/Sungurtekin Özkan ve diğerleri, s.164; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.189; Muşul, s.348; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s.148.

⁷¹ Kuru, s.416; Kuru/Aydın, s.163; Pekcantez/Atalay/Sungurtekin Özkan ve diğerleri, s.164; Karlı, s.293; Muşul, s.348; Akgün, s.227.

⁷² Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.189; Akgün, s.194.

⁷³ Akgün, s.211.

⁷⁴ Haciz talep edilen yerin konut olup olmadığının istinabe olunan icra dairesi tarafından tespit edilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Selçuk, s. 420.

yapılacak yerin konut olup olmadığının haciz mahalline gidilerek tespit edilmesi gerektiği durumlarda, haciz talep edilen icra müdürünün bu tespiti nasıl yapacağı bir sorun teşkil eder. Zira her icra dairesi kendi yetki çevresinde işlem yapabileceğinden, icra müdürü başka bir yerde bulunan taşınmazın konut olup olmadığını tespit etmek için haciz mahalline gidemez. Bu durum, Kanun'da yapılan düzenlemenin yetersiz ve uygulamada başka sorunlara neden olabilecek nitelikte olduğunun bir göstergesidir.

Konutta haciz bakımından konutun borçlunun mülkiyetinde olması gerekip gerekmediği üzerinde de durulmalıdır. Kanaatimizce burada önem arz eden husus konutun mülkiyetinin kime ait olduğu değil, borçlunun o yeri konut olarak kullanıp kullanmadığıdır. Nitekim İcra ve İflâs Kanunu'nda icra müdürünün haciz yapılması talep edilen yerin konut olduğunu tespit etmesi hâlinde bu yerde haciz yapılmasına karar vereceği düzenlenmiştir (İİK m. 79/a-I). O hâlde, icra müdürünün konutun mülkiyetinin kime ait olduğunu araştırma yükümlülüğü bulunmadığı gibi böyle bir araştırmanın yapılmasına da gerek yoktur. Diğer taraftan düzenleme ile esasen mülkiyet hakkı değil, konut dokunulmazlığı hakkı koruma altına alınmaktadır. Bu nedenle, mülkiyeti başkasına ait olmasına rağmen borçlu ve ailesinin yaşamını devam ettirdiği bir konutta haciz yapılabilmesi için söz konusu düzenleme dikkate alınmalıdır.

Konutta haciz bağlamında üzerinde durulması gereken diğer bir husus ise home-ofis⁷⁵ olarak kullanılan yerlerde yapılacak hacizlerde nasıl bir yol izleneceğidir. Doktrinde bir görüşe göre, ev ve ofis olarak kullanılan yerler net bir şekilde birbirinden ayrılıyorsa, ofis kısmında yapılacak haciz için icra mahkemesinden onay alınması gerekmez. Net bir şekilde ayırım yapılamaması hâlinde ise, o yer konut olarak kabul edilmeli ve icra mahkemesinden onay alınmalıdır⁷⁶.

Bu hususa ilişkin olarak iki yaklaşım benimsenebilir. Birinci yaklaşıma göre, haciz yapılacak yer konut olarak değil, işyeri olarak kabul edilir ve hacze gidilir. Hacze gidildiğinde o yerin konut olduğu veya haczedilecek malların konut

⁷⁵ Home-ofis kavramı icra hukuku bakımından ayrı bir tartışmanın konusunu oluşturmaktadır (Toroman/Hasırcı, s.21).

⁷⁶ Selçuk, s.416.

olduğu tespit edilen yerde bulunduğu görülürse, İİK m. 79/a hükmü uyarınca haciz kararının icra mahkemesinin onayına sunulması gerekir. Şayet haciz için gidilen yer konut değilse, bu durumda haciz yapılmasına engel yoktur. İcra mahkemesinin haciz kararını onaylamasına gerek olmaksızın haciz yapılabilir. İkinci yaklaşıma göre ise, haciz yapılacak yer konut olarak kabul edilir ve İİK m. 79/a'da öngörülen prosedür işletilir. Kanaatimizce her iki yaklaşım da bazı sorunlara neden olabilecek niteliktedir. Birinci yaklaşımın benimsenmesi hâlinde, haciz yapılacak yerin konut mu işyeri mi olduğunun tespiti için o yere girilmesi gerekir. Şayet söz konusu yer konut ise mahkeme kararı olmaksızın konuta girilmiş olacağı için konut dokunulmazlığı hakkının ihlâlinden bahsedilebilir. İkinci yaklaşımın benimsenmesi hâlinde ise, icra müdürü bu yerin konut olduğundan hareket ederek haciz kararını icra mahkemesine sunarsa, icra mahkemesi haciz mahalline gitmeden dosya üzerinden bu tespiti nasıl yapacağı bir sorun teşkil eder. Geline bu noktada hacze gidilen yerin ne kapsamda konut veya işyeri olarak kabul edileceğinin icra dairesinin ve icra mahkemesinin takdirinde⁷⁷ olduğu söylenebilir. İşyeri olarak kabul edilen alan bakımından o yerin herkese açık olup olmadığı önem taşır. Zira Anayasa Mahkemesi, işyerinin herkesin serbestçe giremeyeceği, alenî olmayan alanlarını da konut kapsamında kabul etmektedir⁷⁸. Dolayısıyla, söz konusu bu yerlerde yapılacak hacizlerde İİK m. 79/a hükmünün uygulanması gerekir.

Haciz yapılması talep edilen yerin konut olduğunun bir kez tespit edilmesi hâlinde, aynı yerde başka bir zamanda haciz yapılmak istendiğinde yeniden tespit yapılması gerekip gerekmediği hususuna da değinilmelidir. Haciz yapılmasına karar verilmişse ve haciz yapılacak yerin konut olduğu tespit edilmişse, alacaklı lehine yorum yapılarak tekrar tespit yapılmasına gerek olmadığı düşünülebilir. Ancak icra müdürünün önceden verilen kararı, alacaklı tarafından başka bir icra takibi dosyasına eklense dahi kural olarak bu karar icra müdürünü bağlamaz. Her bir dosya bakımından haciz yapılması talep edilen yerin konut

⁷⁷ Toroman/Hasırcı, s.21.

⁷⁸ Ford Otomotiv Sanayi Anonim Şirketi Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2019/40991, K.T. 23/03/2023, T.C. Resmî Gazete, S. 32227, T: 20.06.2023.

olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Zira her bir dosya birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Diğer taraftan, konut olduğu tespit edilen bir yer, başka bir takip sırasında konut olarak kullanılmıyor olabilir. Bu nedenle, her bir icra takibi bakımından ayrı ayrı tespit yapılması önem taşır. Borçlu ve alacaklının aynı, takip başlatılan icra dairesinin farklı olması hâlinde de aynı esas geçerlidir. Her bir icra dairesi birbirinden bağımsız olarak icra takibini yürütür. Bir icra dairesince verilen kararlar diğer icra dairesini bağlamaz. Ayrıca haciz yapılması talep edilen yerin konut olduğunun tespit edilmesi hâlinde, başka bir icra dairesinin bu tespitten haberdar olması beklenmez.

2. İcra Mahkemesinin Haciz Kararını Onaylaması

İcra müdürü, haciz yapılması talep edilen yerin konut olduğunu tespit ederse, bu yerde haciz yapılmasına karar verir ve bu kararı derhal icra mahkemesinin onayına sunar. Yetkili icra mahkemesi, icra takibinin yapıldığı icra dairesinin tâbi olduğu icra mahkemesidir⁷⁹. Mahkeme dosyanın kendisine tevdi edildiği tarihten itibaren en geç üç gün içinde haciz kararının onaylanmasına ilişkin kararını vermelidir. İcra ve İflâs Kanunu'nda öngörülen süreler, ilgililer için konulmuş süreler ve icra organları için konulmuş süreler olmak üzere ikiye ayrılır⁸⁰. İcra organları için öngörülen süreler, düzenleyici nitelikte olup süresi içinde işlem yapılmasa dahi yapılan işlem geçerlidir⁸¹. Bu bağlamda icra mahkemesinin karar vermesi için Kanun'da belirtilen üç günlük süre hak düşürücü nitelikte değildir. Bu süre düzenleyici nitelikte olduğu için icra mahkemesi üç günden sonra karar verse de verilen karar geçerlidir.

İcra mahkemesinin yapacağı inceleme, haciz yapılması talep edilen yerin konut olup olmadığının tespitinden ibarettir⁸². İcra mahkemesi haciz yapılacak

⁷⁹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz ve diğerleri, s.160. İstinabe hâlinde, istinabe olunan icra dairesinin bağlı olduğu icra mahkemesinin yetkili olduğuna ilişkin bkz. Selçuk, s.421.

⁸⁰ Kuru, s.142-143; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz ve diğerleri, s.126; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan ve diğerleri, s.79; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s.45.

⁸¹ Kuru, s.143; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz ve diğerleri, s.126; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan ve diğerleri, s.79; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s.45.

⁸² Toroman/Hasırcı, s.17.

yerin konut olduğunu tespit ederse icra müdürünün haciz kararının onaylanmasına karar verir. Bu kararın icra dairesine bildirilmesi üzerine, haciz işlemi yapılır. Kararın icra dairesine bildirilmesinin re'sen mi yoksa talep üzerine mi yapılacağı açıkça belirtilmemiştir. Ancak Kanun'un ifadesi dikkate alındığında icra mahkemesinin bu bildirimini re'sen yapacağı söylenebilir.

İcra mahkemesi, haciz yapılması talep edilen yerin konut olduğu kanaatine varırsa icra müdürünün haciz kararını onaylar. İcra mahkemesinin haciz yapılacak yerin konut olup olmadığını isabetli olarak tespit edememesi ihtimâl dâhilindedir. Diğer bir ifade ile, icra mahkemesi söz konusu yerin konut olduğunu tespit edip icra müdürünün haciz kararını onaylamış olmasına rağmen, hacze gidilen yerin konut olmadığı anlaşılabilir. Ancak bu durum belirtilen yerde haciz yapılmasına engel olmaz. O yer konut olmasa dahi hacze devam edilir (İİK m. 79/a-III).

İcra mahkemesinin haciz yapılması talep edilen yerin konut olup olmadığı hususundaki incelemeyi nasıl yapacağı İcra ve İflâs Kanunu'nun 79/a maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, icra mahkemesi haciz yapılacak yerin konut olup olmadığına ilişkin incelemesini dosya üzerinden gerçekleştirir. Kanun'da incelemenin dosya üzerinden yapılacağı belirtildiğinden mahkeme duruşma yapmaksızın ve karşı tarafı dinlemeksizin kararını verir. Kanaatimizce icra mahkemesinin incelemesini sadece dosya üzerinden yapacak olması, borçluya hukukî dinlenilme hakkı verilmemesi anlamına gelir. Bu yönüyle eleştiriye açıktır. Konut dokunulmazlığı hakkına atfedilen önem nedeniyle İcra ve İflâs Kanunu'na 79/a maddesi eklendiği dikkate alınıp, icra mahkemesine bu konuda takdir hakkı tanınmalıdır. İcra mahkemesi gerektiğinde duruşma açıp borçluyu dinleyerek karar verebilmelidir. Ayrıca icra mahkemesi kararı kesin olduğu için borçluya hukukî dinlenilme hakkı tanınması yerinde olur.

İcra mahkemesinin, icra müdürünün haciz kararını onaylamasına ilişkin incelemesi dosya üzerinden yapılacağı için şekli bir incelemedir. İcra mahkemesi esasa yönelik bir inceleme yapmayacaktır. Ancak icra müdürü haciz yapılacak yerin konut olduğunu tespit edip hacze karar verdiğinde, alacaklı söz konusu yerin konut olmadığına, bir iş yeri ya da home-ofis olarak kullanıldığına ilişkin

mahkemeye belge ibraz edebilir. İcra mahkemesi belirtilen yerin konut olup olmadığını tespit ederken ibraz edilen belgeleri de dikkate alarak karar vermelidir⁸³.

İcra mahkemesi haciz yapılması talep edilen yerin konut olup olmadığını tespit edebilmek için keşif yapabilir mi? Kanaatimizce icra mahkemesinin üç gün içinde karar verecek olması ve incelemenin dosya üzerinden yapılması keşif yapılmasının mümkün olmadığını bir göstergesidir. Ayrıca her bir icra dosyası kapsamında tespitin keşif yapılarak gerçekleştirileceğinin kabulü, gereğinden fazla masraf yapılmasına neden olacağı için takip ekonomisine uygun düşmez⁸⁴.

İcra ve İflâs Kanunu'nun lafzına bakıldığında icra mahkemesinin haciz yapılacak yerin konut olduğunu tespit ettiğinde icra müdürünün haciz kararını onaylayacağı şeklinde bir yorum yapılabilir. Ancak bu aşamada, haciz yapılması talep edilen yerin konut olmasının bu yere girilmesi için yeterli bir neden olup olmadığını, konutta hacze hangi durumlarda başvurulmasının yerinde olacağı hususlarının da dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmasında fayda vardır. Doktrinde, konuta haciz için girildiğinde en azından haczi kabil malların bulunması gerektiği, konutta haczedilecek hiçbir mal bulunmadığının önceden bilindiği hâllerde, hacze gidilmesinin amaca uygun düşmeyeceği, konutta haciz uygulamasının borçluyu taciz etmek amacıyla kullanılmasına izin verilmemesi gerektiği ifade edilmektedir⁸⁵.

Kanaatimizce alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesi gözetilmeli⁸⁶, alacaklının haklarını korurken borçlunun haklarına ölçüsüz bir şekilde müdahale edilmemelidir. Bu bağlamda, icra mahkemesi karar verirken ölçülülük ilkesi-

⁸³ **Toroman/Hasırcı**, s.19; **Selçuk**, s.421.

⁸⁴ Takip ekonomisi ilkesi uyarınca takibin makûl giderle tamamlanması gerekir (**Köksoy**, 2016, s.64 vd.).

⁸⁵ **Özekes**, 2009, s.172.

⁸⁶ **Özekes**, 2009, s.37; **Çiftçi, Pınar** (2010) *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, Ankara, Adalet Yayınevi, s.7; **Özçelik**, s.225. Doktrinde bir görüşe göre, sadece borçlunun konut dokunulmazlığı hakkının dikkate alınması, alacaklının hak arama özgürlüğüne ve mülkiyet hakkına aykırılık teşkil eder (**Özçelik**, s.172).

ni⁸⁷ de dikkate alabilmelidir⁸⁸. Zira ölçülülük ilkesinin bir gereği olarak temel hakların sınırlandırılmasında kullanılan aracın amacı gerçekleştirmeye elverişli ve gerekli olması, ayrıca araçla amaç arasında aşırı dengesizlik bulunmaması gerekir⁸⁹. Borçlunun diğer mallarının haczedilmesi imkânı varken borçlunun konutunda haciz yapılması bazı durumlarda hacizden beklenen amaca uygun düşmeyebilir⁹⁰. O hâlde, icra mahkemesine, borçlunun diğer mallarının haczedilmesi ile alacaklının alacağıının ödenebildiği ve bu malların haczedilmesinin borçluya aşırı yük getirmediği durumlarda, icra müdürünün konutta haciz kararını onaylamama yetkisi tanınması yerinde olur. Bununla birlikte son çare olarak borçlunun konutunda haciz yapılabileceğinin kabulü de her zaman doğru bir yaklaşım olmayabilir. Örneğin, borçlunun konutuna haciz için girilmesi yerine işyerindeki makinelerinin haczedilmesi borçluya daha fazla yük getirebilir. Bu noktada ölçülülük ilkesinin haciz aşamasındaki görünümü olan hacizde tertip ilkesine⁹¹ göre hareket edilmesi uygun olur. Hacizde tertip ilkesi uyarınca yokluğu borçlu ve ailesine en zarar verecek mallardan başlayarak taşınması ve paraya çevrilmesi kolay mallara öncelik tanınmalıdır⁹².

Diğer taraftan, borçlunun konutuna hiçbir şekilde girilemeyeceğinin kabulü de konut dokunulmazlığı hakkının sınırsız korunması ve alacaklının menfaatlerinin göz

⁸⁷ İcra hukukunda ölçülülük ilkesi hakkında bkz. **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan ve diğerleri**, s.18-19; **Sungurtekin Özkan**, s.177 vd; **Özçelik**, s.217 vd.

⁸⁸ Alman hukukunda aynı yönde bkz. **Weyland, Peter** (1987) *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der Zwangsvollstreckung*, Berlin, Duncker & Humblot s.42-43.

⁸⁹ **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan ve diğerleri**, s.18; **Aslan, Kudret** (2005) “Hacizde Sıra (Tertip)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 54, S: 2, s.276.

⁹⁰ Borçlunun öncelikle diğer mallarının haczedilmesi yoluna gidilmesi, haczedilen malların alacağı karşılamaması hâlinde ise, borçlunun konutunda haciz yapılması gerektiği yönünde bkz. **Özçelik**, s.168. Ayrıca alacak miktarının yüksek olmaması durumunda, ölçülülük ilkesinin bir gereği olarak borçlunun konutuna zorla girilmemesi gerektiği yönünde bkz. **Sungurtekin Özkan, Meral** (2001) “İcra Hukukunda Oranlılık İlkesi”, Prof. Dr. Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, s.188; **Köksoy**, 2018, s.199.

⁹¹ **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s.196. Ölçülülük ilkesinin hacizde tertip ilkesiyle ilişkisi hakkında bkz. **Aslan**, s.280 vd.

⁹² **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyaz ve diğerleri**, s.310; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s.197; **Aslan**, s.281-282.

ardı edilmesi anlamına geleceğinden doğru bir yaklaşım olmaz. Özellikle haczedilecek mal bulunmadığı gerekmesiyle konuta girilemeyeceğinin kabul edilmesi bazı sorunlara neden olabilir. Örneğin, borçlunun konutunda bulunan mallardan hangilerinin haczinin caiz olduğunu takdir edebilmesi için icra müdürünün konuta girmesi gerekir⁹³. Ayrıca borçlunun konutunda haczedilecek hiçbir mal bulunmaması hâlinde de icra müdürünün konuta girerek bu hususu haciz tutanağına yazması önem taşır⁹⁴. Zira borçlunun haczedilecek malvarlığının bulunmadığını gösteren haciz tutanağı borç ödmeden aciz belgesi hükmündedir (İİK m. 105/I). Ayrıca borçlunun haczedilebilecek malları bulunmakla birlikte, bu malların değerinin alacağı karşılamayacağı anlaşılması hâlinde hazırlanan haciz tutanağı borç ödmeden geçici aciz belgesi niteliği taşır. Bu tür durumlarda borç ödmeden aciz belgesinin alacaklıya sağladığı imkândan yararlanılabilmesi, konuta girilerek haciz tutanağı tutulmasını gerektirmektedir.

C. İCRA MAHKEMESİNİN KARARINA KARŞI KANUN YOLU

İcra müdürü, haciz yapılması talep edilen yerin konut olduğunu tespit ederse, bu yerde haciz yapılmasına karar verir ve bu kararı derhal icra mahkemesinin onayına sunar. İcra mahkemesi dosya üzerinden yapacağı inceleme sonucunda haciz yapılması talep edilen yerin konut olduğunun anlaşılması hâlinde icra müdürünün haciz kararının onaylanmasına karar verir. Haciz yapılması talep edilen yerin konut olmadığının anlaşılması hâlinde ise mahkeme, konutta haciz yapılmasına dair kararı kaldırır. Bu kararın icra dairesine bildirilmesi üzerine icra müdürü, mevcut haciz talebi hakkında yeniden karar verir (İİK m. 79/a-II).

İcra mahkemesinin, icra müdürünün haciz kararının onaylanmasına veya kaldırılmasına ilişkin vermiş olduğu kararlara karşı istinaf kanun yoluna gidilip gidilemeyeceğinin tespiti önem taşımaktadır. Bir mahkeme tarafından verilen kararlara karşı kanun yolunun açıkça kapatılmadığı durumlarda kanun yoluna başvurulması mümkündür⁹⁵. Ancak kanun koyucu mahkemece verilen kararın

⁹³ Özçelik, s.172.

⁹⁴ Özçelik, s.172.

⁹⁵ **Stauber, Natalie V./Talbot, Philip** (2017) “Die Praxis des Nachlassgerichts Zürich zum revidierten Sanierungsrecht”, AJP, S:7, s.884; **Pekcanitez, Hakan/Erdönmez, Güray** (2018) 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.29.

kesin olduğunu belirterek kanun yolunu kapatmışsa bu kararlara karşı kanun yoluna başvurulamaz. İcra mahkemesinin, icra müdürünün haciz kararını onaylaması veya haciz kararının kaldırılmasına ilişkin kararları bunlar arasında yer alır. İcra ve İflâs Kanunu'nun 79/a maddesinin ikinci fıkrası uyarınca söz konusu kararlar kesin olup, kanun yoluna kapatılmıştır. Bu nedenle, icra mahkemesinin, haciz kararını onaylaması veya konutta haciz yapılmasına ilişkin kararı kaldırması hâlinde verilen kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurmak mümkün değildir.

İstinaf kanun yolu, ilk derece mahkemesince verilen kararların hukuka uygunluğunun bir üst mahkeme tarafından denetlenmesi amacına hizmet eder⁹⁶. Bu bağlamda icra mahkemesinin icra müdürünün haciz kararını onaylamasına veya bu kararın kaldırılmasına ilişkin kararlarına karşı istinaf yolunun kapatılmasının yerinde olup olmadığı tartışılabilir. Doktrinde bir görüşe göre, söz konusu kararlara karşı kanun yolunun kapatılmış olması, birtakım uyumsuzlukları beraberinde getirecek nitelikte olup eleştiriye açıktır⁹⁷.

