

# HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

*ZEITSCHRIFT FÜR TÜRKISCH-DEUTSCHE RECHTSSTUDIEN*

2024  
Cilt-6 Sayı-1  
Jahrgang-6 Heft-1



**TÜRK-ALMAN ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**ZEITSCHRIFT FÜR TÜRKISCH-  
DEUTSCHE RECHTSSTUDIEN**



**Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**  
Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien  
Cilt/Jahrgang: 6 • Sayı/Heft: 1 • Haziran/ Juni 2024  
ISSN: 2687-3923 E-ISSN: 2687-461X

**Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6 ayda bir Haziran ve Aralık aylarında yayınlanan hakemli bir dergidir.**  
Die Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR) erscheint alle sechs Monate im Juni und Dezember nach Durchführung eines Peer-Reviews

**Dergi Hakkında/Über die Zeitschrift**

**Yayın Sahibi/Herausgeber**  
**Türk-Alman Üniversitesi**  
Türkisch-Deutsche Universität

**Yayın Sahibi Temsilcisi/Vertreter des Herausgebers**

**Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı**  
Dekan der Fakultät für Rechtswissenschaft, Türkisch-Deutsche Universität  
Prof. Dr. Ali Kemal Yıldız

**Baş Editörler/Chefredakteure**  
Prof. Dr. Dres. h. c. mult. Philip Kunig  
Prof. Dr. Ali Kemal Yıldız, Doç. Dr. Berke Özenç

**Baş Editör Yardımcıları/Co-Chefredakteure**  
Prof. Dr. İrfan Akın, Araş. Gör. Lütfullah Yasin Akbulut,  
Araş. Gör. Zehra Büşra Kayaözü, Araş. Gör. Muhammed Ali Çoban,  
Araş. Gör. İrem Diler, Araş. Gör. Nurdan Özçelik

**Yayın Kurulu/Redaktionsbeirat**  
Prof. Dr. Halil Akkanat, İstanbul Üniversitesi  
Prof. Dr. Ece Göztepe, Bilkent Üniversitesi  
Prof. Dr. Matthias Mahlmann, Zürich Üniversitesi  
Prof. Dr. Yeşim Atamer, Zürich Üniversitesi  
Prof. Dr. Osman Berat Gürzumar, Bilkent Üniversitesi  
Prof. Dr. Henning Rosenau, Martin Luther Üniversitesi, Halle/S.  
Prof. Dr. Abuzer Kendigelen, İstanbul Üniversitesi  
Karl-Heinz Oehler, Türk-Alman Üniversitesi  
Prof. Dr. Murat Atalı, İstanbul Üniversitesi  
Prof. Dr. İzzet Özgenç, Hacı Bayram Veli Üniversitesi  
Prof. Dr. Yasemin Işıқтаç, İstanbul Üniversitesi  
Prof. Dr. Arzu Oğuz, Ankara Üniversitesi  
Prof. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ, Medipol Üniversitesi  
Prof. Dr. Zafer Zeytin, Türk-Alman Üniversitesi

Prof. Dr. Huang Hui, Pekin Üniversitesi  
Prof. Dr. Osman Doğru, Marmara Üniversitesi

**Dil Editörü/Spracheditor**

Dr. Karen Klein, Türk-Alman Üniversitesi

**Yönetim Yeri/Hauptverwaltung**

**Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

Türkisch-Deutsche Universität, Fakultät für Rechtswissenschaft

**Yayın Türü/Publikationsart**

**Yaygın Süreli Yayın/Periodische Publikation**

**Yayın Dili/Sprachen**

**Türkçe, Almanca, İngilizce/Türkisch, Deutsch, Englisch**

**Yayın Periyodu/Veröffentlichungszeitraum**

**Altı ayda bir Haziran ve Aralık aylarında yayınlanır/Halbjährlich (Juni,  
Dezember)**

**Baskı ve Cilt/Druckerei**

Filiz Kitabevi Basım Yayın Dağıtım

Petrol Ürünleri Sanayi ve Tic. Ltd. Şti.

Matbaacı Sertifika Numarası: 48596

Filiz Kitabevi Basım Yayın Dağıtım

Petrol Ürünleri Sanayi ve Tic. Ltd. Şti.