İcra ve İflâs Kanunu'na m. 79/a hükmünün eklenmesindeki amaç, konut dokunulmazlığı hakkının icra hukuku bakımından da önem taşıdığı bir göstergesidir. Bu bağlamda, icra mahkemesinin kararlarına karşı ilgililerin, özellikle borçlunun kanun yoluna başvuramaması bir eksiklik olarak değerlendirilebilir. İcra mahkemesinin duruşma yapmaksızın ve borçluyu dinlemeksizin karar verecek olması dikkate alındığında kanun yolunun kapatılması eleştiriye açıktır. Ancak kanaatimizce icra mahkemesi kararına karşı kanun yolunun kapatılmasıyla amaçlananın ne olduğu ve kanun yoluna başvurunun açık olması hâlinde bölge adliye mahkemesinin nasıl bir karar verebileceği de göz önünde bulundurulur bir değerlendirme yapılmalıdır. İcra mahkemesinin onay kararı vermesi hâlinde icra müdürü, konutta haciz yapabileceği gibi, haciz kararının kaldırılması hâlinde de bu karar doğrultusunda yeniden haciz kararı vererek haczi yerine getirebilir. Diğer bir ifade ile, icra müdürünün, haciz yapılması talep edilen yerin konut olduğuna yönelik tespiti icra mahkemesi tarafından isabetli görü-

⁹⁶ **Akkaya, Tolga** (2009) *Medenî Usûl Hukukunda İstinaf*, Ankara, Yetkin Yayınları, s.68.

⁹⁷ **Toroman/Hasırcı**, s.20; **Selçuk**, s.422.

lürse, haciz kararı onaylanır ve hacze gidilebilir. İcra mahkemesi, icra müdüründen farklı olarak haciz yapılması talep edilen yerin konut olmadığı kanaatine varırsa haciz kararını kaldırır ve söz konusu yerin konut olmadığından hareketle yeniden haciz kararı verilir. Kanaatimizce kanun koyucu bu ihtimâlden hareketle icra mahkemesinin kararına karşı kanun yolunun kapatılmasında bir eksiklik görmemiştir. İcra mahkemesi kararına karşı kanun yolunun açık olması, mahkemece yapılacak inceleme sırasında borçluya hukukî dinlenilme hakkı tanınmadığı için bir zorunluluk olarak görülebilir. Bununla birlikte, icra mahkemesi kararına karşı kanun yolunun açık olması hâlinde, bölge adliye mahkemesinin istinaf incelemesini nasıl yapacağı, icra mahkemesinin kararını yerinde bulmazsa nasıl bir karar vereceği, kanun yolu incelemesi sonuçlanana kadar borçlunun konutunda haciz yapılıp yapılamayacağı gibi hususlar bakımından başka tartışmaların ortaya çıkması mümkündür. Gelineen noktada, İcra ve İflâs Kanunu'nun Anayasa'ya şekli olarak uygunluğunun sağlanması için getirilen düzenlemenin yetersiz olduğunu belirtmek gerekir.

D. HACZE GİDİLEN YERİN KONUT OLDUĞUNUN SONRADAN ANLAŞILMASI

Borçlunun konutunda haciz yapılabilmesi için öncelikle icra müdürünün belirtilen yerin konut olduğu tespitini yaparak hacze karar vermesi gerekir. Verilen haciz kararı, icra mahkemesinin onayına sunulmalıdır. Haciz yapılacak yerin konut olmaması hâlinde ise, haciz kararının icra mahkemesinin onayına sunulması gerekmez. İcra müdürü bu yerde doğrudan haciz yapabilir.

İcra müdürü haciz talep edilen yerin konut olmadığını tespit edip haciz kararı verebilir. Haciz yapılacak yerin konut olmadığına icra mahkemesi tarafından yapılacak inceleme sonucunda da karar verilebilir. Ancak konut olmadığı kabul edilen bir yerle ilgili verilen haciz kararı üzerine yapılan haciz işlemi sırasında, bu yerin konut olduğu anlaşılabilir. Böyle bir durumda, söz konusu yerde haciz yapılabilmesi, borçlunun buna rıza göstermesine bağlıdır. Borçlu rıza gösterirse, icra mahkemesinin karar vermesine gerek olmaksızın konutta haciz yapılabilir. Borçlu haczin yapılmasına rıza göstermez ise haciz işlemine son verilir (İİK m. 79/a-III). Hacze son verilmesi üzerine, o yerde haciz yapılabilmesi için İİK'nın 79/a maddesinin birinci ve ikinci fıkrası hükümlerince işlem yapılması

gerekir⁹⁸. Diğer bir ifade ile, icra müdürünün haciz kararını icra mahkemesinin onayına sunması, icra mahkemesinin de kararı onaylaması üzerine söz konusu yerde haciz yapılması mümkündür.

Kanun'da, konut olmadığı tespit edilen yere hacze gidilip o yerin konut olduğu anlaşılırsa ve borçlu da haczin yapılmasına rıza göstermezse haciz işlemine son verileceği düzenlenmiştir. İcra müdürü haciz işlemine son vermeyip, hacze devam ederse yapılan haciz geçerlidir. Zira böyle bir durumda yapılan haczin geçersiz olduğuna ilişkin düzenleme mevcut değildir. Ancak icra müdürünün yapmış olduğu haciz işlemi kanuna aykırıdır. İşlemin kanuna aykırı olması ise, genel şikâyet sebebidir⁹⁹. Bu nedenle, icra müdürünün söz konusu işlemine karşı şikâyet yolu açıktır. Kanuna aykırılık sebebine dayanarak işlemin öğrenildiği tarihten itibaren yedi gün içinde şikâyet yoluna başvurulabilir¹⁰⁰. Şikâyet üzerine icra mahkemesi haciz işleminin iptaline karar verir¹⁰¹.

Belirtmek gerekir ki, İİK'nın 79/a maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen husus, icra müdürü veya icra mahkemesi tarafından konut olmadığı kabul edilen bir yere hacze gidildiğinde, bu yerin konut olduğunun anlaşılmasına ilişkindir. Bu hâlde, borçlunun hacze rıza gösterip göstermemesi önem arz eder. Bununla birlikte, icra müdürünün haciz yapılacak yerin konut olup olmadığını tespit etmeden doğrudan hacze gitmesi Kanun'a aykırılık teşkil eder. Bu bağlamda, bir yerin konut olup olmadığına ilişkin tespit yapılmaksızın doğrudan hacze gidilmesi ve bu yerin konut olduğunun anlaşılması hâlinde, borçlunun rızası ile söz konusu yerde haciz yapılabilir yapılamayacağı sorulabilir. Kanaatimizce böyle bir durumda borçlu rıza gösterirse haciz yapılmasına engel yoktur.

⁹⁸ Bu durumun borçlunun kötü niyetle hareket etmesi hâlinde, alacağın tahsil edilmesini zorlaştıracağına ilişkin bkz. **Toroman/Hasırcı**, s.20.

⁹⁹ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz ve diğerleri**, s.90; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan ve diğerleri**, s.64; **Pekcanitez, Hakan/Simil, Cemil** (2017) *İcra - İflâs Hukukunda Şikâyet*, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.82.

¹⁰⁰ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz ve diğerleri**, s.94; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan ve diğerleri**, s.67; **Pekcanitez/Simil**, s.110; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s.57.

¹⁰¹ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz ve diğerleri**, s.101; **Kuru**, s.115; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan ve diğerleri**, s.71; **Pekcanitez/Simil**, s.392; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s.61.

İcra müdürünün haciz kararını icra mahkemesinin onayına sunması borçlunun konut dokunulmazlığı hakkının korunmasına yönelik bir düzenlemedir. Borçlunun rıza göstermesi bir hukuka uygunluk sebebi teşkil eder. Diğer taraftan, TCK m. 116 uyarınca konut dokunulmazlığının ihlâlinin söz konusu olabilmesi için bir kimsenin konutuna rızasına aykırı şekilde girilmesi gerekir. Bu nedenle, borçlunun konutunda haciz yapılmasına rıza göstermesi hâlinde konut dokunulmazlığının ihlâli de oluşmaz. Gelineen noktada belirtmek gerekir ki, İİK'nın 79/a maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen husus, esasen birinci fıkra hükmünde yer alsaydı daha yerinde bir düzenleme olabilirdi. Diğer bir ifade ile, Kanun'da yapılan değişiklik konut dokunulmazlığı hakkının korunmasına yönelik olduğuna göre, öncelikle haciz mahalline gidilmesi, buranın konut olduğunun tespit edilmesi hâlinde borçlunun rızasının aranması, rıza gösterilmemesi üzerine ise icra mahkemesinden onay alınması daha isabetli bir düzenleme olabilirdi. Böylece, icra müdürünün haciz talep edilen yerin konut olduğunu nasıl tespit edeceğine ilişkin sorunların bir kısmı aşılabılırdı. Ayrıca borçlunun rıza gösterdiği durumlarda icra mahkemesinden onay alınmasına da gerek olmadığı için hem daha hızlı hem de daha az masraflı bir takip prosedürü yerine getirilmiş olabilirdi.

Konut olmadığı kabul edilen bir yere haciz için gidildiğinde söz konusu yerin konut olduğunun anlaşılması hâlinde, icra müdürünün, borçluya rızası olmadan haciz yapılamayacağı, icra mahkemesinden karar alınması gerektiği hususunda açıklama yapma yükümlülüğü olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. İcra ve İflas Kanunu'nda icra müdürünün böyle bir açıklamayı yapmakla yükümlü olduğuna ilişkin açık düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, icra müdürüne açıklamada bulunmaması hâlinde herhangi bir yaptırım uygulanması mümkün değildir. Ancak Kanun'un düzenleniş amacı dikkate alındığında, icra müdürünün bu hususta açıklama yapması gerektiği kabul edilmelidir. Zira konut dokunulmazlığı hakkının korunması, İİK m. 79/a hükmünün düzenlenmesinin temel sebebidir.

Hacze gidilen yerin konut olduğunun sonradan anlaşılması hâlinde icra müdürünün borçlunun rızasını ne şekilde alacağı da ayrıca değerlendirilmelidir. Kanunda bu hususa ilişkin açık bir düzenleme mevcut değildir. Doktrinde de

haklı olarak belirtildiği üzere¹⁰², icra müdürü İİK m. 79/a hükmü uyarınca rıza olmaksızın doğrudan haciz yapamayacakları hususunda borçluyu bilgilendirdikten sonra, borçlunun konutta haciz yapılmasına rıza gösterdiğinin veya göstermediğinin tutanak altına alınması gerekir. Bu işlem, borçlunun daha sonra, rızasına aykırı olarak konuta girildiği iddiasının önüne geçilebilmesi açısından önem taşır.

E. KONUTTA İHTİYATİ HACİZ UYGULANMASI

İcra ve İflâs Kanunu'nun 79/a maddesinde icra müdürünün borçlunun konutunda hangi usûle göre haciz uygulayacağı düzenlenmiştir. İhtiyatî haciz bakımından ise söz konusu hükmün uygulanıp uygulanmayacağına ayrıca değinilmelidir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 79/a maddesinin üçüncü fıkrasında, "ihtiyatî haciz hakkında bu madde hükmü uygulanmaz" ifadesi yer alır. O hâlde, borçlunun konutunda ihtiyatî haciz yapılabilmesi için icra müdürünün o yerin konut olup olmadığını tespit etmesi gerekmez. Ayrıca icra müdürünün, icra mahkemesine başvurmasına ve icra mahkemesi tarafından bir karar verilmesine de gerek yoktur.

Borçlunun konutunda ihtiyatî haciz bakımından İİK m. 79/a hükmünün uygulanmamasının sebebi, madde gerekçesinde, "ihtiyatî haczin mahkeme kararı üzerine uygulandığı dikkate alınarak madde kapsamı dışında tutulmasına yönelik düzenleme yapılmaktadır" şeklinde açıklanmıştır¹⁰³. Benzer şekilde doktrinde de ihtiyatî haciz bakımından tam bir istisnadan söz edilemeyeceği, ihtiyatî hacze karar veren mahkeme, her ne kadar haciz talep edilen yerin konut olup olmadığına ilişkin bir inceleme yapmasa da bir mahkeme kararı olmasının konuta müdahale bağlamında yeterli olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁴. Kanaatimizce, ihtiyatî haczin kapsam dışında bırakılmasının gerekçesi olarak, ihtiyatî haciz kararının zaten mahkeme tarafından veriliyor olmasının gösterilmesi yerinde değildir. Zira Anayasa'nın 21'inci maddesi uyarınca, konut dokunulmazlığına

¹⁰² Selçuk, s.421.

¹⁰³ 7445 sayılı Kanun'un madde gerekçesi.

¹⁰⁴ Selçuk, s.423.

müdahale için mahkemenin herhangi bir kararı değil, konuta girilebilmesine yönelik bir kararının bulunması gerekir. Aksi hâlde, icra mahkemesince yapılan itirazın kaldırılması yargılamasında ve genel mahkemelerde görülen itirazın iptali davalarında da konut dokunulmazlığı hakkının ihlâl edilmediği ileri sürülebilir.

İhtiyatî haciz bakımından İİK m. 79/a hükmünün uygulanmaması bir eksiklik olarak değerlendirilebilir. Burada ihtiyatî hacze karar veren mahkemenin, haczin uygulanacağı yerin konut olup olmadığını tespit edeceği, bu hususta mahkemeye yetki verilebileceği akla gelebilir. Ancak, ihtiyatî hacze karar veren mahkemenin bu şekilde bir inceleme yapması uygulamada birçok hâlde sorun teşkil edebilir. İhtiyatî hacze Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca görevli mahkeme tarafından karar verilir¹⁰⁵. Yetkili mahkeme ise, icra dairesinin yetkisine ilişkin kurallara göre belirlenir (İİK m. 50; İİK m. 258/I). Ayrıca yetki sözleşmesi yapılması hâlinde ihtiyatî hacze sözleşme ile belirlenen mahkeme karar verir¹⁰⁶. Dolayısıyla haciz uygulanacak yerin, ihtiyatî hacze karar veren mahkemenin yargı çevresi dışında kalması hâlinde o yerin konut olup olmadığını nasıl tespit edeceği sorunuyla karşılaşılabilir.

Belirtmek gerekir ki, İcra ve İflâs Kanunu'nun 260'ıncı maddesinde her ne kadar ihtiyatî haciz kararında haczolunacak şeylerin yazılacağı ifade edilmişse de borçluya ait malların neler olduğu mahkemece önceden bilinemediğinden ihtiyaten haczedilecek mallar kural olarak kararda gösterilmez¹⁰⁷. Bu nedenle, uygulamada “borçlunun gerek elindeki gerekse üçüncü kişilerdeki taşınır ve taşınmazlarıyla hak ve alacaklarının borca yetecek miktarının ihtiyaten haczine karar verildi” şeklinde genel bir karar verilir¹⁰⁸. Dolayısıyla, mahkeme tarafından verilen böyle bir karardan borçlunun konutuna mutlak surette girilmesi gerekti-

¹⁰⁵ Pekcantez/Atalay/Sungurtekin Özkan ve diğerleri, s.351; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.491; Özekes, Muhammet (1999) İcra İflâs Hukukunda İhtiyatî Haciz, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.191.

¹⁰⁶ Özekes, 1999, s.184.

¹⁰⁷ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz ve diğerleri, s.550.

¹⁰⁸ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz ve diğerleri, s.550.

ği sonucuna ulaşamaz. İcra müdürü, borçlunun mallarına genel haciz yolundaki hükümler uyarınca ihtiyatî haczi gerçekleştirir¹⁰⁹. O hâlde, borçlunun konutuna girilmeksizin de borçlunun mallarının ihtiyatî haciz kararı uyarınca haczedilmesi mümkün olduğundan, ihtiyatî haciz bakımından İİK m. 79/a hükmüne tam bir istisna getirilmesi söz konusu değildir.

İcra müdürünün, ihtiyatî haciz kararı uyarınca, borçlunun konutunda haciz gerçekleştirmesinin gerekli olduğu hâllerde ise, İİK m. 79/a hükmünün uygulanmayacak olmasının yerindeliği tartışılabilir. Bu hususa ilişkin farklı yaklaşımlar benimsenebilir. Alacaklının menfaatine üstünlük tanınması¹¹⁰ gerektiği yaklaşımına göre, ihtiyatî haczin kapsam dışında bırakılmasının gerekçeleri değerlendirilirken ihtiyatî haczin niteliği ve amacı da dikkate alınmalıdır. İhtiyatî haciz ile borçlunun mevcut veya müstakbel takibi etkisiz kılmaya yönelik davranışlarına engel olunması amaçlanır¹¹¹. İhtiyatî haciz, geçici hukukî koruma tedbiridir¹¹². Geçici hukukî koruma tedbirlerinde ise ivedi şekilde karar verilmesi gerekir¹¹³. Zira geçici hukukî korumalarda derhâl karar verilmemesi hâlinde zarar meydana gelebilir. İhtiyatî haciz de alacaklıya ivedi koruma sağladığı için bu korumanın devam etmesi öngörülmüştür. Bu yaklaşıma göre, İİK m. 79/a hükmü uyarınca prosedürün ihtiyatî hacizde de uygulanması, prosedürü uzatacağı için ihtiyatî haczin amacına ulaşmasına engel teşkil eder. Bu yaklaşımın benimsenmesi, alacaklının alacak hakkının teminat altına alınmasının, borçlunun konut dokunulmazlığı hakkından önce geldiği anlamına gelir. Ancak belirtmek gerekir ki, Anayasa ile herkesin konut dokunulmazlığı hakkı güvence

¹⁰⁹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz ve diğerleri, s.551.

¹¹⁰ Fritzsche, Hans/Walder-Bohner, Hans Ulrich (1993) Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band II, Dritte Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, s.430.

¹¹¹ Özekes, 1999, s.14. Ancak ihtiyatî hacizde sağlanan koruma geçici niteliktedir (Amonn, Kurt/Walther, Fridolin (2013) Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag AG, s.468).

¹¹² Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan ve diğerleri, s.346; Özekes, 1999, s.41; Von Overbeck, Alfred (1940) Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Zweite Auflage, Zürich, Schulthess Verlag, s.215.

¹¹³ Tanrıver, Süha (2021) Medenî Usûl Hukuku, C. II, Ankara, Yetkin Yayınları, s.204.

altına alınmıştır ve bu hakka müdahale kural olarak bir hâkim kararının varlığını gerektirir. İİK m. 79/a hükmünün getiriliş amacı, esasen borçlunun konut dokunulmazlığına müdahalenin Anayasa'ya uygunluğunu sağlamaktır. Bu bağlamda, ihtiyatî haciz bakımından bir istisnaya yer verilmiş olması, Anayasa'ya aykırılık sorununun devam ettiği tartışmalarının yeniden gündeme gelmesine neden olabilecek niteliktedir.

SONUÇ

7445 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu'na konutta haciz başlığını taşıyan 79/a maddesi eklenmiştir. Bu değişiklik ile, İcra ve İflâs Kanunu ile Anayasa arasında bir uyum sağlanması amaçlanmıştır. Zira Anayasa'nın 21'inci maddesinde konut dokunulmazlığı koruma altına alınmış ve bu hakka müdahale edilmesi hâkim kararına bağlanmıştır. Oysa, İcra ve İflâs Kanunu'nda değişiklik yapılmadan önce, icra müdürü hâkim kararı olmaksızın borçlunun konutunda haciz yapabilmekteydi. Anayasa ile korunan ve müdahale sınırları belirlenen konut dokunulmazlığı hakkına, Anayasa'ya aykırı şekilde kanun ile müdahale edilmesi, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı için konutta hacze ilişkin esaslı değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu değişiklikler uyarınca, borçlunun konutunda haciz yapılabilmesi için icra müdürünün, öncelikle haciz yapılması talep edilen yerin konut olup olmadığını tespit etmesi, konut olduğunun anlaşılması hâlinde ise haciz kararını icra mahkemesine onaylatması gerekir. İcra mahkemesi, söz konusu yerin konut olduğunu tespit ederse icra müdürünün haciz kararını onaylar ve bunun üzerine borçlunun konutunda haciz yapılabilir. Görüldüğü üzere icra müdürü artık borçlunun konutunda doğrudan haciz yapamayacak, icra mahkemesinden onay kararı alacaktır.

Konutta haciz yapılmasına ilişkin getirilen düzenleme, İİK'nın Anayasa'ya uygunluğunun sağlanması bakımından yerinde bir düzenlemedir. Ancak, yapılan değişiklik bazı sorunları da beraberinde getirecek niteliktedir. İİK m. 79/a hükmünde icra müdürünün haciz yapılması talep edilen yerin konut olup olmadığını nasıl tespit edeceğine ilişkin açıklık bulunmamaktadır. Fiili olarak tespit yapılacağına kabulü, gereksiz masrafa ve zaman kaybına neden olacağı için takip ekonomisi ilkesi ile bağdaşmaz. Bir yerin konut olup olmadığının her

bir icra takibinde ayrı ayrı tespitinin yapılması iş yükünü artıracığı için eleştiriye açıktır. Ayrıca haciz yapılması talep edilen yerin konut olup olmadığının nasıl tespit edileceği sorunu, icra mahkemesinin incelemesi bakımından da geçerlidir.