Cemal Yener Tosyalı Cad. No: 57/A (113)

Vefa-Fatih/İSTANBUL

Tel: (212) 527 0 718 - (850)441 0 359

Faks: (212) 519 20 71

www.filizkitabevi.com bilgi@filizkitabevi.com

Yayıncı Sertifika Numarası: 48596

**İletişim/Kontakt**

**Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

Şahinkaya Cad. 86 - 34820 Beykoz / İSTANBUL, e-mail: hukuk@tau.edu.tr

http://www.tau.edu.tr - http://hukuk.tau.edu.tr

Tel: +90 (216) 333 30 00 Web: http://hfd.tau.edu.tr/

E-mail: tauhfd@tau.edu.tr, ztdr@tau.edu.tr

**Basım Tarihi/Druckdatum**

**Haziran / Juni 2024**

## İçindekiler/Inhaltsverzeichnis

MAKALELER/AUFSÄTZE.....1

### **Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçunun Anayasallığı**

Die Verfassungsmäßigkeit der Straftat der öffentlichen Verbreitung  
irreführender Information .....3

Doç. Dr. Tefvik Sönmez KÜÇÜK

### **Constitutional Arab Identity Referring To National Unity: The Cases of Lebanon, Syria, and Jordan**

Ulusal Birliğe Atfla Anayasal Arap Kimliğinin Kullanımı: Lübnan, Suriye ve  
Ürdün Örnekleri .....49

Dr. Öğr. Üyesi Abdullah Musab ŞAHİN

### **İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi Bağlamında Kültürel Yaşama Katılma Hakkı (İHEB Madde 27)**

Das Recht auf Teilnahme am kulturellen Leben im Kontext der Allgemeinen  
Erklärung der Menschenrechte (Artikel 27 ÄMR) .....91

Dr. Ahmet Mert DUYGUN, Av. Battal ŞAHİN

### **Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin 2023/12611 Esas, 2023/Değişik İş Karar Sayılı ve 8.11.2023 Tarihli Kararının Anayasa Mahkemesi Üyeleri Hakkında Suç Duyurusunda Bulunulması Noktasında İncelenmesi**

Prüfung des Beschlusses der Dritten Kammer für Strafsachen des  
Kassationsgerichtshofs mit den Aktenzeichen 2023/12611, 2023/Sonstige Fragen  
und 8.11.2023 datiert im Hinblick auf die Einreichung von Strafanzeigen  
gegen die Mitglieder des Verfassungsgerichts .....150

Araş. Gör. Dr. Burak TAŞ

### **İcra ve İflâs Kanunu'nun Konutta Hacze İlişkin 79/A Maddesinin Değerlendirilmesi**

Bewertung des § 79/A des Exekutions- und Konkursgesetzes über die  
Beschlagnahme in der Wohnung.....172

Doç. Dr. Nilüfer BORAN GÜNEYSU

<b>Drei Urteile des Bundesverfassungsgerichts zum Kopftuch –Eine vergleichende Analyse–</b>	
Federal Almanya Anayasa Mahkemesinin Başörtüsüne İlişkin Üç Kararı – Karşılaştırmalı Bir Analiz– .....	224
Dr. iur. Berçin KUZU	
<b>G. Radbruch: Kültürbilim Olarak Hukuk Bilimi</b>	
G. Radbruch: Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft .....	258
Dr. Öğr. Üyesi Güneş ÇAP	
<b>Baskı Feshi ve Türk İş Hukuku’nda Uygulanabilirliği</b>	
Die Druckkündigung und ihre Anwendbarkeit im türkischen Arbeitsrecht....	296
Dr. Öğr. Üyesi İrem YAYVAK NAMLI, Araş. Gör. Halil Mert ÖZEL	
<b>Çekte Düzenleme Tarihi ve Düzenleme Tarihinde Tahrifat Yapılmasının Sonuçları</b>	
Das Ausstellungsdatum des Schecks und die Folgen der Fälschung hinsichtlich des Ausstellungsdatums .....	329
Dr. Öğr. Üyesi Safiye Nur BAĞRIAÇIK SİMİL	
<b>Yurt Dışında Yaşayan Türk Vatandaşlarının Oy Hakkı ve Temsili</b>	
Wahlrecht der im Ausland lebenden türkischen Bürger sowie deren Repräsentation .....	386
Dr. Öğr. Üyesi Ömer Emrullah EGELİĞİ	
<b>RAPORLAR/BERICHTE .....</b>	<b>445</b>
<b>75 Jahre Grundgesetz - Tagungsbericht zum Geburtstag der deutschen Verfassung</b>	
Anayasa’nın 75 yılı - Alman Anayasası’nın Yıldönümüne İlişkin Konferans Raporu .....	447
Raporlayan/ Berichterstatter(in): Doç. Dr. Joachim KRETSCHMER, Dr. Taner AYDIN, Dr. Karen KLEIN, Dr. Susanne SCHUSTER	
<b>Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</b>	
Yayın İlkeleri ve Yazım Kuralları .....	471
Zeitschrift für Türkisch-Deutsche Rechtsstudien	
Publikationsrichtlinien und Redaktionsvorgaben.....	477