Konutta haciz yapılabilmesi için icra müdürünün haciz kararının icra mahkemesi tarafından onaylanması gerekir. İcra mahkemesi, dosya kendisine tevdi edildikten sonra üç gün içinde kararını vermelidir. İcra mahkemesinin burada yapacağı inceleme dosya üzerinden yapılan şekli bir incelemedir. İcra mahkemesi tarafından yapılacak inceleme, haciz yapılması talep edilen yerin konut olup olmadığının tespitinden ibarettir. İcra mahkemesinin vereceği karar sadece şekli bir prosedürünün yerine getirilmesi anlamı taşımaktadır. Zira icra mahkemesi, icra müdürünün haciz kararını onaylarsa o yerde haciz yapılabileceği gibi, haciz kararını kaldırdığında da icra müdürü yeni bir karar vererek haczi gerçekleştirebilecektir. Oysa icra mahkemesinin karar verirken, ölçülülük ilkesini de dikkate alabilmesi gerekir. Söz konusu yerin konut olduğunun tespit edilmesi, konuta girilmesi için tek başına haklı bir neden olarak görülmemelidir. Mahkemenin, borçlunun diğer mallarının haczedilmesi ile alacaklının alacağı ödenebileceği ve bu haciz işleminin borçluya önemli bir yük getirmediği hâllerde icra müdürünün konutta haciz kararını onaylamaması ve mahkemeye söz konusu duruma ilişkin olarak haciz kararını kaldırma yetkisi verilmesi yerinde olur. Zira ölçülülük ilkesinin bir gereği olarak temel hakların sınırlandırılmasında kullanılan aracın amacı gerçekleştirmeye elverişli ve gerekli olması, ayrıca araçla amaç arasında aşırı dengesizlik bulunmaması gerekir.

KAYNAKÇA

- Akgün, Şükran** (2020) *Haczin Hukukî Niteliği*, İstanbul, Der Yayınları.
- Akkaya, Tolga** (2009) *Medenî Usûl Hukukunda İstinaf*, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Amonn, Kurt/Walther, Fridolin** (2013) *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, 9. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag AG.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel** (2022) *İcra ve İflâs Hukuku*, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Aslan, Kudret** (2005) “Hacizde Sıra (Tertip)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 54, S: 2, s.269-318.
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin** (2022) *İcra ve İflâs Hukuku*, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Çınar, Ali Rıza** (1991) “Konut Dokunulmazlığını İhlâl Cürümleri”, *Yargıtay Dergisi*, C: 17, S: 4, Ekim, s.467-495.
- Çiftçi, Pınar** (2010) *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Dönmez, R. Murat** (2009) *İcra ve İflâs Hukukunda Meskeniyet İddiası*, İzmir, Güncel Yayınevi.
- Esmek, Achim** (1989) *Der Durchsuchungsbegriff nach Art. 13 Abs. 2 GG in der Zwangsvollstreckung*, Pfaffenweiler.
- Fritzsche, Hans/Walder-Bohner, Hans Ulrich** (1993) *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, Band II, Dritte Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag.
- Görgün, Şanal/Börü, Levent/Kodakoğlu, Mehmet** (2022) *İcra ve İflâs Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- İpek, Eyüp** (2012) “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Tahliye Sebeplerine İlişkin Getirilen Yenilikler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 102, s.59-92.
- İyilikli, Ahmet Cahit** (2020) *Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm*, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Karslı, Abdurrahim** (2014) *İcra ve İflâs Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul, Alternatif Yayıncılık.
- Köksoy, Mesut** (2018) *İcra Hukukunda Hukukî Güvenlik İlkesi*, Ankara, Adalet Yayınevi.

- Köksoy, Mesut** (2016) “Hukukî Güvenlik İlkesi Açısından Takip Ekonomisi İlkesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XX, S: 3 Temmuz, s.53-85.
- Kuru, Baki** (2013) İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İkinci Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Kuru, Baki/Aydın, Burak** (2021) İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Muşul, Timuçin** (2017) İcra ve İflâs Hukuku Esasları, 6. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Nebioglu Öner, Şebnem** (2011) “Aile Konutunun Özellikleri, Unsurları, Koruma Süresi ve Korunma Nedenleri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 97, s.117-154.
- Olca, Suphan** (2019) “Konut Dokunulmazlığı Hakkı ve Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 6, S: 1, Bahar, s.225-263.
- Özbek, Mustafa Serdar** (2013) Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlâmlı İcranın Etkinliği, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Özçelik, Volkan** (2014) İcra Müdürünün Takdir Yetkisi, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Özekes, Muhammet** (2009) İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Özekes, Muhammet** (1999) İcra İflâs Hukukunda İhtiyatî Haciz, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet** (2022) İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 9. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Pekcanıtez, Hakan/Erdönmez, Güray** (2018) 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Pekcanıtez, Hakan/Simil, Cemil** (2017) İcra - İflâs Hukukunda Şikâyet, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Selçuk, Seyhan** (2023) “İcra ve İflâs Kanunu’nun 79/a Maddesi Uyarınca Konutta Haciz”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 14, S: 2, s.412-425.
- Stauber, Natalie V./Talbot, Philip** (2017) “Die Praxis des Nachlassgerichts Zürich zum revidierten Sanierungsrecht”, AJP, S. 7, s.874-885.
- Sungurtekin Özkan, Meral** (2001) “İcra Hukukunda Oranlilik İlkesi”, Prof. Dr. Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, s.177-203.

Şen, Ersan/Malbeleşği, Erkam, “Alacaklı Vekili Hacizde Konuta ve İşyerine Girebilir mi?”, <<https://www.yeniyaklasimler.org/?p=ara&q=ersan%20%C5%9Fen>> s.e.t. 13.05.2023.

T.C. Resmî Gazete, S: 32154, T: 05.04.2023.

Tanır, Zeliha Büşra (2022) Genel Haciz Yoluyla Takipte İtirazın Kesin Olarak Kaldırılması, Ankara, Adalet Yayınevi.

Tanrıver, Süha (2021) Medenî Usûl Hukuku, C. II, Ankara, Yetkin Yayınları.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat (2022) Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Güncellenmiş 20. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Toraman, Barış/Hasırcı, Hakan (2023) “Yedinci Yargı Paketi (7445 Sayılı Kanun) ve Takip Hukuku: Tespit ve Değerlendirmeler”, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, C: 19, S: 54, s.3-52.

Üstündağ, Saim (2004) İcra Hukukunun Esasları, 8. Baskı, İstanbul.

Von Overbeck, Alfred (1940) Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Zweite Auflage, Zürich, Schulthess Verlag,

Yılmaz, Ejder (2014) Hukuk Sözlüğü, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Yılmaz, Ejder (2016) İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Ankara, Yetkin Yayınları.

Weyland, Peter (1987) Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der Zwangsvollstreckung, Berlin, Duncker & Humblot.

Wieczorek, Bernhard/Schütze, Rolf A. (2016) Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Neunter Band 4. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter GmbH.

Zöller, Richard (2020) Zöller Zivilprozessordnung, 33. Auflage, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG.

Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi Kararları:

Ford Otomotiv Sanayi Anonim Şirketi Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2019/40991, K.T. 23/03/2023.

Yargıtay Kararları:

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2008/6-203, K: 2009/3, T: 27.01.2009.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 2395/17394, T: 03.10.2011.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2016/1419, K: 2020/38, T: 28.01.2020.

BAĞIMSIZ ÇALIŞANLARIN TOPLU PAZARLIK HAKKI^(*)

Arş. Gör. Dr. Doğukan KÜÇÜK^(**)

ÖZET

İş hukukunun kişi bakımından kapsamında, işi veren kişiye bağımlı olarak bir ücret karşılığı iş gören kişi, yani işçiler bulunmaktadır. Aslında iş hukukunun bir iş sözleşmesi kapsamında çalışan bağımlı çalışanların hukuku olduğu söylenebilecektir. Dolayısıyla Türkiye'deki yasal belgelerde bir tanımı bulunmayan bağımsız çalışanlar iş hukukunun kapsamı dışında değerlendirilmektedir. Ancak ortaya çıkan yeni çalışma şekilleri, dünyada meydana gelen teknolojik, sosyolojik ve ekonomik değişimler, işçi ile bağımsız çalışan arasındaki sınırı bulanıklaştırmakta ve bir gri alan yaratmaktadır. Bu bağlamda bağımsız çalışan olarak kabul edilen kimi grupların hukuki durumlarının düzenlenmesi ve bu grupların belirli noktalarda işçiler gibi korunması ihtiyacı da günden güne artmaktadır.

Uluslararası hukuk ve yabancı hukuka bakıldığında, bağımsız çalışanlar için yapılan düzenleme alanlarından bir tanesinin de toplu pazarlık hakkı çerçevesinde gerçekleştirildiği görülmektedir. Özellikle ekonomik bağımlılık kavramı etrafında şekillenen ve bağımsız çalışanların bir kategorisi olarak kabul edilen ekonomik yönden bağımlı bağımsız çalışanlar için toplu pazarlık hakkı kimi ülkelerde tanınmaktadır. Bu kapsamda ilgili bu çalışmada, uluslararası ve yabancı hukukta bağımsız çalışanların toplu pazarlık hakkına ilişkin düzenlemeler incelenecek ve bağımsız çalışanlara toplu pazarlık hakkının tanınıp tanınmaması Türk iş hukuku açısından değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler

Toplu İş Hukuku, Bağımsız Çalışan, Toplu Pazarlık Hakkı, Ekonomik Yönden Bağımlı Bağımsız Çalışan, İşçi, İşveren.

^(*) DOI: 10.33432/ybuhukuk.1365730 - Geliş Tarihi: 24.09.2023 - Kabul Tarihi: 08.11.2023.

^(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Eskişehir-Türkiye,

E-posta: dogukankucuk@anadolu.edu.tr; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-3024-6285>.

COLLECTIVE BARGAINING RIGHT OF SELF-EMPLOYED PERSONS

ABSTRACT

Within the scope of labor law in terms of *ratione personae*, there are people who perform to work in return for a wage, i.e., employees, who are in a relationship of subordination to employers. In this context, it can be said that labor law is the law of dependent workers working under an employment contract. Therefore, self-employed persons who do not have a definition in legal documents in Türkiye are considered outside the scope. However, new forms of work, and technological, sociological, and economic changes in the world blur the boundaries between employee and self-employed day by day and create a grey area. Therefore, the need to regulate the legal status of some groups considered as self-employed and to protect these groups as employees at certain points is growing.

When international law and foreign law are scrutinized, it is seen that one of the areas of regulation for the self-employed is realized within the framework of the collective bargaining right. The collective bargaining right for economically dependent independent workers, which is formed around the term of economic dependency and accepted as a subcategory of self-employed, is regulated in some countries. In this context, this study will examine the collective bargaining rights of self-employed in international and foreign law, and the recognition of that right for them will be evaluated in terms of Turkish labor law.

Keywords

Collective Labor Law, Self-employed Person, Collective Bargaining Right, Economically Dependent Independent Worker, Employee, Employer.

GİRİŞ

İş hukuku kavramının sınırları, hangi hukuki ilişkileri kapsamaktadır sorusu cevaplanarak çizilmeye çalışılmaktadır. Kapsam dahilinde olan çalışma ilişkileri belirlenirken de bağımlı ve bağımsız çalışan ayırımından hareket edilmektedir.¹ Bu çerçevede bağımlı çalışan olarak kabul edilen memur ve işçilerden, bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan “işçiler” iş hukuku kapsamındayken, iş görme edimini başkasına bağımlı olarak yerine getirmeyen, belirli bir serbestlik içerisinde bulunan “bağımsız çalışanlar” iş hukuku kapsamı dışında tutulmaktadır. Dolayısıyla iş hukukunun temel kavramı olan işçinin tanımı mevzuatta², yargı kararlarında³ veya öğretide yapılmışken, bağımsız çalışan açısından durumun bu kadar net olmadığı görülmektedir.

¹ Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/ Senyen Kaplan, E. Tuncay (2013) İş Hukuku, Yenilenmiş 6. Baskı, Ankara, Gazi Kitapevi. s.3; Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut (2016) İş Hukukunun Esasları, 8. Baskı, İstanbul, Beta. s.1; Doğan, Sevil (2016) İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru, İstanbul, Seçkin Yayıncılık. s.23; Güven, Ercan/Aydın, Ufuk (2020) Bireysel İş Hukuku, 6. Baskı, Eskişehir, Nisan. s.7; Süzek, Sarper (2022). İş Hukuku, 22. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları. s.1.

² Türk iş hukuku açısından işçi tanımı öncelikle 4857 sayılı İş Kanunu md. 2/1’de “bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi” şeklinde yapılmıştır. Ayrıca 854 sayılı Deniz İş Kanunu md. 2/B’de “bir hizmet aktine dayanarak gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimseler”; 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun md. 1/1’de “Bu Kanun hükümleri Türkiye’de yayınlanan gazete, internet haber siteleri, internet haber siteleri ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan” olarak ifade edilmiştir. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu md. 2/3’te işçi kavramının “22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununda tanımlandığı gibi” olduğu düzenlenmiştir.

³ İşçi terimlerinin kanunlarda tanımı bulunması sebebiyle yargı kararlarında bu tanımlara atıf yapılmaktadır. “... İş sözleşmesine dayalı olarak çalışan kişiye işçi denir. İşçi kavramının ölçütünü oluşturan iş sözleşmesi İş Yasası’nın 8. maddesi’nde; “... bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme...” olarak tanımlanmaktadır. İşçi sıfatının kazanılması iş sözleşmesinin varlığına dayandığından, her şeyden önce ortada taraflar arasında serbest iradeleriyle kabul edilmiş yazılı ya da fiili bir sözleşme ilişkisinin bulunması zorunludur.” Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2012/6290, K: 2014/11627, T. 07.04.2014, <www.lexpera.com.tr> s.e.t. 20.09.2023. “... İş Kanununun 1. maddesine göre, “bir hizmet akdine dayanarak herhangi bir işte ücret karşılığı çalışan kişiye işçi denir” bu tanımından anlaşılacağı üzere iş gören bir kimsenin işçi olarak nitelendirilebilmesi için şu unsurların gerçekleşmesi gereklidir: a) Hizmet akdine göre çalışma, b) Ücret karşılığında çalışma, c) Herhangi bir işte çalışma.” Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E: 1993/3606, K: 1993/3635, T: 29.04.1993, <www.lexpera.com.tr> s.e.t. 20.09.2023. “... 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına giren girmesin, yukarıda belirtilen Devlet ve ona bağlı kurumlarda 4857 sayılı Kanun’un 1.maddesindeki tanı-

I. BAĞIMSIZ ÇALIŞAN STATÜSÜ

Bağımsız çalışan, doktrinde yapılan bir tanıma göre kendi işinde, çiftliğinde veya mesleki uygulamasında kâr elde etme amacıyla veya bir işletmenin yürütülmesi için zaman ayırarak çalışan yahut bir iş kuran kişidir.⁴ Daha geniş bir tanımda ise hizmetlerini piyasadaki rekabet koşulları altında sunan, risk ve fırsatlara göre faaliyet gösteren, kendi işini organize edebilen, potansiyel olarak işçileri işe alabilen, gelirini saatlik ücret olarak değil, yerine getirdiği hizmeti başarıyla tamamladıktan sonra elde eden ve sunduğu hizmetin karşılığı olan fiyatları kendisi belirleyen kişi olarak ifade edilmiştir. Öte yandan kimi kanuni düzenlemelerde de bağımsız çalışan tanımının yapılmıştır.⁵ Örneğin Alman Ticaret Kanunu (Alm. *Handelsgesetzbuch*) § 84'e göre bağımsız çalışan (Alm. *Selbständig*) esasen faaliyetlerini organize etmekte ve çalışma saatlerini belirlemede özgür olan kişidir.⁶ İspanya Serbest Meslek Statüsüne İlişkin 2007 tarihli 20/2007 sayılı Kanun (İsp. *Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo*) md. 1/1'e göre bağımsız çalışan ise işçi çalıştırsın ya da çalıştırmassın, mutlak olarak, şahsen, doğrudan, kendi hesabına ve başka bir kişinin yönetim ve organizasyonu kapsamı dışında, kâr amacıyla ekonomik veya mesleki faaliyette bulunandır.⁷

ma göre, işçi sayılan herkes bu alaktan yararlanacaktır. Kanun, 4857 ve mülga 1475 sayılı İş Kanunu'ndan önceki İş Kanunu'na atıfta bulunmuştur. 4857 sayılı Kanun işçi tanımına 2.maddesinde yer vermiştir. Buna göre "bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi" denir. O halde bir iş sözleşmesine dayanarak, yukarıda belirtilen kurumlarda çalışan her işçiye ilave tediye ödemesinin yapılması gerekir." İzmir Bölge Adliye Mahkemesi, 7. Hukuk Dairesi, E: 2016/264, K: 2017/451, T: 30.3.2017, <www.lexpera.com.tr> s.e.t. 20.09.2023.

⁴ **Williams, Colin C./Lapeyre, Frédéric** (2017) *Dependent Self-employment: Trends, Challenges and Policy Responses in the EU*, Geneva, ILO Employment Policy Department, Working Paper No. 228, s.9.

⁵ **Schlachter, Monika** (2019) "Trade Union Representation for New Forms of Employment", *European Labour Law Journal*, C:10, S:3, s.234.

⁶ İlgili madde için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/_84.html> s.e.t. 06.09.2023.

⁷ İlgili Kanun bundan sonra "LETA" olarak ifade edilecektir. Ayrıca madde için bkz. <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-13409>> s.e.t. 19.09.2023.

Hukuki açıdan genel olarak bağımsız çalışanların işçi olmayan kişiler olarak kabul edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır.⁸ Başka bir deyişle ücret karşılığı iş gören kişi, işi veren kişiye bağımlıysa işçi, taraflar arasında herhangi bir bağımlılık ilişkisi bulunmuyorsa bağımsız çalışan olarak kabul edilmektedir.⁹ Türk iş hukuku örneği de böyle bir seyir izlenmektedir. Mevzuata bakıldığında bağımsız çalışan tanımının yapılmadığı görülmektedir. Ancak özellikle yargı kararlarında bağımsız çalışanları işçiden ayıran kriterler belirtilerek, işi gören kişinin bağımsız çalışan olup olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bağımsız çalışanı işçiden ayıran kriterlerden ilki, çalışan kişinin yaptığı işin yönetimi ve gerçek denetiminin kime ait olduğu üzerinedir. İş gören kişi her ne kadar işin yürütümünü kendi organize etse de eğer işi veren kişinin yerine getirilecek iş üzerinde belirli ölçüde kontrol ve denetimi bulunuyorsa ve işi gören kişi işi veren kişiye iş ile alakalı bilgi ve hesap veriyorsa, işi gören kişi doğrudan işi veren kişinin otoritesi altında olmasa da bağımlı çalışan kabul edilmektedir. İş gören kişinin bağımsız çalışan olarak kabulü için gösterilebilecek ikinci kriter ise görevi reddedebilme serbestisine sahip olmadır. Eğer işi gören kişi görevi reddetme hakkına sahipse bağımsız çalışan olarak kabul edilebilecektir. Üçüncü bir kriter ise işi gören kişinin münhasıran aynı iş sahibi için çalışmamasıdır. Aksi halde bu durum, tek başına yeterli olmasa da işi gören kişi ile işi veren kişi arasında bağımlılık ilişkisi bulunduğu kanıt oluşturabilecektir. Bu noktada işi gören kişi münhasıran aynı iş sahibi için çalışıyor olsa da eğer ücreti kendisi tarafından ödenen yardımcı eleman çalıştırıyorsa, bağımsız çalışan olarak değerlendirilebilecektir.¹⁰

⁸ **Perulli, Adalberto** (2003) Study on Economically Dependent Work/Parasubordinate (Quasi-Subordinate) Work, European Parliament, <https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/empl/20030619/study_en.pdf> s.e.t. 15.01.2022. s.7; **Creighton, Breen/McCrystal, Shae** (2016) “Who is a “Worker” in International Law?”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, C.37, S.3, s.691.

⁹ **Güzel, Ali** (1997) “Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”: Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yayını, s.88; **Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat/ Özkaraca** (2022) İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 35. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, s.1; **Mollamahmutoglu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş** (2022) İş Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara, Lykeion, s.5.