## **MAKALELER/AUFSÄTZE**





## Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçunun Anayasallığı

### Die Verfassungsmäßigkeit der Straftat der öffentlichen Verbreitung irreführender Information

Doç. Dr. Tevfik Sönmez KÜÇÜK\*

#### ÖZ

*Çoğulcu demokratik sistemin tesis edilmesinde ifade özgürlüğünün oynadığı rol inkâr edilemez. Söz konusu özgürlük, alternatif bilgi kaynaklarına erişimin önünü açarak kamuoyunun bilgi edinme hakkına hizmet eder. Ancak, bu noktada, Türk hukukunda, 12.10.2022 tarih, 7418 sayılı Kanun'un 29. maddesi ile "Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçu" (TCK md. 217/A) ihdas edilmiştir. Adı geçen norm, ifade özgürlüğünü sınırlandırmış ve uygulamada bu durum, birçok hukuki tartışmayı beraberinde getirmiştir. İşte, anılan çalışmada, ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlamanın anayasallığı; kanunla öngörülme, meşru amaca yönelme, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olma, sınırlama konusunda zorlayıcı toplumsal ihtiyaç ve ölçülülük ilkesi (sınırlamanın yol açacağı "caydırıcı etki" ve anonim kalma hakkı üzerindeki etkisi) bakımından Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatları gözetilerek ayrıntılı olarak analiz edilecektir.*

**Anahtar Kelimeler:** *Halkı yanıltıcı bilgi, dezenformasyon, kanunla sınırlama, meşru amaç, demokratik toplum düzeninin gerekleri*

\* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, tevfik.kucuk@yeditepe.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3876-9985.



## Constitutionality of the Crime of Publicly Disseminating Information Misleading the Public

### ABSTRACT

*The pivotal role that freedom of expression plays in the establishment of a pluralistic democratic system is undeniable. The mentioned freedom serves society's right to information by facilitating access to alternative sources of information. However, at this point, the crime of "publicly disseminating information misleading the public" (Turkish Penal Code art. 217/A) has been established in Turkish law through Article 29 of Law No. 7418, dated 12.10.2022. The article in question imposed restrictions on freedom of expression, leading to numerous legal debates in practice. In this study, the constitutionality of the limitation on freedom of expression will be analyzed in detail. This analysis will consider whether the limitation is prescribed by law, pursues a legitimate purpose, is compliant with the requirements of the democratic order of society, and satisfies the compelling social need for restriction. Additionally, the principle of proportionality, including the "chilling effect" caused by the limitation and its impact on the right to remain anonymous, will be examined. This analysis will take into account the decisions made by both the Turkish Constitutional Court and the European Court of Human Rights.*

**Keywords:** *Information misleading the public, disinformation, restricting by law, legitimate purpose, the requirements of the democratic order of society*

### GİRİŞ

Türkiye'de anayasa hukuku alanında yaşanan sorunlar her daim güncelliğini korumuş; geniş halk kitlelerinin hep ilgisini çekmiştir. Bu bağlamda demokrasinin işleyişi için yaşamsal değerde olan ifade özgürlüğünün, bir suç ihdas edilerek sınırlandırılması, yani "düşünce suçu" kavramı bu hukuki tartışmaların merkezinde olmuştur. Türk hukukunda, bahse konu anayasal tartışmaların gölgesinde, sosyal

medyadan ve internetten haber ve fikir paylaşımları yakından ilgilendiren önemli bir yasa değişikliği yapılmıştır. 13.10.2022 tarih ve 7418 sayılı Kanun'un 29. maddesi ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na (TCK) 217/A maddesi eklenmiş ve "Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma" suçu oluşturulmuştur.<sup>1</sup> Madde metni şu şekildedir:

"Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma

Madde 217/A- (Ek:13/10/2022-7418/29 md.)

(1) Sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilgiyi, kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayan kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

(2) Fail, suçu gerçek kimliğini gizleyerek veya bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlemesi hâlinde, birinci fıkraya göre verilen ceza yarı oranında artırılır."

Söz konusu hükmün kabul edilmesi ile ifade ve basın özgürlüğünün Anayasa'ya aykırı olarak sınırlandırıldığına ilişkin görüşler ortaya atılmış ve bu cezalandırıcı hükmün otosansüre neden olabileceği eleştirisi yapılmıştır.<sup>2</sup> Oysa çoğulcu demokratik yaşamın temelini oluşturan ifade özgürlüğü; kişinin, haber ve bilgilere, başkalarının düşüncelerine serbestçe ulaşabilmesi, görüşleri nedeniyle kınanmaması, fikirlerini tek başına veya toplu olarak ileri sürülebilmesi ve yayabilmesi anlamını taşır. Toplumsal ve siyasal açıdan çoğulcu bir demokratik ortamın tesis edilebilmesi, çoğunluğa muhalif olanlar dâhil olmak üzere her türlü düşüncenin barışçıl olarak ortaya konulmasına bağlıdır.<sup>3</sup> Nitekim İHAM (İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi) da anılan özgürlüğün, çoğulcu demokratik toplumun en önemli ilkelerinden ve

---

<sup>1</sup> Basın Kanunlarında ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 7418, Kabul Tarihi: 13.10.2022, Resmi Gazete Tarih/Sayı: 18.10.2022/31987. Söz konusu kanunun tam metnine ulaşmak için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/10/20221018-1.htm>, Erişim Tarihi: 27.5.2024.

<sup>2</sup> Türk Anayasa Mahkemesi aksi görüştedir. Bkz. AYM, 8.11.2023, E. 2022/129, K. 2023/189.

<sup>3</sup> AYM, Tansel Çölaşan Başvurusu, 2014/6128, 7.7.2015, § 35.

toplumun ilerlemesinin temel koşullarından biri olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme'ye göre ifade özgürlüğü, yalnızca toplumun çoğunluğu tarafından benimsenen, saldırgan olmayan, zararsız görüşler için değil, ayrıca çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gereği olarak şok edici, sarsıcı ve rahatsız edici görüşler açısından da geçerlidir. İfade hürriyetine ilişkin sınırlamalar dar bir yoruma tabi tutulmalı; mutlaka ikna edici gerekçelere dayanmalıdır.<sup>4</sup> Bu özgürlüğün, kişilerin kendilerini ve çevrelerini tanımlamaları, başkalarıyla olan ilişkilerinin kapsamını belirleyebilmeleri adına gerekli olan bir değer olduğu unutulmamalıdır.<sup>5</sup> Ayrıca, İHAM, İHAS (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi) md. 10'da basın özgürlüğünden söz edilmese de ifade özgürlüğünün kullanılması bakımından basına özel bir statü tanıyan bir dizi ilke ve kural geliştirmiştir. Mahkeme, basının İHAS md. 10'da ifade edilen ilkeler için ayrı bir anlam taşıdığını, özellikle toplumsal konular hakkındaki bilgi ve haberleri açıklamanın basının en önemli görevi olduğunu, halkın bu bilgi ve görüşlere ulaşma hakkının bulunduğunu vurgulamıştır.<sup>6</sup>

Görüldüğü üzere ifade ve basın özgürlüğünün güvence altında olmadığı bir atmosferde çoğulcu demokratik bir rejimden bahsedilemez. Hiç şüphesiz bu husus, teknolojinin gelişmesi ile geniş halk kitleleri tarafından erişilebilirliği her geçen gün artan internetin ve sosyal medya platformlarının düzenlenemeyeceği, bu dijital alanlarda yapılan dezenformasyon ile mücadele edilemeyeceği anlamına gelmez. Fakat bu mücadelenin hukuka uygun bir şekilde yürütülmesi gerektiğinin altı çizilmelidir. Zira aksi yönde öne sürülecek bir düşünce, önemli hak ihlallerini beraberine getirebilir. Öyle ki, Türkiye Gazeteciler Sendikası'nın Raporu'na göre Ekim 2022-Nisan 2024 arasında 40 gazeteciye toplam 46 soruşturma açılmış, 10 gazeteci ile ilgili gözaltı kararı alınmış, 4 gazeteci tutuklanmıştır.<sup>7</sup> Tek başına bu örnek bile aslında basın hürriyetinin uygulamada nasıl ihlal edilebileceğini

---

<sup>4</sup> İHAM, Handyside v. Birleşik Krallık, 5493/72, 7.12.1976, § 49.

<sup>5</sup> AYM, Emin Aydın Başvurusu, 2013/2602, 23.1.2014, § 41.

<sup>6</sup> İHAM, Lingens v. Avusturya, 9815/82, 8.7.1986, § 41.

<sup>7</sup> <https://tgs.org.tr/tgs-basin-ozgurlugu-raporu-2023-2024/>, Erişim Tarihi: 27.5.2024.

göstermektedir. Bu nedenle, çalışmada, İHAM ve Türk Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde TCK md. 217/A'nın öngörülebilir bir hüküm olup olmadığı, meşru bir amaca yönelip yönelmediği ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğu anayasal açıdan analiz edilecektir.

## 1. KANUNLA SINIRLAMA

Sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile alakalı gerçeğe aykırı bir bilgiyi, kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayan kimseye hapis cezası verilmesini düzenleyen TCK md. 217/A, düşünce ve bilginin yayılmasını önlemesi nedeniyle ifade hürriyetine bir müdahale teşkil eder. Türk hukukunda hak ve özgürlükleri sınırlayan bir düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmaması ise belli ölçütlere uyulmasına bağlıdır. Bu aşamada Anayasa'nın 13. maddesi önem taşır. Buna göre hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere dayanılarak ancak kanunla sınırlandırılabilir. Sözü edilen sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Anayasa'nın 13. maddesi incelendiğinde, bir temel hak ve hürriyetin, ancak "kanunla" sınırlandırılabilmesi görülür. Kanunla sınırlandırma ölçütü öncelikle Meclis tarafından kanun yapma usulüne uyularak kabul edilen şekli bir kanunun varlığını gerekli kılar.<sup>8</sup> Fakat