¹⁰ İlgili kriterler için bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2008/6395, K: 2009/24884, T: 01.10.2009; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2015/28742, K: 2016/5393, T: 09.03.2016; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E: 2014/12343, K: 2015/22043, T: 25.06.2015; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E:

Bağımsız çalışan sınıfına bakıldığında ise bu çalışanların da çeşitli alt kategorilere ayrıldığı görülmektedir. Buradaki en temel ayırım, bağımsız çalışanın işçi çalıştırıp çalıştırmadığına bakılarak yapılmaktadır.¹¹ Bir görüş bağımsız çalışanları yedi kategoriye ayırmıştır. Bunlar orta ve büyük ölçekli işverenler (İng. *medium to big employer*), küçük ölçekli işverenler (İng. *small employer*), işçi statüsüne sahip olmayan çiftçiler (İng. *farmer: no employees*), bağımlı freelancerlar (İng. *dependent, own-account freelancer, subcontractor*), bağımsız freelancerlar (İng. *independent, own-account freelancer, subcontractor*), serbest meslek sahipleri (İng. *liberal professions*) ve diğerleri şeklindedir.¹² Bu kategoriler oluşturulurken üç kriter belirlenmiştir. İlgili kriterler kişisel olarak algılanan statü, ekonomik faaliyetin büyüklüğü ve ekonomik bağımsızlık olmuştur.¹³ Bir başka görüş ise bağımsız çalış-

2015/6203, K: 2015/12519, T: 02.4.2015; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2012/31209, K: 2014/25989, T: 09.09.2014; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2015/29398, K: 2015/29976, T: 26.10.2015; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2008/20640, K: 2010/5868, T: 04.03.2010; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2008/12099, K: 2010/9133, T: 01.04.2010; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2009/48601, K: 2011/3830, T: 18.02.2011; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2016/21479, K: 2016/20630, T: 22.11.2016, <www.lexpera.com.tr> s.e.t. 20.09.2023. Yargı kararlarında bağımsız çalışma kriterlerinin ifade edilmesinin yanında, çalışmanın bağımsız çalışma olup olmadığının da belirlendiği görülmektedir. “... Doğrudan satış firmalarının ürünlerinin satışını yapan kişiler pazarladıkları ürünlerin tanıtımını satış yapacakları kişi ve kişilerle önceden mutabık kaldığı bir zaman ve yerde bire bir tanıtarak satış yaparlar. Bu satış sisteminde çalışan kişiler belirli bir mesaiye bağlı olmaksızın ve faaliyette bulunacakları yer ve zaman konusunda işverenden hiçbir talimat almayan, sattıkları ürün üzerinden belirli kazanç elde eden kişi durumdadırlar. Kaldı ki 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun da işçilerden ücret dilimlerine göre değişen oranlarda kesinti yapılacağı belirtildiği halde aynı Kanununun 9. maddesinin 1. bendinde doğrudan satış yapanlar esnaf kabul edilerek gelir vergisinden muaf tutulmuşlar ve Kanununun vergi tevfiyatı ve muhtasar beyanname başlıklı 94. maddesinin 10/b bendinde, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna göre gerçek ve tüzel kişilerin mallarını iş akdi ile bağlı olmaksızın bunlar adına kapı kapı dolaşmak suretiyle tüketiciye satanlara bu faaliyetleriyle ilgili olarak yapılan komisyon, prim ve benzeri ödemelerden % 25 vergi tevfiyatı yapılacağı öngörülmüştür. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde bu özellikler taşıyan bir çalışmanın “bağımsız çalışma” olduğu kabul edilmelidir.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2014/1173, K: 2016/1070, T: 16.11.2016, <www.lexpera.com.tr> s.e.t. 20.09.2023.

¹¹ Williams/Lapeyre, s.13.

¹² Eurofound (2017a) Aspects of Non-standard Employment in Europe, Luxembourg, Publications Office of the European Union, s.12.

¹³ Eurofound, 2017a, s.12.

şanları beş farklı kümede toplamıştır. Bunlar işverenler (İng. *employers*), istikrarlı şekilde kendi hesabına çalışanlar (İng. *stable own-account workers*), savunmasız bağımsız çalışanlar (İng. *vulnerable*), gizli bağımsız çalışanlar (İng. *concealed*) ve küçük tüccarlar ile çiftçilerdir (İng. *small traders and farmers*).¹⁴ İşverenler ve istikrarlı şekilde kendi hesabına bağımsız çalışanlar, yürüttükleri işler üzerinde çok daha fazla bağımsızken; savunmasız ve gizli bağımsız çalışanlar genellikle daha bağımlı ve işleri üzerinde daha az özerkliğe sahiptir.¹⁵ Bir başka görüş ise Avrupa ülkelerinde bağımsız çalışanların genel olarak işçi olmayanlar olarak belirlenmesi karşısında bu kategorinin genel ve yeknesak olmadığını belirttikten sonra, bağımsız çalışmanın bazı sözleşmesel ilişkileri kapsadığını ifade etmiştir. Bu ilişkileri ise belirli bir işin yerine getirileceğine dair sözleşme (İng. *work contract*), iş görme sözleşmesi (İng. *contract for services*), acentelik sözleşmesi (İng. *agency*), hizmetlerin sağlanması (İng. *provision of services*) ve fikri meslekler (İng. *intellectual professions*) olarak belirtmiştir.¹⁶

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün¹⁷ İstihdamda Uluslararası Statü Sınıflandırmaları (İng. *International Classifications of Status in Employment (ICSE-18)*) başlıklı belgesinde ise otorite ve ekonomik risk kapsamında çalışan sınıflandırılması yapılmıştır.¹⁸ Otorite türüne göre istihdam durumu (*ICSE-18-A*) kümesindeki bağımsız çalışanlar, işverenler ve işçi çalıştıran bağımsız çalışanlardan oluşmaktadır. Ekonomik risk türüne göre istihdam durumu (*ICSE-18-R*) kapsamındaki kâr amacıyla bağımsız çalışanlar ise üç alt başlığa ayrılmıştır. Bunlar katkıda bulunan aile çalışanları (İng. *contributing family workers*), bağımlı yükleniciler (İng. *dependent contractors*) ve iç piyasa işletmelerinde bağımsız çalışanlardır (İng. *independent workers in household market enterprises*). Yine ILO'nun İşyerindeki Durumun Uluslararası Sınıflandırmasında (İng. *Internati-*

¹⁴ Eurofound (2017b) Exploring Self-employment in the European Union, Luxembourg, Publications Office of the European Union, s.18.

¹⁵ Eurofound, 2017b, s.18.

¹⁶ Perulli, 2003, s.7.

¹⁷ İlgili örgüt bundan sonra "ILO" olarak ifade edilecektir.

¹⁸ İlgili sınıflandırma için bkz. <<https://ilostat.ilo.org/resources/concepts-and-definitions/classification-status-at-work/>> s.e.t. 05.09.2023.

onal Classification of Status at Work (ICSaW-18)) çalışan statüleri, kullanılan otorite göz önünde bulundurularak sekiz başlık altında toplanmıştır. Bağımsız çalışan üst başlığı altında işverenler ile işçi çalıştırmayan bağımsız çalışanlar; bağımlı çalışanlar üst başlığı altında bağımlı yükleniciler, işçiler, aile yardımcıları (İng. *family helpers*), ücretsiz stajyerler (İng. *unpaid trainee workers*), organizasyon bazlı gönüllüler ve diğer ücretsiz işçiler yer almaktadır.

Kanımızca genel olarak bağımsız çalışanların üç sınıfa ayrıldığını söyleyebiliriz. Bunlardan ilki “işçi çalıştıran bağımsız çalışanlar”, yani işverenler; ikincisi “işçi çalıştırmayan bağımsız çalışanlar”, üçüncüsü ise “ekonomik olarak bağımlı bağımsız çalışanlar”, bir başka deyişle işçi benzeri çalışan sınıftır.¹⁹ İşçi çalıştıran bağımsız çalışanlar iş hukuku açısından temel kavramlardan birisi olduğu için örneğin 4857 sayılı İş Kanunu²⁰ md. 2’de yer alan tanımlamayı kullanmak yanlış olmayacaktır. Bu bağlamda işçi çalıştıran bağımsız çalışan, bir iş sözleşmesi kapsamında işçi ile iş ilişkisine giren gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluştur. Ekonomik olarak bağımlı bağımsız çalışanlar ise bir iş sözleşmesinden farklı bir sözleşme kapsamında bir teşebbüs için iş gören, ancak gelirler açısından bir veya az sayıda müşteriye bağlı olan ve işin nasıl yapılacağına ilişkin talimatları doğrudan doğruya bu kişilerden alan bağımsız çalışanlardır.²¹ Burada “ekonomik bağımlılık” anahtar kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

İşçi çalıştırmayan bağımsız çalışanlar tanımını yapabilmek adına öncelikle bu kişiler ile ekonomik olarak bağımlı bağımsız çalışanlar arasındaki ayrımı belirlemek gerekecektir. Bu noktada öğretide üç kriter öne sürülmektedir. Bunlardan ilki müşteri sayısı, ikincisi işin yapılışı hakkında en önemli kararları kimin aldığı, üçüncüsü ise gerektiğinde işçi çalıştırmak olarak ifade edilmiştir. Eğer bir kişi birden fazla müşteriye karşı iş görüyor, gerektiğinde işçi çalıştırabiliyor ve işin yapılışı hakkında önemli kararları alabiliyorsa, bu kişi işçi çalıştır-

¹⁹ Benzer yönde bkz. **Fulton, Lionel** (2018) Trade Unions Protecting Self-employed Workers, Brussels, ETUC, s.19.

²⁰ Kabul Tarihi: 22.05.2003, Yayımlandığı Resmî Gazete Tarih: 10.06.2003, Sayı: 25134.

²¹ **Williams/Lapeyre**, s.15. Ayrıca bkz. **ILO** (2016) Non-standard Employment Around the World: Understanding Challenges, Shaping Prospects, Geneva, International Labour Office, s.36.

mayan bağımsız çalışan olarak kabul edilmektedir.²² Bu bağlamda işçi çalıştırmayan bağımsız çalışanları, herhangi bir işçi ile iş ilişkisi kurmadan, çok sayıda müşteri ile de iş sözleşmesi haricinde bir sözleşme kapsamında iş gören, işin nasıl yapılacağına ilişkin kararları önemli ölçüde kendisi alan bağımsız çalışan olarak tanımlayabiliriz.

Uluslararası ve yabancı hukuk kaynaklarında, çalışanlar açısından benzer bir ayrımın yapıldığı söylenebilecektir. İş hukuku açısından önemli olan işi gören kişinin, işi veren kişiye karşı bağımlılık ilişkisi içinde ücret karşılığı iş görme edimini ifa edip etmediğidir. Dolayısıyla genel olarak işçi ve bağımsız çalışan üzerinden ikili bir ayrıma (İng. *binary divide*) gidilmektedir. Öte yandan en az bir işçi çalıştıran bağımsız çalışanlar da işveren statüsü altında iş hukukunun temel kavramlarından birini meydana getirmektedir. Bu bağlamda işverenler açısından çeşitli hak ve yükümlülüklerin de yine iş hukuku şemsiyesi altında yer verilmektedir.

İşçiler iş hukukunun kişi bakımından kapsamındayken, bağımsız çalışanlar genel olarak borçlar hukuku, ticaret hukuku gibi özel hukukun diğer dalları altında değerlendirilmektedir. Ancak ortaya çıkan yeni çalışma şekilleri, dünyada meydana gelen teknolojik, sosyolojik ve ekonomik değişimler, işçi ile bağımsız çalışan arasındaki sınırı günden güne bulanıklaştırmakta ve gri alan yaratmaktadır.²³ Dolayısıyla bağımsız çalışan kategorisinde yer alan ancak işçi ile işçi çalıştırmayan bağımsız çalışan arasında bir statü olarak değerlendirilebilecek ekonomik olarak bağımlı bağımsız çalışanlar için üçüncü bir kategorinin mevzuatta düzenlenip düzenlenmemesi doktrinde tartışılmaktadır.²⁴

²² Williams/Lapeyre, s.16.

²³ European Commission (2006) “EC Green Paper Modernising Labour Law to Meet the Challenges of the 21st Century”, Brussels, 22.11.2006 COM(2006) 708, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0708>> s.e.t. 22.09.2023, s.10; ILO (2020) Ensuring Better Social Protection For Self-Employed Workers, <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---ddg_p/documents/publication/wcms_742290.pdf> s.e.t. 01.09.2023, s.12; Perulli, 2003, s.5.

²⁴ Bkz. Davidov, Guy (2005) “Who is a worker?”, Industrial Law Journal, C:34, S:1, s.59 vd.; Waas, Bernd (2010) “The Legal Definition of the Employment Relationship”, European La-

Gri alanda kalan bu kişileri koruyabilmek adına çeşitli yollar izlendiği görülmektedir. Bunlardan ilki bağımsız çalışan statüsüyle bağlantılı çeşitli meslekler için özel yasal düzenlemelerinin kabul edilmesidir. Örneğin Avusturya Gazeteciler Kanunu (Alm. *Journalistengesetz*), gazetecilik mesleğini, kendisi açısından yan iş olmadan sürekli olacak şekilde bir işveren için, aralarında iş sözleşmesi olmadan yerine getiren bağımsız çalışanları (Alm. *Ständiger freier Mitarbeiter*) kapsamaktadır.²⁵ Yine kendi belirlediği bir yerde, girişimci adına tek başına veya aile üyeleriyle birlikte çalışan, ancak işin ifası sonucunda ortaya çıkanların kullanımını doğrudan veya dolaylı olarak işi veren kişiye bırakan evde çalışanlar için Alman Evde Çalışanlar Kanunu (Alm. *Heimarbeitsgesetz*) çıkarılmıştır.²⁶

Bazı ülkeler ise ekonomik yönden bağımlı bağımsız çalışanları bir hibrit statü olarak kabul edilmektedir.²⁷ Ekonomik bağımlılık kavramı çerçevesinde şekillenen İspanya'daki ekonomik olarak bağımlı bağımsız çalışanlar²⁸ (İsp. *trabaja-*

bour Law Journal, C:1, S:1, s.54 vd.; **Westerveld, Mies** (2012) “The New Self-employed: An Issue for Social Policy”, *European Journal of Social Security*, C:14, S:3, s.158 vd.; **Davidov, Guy/Freedland, Mark/Kountouris, Nicola** (2015) The Subjects of Labor Law: “Employees” and Other Workers. Forthcoming in *Research Handbook in Comparative Labor Law*, <http://old.adapt.it/adapt-indice-a-z/wp-content/uploads/2015/11/D_F_K_The_Subjects_of_Labor_law.pdf> s.e.t. 06.02.2022, s.14 vd.; **Davidov, Guy** (2016) “Reform in Small Steps: The Case of the Dependent Contractor”: *Archer, Simon/Drache, Daniel/Zumbansen, Peer* (Editörler), *The Daunting Enterprise of the Law: Essays in Honour of Harry Arthurs*, <https://www.zbw.eu/econis-archiv/bitstream/11159/416059/1/EBP085530190_0.pdf> s.e.t. 21.09.2023; **Perulli, Adalberto** (2020) “The Legal and Jurisprudential Evolution of the Notion of Employee”, *European Labour Law Journal*, C:11, S:2, s.126 vd.; **European Commission**, s.11.

²⁵ Bkz. Avusturya Gazeteciler Kanunu § 16.

²⁶ Federal İş Mahkemesi evde çalışanları bağımsız çalışan olarak kabul etmekte, işi veren kişi ile aralarında kişisel bağımlılıktan çok ekonomik bağımlılık olduğunu vurgulamaktadır. **Waas, Bernd** (2017) “What Role for Solopreneurs in the Labour Market?”, *European Labour Law Journal*, C:8, S:2, s.158.

²⁷ **Eurofound**, 2017b, s.38; **ILO**, 2020, s.12.

²⁸ LETA md. 11 ve devamında ekonomik olarak bağımlı bağımsız çalışanlar ele alınmıştır. Buna göre müşteri olarak tanımlanan bir gerçek veya tüzel kişi için kâr amacıyla mutat, kişisel, doğrudan ve baskın şekilde ekonomik veya mesleki faaliyetlerde bulunan kişiler bu madde kapsamındadır. Ancak bu kişiler ayrıca gelirlerinin en az yüzde yetmiş beşini müşteri için yürütülen iş ve ekonomik veya profesyonel faaliyetlerden elde etmesi gerekmektedir.

*dor autónomo económicamente dependiente*²⁹⁾ veya Almanya’da³⁰⁾ ve Avusturya’da³¹⁾ işçi benzeri çalışanlar (Alm. *arbeitnehmerähnliche Person*) ya da İngiliz hukukundaki çalışanlar³²⁾ (İng. *worker*) buna örnek olarak verilebilir. Yine İtalya’da ekonomik bağımlılık yerine “sürekli ve koordineli iş birliği” kavramı çerçevesinde şekillenen işçi benzeri çalışanlar³³⁾ (İt. *lavorate parasubordinato*) da bu kapsamda değerlendirilmektedir.

²⁹⁾ İlgili çalışanlar kısaca “TRADE” olarak anılmaktadır.

³⁰⁾ Alman hukukunda işçi benzeri çalışanlar öncelikle Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nda (Alm. *Tarifvertragesgesetz*) düzenlenmiştir. İlgili Kanun § 12a’ya göre işçi benzeri çalışan, hizmet veya iş görme sözleşmesi temelinde çalışan, işi şahsen ve işçilerin iş birliği olmaksızın ifa eden, ağırlıklı olarak bir kişi için çalışan ya da kazançlarının yarısından fazlasını bir kişiden elde eden, işçiyi kıyasla sosyal olarak korunmaya muhtaç ve ekonomik olarak bağımlı kişilerdir. İlgili Kanun için bkz. <<https://www.gesetze-im-internet.de/tvg/BJNR700550949.html>> s.e.t. 19.09.2023.

³¹⁾ Avusturya İş Mahkemesi ve Sosyal Mahkeme Kanunu (Alm. *Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz*) § 51(3)-2’ye göre işçi benzeri çalışan, evde ticari işlerle uğraşmayan, bir iş ilişkisi içerisinde olmaksızın belirli kişiler adına ve onların hesabına iş yapan ve ekonomik açıdan bağımsız olmayan kişidir. İlgili Kanun için bkz. <<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10000813>> s.e.t. 19.09.2023.

³²⁾ Birleşik Krallık’ta 1996 tarihli İstihdam Hakları Kanunu (İng. *Employment Right Act*) md. 230(3)’te çalışan terimi, bir iş sözleşmesi kapsamında çalışan ya da açık veya zımni (açık ise) sözleşli ya da yazılı olup olmamasına bakılmaksızın, statüsü sözleşme gereği şahıs tarafından yürütülen herhangi bir meslek ya da ticari teşebbüsün müşterisi olmayan başka bir taraf için herhangi bir işi veya hizmeti şahsen ifa etmeyi taahhüt eden kişi olarak tanımlanmıştır. İlgili Kanun için bkz. <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/section/230>> s.e.t. 19.09.2023.

³³⁾ İtalyan Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda değişiklik yapan 533/1973 sayılı Kanun, işçi benzeri çalışan olarak anılan bağımsız çalışan gurubuna bazı usulî koruma sağlamıştır. Bu değişiklik ile işçi benzeri çalışanlar, bir işveren/alıcı ile sürekli, koordineli ve ağırlıklı olarak kişisel bir ilişki altında iş birliği yapan, ancak işçi niteliğinde olmayan kişiler olarak kabul edilmiştir. **Cherry, Miriam A./Aloisi, Antonio** (2018) “A Critical Examination of a Third Employment Category for On- Demand Work (In Comparative Perspective)”: Davidson, Nestor M./Finck, Michele/Infranca, John J. (Editörler), Cambridge Handbook on the Law of the Sharing Economy, Saint Louis U. Legal Studies Research Paper, s.8.

II. TOPLU PAZARLIK HAKKININ KAPSAMI

A. ULUSLARARASI HUKUKTA TOPLU PAZARLIK HAKKININ DÜZENLENMESİ

Örgütlenme ve toplu pazarlık haklarının insan hakkı olduğuna dair güçlü bir fikir birliği ve yasal temellendirme bulunmaktadır.³⁴ Bu bağlamda çalışanlar, hem bireysel olarak bir sendika kurabilmekte, kurulan bir sendikaya üye olabilmekte; tüzel kişiliğe sahip sendikalar da çeşitli faaliyetlerde bulunabilmektedir. Dolayısıyla serbestlik ve gönüllülük ilkeleri çerçevesinde sendikalar toplu pazarlık hakkı kapsamında, çalışanların ekonomik ve sosyal hak ve çıkarları korumak ve geliştirmek adına toplu iş sözleşmesi imzalama yahut toplu iş uyuşmazlığı çıkarma veya grev gibi faaliyetlerde bulunabilmektedir.³⁵

³⁴ **De Stefano, Valerio** (2017) “Non-Standard Work and Limits on Freedom of Association: A Human Rights-Based Approach”, *Industrial Law Journal*, C:46, S:2, s.196; **Stylogiannis, Charalampos** (2023) “The Effective Application of the Right to Collective Bargaining for Self-employed (Platform) Workers: ‘Not Such an Easy Task’”, *European Labour Law Journal*, Special Issue Contribution, s.4.

³⁵ **Sur, Melda** (2014) “Uluslararası Normlar ve 6356 Sayılı Kanunun Toplu İş Sözleşmeleri ve Grev Hakkındaki Giriş Hükümleri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C:5, Özel S., s.259; **Yorđun, Sayım** (2023) “Sendikaların Toplu Pazarlık Yetkisi ve Kamu Toplu İş Sözleşmeleri Çerçeve Anlaşma Protokolü’nün Hukuki Boyutu”, *Çalışma ve Toplum*, C:1, S:76, s.100. “... *Anayasadaki yasakların kaldırılması ile bağlantılı olarak değerlendirilmesi gereken bir başka durum konuya ilişkin uluslararası düzenlemeler ve Anayasanın 90. maddesi hükmüdür. Gerek ILO gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkeme kararları ve yine Avrupa Sosyal Şartı kapsamında grevi de kapsayan toplu eylem hakkı bir insan hakkı olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda toplu eylem hakkı bir üst kavram olarak benimsenmiş olup, buna grev yanında grev benzeri protesto eylemleri, kurallı çalışma, işi yavaşlatma gibi eylemler de dahil edilmiştir.*” **Muharrem Çimen Başvurusu**, AYM, Başvuru No.2016/5002, K.T. 23.03.2023, <www.lexpera.com.tr> s.e.t. 06.09.2023. Birleşik Krallık’ta 1992 tarihli Sendika ve Çalışma İlişkileri (Konsolidasyon) Kanunu md. 1’de toplu pazarlık teriminin tanımı yapılmıştır. Md. 1/1’e göre “toplular sözleşme”, bir veya daha fazla sendika ve bir veya daha fazla işveren veya işveren sendikası tarafından veya bunlar adına yapılan ve Kanunda belirtilen konuların bir veya birkaçına ilişkin her türlü anlaşma veya düzenlemeyi ifade ederken; “toplular pazarlık” bu konuların bir veya birkaçıyla ilgili veya bunlarla bağlantılı müzakereler anlamına gelmektedir. İlgili Kanun için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1992/52/part/IV/chapter/I> s.e.t. 11.09.2023.