---

<sup>8</sup> AYM, Tuğba Arslan Başvurusu [GK], 2014/256, 25.6.2014, § 96. Fakat İHAM'ın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusundaki bakış açısı Anayasa Mahkemesi'nden farklıdır. Temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalenin İHAS kapsamında hukuka uygun kabul edilebilmesi, öncelikle müdahalenin "hukuken öngörülmüş olması" koşuluna bağlıdır. İHAM, "hukukun öngördüğü" ifadesindeki "hukuk" kelimesinin sadece kanunu değil, aynı zamanda yazılı olmayan hukuku da kapsadığını belirtmektedir. Bu sebeple, İHAM'a göre başvuru konusunu oluşturan müdahalenin pozitif norma dayanmayıp "common law"ın bir ürünü olmasının Mahkeme açısından bir önemi yoktur. Zira Mahkeme'ye göre "common law" tarafından öngörülmüş olan bir yasağı, mevzuat biçiminde düzenlenmediğini ileri sürerek hukukun tanımadığı bir yasağın olarak

kanunun şekli varlığı, kanunilik şartının gerçekleştiğinin kabulü için yeterli olmayıp kanunun içeriğinin de belirli bir nitelikte olması gerekir.<sup>9</sup> Bu çerçevede kanunilik ölçütü, temel hak ve özgürlüğü sınırlandıran hükmün erişilebilir ve öngörülebilir olmasını sağlayan belirlilik ilkesinin teminat altına alınması ile gerçekleşir.<sup>10</sup> Belirlilik ilkesi, hükmün keyfi yorum yapılmasını sağlayacak içerikte olmamasını şart koşar. Temel hak ve özgürlüğü sınırlandıran normun, içerik, amaç ve kapsam açısından açık ve anlaşılır olması gerekir. Hak ve özgürlükleri sınırlandırılanlar, ihdas edilen düzenleme ile hukuki statülerinin nasıl değiştiğini bir duraksamaya mahal vermeyecek şekilde açıkça anlayabilmelidirler. Bir yasal düzenlemede hangi davranış ya da olgulara hangi hukuki sonuçların bağlandığı ve kamusal makamların müdahale yetkilerinin kapsamı belli bir kesinlikte açıklanmalıdır.<sup>11</sup> Temel hak ve özgürlükleri

---

nitelendirmek, Sözleşme'yi hazırlayanların amacına aykırıdır. Kaldı ki, bu husus, İHAS'a taraf olan bir "common law" devletini, İHAS'ın 10. maddesinin 2. fıkrasında yer alan güvencelerden yoksun bırakacak ve hukuk sistemini önemli bir ölçüde sarsabilecektir. İHAM, *The Sunday Times v. Birleşik Krallık*, 6538/74, 26.4.1979, § 47; A. Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, 10. Bası, Ankara, 2013, § 670, s. 376.

<sup>9</sup> AYM, Halk Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş. Başvurusu [GK], 2014/19270, 11.7.2019, § 37.

<sup>10</sup> AYM, Hamit Yakut Başvurusu [GK], 2014/6548, 10.6.2021, § 78.

<sup>11</sup> AYM, 8.11.2023, E. 2022/129, K. 2023/189, § 17. Türk hukukunda temel hak ve özgürlükleri sınırlayan şekli anlamda kanunun, kanunilik ilkesine uygun bir düzenleme olarak değerlendirilmesinin, hukuk güvenliği ilkesini ihlal etmeyecek bir şekilde formüle edilmesine bağlı olduğu savunulmuştur. Bu süreçte iki temel özellik ön plana çıkar. Birincisi, kanunla getirilecek sınırlama, ileride tesis edilecek düzenleyici işlemler için yeterli ölçüde somut bir nitelik taşımalıdır. Burada amaçlanan, düzenleyici işlemle kanunda öngörülme-yen yeni bir sınırlamanın kabul edilmesinin önüne geçebilmektir. İkincisi, bu düzenleme, uygulayıcısının şahsi fikir ve yorumuyla değişmeyecek açıklık ve kesinlikle kaleme alınmalıdır. Oktay Uygun, *1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992, s. 92. Kanunilik ilkesi uyarınca Anayasa'daki soyut ifadeler kanunlara aynen aktarılmamalı; temel hak ve hürriyetleri sınırlayıcı mahiyetteki kavramlar, anayasal düzenlemelere kıyasla daha açık ve somut

sınırlandıran kanunların bu özelliklere sahip olması, hukuk devleti ilkesinin bir ögesi olan hukuki güvenlik ilkesinin de bir gereğidir. Zira söz konusu ilke, düzenlemelerin öngörülebilir nitelikte olmasını; kişilerin, devletin bütün eylem ve işlemlerine karşı güven duyabilmelerini ve devletin bir kural koyarken vatandaşların güven duygusunu zedelemekten kaçınmasını gerektirir.<sup>12</sup>

İHAM'ın da Türk Anayasa Mahkemesi ile benzer bir görüşte olduğu ifade edilmelidir. Mahkeme'ye göre "hukuken öngörülebilir olma" kavramı, müdahalenin hukuki temelini teşkil eden normun

---

şekilde oluşturulmalıdırlar. Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 *Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Basım Yayım, 20. Bası, İstanbul, 2020, s. 159.

- <sup>12</sup> AYM, 20.5.2010, E. 2009/51, K. 2010/73; AYM, 8.11.2023, E. 2022/129, K. 2023/189, § 17. Kanunun konusunu suç ve ceza teşkil ettiğinde, suç ve cezaya ilişkin ifadelerin açık ve kesin olması ayrı bir önem taşır. Zira bu hâlde, kişi hürriyetine ağır bir müdahale oluşur. Yaptırımın ağırlığı sebebiyle ceza hükmünün açık, tereddüde yer vermeyecek şekilde düzenlenmesi şarttır. Bu durum, 1982 Anayasası'nın 38. maddesinde düzenlenen "Kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesinin de bir gereğidir. AYM, 8.11.2023, E. 2022/129, K. 2023/189, [Hasan Tahsin Gökcan'ın Karşı Oyu, § 7.]. Anayasa Mahkemesi bu konu hakkında şu tespitlerde bulunmuştur: "Kamu otoritesinin ve bunun bir sonucu olan ceza verme yetkisinin keyfi ve hukuk dışı amaçlarla kullanılmasının önlenmesi, kanunilik ilkesinin katı bir şekilde uygulanmasıyla mümkün olabilir. Bu doğrultuda, kamu otoritesini temsil eden yasama, yürütme ve yargı erklerinin, bu ilkeye saygılı hareket etmeleri; suç ve cezalara ilişkin kanuni düzenlemelerin sınırlarının, yasama organı tarafından belirgin bir şekilde çizilmesi, ... ceza hukukunu uygulamakla görevli yargı organının da kanunlarda belirlenen suç ve cezaların kapsamını yorum yoluyla genişletmemesi gerekir.". AYM, Karlıs A.Ş. Başvurusu, 2013/849, 15.4.2014, § 33. Suç ve cezaların kanunla düzenlenmesi konusunda öne sürülen nedenler için bkz. Güçlü Akyürek, "Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu Üzerine Düşünceler (TCK m.217/A)", *MEFHFD*, Cilt 1, Sayı 2, Aralık 2022, s. 208-209. Hakka yönelik sınırlama, ceza yaptırımı niteliğini taşımaktaysa, "hukuken öngörülme" şartının yanı sıra, Sözleşme'nin 7. maddesinin de dikkate alınması gerekir. Gözübüyük, Gölcüklü, *Avrupa...*, § 669, s. 376.



erişilebilir ve öngörülebilir olması anlamına gelir.<sup>13</sup> İHAM'ın yerleşik içtihatları gereğince hüküm, yurttaşların davranışlarını düzenlemelerine imkân verecek açıklıkta formüle edilmediği sürece öngörülebilirlik koşulunun gerçekleştiği iddiasında bulunulamaz. Vatandaş, (gerekirse bir uzman tavsiyesinden sonra) makul bir dereceye kadar hareketlerinin yol açacağı muhtemel sonuçları kavrayabilmelidir. Fakat bu sonuçların mutlak bir kesinlikle öngörülebilir olması şart değildir. Ayrıca, deneyimler bu tür bir kesinliğin gerçekleşme ihtimalinin gerçekçi olmadığını da gösterir. Her ne kadar hukuk kuralının açık ve kesin olması istenilen bir durum olsa da bu husus, değişen şartlara uygun yorum yapılmasını önleyebilir. Bu nedenle, İHAM'ın işaret ettiği üzere günümüzde kaçınılmaz şekilde birçok norm, az ya da çok belirsiz terimlerle ifade edilmek durumundadır.<sup>14</sup> Nitekim Mahkeme, başka bir kararında, kuralın, başvuruçunun suçu işlediği anda ulusal ve uluslararası hukuk tarafından davranışlarını yönlendirebilecek ve keyfiliği engelleyebilecek ölçüde açık olması hâlinde öngörülebilir olacağına hükmetmiştir.<sup>15</sup> Şayet somut olayda yurttaşlar, hangi hareketlerinin yasaklandığını, hangilerine izin verildiğini açık olarak bilemezlerse, hukuka uygun davranma olanağını kaybedecekleri için<sup>16</sup> temel hakkı sınırlandıran normun asgari düzeyde anlaşılabilir olması beklenir. İHAM'a göre müdahalenin İHAS'a uygunluğu, "hukuken öngörülebilir olma" koşuluna bağlı olup müdahalenin hukuken

---

<sup>13</sup> İHAM, Rotaru v. Romanya, 28341/95, 4.5.2000, § 52. Ayrıca, Federal Alman anayasa hukukunda geçerli olan "Wesentlichkeitstheorie (theory of essentialness)" gereğince de kanun koyucu, düzenleme yapılan alanın "esaslı" noktalarını hükme bağlamalı ve yürütme organına herhangi bir takdir yetkisi bırakmamalıdır. BVerfGE 83, 130, 27.11.1990, § 38. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre yasama organına tanınmış olan düzenleme yapma yükümlülüğü sayesinde siyasal muhalefet, ilgililer ve kamuoyu, kanunun oluşum sürecinde görüşlerini aktararak yasama sürecine katkı sunabilirler. BVerfGE 95, 267, 8.4.1997, § 157.