Toplu pazarlık hakkının ele alındığı uluslararası belgelerden ilki Birleşmiş Milletler'in Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'dir.³⁶ Sözleşmenin 8. maddesine göre üye Devletler, “*sendikaların, yasalarda belirtilen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik ve kamu düzeni menfaati ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından gerekli olan sınırlamalardan başka bir sınırlama olmaksızın özgürce faaliyette bulunma hakkını*”³⁷ ve “*ilgili ülkenin kanunlarına uygun olarak kullanılmak kaydıyla grev hakkını*”³⁸ güvence altına almakla yükümlüdür.

Toplu pazarlık hakkına ilişkin en önemli belgeler, Birleşmiş Milletler ihtisas kuruluşu olan ILO tarafından düzenlenmiştir. Bu bağlamda ILO'nun altı temel sözleşmesinden olan Sendika Özgürlüğü ve Sendikalaşma Hakkının Korunmasına İlişkin 87 sayılı Sözleşme³⁹ ve Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkına İlişkin 98 Sayılı Sözleşme⁴⁰ ile çalışan, işveren ve örgütlerin toplu iş hukukuna dair hakları korunmaya çalışılmıştır. 87 sayılı Sözleşme incelendiğinde çalışanların (İng. *worker*) ve işverenlerin (İng. *employer*) herhangi bir ayırım yapılmaksızın, önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurma ve yalnız bu kuruluşların tüzüklerine uymak koşulu ile bunlara üye olmak hakkına sahip oldukları (md. 2); üst kuruluş kurabilecekleri (md. 5); üye devletlerin örgütlenme hakkının serbestçe kullanılmasını sağlamak amacıyla gerekli ve uygun bütün önlemleri almakla yükümlü olduğu (md. 11) düzenlenmiştir. 98 sayılı Sözleşme incelediğinde ise çalışanların sendikal ayrımcılığa karşı korunacağı (md. 1); işverenler veya işveren örgütleri ile işçi örgütleri arasında gönüllü müzakere mekanizmasının

³⁶ Sözleşme için bkz. <https://treaties.un.org/doc/treaties/1976/01/19760103%2009-57%20pm/ch_iv_03.pdf> s.e.t. 14.09.2023.

³⁷ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, md. 8/1-(c).

³⁸ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, md. 8/1-(d).

³⁹ İlgili sözleşme bundan sonra “87 sayılı Sözleşme” olarak ifade edilecektir. Sözleşme için bkz. <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_COD E:C087> s.e.t. 22.08.2023.

⁴⁰ İlgili sözleşme bundan sonra “98 sayılı Sözleşme” olarak ifade edilecektir. Sözleşme için bkz. <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_COD E:C098> s.e.t. 22.08.2023.

tam olarak geliştirilmesi ve kullanılmasını teşvik etmek için, gerektiğinde ulusal koşullara uygun önlemler alınacağı (md. 4) ifade edilmiştir.

ILO'nun konu ile ilgili bir başka sözleşmesi de Toplu Pazarlığa İlişkin 154 sayılı Sözleşmedir (*C154 - Collective Bargaining Convention, 1981*).⁴¹ 154 sayılı Sözleşmenin 2. maddesine göre toplu pazarlık, bir işverenle, işveren grubuyla veya bir veya daha fazla işveren örgütü ile bir veya daha fazla işçi örgütü arasında, çalışma ve istihdam koşullarının belirlenmesi; işverenler ve işçiler arasındaki ilişkileri düzenlenmesi ve/veya işverenler veya onların örgütleri ile bir işçi örgütü veya işçi örgütleri arasındaki ilişkileri düzenlenmesi için gerçekleştirilen tüm müzakereleri kapsamaktadır. Yine işyerinde işçi temsilcileri bulunuyorsa, işçi temsilcileri ile yapılan müzakereler de toplu pazarlık terimine dahil edilmiştir (md. 3).

Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesi ile de toplu pazarlık hakkı güvenceye alınmıştır. İlgili maddeye göre herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içermektedir. Madde her ne kadar açıkça toplu pazarlık hakkından bahsetme de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi⁴², ilgili maddeyi yorumlarken sendika özgürlüğünün temel unsurları arasında, genişlemeye açık olduğunu da belirterek, sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkı, kapalı işyeri anlaşmalarının yasaklanması, bir sendikanın üyeleri adına işveren tarafının kendisini dinlemesini talep etme hakkı ve ilke olarak işveren tarafıyla toplu pazarlık hakkının olduğunu ifade etmiştir.⁴³ Örneğin *Demir ve Baykara/Türkiye*⁴⁴ kararında AİHM, iş hukukundaki gelişmeleri ve sözleşmeye taraf Devletlerin bu konulardaki uygulamalarını göz önünde bulundurarak, işverenle

⁴¹ İlgili Sözleşme için bkz. <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C154:NO> s.e.t. 14.09.2023.

⁴² İlgili Mahkeme bundan sonra "AİHM" olarak ifade edilecektir.

⁴³ Bkz. *Unite the Union v. Birleşik Krallık*, Başvuru no.65397/13, 03 Mayıs 2016, para.54; *Association of Civil Servants and Union for Collective Bargaining ve diğerleri v. Almanya*, Başvuru no.815/18, 05 Temmuz 2022, para.57.

⁴⁴ Başvuru no.34503/97, 12 Kasım 2018. İlgili Karar için bkz. <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-89558%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-89558%22])> s.e.t. 14.09.2023.

toplu pazarlık hakkının 11. maddede düzenlenen “[kişinin] çıkarlarının korunması için sendika kurma ve sendikalara katılma hakkının” temel unsurlarından birisi haline geldiğine hükmetmiştir.⁴⁵

Avrupa Konseyi’nin bir diğer belgesi ise Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’dır.⁴⁶ Şartın 5. maddesi örgütlenme hakkını düzenlemektedir. Buna göre Şarta üye Devletler, çalışanların ve işverenlerin ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak için yerel, ulusal ve uluslararası örgütler kurma ve bu örgütlere üye olma özgürlüğünü sağlamak veya desteklemek amacıyla ulusal yasanın bu özgürlüğü zedelemesini veya zedeleyici biçimde uygulanmasını önlemeyi taahhüt etmektedir.

Avrupa Birliği⁴⁷ kaynaklarına bakıldığında ise sendikal haklara ilişkin düzenlemelerin genel olarak üye devletlerin iç hukukuna bırakıldığı görülmektedir.⁴⁸ Ancak sendikal haklar açısından değinilebilecek en önemli belge Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’dır.⁴⁹ AB vatandaşlarının temel haklarını güvence altına alan ve üye devletler için bağlayıcı olan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın “Toplu Pazarlık ve Eylem Hakkı” kenar başlığını taşıyan 28. maddesine göre, çalışanlar ve işverenler veya bunların ilgili kuruluşları, Birlik hukuku ve ulusal hukuk ve uygulamalara uygun olarak, toplu sözleşmeleri uygun düzeylerde müzakere etme ve sonuçlandırma ve çıkar çatışması durumunda kendi haklarını savunmak için grev de dahil olmak üzere toplu eylemde bulunma hakkına sahiptir.

B. TÜRK HUKUKUNDA TOPLU PAZARLIK HAKKININ DÜZENLENMESİ

Toplu pazarlık hakkı 1982 Anayasası’nın çeşitli maddelerinde doğrudan veya dolaylı olarak ele alınmıştır. Öncelikle Anayasanın 2. maddesinde ifade edilen sosyal devlet ilkesi, 5. maddede düzenlenen devletin amaç ve görevleri ile usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası

⁴⁵ 34503/97, para.153 ve 154.

⁴⁶ İlgili belge için bkz. <<https://rm.coe.int/168007cf93>> s.e.t. 14.09.2023.

⁴⁷ İlgili Birlik bundan sonra “AB” olarak ifade edilecektir.

⁴⁸ **Rönmar, Mia** (2014) “Labour and Equity Law”: Baarnard, Catherine/Peers, Steve (Editörler), European Union Law, Oxford University Press, s.594.

⁴⁹ İlgili belge için bkz <https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf> s.e.t. 15.09.2023.

anlaşmaların kanunlardan üstün olduğunun belirtildiği 90. madde toplu pazarlık hakkıyla ilgili olabilecek maddelerdir.

Özellikle md. 51 ile çalışanlar ve işverenlere, “*üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme hakları*” tanınmıştır. İlgili bu madde ile sadece çalışanların bireysel sendika özgürlüğü değil, çalışanların ve işverenlerin kurmuş oldukları sendika ve üst kuruluşların kolektif sendika özgürlüğü de koruma altına alınmıştır.⁵⁰

İşçi ve işverenlerin, “*karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkı*” ise md. 53’te düzenlenmiştir. Md. 54’te ise “*toplular iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde işçiler grev hakkına sahiptirler*” denilerek işçilerin grev hakkı güvence altına alınmıştır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi’nin de belirtmiş olduğu üzere sendika hakkı, “*çalışanların ve çalıştıranların sadece istedikleri sendikaları kurmaları ve bunlara üye olmaları yolunda bir hakla sınırlı kalmamakta, aynı zamanda oluşturdukları tüzel kişiliklerin varlığının ve bu tüzel kişiliklerin kendine özgü faaliyetlerinin de garanti altına alınmasını içermektedir. Üyelerinin ekonomik ve sosyal ortak menfaatlerini korumak ve geliştirmek amacıyla kurulan sendikalar ve bunların üst kuruluşlarının, iş uyuşmazlığı çıkarması, toplu görüşme ve toplu iş sözleşmesi yapması, grev ve lokavt kararı vermesi ve uygulaması da sendika hakkının gereklerindedir*”.⁵¹ Görüldüğü gibi her hakkın

⁵⁰ **Yorğun, Sayım** (2016) “Anayasa Mahkemesinin 6356 Sayılı Yasaya İlişkin Kararının Sendikal Özgürlükler Boyutuyla Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, S:50, s.1179; **Şahlanan, Fevzi** (2020) Toplu İş Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık. s.21; **Sur, Melda** (2022) İş Hukuku Toplu İlişkiler, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 10. Bası, Ankara, Turhan Kitapevi. s.34; **Arıcı, Kadir** (2020) Toplu İş Hukuku-II Toplu İş İlişkileri Hukuku, Ankara, Gazi Kitapevi. s.40; **Tuncay, Aziz Can/Savaş Kutsal, Burcu/Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz** (2023) Toplu İş Hukuku, Revize Edilmiş 8. Bası, İstanbul, Beta. s.31; **Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca**, s.827; **Ekmekçi, Ömer** (2023) Toplu İş Hukuku, Güncellenmiş 5. Bası, İstanbul, On İki Levha, s.32.

⁵¹ AYM, E:2021/92, K:2023/27, T:16.2.2023, <www.lexpera.com.tr> s.e.t. 06.09.2023.

etkin bir şekilde kullanılabilmesi için sendika hakkı ve toplu pazarlık hakkının bir bütünü parçaları olarak görülmesi gereklidir.⁵²

İşçi ve işverenlerin karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını belirlemek üzere toplu iş sözleşmesi yapmalarına, uyuşmazlıkları barışçı yollarla çözümlenmelerine, grev ve lokavta başvurmalarına ilişkin usul ve esasların düzenlendiği temel kanun ise 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'dur.⁵³ Kanunun 7. bölümü itibariyle toplu pazarlık hakkının kapsamında değerlendirilen bir toplu iş sözleşmesinin esasları düzenlenmiştir. Yine 9. bölümle birlikte toplu pazarlık hakkı kapsamında toplu iş uyuşmazlıklarının çözüm yolları ele alınmış; 11. bölüm itibariyle grev ve lokavt düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi toplu pazarlık hakkının kapsamı ilgili bu Kanun ile detaylandırılmıştır.

6356 sayılı Kanun'a benzer bir şekilde, kamu görevlilerinin ortak ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve menfaatlerinin korunması ve geliştirilmesi için oluşturdukları sendika ve konfederasyonların faaliyetleri toplu sözleşme yapılmasına ilişkin usul ve esasları düzenlediği bir diğer önemli Kanun ise 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'dur.⁵⁴ 4688 sayılı Kanunun örneğin 18. maddesi ile sendika ve konfederasyonların yetki ve faaliyetleri belirlenmiş; 28. madde ile de toplu sözleşme ile ilgili hükümler ihdas edilmiştir.

III. BAĞIMSIZ ÇALIŞANLAR İÇİN TOPLU PAZARLIK HAKKI

A. ULUSLARARASI VE YABANCI HUKUKTA BAĞIMSIZ ÇALIŞANLAR İÇİN TOPLU PAZARLIK HAKKI

Yukarıda ifade edilen uluslararası belgelere bakıldığında toplu pazarlık hakkı "çalışanlar" açısından kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu hakkın öznesi kimi zaman işçilerken kimi zaman da memurlardır. Ancak çalışan kavramı içe-

⁵² Şahlanan, s.306; Tuncay/Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.181.

⁵³ Kabul Tarihi:18.10.2012, Yayımlandığı Resmî Gazete Tarih:07.11.2012, Sayı:28460. İlgili Kanun bundan sonra "STİSK" olarak ifade edilecektir.

⁵⁴ Kabul Tarihi:25.06.2001, Yayımlandığı Resmî Gazete Tarih:12.07.2001, Sayı:24460. İlgili Kanun bundan sonra "4688 sayılı Kanun" olarak ifade edilecektir.

risinde bağımsız çalışanların da olup olmadığı noktasında farklı görüşler bulunmaktadır.

Öncelikle ILO açısından durum değerlendirildiğinde, Sözleşmelerin ve Tavsiye Kararlarının Uygulanmasına İlişkin Uzmanlar Komitesi'nin (İng. *Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*)⁵⁵ bağımsız çalışanların da toplu pazarlık hakkından yararlanması görüşünü benimsediğı görülmektedir. ILO'nun 2013 yılında yayınlamış olduğu Kamu Hizmetinde Çalışma İlişkileri ve Toplu Pazarlığa İlişkin Genel Araştırma'da⁵⁶ Uzmanlar Komitesi, 154 sayılı Sözleşme bağlamında toplu pazarlık hakkının, kamu idaresindeki çalışanların yanı sıra cezaevi personelini; itfaiyecileri; gemi adamlarını; "bağımsız çalışanları" ve geçici işçileri; çırakları; kısmi süreli çalışanları; liman işçilerini; tarım sektöründe çalışan işçileri; hayırsever ve dini kuruluşlarda çalışan işçileri; ev hizmetlerinde çalışanları ve göçmen işçileri kapsamı gerektiğini hatırlatmıştır.⁵⁷ Yine Uzmanlar Komitesi 2015 yılında, Örgütlenme Hakkı ve Kırsal İşçi Örgütleri Araçlarına İlişkin Genel Araştırma'da⁵⁸, 11 Sayılı Örgütlenme Hakkı (Tarım) Sözleşmesi'nin (İng. *C011 - Right of Association (Agriculture) Convention, 1921*)⁵⁹ tarım sektöründe çalışan bağımsız çalışanlara da toplu pazarlık hakkı tanıdığını ifade etmiştir.⁶⁰ 2017 yılında ise 98 Sayılı Sözleşme'nin 4. maddesinin, Sözleşme kapsamındaki tüm işçiler ve işverenler açısından özgür ve gönüllü toplu pazarlık ilkesini ve pazarlık yapan tarafların özerkliğini tesis ettiğini belirtmiş; serbest meslek sahibi kişilerle ilgili olarak da 2012 tarihli Temel Sözleşmelere ilişkin Genel Araştırması'nın 209. paragrafında, toplu pazarlık

⁵⁵ Sözleşmelerin ve Tavsiye Kararlarının Uygulanmasına İlişkin Uzmanlar Komitesi bundan sonra "Uzmanlar Komitesi" olarak ifade edilecektir.

⁵⁶ İlgili belge için bkz. <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_205518.pdf> s.e.t. 16.09.2023.

⁵⁷ ILC.102/III/1B, para. 257.

⁵⁸ İlgili Belge için bkz. <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_343023.pdf> s.e.t. 14.09.2023.

⁵⁹ İlgili Sözleşme için bkz. <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C011> s.e.t. 14.09.2023.

⁶⁰ ILC.104/III/1B, para.156 ve 157.

hakkının aynı zamanda bağımsız çalışanları temsil eden örgütleri de kapsamı gerektği sonucuna varmıştır.⁶¹

Avrupa Konseyi'ne baktığımızda ise Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, *Irish Congress of Trade Unions (ICTU) v. Ireland* şikayetinde⁶² bağımsız çalışanların Avrupa Sosyal Şartı'nın 6. maddesi kapsamına girip girmediğini ve rekabet hukuku iddialarına dayanan genel bir kısıtlamanın bu madde ile uyumlu olup olmadığını değerlendirilmiştir.⁶³ Somut olayda 2002 tarihli İrlanda Rekabet Kanunu'nun 4. bölümü, Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma⁶⁴ md. 101(1)'e benzer şekilde, doğrudan veya dolaylı olarak satın alma veya satış fiyatlarını veya diğer ticaret koşullarını sabitlemeye eşdeğer olabilecek rekabet karşıtı anlaşmaları yasaklamaktadır. Bu bağlamda da bağımsız çalışan sayılan seslendirme sanatçılarının, serbest gazetecilerin ve sezonluk müzisyenlerin asgari ücret oranlarını ve diğer çalışma koşullarını belirleyen toplu sözleşme yapmaları, ilgili kanunun ihlali anlamına geleceği gerekçesiyle yasaklamıştır.⁶⁵ Bunun üzerine 2016 yılında başvuru ICTU, Avrupa Sosyal Şartı md. 6/2'nin ihlal edildiği iddiasıyla Komite'ye şikâyetle bulunmuştur. Ancak şikâyetin değerlendirilmesi bitmeden 2017 yılında İrlanda Rekabet Kanunu'nu değiştiren Kanun (İng. *Competition (Amendment) Act 2017*) yürürlüğe girmiştir. Yapılan değişiklikle sahte bağımsız çalışanların (İng. *false self-employed worker*) ve tamamen bağımlı bağımsız çalışanların (İng. *fully dependent self-employed worker*) yapmış oldukları toplu sözleşmeler 2002 Rekabet Kanunu'nun 4. bölümünden muaf tutul-

⁶¹ <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID:3342047> s.e.t. 24.08.2023.

⁶² Şikâyet no.123/2016. Karar için bkz. <[https://hudoc.esc.coe.int/fre/#{%22sort%22:\[%22escpublicationdate%20descending%22\],\[%22escdcidentifier%22:\[%22cc-123-2016-dmerits-en%22\]\]}>](https://hudoc.esc.coe.int/fre/#{%22sort%22:[%22escpublicationdate%20descending%22],[%22escdcidentifier%22:[%22cc-123-2016-dmerits-en%22]]}>) s.e.t. 11.09.2023.

⁶³ Ayrıca bkz. **Rombouts, Bas** (2019) "ICTU v. Ireland: Expanding the Scope of Self-employed Workers Entitled to Collective Bargaining Rights in Relation to Competition Law Prohibitions", *International Labor Rights Case Law Journal*, S.5, s.17 vd.

⁶⁴ İlgili anlaşma bundan sonra "TFEU" olarak ifade edilecektir. İlgili Anlaşma için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT>> s.e.t. 12.09.2023.

⁶⁵ 123/2016, para.2.

muştur.⁶⁶ Bu değişiklik sonrasında ise Komite 2017 değişikliği öncesi⁶⁷ ve sonrası⁶⁸ olarak iki ayrı değerlendirmede bulunmuştur.

2017 değişikliği öncesi değerlendirmesinde Komite, toplu pazarlık yasağının ölçsüz olduğuna ve bu nedenle, işletme kavramına dahil edilen kişi kategorilerinin aşırı kapsayıcı olması nedeniyle ilgili düzenlemenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığına karar vererek⁶⁹, Şartın 6. maddesinin 2. fıkrasının ihlal edildiğini ifade etmiştir.⁷⁰ 2017 değişikliği sonrası değerlendirmesinde ise md. 6/2'nin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.⁷¹ Çünkü ilgili Kanun değişikliği sahte bağımsız çalışanlar veya tamamen bağımlı bağımsız çalışanlar kategoride sayılan bağımsız çalışanların bir listesini de içermektedir. Bu listede ise seslendirme sanatçıları, serbest gazeteciler ve sezonluk müzisyenler bulunmaktadır.

AB'nin ise konuya daha çok rekabet hukuku çerçevesinde baktığı görülmektedir. Bu bağlamda AB üyesi ülkeler, bağımsız çalışanları toplu iş sözleşmeleriyle sağlanan haklardan mahrum bırakma eğilimindedir.⁷² Konu ile ilgili temel düzenleme TFEU md. 101(1)'dir. İlgili maddeye göre amacı veya etkisi iç pazardaki rekabetin önlenmesi, kısıtlanması veya bozulması olan ve özellikle alım veya satım fiyatlarını veya diğer ticari koşulları doğrudan veya dolaylı olarak belirleyen teşebbüsler (İng. *undertakings*) arasındaki tüm anlaşmalar rekabeti bozucu olarak kabul edilmektedir. Ancak TFEU'da teşebbüs kavramı tanımlanmamıştır. Bu noktadaki boşluk yargı kararlarıyla doldurulmuştur. Bu bağlamda teşebbüs, hukuki statüsüne ve finanse edilme yöntemine bakılmaksızın, ekonomik faaliyetlerde

⁶⁶ 123/2016, para.20.

⁶⁷ 123/2016, para.96-101.

⁶⁸ 123/2016, para.102-116.

⁶⁹ 123/2016, para.98.

⁷⁰ 123/2016, para.101.

⁷¹ 123/2016, para.116.

⁷² **Rainone, Silvia/Countouris, Nicola** (2021) "Collective Bargaining and Self-employed Workers: The Need for a Paradigm Shift", ETUI Research Paper-Policy Brief 2021.11, <https://www.etui.org/sites/default/files/2021-07/Collective%20bargaining%20and%20self-employed%20workers_2021.pdf> s.e.t. 03.09.2023, s.3.

bulunan tüm kişilerdir.⁷³ Kişi kavramı ise hem kendi adına hem de bir kuruluş adına faaliyette bulunanlar gerçek kişileri de kapsamaktadır.⁷⁴

Bağımsız çalışanların Avrupa Birliği Adalet Divanı⁷⁵ tarafından, TFEU md. 101(1) kapsamında değerlendirildiği de görülmektedir. Bu bağlamda bağımsız çalışanlar için asgari ücret düzenlemesi getiren toplu iş sözleşmesi hükmünün TFEU'nun 101. maddesi kapsamında olup olmadığı *FNV Kunsten Informatie en Media v. Staat der Nederlanden*⁷⁶ başvurusunda ele alınmıştır. Davaya konu olan olayda hem bağımsız çalışan hem de işçi statüsüne sahip yedek müzisyenlerin asgari ücretlerinin de düzenlendiği bir toplu iş sözleşmesi imzalanmıştır.⁷⁷ Ancak Hollanda Rekabet Kurumu ücretle ilgili bu hükmün mevcut rekabet kanunları ve AB düzenlemeleri açısından mümkün olamayacağını ifade etmiştir. Bu noktada ABAD öncelikle, işverenler ve çalışanlar arasındaki toplu pazarlık çerçevesinde yapılan ve istihdam ile çalışma koşullarını iyileştirmeyi amaçlayan sözleşmelerin niteliği ve amacı gereği, TFEU md. 101(1) kapsamına girmemesi gerektiğini ifade etse de⁷⁸ toplu pazarlık, işçi ve işverenler arasında yapılmadığı için taraflar arasındaki sözleşme TFEU md. 101(1) kapsamı dışında tutulamayacaktır⁷⁹. Bununla birlikte her ne kadar bir kişi, ulusal hukuk açısından bağımsız çalışan olarak kabul edilse de bu kişinin AB hukuku açısından çalışan (İng. *worker*) olarak kabul edile-

⁷³ *Klaus Höfner and Fritz Elser v. Macrotron GmbH*, Dava no. C-41/90, 23 Nisan 1991, para.21; *Commission v. Italian Republic*, Dava no. 35/96, 18 Haziran 1998, para.36; *Pavel Pavlov and Others v. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, birleştirilmiş davalar C-180/98'den C-184/98'e kadar, 12 Eylül 2000, para.74; *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) v. Elliniko Dimosio*, Dava no. C-49/07, 01 Temmuz 2008, para.21.

⁷⁴ *FNV Kunsten Informatie en Media v. Staat der Nederlanden*, Dava no. C-413/13, 04 Aralık 2014, para.27.

⁷⁵ İlgili Mahkeme bundan sonra "ABAD" olarak ifade edilecektir.

⁷⁶ Dava no. C-413/13. İlgili dava için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62013CJ0413>> s.e.t. 21.08.2023.

⁷⁷ Hollanda yasalarına göre hizmet sağlayıcıları işçi veya işveren sendikalarına üye olabilmektedir. Bu nedenle, işveren federasyonları ve işçileri temsil eden kuruluşlar, yalnızca işçiler için değil, bu kuruluşlara üye bağımsız hizmet sağlayıcılar adına da toplu iş sözleşmesi akdedebilmektedir. C-413/13, para.6.

⁷⁸ C-413/13, para.23.

⁷⁹ C-413/13, para.30.

bileceği⁸⁰ hatırlatıldıktan sonra “sahte bağımsız çalışan” (İng. *false self-employed*) olup olmayacağına yoğunlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, bu kişilerin TFEU md. 101(1) kapsamında değerlendirilmemesi için, toplu iş sözleşmesini yapan kuruluşlarından birine üye olan ve bir işveren adına, bir iş görme yahut hizmet sözleşmesi kapsamında, işverenin istihdam ettiği işçilerle aynı faaliyeti yürüten serbest meslek sahibi hizmet sağlayıcılarının “sahte bağımsız çalışan” sayılması gerektiği yanıtını vermiştir.⁸¹

Yabancı hukuk kaynakları incelendiğinde ise bazı özel kanunlarla, kimi mesleklerde çalışan bağımsız çalışanlara toplu pazarlık hakkının tanındığı görülmektedir. Örneğin Avusturya Gazetecilik Kanunu § 17(2) bağımsız çalışan gazetecilere toplu iş sözleşmesi akdetme hakkı tanımaktadır. Yine bağımsız çalışan kategorisinde bulunan ekonomik olarak bağımlı bağımsız çalışanların kimi ülkelerde kategorik olarak toplu pazarlık hakkı bulunmaktadır. Örneğin Almanya’da Toplu İş Sözleşmesi Kanunu § 12a ya da İspanya’da LETA md. 13 gereği ekonomik olarak bağımlı bağımsız çalışanlar toplu iş sözleşmesi akdedebilmektedir.

Bazı ülkelerde ise işçi statüsünde olmayan ancak işçi gibi olan bağımsız çalışanların da toplu pazarlık hakkı bulunmaktadır. Örneğin İsveç’te Çalışma Hiyatında Ortak Karara İlişkin Kanun’a⁸² göre bir başkası için iş yapan ve onun işçisi olmayan ancak esasen bir işçininine eşdeğer bir pozisyona sahip olan kişi de ilgili Kanun açısından işçi olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla bahsi geçenler de örneğin toplu iş sözleşmesi akdedebilmektedir.

⁸⁰ C-413/13, para.35.

⁸¹ C-413/13, para.41. Konu ile ilgili ayrıca bkz. **Kountouris, Nicola** (2018) “The Concept of ‘Worker’ in European Labour Law: Fragmentation, Autonomy and Scope”, *Industrial Law Journal*, C:47, S:2, s.213 vd.

⁸² İlgili Kanun için bkz. <https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-1976580-om-medbestammande-i-arbetslivet_sfs-1976-580/> s.e.t. 19.09.2023. Ayrıca bkz. <https://www.government.se/contentassets/bea67b6c1de2488cb454f9acd4064961/sfs-1976_580-employment-co-determination-in-the-workplace-act-sfs-2021_1114.pdf> s.e.t. 19.09.2023.

Son zamanlarda çeşitli sendikalar ve işverenler arasında bağımsız çalışanların da kapsama alındığı toplu pazarlık süreçleri ayrıca görülmektedir. Örneğin 2018 yılında Danimarka’da, bir temizlik platformu olan *Hilfr.dk*⁸³ ile 3F arasında ilk defa platform çalışanlarını ilgilendiren bir toplu iş sözleşmesi imzalanmıştır.⁸⁴ Sözleşmeye göre çevrimiçi platform kapsamında temizlik işini gerçekleştiren bağımsız çalışanlar, yüz saatlik çalışmanın ardından işçi statüsüne sahip olabilmekte ve bu toplu sözleşmesinin kapsamına girebilmektedir. Çevrimiçi platformda gerçekleştirilen yüz saatlik çalışmanın ardından bağımsız çalışan olarak kalmak isteyen kişiler ise yüz saatin bitiminden önce *Hilfr’e* bildirmekte, böylece işçi statüsüne geçmemekte ve toplu sözleşme kapsamına girememektedir. İlgili toplu sözleşmeyle de işçi statüsünde kabul edilen platform çalışanlarına saatlik asgari ücret, hastalık durumunda işsizlik yardımı ödenmesi, dinlenme süresi ve işten çıkarılmaya karşı koruma gibi çeşitli haklar sağlanmıştır.

2021 yılında İspanya’da teslimat platformu olan *JustEat*⁸⁵ ile CCOO (İsp. *Confederación Sindical de Comisiones Obreras*) ve UGT (İsp. *Unión General de Trabajadoras*) sendikaları arasında toplu sözleşme imzalanmıştır. Sözleşmede teslimat kuryelerinin işçi olarak kabul edilmesi, otuz günlük yıllık izin, en fazla dokuz saatlik günlük çalışma ve iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili önlemlerin alınması gibi hükümler bulunmaktadır.⁸⁶ 2022 yılında ise Birleşik Krallık’ta GMB (İng. *General, Municipal and Boilermakers*) Sendikası ile teslimat platformu *Deliveroo*⁸⁷ arasında Gönüllü Ortaklık Anlaşması imzalanmıştır. Anlaşma ile

⁸³ İlgili çevrimiçi platform için bkz. <<https://hilfr.dk/en/about-hilfr>> s.e.t. 18.09.2023.

⁸⁴ İlgili toplu iş sözleşmesi için bkz. <http://static.ow.ly/docs/Hilfr%20collective%20agreement%202018_83Wv.pdf> s.e.t. 18.09.2023. Ayrıca bkz. **Countouris, Nicola/De Stefano, Valerio** (06 Ekim 2020) “Collective-bargaining Rights for Platform Workers”, Social Europe, <<https://www.socialeurope.eu/collective-bargaining-rights-for-platform-workers>> s.e.t. 18.09.2023; **Munkholm, Natalie Videbaek** (2022) “Multiparty Work Relationships in Denmark: The Active Role of Social Partners”, *European Labour Law Journal*, C:13 S:4, s.518.

⁸⁵ İlgili çevrimiçi platform için bkz. <<https://www.just-eat.co.uk>> s.e.t. 24.09.2023.

⁸⁶ **Rodríguez, Luz** (13 Ocak 2022) “First Collective Agreement for Platform Workers in Spain”, Social Europe, <<https://www.socialeurope.eu/first-agreement-for-platform-workers-in-spain>> s.e.t. 20.09.2023.

⁸⁷ İlgili çevrimiçi platform için bkz. <<https://deliveroo.co.uk>> s.e.t. 24.09.2023.

sürücülerin iş sağlığı ve güvenliği ilgili çeşitli önlemlerin alınacağı düzenlenmiş; ücret ile ilgili düzenlemeler de dahil olmak üzere çeşitli sosyal haklar tanınmıştır.⁸⁸ Fransa’da ise gazeteciler sendikası olan SNJ-CGT (Fr. *Syndicat National des Journalistes CGT*) ile AFP (Fr. *Agence France-Presse*) arasında imzalanan sözleşme ile de bağımsız çalışan gazetecilerin ücret hakları düzenlendiği görülmektedir.⁸⁹

Yukarıda ifade edilen kararlar ve ülke uygulamalarına bakıldığında toplu pazarlık uygulamalarının iş ilişkilerinin ötesine yayılmasına rağmen, mevzuatlarda bu alana ilişkin maddi engeller bulunmaktadır.⁹⁰ Bu bağlamda toplu pazarlık hakkının çatıştığı en önemli alan ise rekabet hukukun düzenlemeleri olduğu görülmektedir. Özellikle AB rekabet hukuku, toplu iş hukukunun kapsamına bağımsız çalışanları almamakta, bu kişilere toplu pazarlık hakkı tanımadığından çeşitli sınırlamalar getirmektedir.⁹¹ Ancak AB’nin belirli kategorideki bağımsız çalışanlar için bu tutumunu esnekletirmeye başlamıştır. Bu bağlamda AB, Rekabet Hukukunun Serbest Meslek Sahibi Kişilerin Çalışma Koşullarına İlişkin Toplu Sözleşmelere Uygulanmasına Dair Kılavuz İlkeleri 2022 yılında kabul etmiştir.⁹²

Kılavuz kapsamında AB hukuku incelendiğinde, yukarıda ifade edildiği gibi TFEU md. 101, özellikle doğrudan veya dolaylı olarak alım veya satım fiyatlarını veya diğer ticaret koşullarını belirleyen ve iç pazardaki rekabeti kısıtlayan teşebbüsler arasındaki anlaşmaları yasaklamaktadır. Bu bağlamda bağımsız çalışanlar, kendi başlarına çalışan kişiler olsalar dahi, hizmetlerini belirli bir piyasada

⁸⁸ <<https://www.gmb.org.uk/news/gmb-and-deliveroo-sign-historic-recognition-deal>> s.e.t. 20.09.2023.

⁸⁹ <<https://snjcgf.fr/2022/04/27/afp-le-snj-cgt-signe-laccord-droits-voisins-des-droits-pour-tous/>> s.e.t. 21.09.2023.

⁹⁰ **Countouris, Nicola/De Stefano, Valerio** (2019) *New Trade Union Strategies for New Forms of Employment*, Brussels, ETUC, s.44.

⁹¹ **Prassl, Jeremias/Risak, Martin** (2022) “The Legal Protection of Platform Workers”: Kurz, Heinz D./Schütz, Marlies/ Strohmaier, Rita/Zilian, Stella S. (Editörler), *The Routledge Handbook of Smart Technologies*, New York, Routledge, s.285.

⁹² Kılavuz için bkz. <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022XC0930\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022XC0930(02))> s.e.t. 13.08.2023.

ücret karşılığında sundukları ve faaliyetlerini bağımsız ekonomik operatörler olarak gerçekleştirdikleri için ilke olarak TFEU'nun 101. maddesi anlamında teşebbüslerdir. Ancak özellikle herhangi bir işçi çalıştırmayan bağımsız çalışanlar kimi zaman kötü çalışma koşullarına sahip olmakta, bu kişilerin yeterli pazarlık gücünden yoksun oldukları görülmektedir. Söz konusu Kılavuz, işçi çalıştırmayan bağımsız çalışanların çalışma koşullarına ilişkin toplu sözleşmeleri kapsamaktadır. Bu bağlamda bir “dijital platform kanalıyla işçi çalıştırmayan bağımsız çalışanlar”ın⁹³, “işçilerle yan yana çalışan ama işçi çalıştırmayan bağımsız çalışanların”⁹⁴ ve “ekonomik olarak bağımlı işçi benzeri çalışanların”⁹⁵ çalışma koşullarına ilişkin, teşebbüsler ile yapılmış olan toplu sözleşmelerin TFEU'nun 101. maddesi kapsamı dışında olması gerektiği ifade edilmiştir.

B. TÜRK İŞ HUKUKUNDA BAĞIMSIZ ÇALIŞANLARIN TOPLU PAZARLIK HAKKI

Türkiye’de toplu pazarlık hakkına dair temel kanun yukarıda da ifade edildiği üzere 6356 sayılı Kanundur. Dolayısıyla bu hakkın kişi bakımından kapsamının belirlendiği temel kaynak da budur. İlgili Kanun bağımsız çalışanlar açısından incelendiğinde, sendika kurma hakkı bakımından bir düzenlemenin bulunduğu görülmektedir. Kanun, sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkını kural olarak işçi ve işverenlere tanırken⁹⁶, md. 2/4 ile sendika kurma hakkı açısından bir istisna getirmiştir. Buna göre “iş sözleşmesi dışında ücret karşılığı iş görmeyi taşıma, eser, vekâlet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız olarak meslekî faaliyet olarak yürüten gerçek kişiler”, 6356 sayılı Kanunun 2. ile 6. bölümleri bakımından işçi sayılmaktadır.

Kuruluş esasları ve organlar başlığını taşıyan 2. bölüm incelendiğinde genel olarak bir sendikanın nasıl kurulacağı, işkolu tespiti, sendikanın organlarının nasıl teşekkül edeceği, genel kurulda yapılacak seçimlerde uyulacak esaslar gibi

⁹³ 2022/C 374/02, para.31.

⁹⁴ 2022/C 374/02, para.27.

⁹⁵ 2022/C 374/02, para.25.

⁹⁶ Bkz. 6356 sayılı Kanun md. 2/1(ğ) ve md. 17.

sendika kurma hakkına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. 6. bölüme bakıldığında ise kuruluşların gelirlerinin neler olabileceği, kimlere aynı ve nakdi yardımda bulunabileceği, denetiminin nasıl gerçekleştirileceği, tutulması gereken defter ve kayıtlar ile sendikanın nasıl kapatılacağı düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi 6356 sayılı Kanun md. 2/4'te ifade edilen sözleşmeler kapsamında çalışan bağımsız çalışanlara sadece sendika kurma hakkı tanınmış, bu kişiler toplu pazarlık hakkından mahrum bırakılmıştır. Dolayısıyla iş sözleşmesi dışında ücret karşılığı iş görmeyi taşıma, eser, vekâlet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız olarak meslekî faaliyet olarak yürüten gerçek kişiler, bir işveren veya işveren sendikası ile herhangi bir toplu iş sözleşmesi görüşmelerine başlamayacak, görüşmeler sonucunda toplu iş sözleşmesi imzalamayacak ya da toplu çıkar uyuşmazlığı sonucunda barışçıl çözüm yollarına başvuramayacak yahut grev yapamayacaktır.

Bağımsız çalışanlar açısından ifade edilebilecek bir diğer durum da Almanya, Birleşik Krallık yahut Avusturya gibi ülkelerde yasal temeli bulunan ekonomik olarak bağımlı bağımsız çalışan kategorisinin Türk iş hukukunda bulunmamasıdır. Türk iş hukuku sistemi de dünyadaki genel kabul edilen ikili sisteme dayanmaktadır. Kanunların kişi bakımından kapsamına girebilmek için kural olarak işçi sıfatını haiz olmak gerekmektedir. Bu bağlamda bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi hem 4857 sayılı İş Kanunu hem de 6356 sayılı Kanunun temel süjesi olmaktadır. Başka bir deyişle bir kişi kişisel/hukuki bağımlılık kapsamında iş görür ve karşılığında da işi veren kişiden ücret alırsa ilgili Kanunlar çerçevesinde değerlendirilmektir. Dolayısıyla bağımsız çalışan kategorisinde yer alan ekonomik olarak bağımlı bağımsız çalışanlar grubu da Türk iş hukuku açısından toplu pazarlık hakkından yararlanamamaktadır.

Bu noktada sorulması gereken soru Türk iş hukukunda bağımsız çalışanlar için de toplu pazarlık hakkının tanınması gerekip gerekmediğidir. Yahut en azından ekonomik olarak bağımlı bağımsız çalışanlar açısından bir istisna tanımalı mıdır? Bizce bu sorunun cevabına öncelikle temel hak ve özgürlükler penceresinden yaklaşmak yerinde olacaktır. Bu bağlamda ILO'nun Çalışma Yaşamında Temel Haklar ve İlkeler Bildirgesi'nde belirtilen çekirdek sözleşmeler olarak tanımladığı sekiz sözleşmenin kapsamı bakılmalıdır. Sözleşmeler ince-

lendiğinde zorla ya da zorunlu çalışmanın tüm biçimlerinin ortadan kaldırılması, çocuk işçiliğine etkin bir şekilde son verilmesi, istihdamda ve meslekte ayrımcılığın ortadan kaldırılması ve sendika özgürlüğünün ve toplu pazarlık hakkının etkin bir biçimde tanınması bulunmaktadır. Dolayısıyla çalışanlara toplu pazarlık hakkının tanınmasını önemli konulardan bir tanesidir. Yukarıda da ifade edildiği gibi ILO ve yabancı hukuk esasen ekonomik yönden bağımlı bağımsız çalışanları bazı yönlerden işçiler gibi koruma şemsiyesi altına almaktadır. Aslında temel hareket noktası, getirilen yasal düzenlemenin amacının ne olduğu olmalıdır. Özellikle toplu pazarlık hakkı açısından kimi yasal düzenlemelerin kabul edilmesindeki amaç işçilerin işverenler karşısında yeteri kadar pazarlık gücünü elinde bulunduramamasıdır. Ekonomik yönden bağımlı bağımsız çalışanlara baktığımızda da bu kişilerin çoğunlukla tek bir müşteriye ekonomik yönden bağımlı olmaları, taraflar arasında dengeli bir pazarlık gücünden söz edemememize neden olmaktadır. Eğer toplu pazarlık hakkı çerçevesinde iş hukukunun amacı örneğin toplu iş sözleşmeleriyle taraflar arasındaki pazarlık gücünü dengelemekse, ekonomik yönden bağımlı bağımsız çalışanlara da bu hakkın tanınması gerektiği kanaatindeyiz.

Yukarıda ifade edildiği üzere Türk iş hukuku düzenlemelerinde ekonomik yönden bağımlı bağımsız çalışan sınıfı bulunmamaktadır. Bu yüzden böyle bir kategorinin öncelikle yasal düzenlemesi yapılmalıdır. İlgili yasal düzenleme ile kimlerin ekonomik yönden bağımlı bağımsız çalışan olabileceği belirlendikten sonra, örneğin 6356 sayılı Kanun'a ekonomik yönden bağımlı bağımsız çalışanların da bu Kanun bakımından işçi sayılır gibi bir düzenleme konulabilir. Böylece ilgili kişiler sendika kurabilecek, kurulu bulunan bir sendikaya üye olabilecek, üyesi oldukları sendika kanalıyla toplu pazarlık sürecini başlatabilecek, akabinde toplu iş sözleşmesi imzalayabilecektir. Dolayısıyla ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlar etkin bir şekilde korunup ve geliştirilebilecektir.