<sup>14</sup> İHAM, The Sunday Times v. Birleşik Krallık, § 49.

<sup>15</sup> İHAM, Žaja v. Hırvatistan, 37462/09, 4.1.2017, § 93.

<sup>16</sup> Bart Van der Sloot, "The Quality of Law: How the European Court of Human Rights gradually became a European Constitutional Court for privacy cases", *JIPITEC*, Volume 11, Issue 2, 2020, § 14, s. 164.

öngörülebilir olmadığı sonucuna ulaşırsa, “meşru amaç” ve “demokratik bir toplumda gereklilik” ölçütleri açısından bir incelemeye gerek kalmaz.<sup>17</sup>

Bu açıklamalar doğrultusunda TCK md. 217/A tahlil edildiğinde, anılan düzenlemenin öngörülebilirlik açısından eleştiriye açık olduğu öne sürülebilir. Kanun metnine göre öncelikle ortada gerçeğe aykırı olan bir bilgi bulunmalıdır.<sup>18</sup> Anayasa Mahkemesi, gerçeğe aykırı bilgi

---

<sup>17</sup> İHAM, Hasan ve Chaush v. Bulgaristan, 30985/96, 26.10.2000, § 88.

<sup>18</sup> Madde başlığında, “Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma” ifadeleri yer almaktayken, madde metninde “gerçeğe aykırı bilgi” ibaresinin kullanıldığı fark edilir. Ancak, yanıltıcı bilgi ve gerçeğe aykırı bilgi kavramları eş anlamlı değildir. Yanıltıcı nitelikte olan bir bilgi, gerçeğe aykırı olmayabilir. Bu kavramların nasıl ayrıştıkları öğretide şu şekilde açıklanmıştır: Örneğin bir terör saldırısı sonrasında henüz yakalanamamış fail hakkında sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle kamu barışını bozacak biçimde, anılan failin hâlâ tehlike arz ettiği ve yeni saldırılar yapabileceği şeklinde haber yapılarak yanıltıcı bilgi verilebilir. Bu durumda failin yakalanamadığı gerçektir, fakat bu aşamada verilen diğer bilgiler yanıltıcı mahiyettedir. Böylece, belli bir olgusal temele dayanan bu bilgilerin gerçeğe aykırı oldukları ortaya konulmadığı müddetçe bu bilgileri yayan kişinin TCK md. 217/A’da düzenlenen suçu işlediği öne sürülemez. Murat Balcı, Kerim Çakır, “Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK m. 217/A)”, *AndHD*, Cilt 9, Sayı 1, Ocak 2023, s. 7-8. Sahte haber (fake news) ile gerçeğe aykırı haber ya da bilgi kavramlarının ayrıştığı da öğretide iddia edilmiştir. Buna göre sahte haber, gerçeğe aykırı bilgileri içeren haberin kasten üretilmesi anlamını taşımaktayken, gerçeğe aykırı haber veya bilgi açısından önem taşıyan husus, paylaşılan bilginin doğru olmamasıdır. Diğer bir ifade ile gerçeğe aykırı bilginin kasıtlı olarak üretilmesine gerek yoktur. Chih-Chien Wang, “Fake News and Related Concepts: Definitions and Recent Research Development”, *Contemporary Management Research*, Volume 16, Issue 3, 2020, s. 149. Ne var ki, bu husus, suçun oluşabilmesi için bilginin gerçeğe aykırı olduğunun bilinmesi gerekliliğini değiştirmez. Ayrıca, gerçeğe aykırı haber kavramı, editoryal hatalardan kaynaklı bilgi ve haberlerden ayrılmalıdır. Alessio Sardo, “Categories, Balancing, and Fake News: The Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, Volume 33, Issue 2, August 2020, s. 451. Basın mensuplarınca kasten yapılmamış yazım veya dilbilgisi hataları,

hakkında yaptığı değerlendirmede, haber veya makalede yer alan ifadelerin olgusal açıdan bir temele dayanıp dayanmadığı hususunu ve uyuşmazlık konusu açıklamaların somut unsurlarla yeterli ölçüde desteklenip desteklenmediğini göz önünde tutar.<sup>19</sup> Basın özgürlüğü kapsamında gerçekleştirilen incelemede basının bir olgunun doğruluğunu ispat eden savcı gibi davranması beklenmez. Haberin oluşturulması sürecinde basının somut gerçeklik araştırması yapması söz konusu olmayıp araştırma yükümlülüğü, yayının yapıldığı andaki olayın ortaya çıkma şekline (görünüşte gerçeklik) uygun olmalıdır.<sup>20</sup> Burada kastedilen, olgusal temele dayanan gerçeklik olup değer yargılarını içeren görüş açıklamalarının kanıtlanması mümkün olmadığı