SONUÇ

İşçi, işveren, iş sözleşmesi gibi temel kavramların kanunlarda tanımlanması ya da yargı kararlarıyla içeriğinin belirlenmesi karşısında bağımsız çalışan kavramının bu kadar açık bir şekilde ele alınmadığı görülmektedir. Net bir bağımsız

çalışan tanımının olmamasına rağmen genel olarak işçi olmayan kişilerin bağımsız çalışan olarak kabul edilmektedir. Öte yandan bağımsız çalışan kapsamında değerlendirilecek alt kategoriler de kesin olarak yapılmamıştır. Ancak bağımsız çalışan sınıfının işçi çalıştıran bağımsız çalışanlar, işçi çalıştırmayan bağımsız çalışanlar ve ekonomik olarak bağımlı bağımsız çalışanlar olduğu söylenebilecektir.

Toplu pazarlık hakkına bakıldığında ise bu hakkın temel bir insan hakkı olarak kabulü karşısında hem uluslararası belgelerde hem de ulusal metinlerde ilgili hak detaylıca ele alınmaktadır. Bu bağlamda toplu pazarlık hakkının bir işverenle, işveren grubuyla veya bir veya daha fazla işveren örgütü ile bir veya daha fazla işçi örgütü arasında, çalışma ve istihdam koşullarının belirlenmesini; işverenler ve işçiler arasındaki ilişkileri düzenlenmesi ve/veya işverenler veya onların örgütleri ile bir işçi örgütü veya işçi örgütleri arasındaki ilişkileri düzenlenmesi için gerçekleştirilen tüm müzakereleri kapsadığı söylenebilecektir.

Türk iş hukukunda kabul edilen iki sistem nedeniyle bağımsız çalışanlar, işçilere tanınan herhangi bir koruyucu düzenlemeden yararlanamamaktadır. Ancak özellikle ekonomik yönden bağımlı bağımsız çalışanlar kimi zaman kötü çalışma koşullarına sahip olmakta, tek bir işverene karşı ekonomik yönden bağımlı olmaları sebebiyle de yeterli pazarlık gücünden yoksun durumda olabilmektedir. Bu noktada kanun maddelerinin kabul edilmiş amaçlarına bakıldığında ekonomik yönden bağımlı bağımsız çalışanlara toplu pazarlık hakkının tanınması özellikle temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından yerinde olabilecektir.

KAYNAKÇA

- Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/ Senyen Kaplan, E. Tuncay** (2013) İş Hukuku, Yenilenmiş 6. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi.
- Arıcı, Kadir** (2020) Toplu İş Hukuku-II Toplu İş İlişkileri Hukuku, Ankara, Gazi Kitabevi.
- Cherry, Miriam A./Aloisi, Antonio** (2018) “A Critical Examination of a Third Employment Category for On-demand Work (In Comparative Perspective)”: Davidson, Nestor M./Finck, Michele/Infranca, John J. (Editörler), Cambridge Handbook on the Law of the Sharing Economy, Saint Louis U. Legal Studies Research Paper.
- Countouris, Nicola/De Stefano, Valerio** (2019) New Trade Union Strategies for New Forms of Employment, Brussels, ETUC.
- Countouris, Nicola/De Stefano, Valerio** (06 Ekim 2020) “Collective-bargaining Rights for Platform Workers”, Social Europe, <<https://www.socialeurope.eu/collective-bargaining-rights-for-platform-workers>> s.e.t. 18.09.2023.
- Creighton, Breen/McCrystal, Shae** (2016) “Who is a “Worker” in International Law?”, Comparative Labor Law & Policy Journal, C.37, S.3, s.691-725.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat/ Özkaraça** (2022) İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 35. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Davidov, Guy** (2005) “Who is a worker?”, Industrial Law Journal, C.34, S.1, s.57-71.
- Davidov, Guy** (2016) “Reform in Small Steps: The Case of the Dependent Contractor”: Archer, Simon/Drache, Daniel/Zumbansen, Peer (Editörler), The Daunting Enterprise of the Law: Essays in Honour of Harry Arthurs, <https://www.zbw.eu/econis-archiv/bitstream/11159/416059/1/EBP085530190_0.pdf> s.e.t. 21.09.2023.
- Davidov, Guy/Freedland, Mark/Kountouris, Nicola** (2015) The Subjects of Labor Law: “Employees” and Other Workers. Forthcoming in Research Handbook in Comparative Labor Law, <http://old.adapt.it/adapt-indice-a-z/wp-content/uploads/2015/11/D_F_K_The_Subjects_of_Labor_Law.pdf> s.e.t. 06.02.2022.
- De Stefano, Valerio** (2017) “Non-Standard Work and Limits on Freedom of Association: A Human Rights-Based Approach”, Industrial Law Journal, C.46, S.2, s.185-207.
- Doğan, Sevil** (2016) İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru, İstanbul, Seçkin Yayıncılık.
- Ekmekçi, Ömer** (2023) Toplu İş Hukuku, Güncellenmiş 5. Bası, İstanbul, On İki Levha.

- Eurofound** (2017a) Aspects of Non-standard Employment in Europe, Luxembourg, Publications Office of the European Union.
- Eurofound** (2017b) Exploring Self-employment in the European Union, Luxembourg, Publications Office of the European Union.
- European Commission** (2006) “EC Green Paper Modernising Labour Law to Meet the Challenges of the 21st Century”, Brussels, COM(2006) 708, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0708>> s.e.t. 22.09.2023.
- Freedman, Mark/Kountouris, Nicolas** (2017) “Some Reflections on the ‘Personal Scope’ of Collective Labour Law”, *Industrial Law Journal*, C:46, S:1, s.52-71.
- Fulton, Lionel** (2018) Trade Unions Protecting Self-employed Workers, Brussels, ETUC.
- Güven, Ercan/Aydın, Ufuk** (2020) Bireysel İş Hukuku, 6. Baskı, Eskişehir, Nisan.
- ILO** (2016) Non-standard Employment Around the World: Understanding Challenges, Shaping Prospects, Geneva, International Labour Office.
- ILO** (2020) Ensuring Better Social Protection for Self-employed Workers, <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---ddg_p/documents/publication/wcms_742290.pdf> s.e.t. 01.09.2023.
- Kountouris, Nicola** (2018) “The Concept of ‘Worker’ in European Labour Law: Fragmentation, Autonomy and Scope”, *Industrial Law Journal*, C:47, S:2, s.192-225.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş** (2022) İş Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara, Lykeion.
- Munkholm, Natalie Videbaek** (2022) “Multiparty Work Relationships in Denmark: The Active Role of Social Partners”, *European Labour Law Journal*, C:13 S:4, 515-529.
- Perulli, Adalberto** (2003) Study on Economically Dependent Work/Parasubordinate (Quasi-Subordinate) Work, European Parliament, <https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/empl/20030619/study_en.pdf> s.e.t. 15.01.2022.
- Perulli, Adalberto** (2020) “The Legal and Jurisprudential Evolution of the Notion of Employee”, *European Labour Law Journal*, C:11, S:2, s.117-130.
- Prassl, Jeremias/Risak, Martin** (2022) “The Legal Protection of Platform Workers”: Kurz, Heinz D./Schütz, Marlies/ Strohmaier, Rita/Zilian, Stella S. (Editörler), *The Routledge Handbook of Smart Technologies*, New York, Routledge, s.189-209.

- Rainone, Silvia/Countouris, Nicola** (2021) “Collective Bargaining and Self-employed Workers: The Need for a Paradigm Shift”, ETUI Research Paper-Policy Brief 2021.11, <https://www.etui.org/sites/default/files/2021-07/Collective%20bargaining%20and%20self-employed%20workers_2021.pdf> s.e.t. 03.09.2023.
- Rodríguez, Luz** (13 Ocak 2022). “First Collective Agreement for Platform Workers in Spain”, Social Europe, <<https://www.socialeurope.eu/first-agreement-for-platform-workers-in-spain>> s.e.t. 20.09.2023.
- Rombouts, Bas** (2019) “ICTU v. Ireland: Expanding the Scope of Self-employed Workers Entitled to Collective Bargaining Rights in Relation to Competition Law Prohibitions”, International Labor Rights Case Law Journal, S:5, s.17-22.
- Rönmar, Mia** (2014) “Labour and Equity Law”: Baarnard, Catherine/Peers, Steve (Editörler), European Union Law, Oxford University Press, s.591-620.
- Schlachter, Monika** (2019) “Trade Union Representation for New Forms of Employment”, European Labour Law Journal, C:10, S:3, s.229-239.
- Stylogiannis, Charalampos** (2023) “The Effective Application of the Right to Collective Bargaining for Self-employed (Platform) Workers: Not Such an Easy Task”, European Labour Law Journal, Special Issue Contribution, s.1-20.
- Sur, Melda** (2014) “Uluslararası Normlar ve 6356 Sayılı Kanunun Toplu İş Sözleşmeleri ve Grev Hakkındaki Giriş Hükümleri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C:5, Özel S., s.255-278.
- Sur, Melda** (2022) İş Hukuku Toplu İlişkiler, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 10. Bası, Ankara, Turhan Kitapevi.
- Süzek, Sarper** (2022) İş Hukuku, 22. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.
- Şahlanan, Fevzi** (2020) Toplu İş Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Tuncay, Aziz Can/Savaş Kutsal, Burcu/Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz** (2023) Toplu İş Hukuku, Revize Edilmiş 8. Bası, İstanbul, Beta.
- Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut** (2016) İş Hukukunun Esasları, 8. Baskı, İstanbul, Beta.
- Waas, Bernd** (2010) “The Legal Definition of the Employment Relationship”, European Labour Law Journal, C:1, S:1, s.45-58.
- Waas, Bernd** (2017) “What Role for Solopreneurs in the Labour Market?”, European Labour Law Journal, C:8, S:2, s.154-167.

- Westerveld, Mies** (2012) “The New Self-employed: An Issue for Social Policy”, *European Journal of Social Security*, C:14, S:3, s.156-173.
- Williams, Colin C./Lapeyre, Frédéric** (2017) *Dependent Self-employment: Trends, Challenges and Policy Responses in the EU*, Geneva, ILO Employment Policy Department, Working Paper No. 228.
- Yorđun, Sayım** (2016), “Anayasa Mahkemesinin 6356 Sayılı Yasaya İlişkin Kararının Sendikal Özgürlükler Boyutuyla Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum*, S:50, s.1171-1202.
- Yorđun, Sayım** (2023) “Sendikaların Toplu Pazarlık Yetkisi ve Kamu Toplu İş Sözleşmeleri Çerçeve Anlaşma Protokolü’nün Hukuki Boyutu”, *Çalışma ve Toplum*, C:1, S:76, s.97-120.

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD)

Yıldırım Beyazıt Law Review (YBLR)

YAYIN VE YAZIM KURALLARI

1. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi yılda iki kez yayınlanan uluslararası hakemli bir dergidir.
2. Editörler Kurulu, Derginin bir sayısını belirli bir temaya ya da armağana özgüleyebileceği gibi, ayrı bir “Özel Sayı” olarak da yayınlatabilir.
3. Dergide Türkçe, Almanca, Fransızca ve İngilizce çalışmalar yayınlanmaktadır.
4. Yazarların, Dergiye gönderdikleri çalışmalarının; denetimini yapmış oldukları, gönderdikleri haliyle basılabileceğini taahhüt ettikleri ve dergiye ait yayın ve yazım kurallarını kabul ettikleri varsayılır. Bilimsel ve etik ölçütler ile Dergi yayın ve yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlığı içerdiği tespit edilen çalışmalar, Editörler Kurulu tarafından her aşamada geri çevrilir. Yayınlanması uygun bulunmayan çalışmalara ait hakem değerlendirme formları “DergiPark” yoluyla yazara iletilir. Yayınlanmayan çalışmalar, yazarlarına geri gönderilmez.
5. Editörler Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan çalışmalar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak en az iki hakemin denetiminden geçirilir. Hakem raporlarında düzeltme istenmesi durumunda yazar, çalışmasında sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Hakemler tarafından önerilen düzeltmeler yazar tarafından yapıldıktan sonra, gerekli görülmesi halinde, tekrar hakem denetimine başvurulur. Hakemlerden birinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi durumunda Editörler Kurulu çalışmanın üçüncü bir hakeme gönderilmesine karar verebilir.
6. Editörler Kurulu, Derginin çıkacak ilk sayısına daha önceden kabul edilen çalışmaların sayısı ile konu ve alan çeşitliliğini göz önünde bulundurmak suretiyle, değerlendirme aşamalarını tamamlayarak yayına hazır hale gelen çalışmanın hangi sayıda yayınlanacağına karar verir. Bu durum, gerekçesi ile birlikte yazarına bildirilir. Ayrıca yazarın aynı sayıda birden fazla çalışması yayınlanamaz. Birden fazla çalışma gönderilmesi halinde bu çalışmalar tarih sırasına göre sonraki sayılar için değerlendirilir. Bu kural çok yazarlı çalışmalarda da geçerlidir.
7. Son gönderim tarihinden sonra Dergiye gönderilen çalışmalar, kural olarak sonraki sayı için gönderilmiş kabul edilir. Son gönderim tarihinden sonra Dergiye ulaşan çalışmaların, hakem incelemelerinin yetişmesi kaydıyla, güncel sayıda yayınlanıp yayınlanmayacağı, ilgili sayıdaki çalışma sayısı, konu ve alanlar dikkate alınarak Editörler Kurulunca değerlendirilir.
8. Dergiye gönderilen çalışmalar, 3.000 kelimedenden az ve 12.000 kelimedenden çok olamaz. Her çalışmada 150-250 kelime arası özet ve 5-10 kelime arası anahtar kelime bulunmalıdır. Çalışmanın başlığı, özeti ve anahtar kelimeler ayrıca İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde yazılmalıdır. Çalışmanın özeti ve anahtar kelimeler, dil editörleri tarafından ayrıca incelenecek ve gerekli dil bilgisi düzeltmeleri yazarına bildirilerek yapılabilecektir.

9. Dergiye gönderilen çalışmalar daha önce başka bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
10. Dergide yayınlanan bir çalışmanın idari, bilimsel ve telif hakları sorumlulukları dahil olmak üzere tüm hukuki ve etik sorumluluğu yazarına/yazarlarına aittir. Dergide yayınlanacak olan çevirilerde, çevirisi yapılan çalışmanın yazarı ile varsa yazar dışındaki telif hakkı sahibinden alınan rıza beyanlarının çalışma ile eş zamanlı olarak Dergiye gönderilmesi zorunludur. Dergide yayınlanan çevirilerin telif hakları sorumluluğu başta olmak üzere tüm hukuki sorumluluğu çevirmene aittir.
11. Dergiye gönderilecek çalışmaların “DergiPark” sistemi üzerinden gönderilmesi zorunludur. Yazarlar ayrıca; unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, ORCID kimliklerini, yazışma adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini içeren ayrı bir belgeyi de “DergiPark” sistemi üzerinden göndermelidirler.
12. Dergiye gönderilen bir çalışmanın yayınlanıp yayınlanmayacağı, yapılacak olan hakem denetimi ve Editörler Kurulunun incelemesi neticesinde belirlenir ve sonuç yazarına “DergiPark” yoluyla bildirilir.
13. Yazarlar, Dergiye gönderdikleri çalışmalarına ilişkin işleme, çoğaltma ve yayma haklarını Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi’ne devrettiklerini kabul etmiş sayılırlar. Dergide yayınlanacak çalışmaların, elektronik ortamda tam metin olarak yayınlamak da dahil olmak üzere, tüm yayın hakları Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi’ne aittir.
14. Yazara, yayınlanmak üzere Üniversite tarafından kullanılmasına izin verdiği haklara karşılık herhangi bir telif ücreti ödenmez. Dergiye yayınlanmak üzere çalışmasını gönderen yazar bu durumu kabul etmiş sayılır.
15. Dergide, makaleler dışında; kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu nitelikteki çalışmaların kabulü veya geri çevrilmesine ilişkin değerlendirme Editörler Kurulu tarafından yapılır.
16. Süresi içerisinde hakem incelemesi tamamlanmayan çalışmalar, yazarı tarafından yayınlanmaması yönünde ayrıca ve açıkça bir talepte bulunulmadığı sürece derginin sonraki sayısında/sayılarında değerlendirilir.
17. Çalışma içerisindeki başlıklar şu şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÜRÜ BÜYÜK HARF

A. KALIN ve TÜRÜ BÜYÜK HARF

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

i. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

18. Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Atıflar ve kaynakça aşağıda belirtilen Atıf Kuralları'na uygun olarak yapılmalıdır.
19. Yayınlarımızın resmî web adresi www.ybhukukdergisi.com adresidir.

ATIF KURALLARI

1. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi'nde yayımlanacak makaleler aşağıda detayları belirtilen atıf usulüne uygun olarak hazırlanmalıdır.
2. Makalelerde sayfa altı dipnot sistemi kullanılmalıdır.
3. Bu atıf sisteminde kural bulunmayan durumlarda OSCALA (*The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities*) sistemi takip edilmelidir.
4. Özgün bir esere (arşiv belgesi vb.) atıf yapılması gerekiyorsa, tercih edilen yöntem tüm makalede yeknesak şekilde kullanılmalıdır.
5. Bir esere ilk atıf yapıldığı yerde tüm detayları belirtilmeli; makalenin devam eden kısımlarında ise dipnotlarda (Yazarın Soyadı, atıf yapılacak sayfa) gibi bir kısaltma ile atıf sürdürülmelidir. Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılmışsa kısaltmada eseri ayırt etmek amacıyla eserin yayınlandığı yıl belirtilerek (Yazarın Soyadı (YIL), atıf yapılacak sayfa) atıf yapılmalıdır. Yazarın aynı yıl içerisinde yayınlanmış iki eseri varsa yıl bilgisinin yanına a,b harfleri konulmalıdır (Yazarın Soyadı (YILa veya YILb), atıf yapılacak sayfa).
6. Bir esere yapılan ilk atıfta ve kaynakçada sadece yazarın soyadı ve adı koyu karakterle yazılacak, sonraki atıflarda ise sadece soyad koyu karakterle yazılacaktır. "Ibid" kullanımını kabul edilmeyecektir.
7. "^" işareti o kaynak türünde konuyla ilgili bir bilgi varsa, ilgili bilginin belirtilmesi gerekliliğini ifade eder.
8. "s.e.t." ifadesi son erişim tarihini ifade eder.

KİTAP

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek İlk Atıf ve Kaynakça Atfı:

Uşan, M. Fatih (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s.25.

Örnek Kısa Atıf:

Uşan, s.25.

İki yazar durumunda:

Yazarın Soyadı, Adı/İkinci Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek:

Acer, Yücel/Kaya, İbrahim (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Baskı, Ankara, Seçkin.

Dört veya daha fazla yazarlı durumlarda:

İlk atıfta ve kaynakçada yukarıdaki usul ile tam künyeye yer verilecek, sonraki atıflarda ilk üç yazarın soyadları yazıldıktan sonra ve diğerleri denilmek suretiyle atıf yapılacaktır.

Örnek İlk Atıf ve Kaynakça Atfı:

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Örnek Kısa Atıf:

Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri, s.13.

EDİTÖRLÜ KİTAP

Editörün Soyadı, Adı (Editör) (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek:

Dülger, İbrahim (Editör) (2010) Hukuka Giriş, 4. Baskı, Konya, Sayram.

KİTAP BÖLÜMÜ

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) “Makale adı”: Editörün Soyadı, Adı (Editör/ler), Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek:

Uşan, M. Fatih (2014) “İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi”: Aydın, Ufuk / Kocabaş, Fatma (Editörler), Bireysel İş Hukuku, 1. Baskı, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları.

ÇEVİRİ KİTAP

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi (Çeviren: Çevirenin Soyadı, Adı (Yıl) Çeviri Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi).

Örnek:

Dworkin, Ronald (1977) Taking Rights Seriously, 1. Baskı, London, Gerald Duckworth (Çeviren: Türkbağ, Ahmet Ulvi (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1. Baskı, Ankara, Dost).

ELEKTRONİK KİTAP

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Demircioğlu, A. Murat (2010) Labor in Law Turkey,

<<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813>> s.e.t. 10.08.2015.

ELEKTRONİK KİTAP BÖLÜMÜ

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) “Makale adı”: Editörün Soyadı, Adı (Editör/ler), Kitap Adı <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Keser, Leyla/Kaya, Mehmet Bedii (2015) “Multistakeholder as Governance Groups: Observations from Case Studies: Turkish Internet Improvement Board”: Gasser, Urs / Budish, Ryan / West, Sarah Myers (Editörler), The Berkman Center for Internet & Society Research Publication Series, <http://cyber.law.harvard.edu/publications/2014/internet_governance> s.e.t. 10.08.2015.

MAKALE

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) “Makale adı”, Dergi adı, C:(^Cilt), S:(^Sayı), s.İlk-Son sayfa aralığı.

Örnek Kaynakça Atfı:

Uşan, M. Fatih (2008) “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, Kamu-İş, C:10, S:1, s.1-48.

Örnek İlk Atfı:

Uşan, M. Fatih (2008) “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, Kamu-İş, C:10, S:1, s.20.

Örnek Kısa Atfı:

Uşan, s.22.

ELEKTRONİK MAKALE

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) “Makale adı”, ^Dergi adı <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Uşan, M. Fatih (2003) “Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve İş Mevzuatı”, e-akademi, <<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>> s.e.t. 28.07.2015.

KONFERANS TEBLİĞİ

Yazarın Soyadı, Adı (^Basım Yılı) “Tebliğin Başlığı”, Editörün Soyadı, Adı (Editör) Konferans adı, Tarih, Yer.

Örnek:

Uşan, M. Fatih “Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği”: Toprak, Ahmet (Editör), 7. Uluslararası İş Sağlığı ve Güvenliği Konferansı, 4-7 Mayıs 2014, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, İstanbul.

TEZ

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) “Tez Başlığı”, (Türü: Yüksek Lisans-Doktora), Üniversite, Enstitü.

Örnek:

Kılınç, Ahmet (2013) “Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir” (Doktora), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

MAHKEME KARARI

Dava Adı, Mercii, ^Başvuru no, ^E, K, T, ^Kaynak

Örnek 1:

Burak Günay Başvurusu (2), AYM, Başvuru No:2013/6218, K.T. 10.6.2015.

Örnek 2:

Yargıtay 2. Ceza Dairesi, E: 2011/2-395, K: 2012/89, T: 13.03.2012.

RESMÎ GAZETE

Gazete Adı, S: Sayı, T: Tarih.

Örnek:

T.C. Resmi Gazete, S: 31640, T: 26.10.2021.

İNTERNET ADRESİ

Soyadı, Adı, Mecra, Başlık, <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Uşan, M. Fatih, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>> s.e.t. 27.07.2015.

- İlgili internet adresinde metin tek bir internet sayfasından oluşuyorsa ilk atıfta yukarıdaki gibi tam künye yazıldıktan sonra diğer atıflarda ilk dipnota atıf yapılacaktır.

Örnek: Uşan, dn. 24.

RAPOR

Soyadı, Adı (Yıl) Kurum, Başlık, Rapor Adı, ^Rapor No., <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Oğuz, Fuat & Kent, Bülent (2011) İstanbul Ticaret Odası, “Anayasa’da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler”, <<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-anayasa-arastirmasi.pdf>> s.e.t. 27.07.2015.

GENERAL SUBMISSION GUIDELINE

1. Yıldırım Beyazıt Law Review is an internationally refereed journal published semiannually.
2. The Editorial Board may decide to dedicate an issue to a specific theme, publish a commemorative issue, or publish a 'Special Issue'.
3. The manuscripts can be written in Turkish, English, German, or French.
4. Submitted studies for the Review are understood to be the final versions. Therefore, the authors guarantee that they have reviewed manuscripts before submitting them to the Review, approve them to be published as they have submitted, and accept the rules of citation of the Review. The Editorial Board reserve the right to refuse manuscripts that do not conform with the scientific or ethical criteria or the submission guideline or include misspelling above average in any stage. For the rejected unqualified manuscripts, a referee assessment form is sent to the authors by 'Dergipark'. Unqualified manuscripts do not send back to the authors.
5. After the first review of the Editorial Board, the submitted manuscripts are sent to at least two blind referees for evaluation, without the authors' name. Upon the correction requests of the referees, the authors can only make the necessary alterations based on the referees' reports. Following these alterations, if compulsory, the referees may review the manuscripts again. If one referee assessment is affirmative and the other referee assessment is negative, the Editorial Board has the right to send the study to a third referee.
6. The Editorial Board remains the right to decide on the number of the studies that have previously been accepted for publishment in the first issue and in which issue to publish the manuscripts that have completed their assessment process and ready to be published, in accordance with the varieties of the topics and branches. This decision and the reason are sent to the author. Furthermore, one author cannot have multiple works published in the same issue. In case multiple submissions are received, these works will be evaluated for subsequent issues based on their chronological order. This rule also applies to multi-authored works.
7. The manuscripts sent to the Review after the submission deadline, are considered for the next issue. However, if the refereed review is completed on time, with the Editorial Board's approval, these studies may be published on the current number. The Editorial Board will take the number of the manuscripts, the branches, and the topics of the present issue into consideration.
8. The submitted manuscripts should be more than 3,000 words and fewer than 12.000 words. The studies should consist of an abstract between 150-250 words and between 5-10 keywords. If the text is in Turkish, the title, the abstract, and the keyword should also be in English, German, or French. The abstract and the keywords will be reviewed, and if needed, the necessary alterations will be made by the Language Editors. The alterations will be reported to the authors.

9. The submitted manuscripts should not be published elsewhere nor submitted to other journals for publication.
10. The following rights remain reserved to the authors: legal and ethical responsibilities including administrative, scientific, and copyright responsibilities and criminal liabilities of the published manuscripts. In submitted translations, the authors'-and if necessary other copyright owners'-consent is sent to the Review simultaneously. Including the copyright responsibility, all the responsibility of the published translation belongs to the translator.
11. The Review requires the submission of manuscripts by 'Dergipark'. In this submission, the authors should also submit their ORCID numbers, degrees, mission agencies, contact addresses, phone numbers, and e-mails in a different document.
12. The acceptance for publishment of a submitted manuscript will be decided by the Editorial Board according to the blind referee reports and the Editorial Board's review. The acceptance and rejection decision will be sent to the authors by 'Dergipark'.
13. The submitted manuscripts' authors accept to alienate the rights to adapt, make copies, and distribute copies of the studies to Ankara Yıldırım Beyazıt University. The accepted manuscripts for publishment's all publication rights, including publishing the studies on the internet, belongs to the Ankara Yıldırım Beyazıt University.
14. The submitted manuscripts' authors accept not to receive any royalty or other payment.
15. In addition to articles, book reviews, legislative assessments, and informative remarks can be published on the Review. The acceptance or rejection decision of such manuscripts belongs to the Editorial Board.
16. If the refereed reviews are not completed on time unless otherwise directly and additionally stated by the authors, the submitted manuscripts will be considered for the next issue/issues.
17. Titles within the text should be organized as follows:

I. ALL CAPITAL LETTER AND BOLD

A. ALL CAPITAL LETTER AND BOLD

1. Only First Letters Capital and Bold

a. Only First Letters Capital and Regular

i. Only First Letters Capital and Regular

18. Bibliography should be arranged alphabetically based on the surname of the referenced authors at the end of the article. Citations should be showed as footnote at the end of each page. Citations and bibliography should be organized in conformity with the Rules of Citation.
19. Official web page of our publications is www.ybhukukdergisi.com.

RULES OF CITATION

1. The articles that are submitted to Yıldırım Beyazıt Law Review should be written according to the Rules of Citation detailed below.
2. The articles should be composed by footnote citation.
3. If there is no rules in this attribution system, OSCALA (*The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities*) system must be followed.
4. When it is necessary to refer to an original work (like archive documents, etc.), preferred method should be used in a uniform manner throughout the article.
5. All details of treatise should be indicated in the first place where cited to it. In the ongoing parts of article, citation should be an abbreviation such as (**Author's Surname**, page to be cited). If more than one treatise of the same author has been cited, in order to distinguish the treatise in abbreviation, that should be cited thereby indicating the year (**Authors Surname** (year), page to be cited) which treatise is published.
6. Author's surname and first name should be bold in the first place of citation and bibliography. In the ongoing parts of article only the Author's surname should be cited bold in footnotes. The use of "Ibid" is not accepted.
7. If there is information on the issue of resource type, "^" sign refers to the requirement to indicate the relevant information.
8. The "l.a.d." expression refers to the date of last access.

BOOK

Author's Surname, Name (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher.

Example in First Citation and Bibliography:

Uşan, M. Fatih (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Edition, Ankara, Seçkin, p.25.

Short Citation Example:

Uşan, p.25.

In case of two author:

Author's Surname, Name/2. Author's Surname, Name (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher

Example:

Acer, Yücel/Kaya, İbrahim (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Edition, Ankara, Seçkin.

In case of four and more author:

All details of treatise should be indicated in first place where cited to it; in the ongoing parts of article after the first three authors' surnames the other authors should be represented with the shortening of "and others"

Example in First Citation and Bibliography:

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, Ilker (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Edition, Ankara, Seçkin.

Short Citation Example:

Özbek/Doğan/Bacaksız and others, p.13.

EDITED BOOK

Editor's Surname, Name (Editor) (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher.

Example:

Dülger, İbrahim (Editor) (2010) Hukuka Giriş, 4. Edition, Konya, Sayram.

BOOK SECTION

Author's Surname, Name (Year) "Article title": Editor's Surname, Name (Editor/s), Book title, Edition, City, Publisher.

Example:

Uşan, M. Fatih (2014) "İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi": Aydın, Ufuk/Kocabaş, Fatma (Editors), Bireysel İş Hukuku, 1. Edition, Eskisehir, Anadolu University Publications.

TRANSLATION BOOK

Author's Surname, Name (Year), Book's Name, Edition, City, Publisher (Translator: Translator's Surname, Name (Year) Translation Book's Name, Edition, City, Publisher).

Example:

Dworkin, Ronald (1977) Taking Rights Seriously, 1. Edition, London, Gerald Duckworth (Translator: Türkbağ, Ahmet Ulvi (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1. Edition, Ankara, Dost).

ELECTRONIC BOOKS

Author's Surname, Name (Year) Book's Name, <Internet address> I.a.d. Date.

Example:

Demircioğlu, A. Murat (2010) Labor in law Turkey, <<http://search.eschost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813>> I.a.d. 10.08.2015.

ELECTRONIC BOOK CHAPTER

Author's Surname, Name "Article's Name": Editor's Surname, Name (Year) Book's Name <Internet address> I.a.d. Date.

Example:

Keser, Leyla/Kaya, Mehmet Bedii (2015) "Multistakeholder as Governance Groups: Observations from Case Studies: Turkish Internet Improvement Board": Gasser, Urs/Budish, Ryan/West, Sarah Myers (Editörler), The Berkman Center for Internet & Society Research Publication Series, <http://cyber.law.harvard.edu/publications/2014/internet_governance> I.a.d. 10.08.2015.

ARTICLE

Surname, Name (Year) “Article’s Name”, Journal’s Name, I: (^Issue) V: (^Volume), The first-last page range.

Example in Bibliography:

Uşan, M. Fatih (2008) “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, Kamu İş, I:1, V:10, p.1-48.

Example in Firs Citation:

Uşan, M. Fatih (2008) “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları” Kamu İş, I:1, V:10, p.20

Short Citation Example:

Uşan, p.22.

ELECTRONIC ARTICLE

Surname, Name (Year) “Article’s Name”, Journal’s Name <Internet address> l.a.d. Date.

Example: **Uşan, M. Fatih** (2003) “Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve İş Mevzuatı”, e-academy <<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>> l.a.d. 28.07.2015.

CONFERENCE PROCEEDING

Author’s Surname, Name (^Year) “Title of the Annunciation”, Editor’s Surname, Name (Editor/s), Conference Name, Date, Place.

Example:

Uşan, M. Fatih, “Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği”: Toprak, Ahmet (Editor), 7. International Occupational Health and Safety Conference, 4-7 May 2014, Labor and Social Security Ministry-Occupational Health and Safety General Directorate, İstanbul.

THESIS

Author’s Surname, Name (Year) “Thesis Head” (Type: Masters-Doctorate), University, Institute.

Example:

Kılınç, Ahmet (2013) “Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir” (Doctorate), Gazi University, Institute of Social Sciences.

COURT DECISION

^Case Name, Mercier, ^Application No, ^E:, K:, T:, ^Citation.

Example 1:

Burak Günay Başvurusu (2), AYM, Application No: 2013/6218, K.T. 10.6.2015.

Example 2:

Penal Department No. 2 of the Supreme Court. E: 2011/2-395, K: 2012/89, T: 13.03.2012.

OFFICIAL GAZETTE

Gazette Name, N: Number, D: Date.

Example:

Official Gazette of the Republic of Türkiye, N: 31640, D: 26.10.2021.

WEB ADDRESS

Surname, Name, Authority, Title <Internet address> l.a.d. Date.

Example:

Uşan, M. Fatih, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>> l.a.d. 07/27/2015.

- If the cited web page hasn't got page numbers, the first citation should be made as per above and ongoing citations should include reference to first footnote.

Example:

Uşan, fn. 24.

THE REPORT

Surname, Name, Institution (Year) Title, Report Name, ^Report No:, <Internet address> l.a.d. Date.

Example:

Oğuz, Fuat & Kent, Bülent, Istanbul Chamber of Commerce (2011) “Anayasa’da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler”, <<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-arastirmasi.pdf-constitution>> l.a.d. 07/27/2015.

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD)

Yıldırım Beyazıt Law Review (YBLR)

ETİK İLKELER

Giriş ve Tanımlar

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisine gönderilen makaleler ve çeviriler özgün olmalı, yayınlanmamış olmalı ve her koşulda başka bir yayında değerlendirme sürecinde olmamalıdır. İntihal, sahtecilik, çarpıtma, tekrar yayım, dilimleme (makale dilimleme veya dilimleyerek yayın), haksız yazarlık, araştırma/veri fabrikasyonu, telif hakları ihlali ve çıkar çatışmasının gizlenmesi etik dışı eylem ve davranışlar olarak kabul edilmektedir.

Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi 4. madde hükmünün 1. fıkrasında etik dışı eylem ve davranışlar aşağıdaki şekilde tanımlanmıştır:

İntihal: Başkalarının özgün fikirlerini, metotlarını, verilerini veya eserlerini bilimsel kurallara uygun biçimde atıf yapmadan kısmen veya tamamen kendi eseri gibi göstermek,

Sahtecilik: Bilimsel araştırmalarda gerçekte var olmayan veya tahrif edilmiş verileri kullanmak,

Çarpıtma: Araştırma kayıtları veya elde edilen verileri tahrif etmek, araştırmada kullanılmayan metod, cihaz veya materyalleri kullanılmış gibi göstermek, destek alınan kişi ve kuruluşların çıkarları doğrultusunda araştırma sonuçlarını tahrif etmek veya şekillendirmek,

Tekrar yayım: Mükerrer yayınlarını akademik atama ve yükselmelerde ayrı yayınlar olarak sunmak,

Dilimleme: Bir araştırmanın sonuçlarını, araştırmanın bütünlüğünü bozacak şekilde ve uygun olmayan biçimde parçalara ayırıp birden fazla sayıda yayımlayarak bu yayınları akademik atama ve yükselmelerde ayrı yayınlar olarak sunmak,

Haksız yazarlık: Aktif katkısı olmayan kişileri yazarlar arasına dâhil etmek veya olan kişileri dâhil etmemek, yazar sıralamasını gerekçesiz ve uygun olmayan bir biçimde değiştirmek, aktif katkısı olanların isimlerini sonraki baskılarda eserden çıkartmak, aktif katkısı olmadığı hâlde nüfuzunu kullanarak ismini yazarlar arasına dâhil ettirmek.

Araştırma Etiği

Hukuk alanındaki bilimsel çalışmalar ve çevirilerde araştırma konusu, makale veya çeviri tasarımı, araştırma verileri, araştırma veya çeviri metni ve geri bildirim aşamaları söz konusu olabilir. Bu aşamalarda gündeme gelecek etik ilkelere uygunluk yazarların sorumluluğundadır. Bu aşamalarda;

- Bütünlük, kalite ve şeffaflık ilkelerine riayet edilmeli,

- Eserin ortaya çıkarılmasında katkıda bulunan tüm özel ve tüzel kişiler (veri sağlayıcıları, geri bildirimde bulunanlar, yazar ekibi) eserin yayınlanması ile özellikle kişisel verilere dair gündeme gelecek durumlar hakkında bilgilendirilmeli,
- Eserin ortaya çıkarılmasında katkıda bulunan tüm özel ve tüzel kişiler gönüllülük esasıyla katılım sağlamalı ve bu kişilerden gerekli izin ve onaylar alınmalı,
- Bilimselliğin amacına uygun şekilde tarafsız, açık ve net olunmalıdır.

Yazarlarca yukarıdaki ilkelere uyulmaması halinde etik ilke ihlalleri sayılacak diğer davranışlar, Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi 4/2 madde hükmü kapsamında belirtilmiştir:

- Destek alınarak yürütülen araştırmalar sonucu yapılan yayınlarda destek veren kişi, kurum veya kuruluşlar ile bunların katkılarını belirtmemek,
- Henüz sunulmamış veya savunularak kabul edilmemiş tez veya çalışmaları, sahibinin izni olmadan kaynak olarak kullanmak,
- Yayınlarında hasta haklarına riayet etmemek,
- İnsanlarla ilgili biyomedikal araştırmalarda veya diğer klinik araştırmalarda ilgili mevzuat hükümlerine aykırı davranmak,
- İncelemek üzere görevlendirildiği bir eserde yer alan bilgileri eser sahibinin açık izni olmaksızın yayımlanmadan önce başkalarıyla paylaşmak,
- Bilimsel araştırma için sağlanan veya ayrılan kaynakları, mekânları, imkânları ve cihazları amaç dışı kullanmak,
- Bilimsel bir çalışma kapsamında yapılan anket ve tutum araştırmalarında katılımcıların açık rızasını almadan ya da araştırma bir kurumda yapılacaksa ayrıca kurumun iznini almadan elde edilen verileri yayımlamak,
- Araştırmacılar veya yetkililerce, yapılan bilimsel araştırma ile ilgili olarak muhtemel zararlı uygulamalar konusunda ilgilileri bilgilendirme ve uyarma yükümlülüğüne uymamak,
- Bilimsel çalışmalarda, diğer kişi ve kurumlardan temin edilen veri ve bilgileri, izin verildiği ölçüde ve şekilde kullanmamak, bu bilgilerin gizliliğine riayet etmemek ve korunmasını sağlamamak,
- Akademik atama ve yükseltmelere ilişkin başvurularda bilimsel araştırma ve yayınlara ilişkin yanlış veya yanıltıcı beyanda bulunmak,
- Akademik teamüllere aykırı olarak bir doçent adayında etik açıdan beklenmeyen tutum ve davranışlarda bulunmak,
- Başvuru dosyasında mevcut olmayan bir dergiyi mevcut yahut indekslerde taranmayan bir dergiyi tanıyıcı gibi göstererek, ya da hakemli olmayan bir dergiyi hakemli olarak belirterek yayın yapmak.

ETHICAL GUIDELINES

Introduction and Definitions

Articles and translations submitted to YBHD shall be authentic, unpublished and in all circumstances, shall not be in a peer reviewing process for another publishing. Plagiarism, fraud, distortion, repeated publication, slicing (slicing an article or salami-slicing), unfair authorship, research/data fabrication, copyright infringements and concealment of conflict of interests are regarded as unethical acts and behaviors.

Stated unethical acts and behaviors are defined under Clause 1 of the Council of Higher Education Scientific Research and Publication Ethics Directive, Article 4 as follows:

Plagiarism: Presenting others' ideas, methods, data, applications, writings, shapes or works as if it were their own work without reference to scientific ethical rules,

Fraud: To use produced or distorted data that is not based on research in scientific researches,

Distortion: Distorting or shaping research results to falsify research records or obtained data, to show methods, devices and materials that are not used in the research as used, to falsify the data or results in line with the interests of individuals and organizations that support is received,

Repeated publication: To present repeating publications as separate works in academic appointments and promotions,

Slicing: To present the results of a research as separate works in academic appointments and promotions, disrupting the integrity of the research and disassembling it inappropriately, and making numerous publications without reference to each other,

Unfair authorship: Adding people who do not have an active contribution to the articles authors or not including people who have an active contribution among the authors, changing the authors' order unjustly and inappropriately, removing the names of those who have an active contribution from the work during publication or in subsequent editions, including the name of others' among the authors who do not have an active contribution but exert their influence.

Research Ethics

For the scientific researches and translations in the field of legal studies, the phases of research subject, article or translation design, research data, research or translation text and feedback can be present. Compliance with the ethical principles to come up in these phases is under the Author's responsibility.

At these phases;

- Integrity, quality and transparency principles shall be abided,

- All private and legal entities (data providers, feedbackers, team of authors) who contribute to the creation of the work shall be informed about the issues that will come to the agenda, especially regarding personal data, upon the publication of the work,
- All private and legal persons who contribute to the creation of the work shall participate on a voluntary basis and the necessary permissions and approvals shall be obtained from them,
- Impartiality, clarity and transparency shall be sustained in accordance with the purpose of science.

Acts and behaviors that will be regarded as infringement of ethical principles in the event of noncompliance of the authors with the principles mentioned above, are stated under Clause 2 of the Council of Higher Education Scientific Research and Publication Ethics Directive, Article 4:

- Not indicating the sponsoring persons, institutions or organizations and their contributions in the publications in the researches conducted with their sponsorship, Using theses/dissertations or studies that are not defended or not submitted as a source, without the permission of the owner,
- Not complying with patient rights in their publications,
- To breach the provisions of the relevant legislations on human biomedical research or other clinical research,
- Sharing the information contained in a work that has been assigned for their review with others before it is published, without the explicit permission of the owner of the work,
- Misusing resources, places, facilities and devices provided or allocated for scientific research,
- To publish the data obtained in a questionnaire and attitude surveys conducted within the scope of a scientific study without the express consent of the participants, or if the research is conducted in an institution, also without the permission of the institution,
- Failing to comply with the obligation to inform and warn those concerned about possible harmful practices related to scientific research conducted by researchers or authorities,
- Not using the data and information obtained from other persons and institutions to the extent and as permitted in scientific studies, not respecting the confidentiality of this information or ensuring its protection,
- To make false or misleading statements regarding scientific research and publications in applications for academic appointments and promotions,
- To perform unexpected ethical attitudes and behaviors in an associate professor contrary to academic practices,
- To present a journal that is not included in the application file, or to show a journal that is not scanned in the indexes as it is scanned, or to specify a non-refereed journal as a refereed journal.