---

İHAS'ın sağladığı hukuki güvenceden faydalanır. Viktoria Mazur, Archil Chocia, "Definition and Regulation as an Effective Measure to Fight Fake News in the European Union", *European Studies*, Volume 9, Issue 1, 2022, s. 25. Nihayet, sansasyonel ve eğlence amaçlı hikâyeler kurgulayan web siteleri ya da güncel toplumsal sorunları hiciv yaparak ileten haberler, "gerçeğe aykırı bilgi" olarak nitelendirilemez. Sardo, "Categories, Balancing, and Fake News...", s. 451-452. Fakat söz konusu bilgi ve haberlerin sanki gerçekmiş gibi kamuoyuna sunulması hâli saklıdır. Mazur, Chocia, "Definition and Regulation...", s. 25.

<sup>19</sup> AYM, 8.11.2023, E. 2022/129, K. 2023/189, § 18.

<sup>20</sup> AYM, 8.11.2023, E. 2022/129, K. 2023/189, § 19; AYM, Uğurlu Gazetecilik Basın Yayın Matbaacılık Reklamcılık Ltd. Şti. Başvurusu (2) [GK], 2016/12313, 26.12.2019, § 52. İHAM ise söylentilere dayanan haberlerin doğru olduğunun her yönüyle kanıtlanmasının başvuruçudan istenemeyeceği görüşündedir. Mahkeme, her haber ve bilgi için aranan doğruluk şartını makul olmayan bir talep olarak nitelendirir. İHAM, Thorgeir Thorgeirson v. İzlanda, 13778/88, 25.6.1992, § 65. Basının yalnızca kanıtlanmış haber veya bilgileri iletme yükümlülüğüne tabi olduğunun kabul edilmesi durumunda neredeyse hiçbir haber ve bilginin yayımlanamayacağı, haber alma hakkının işlevini uygulamada kaybedeceği unutulmamalıdır. Sadece inkâr edilemez gerçeklerin dile getirilmesine izin verilirse, iletişim olumsuz bir yönde etkilenir. Bu sebeple, doğruyu ifade etme yükümlülüğü, ifade özgürlüğünün kullanılmasını tehlikeye atacak biçimde yorumlanmamalıdır. Bernd Holznagel, "Phänomen "Fake News" – Was ist zu tun?", *MMR*, Jahrgang 21, Heft 1, 2018, s. 20.

için bu tür yargılarda hataya düşmek, bahse konu suçu oluşturmaz.<sup>21</sup> Şu kadar ki, ispat şartı bakımından olguların değer yargılarından farklılaşması, değer yargısı niteliği taşıyan düşüncelerin mutlaka olgusal bir temelinin bulunması gerektiği gerçeğini değiştirmez.<sup>22</sup>

Bu aşamada İHAM, başvuru tarafından ortaya atılan iddia ne kadar ciddiye, olgusal temelinin de bir o kadar sağlam olması gerektiğini ileri sürmektedir. Bununla birlikte, olgusal temeli göstermek amacıyla kullanılan ispatlama standardının, davadan davaya değişebileceği, toplumun önemli bir kısmı tarafından hâlihazırda bilinen olgularla ilgili olgusal temel sağlama ihtiyacının doğal olarak daha az olacağı belirtilmelidir.<sup>23</sup> Başka bir anlatımla belli bir olgusal temele dayanan açıklamaların ispatlanmasında somut olayda öngörülen koşulların göz önünde bulundurulması gerekir.<sup>24</sup> İHAM da bir kararında belli bir olgunun iddiası niteliğinde olmakla birlikte, kanıtlanmamış düşüncelerin, aynı zamanda yerel politikacıların kamu görevine aykırı davrandığı konusunda kamuoyunda şüphe uyandıran bir eserde yer aldığını, bu sebeple, değer yargısı işlevinin de bulunduğunu tespit etmiştir.<sup>25</sup>

TCK md. 217/A düzenlemesi “gerçeğe aykırı bilgi” ölçütü açısından ele alındığında şu sorular ortaya atılabilir: “Gerçek” ne anlama gelir? Bir bilginin “gerçek” olup olmadığını kim, nasıl belirleyecektir? Bir hukuk kuralı salt gerçeği koruma amacına yönelebilir mi? Öncelikle, bir hususun altı çizilmelidir: “Gerçek”

---

<sup>21</sup> AYM, 8.11.2023, E. 2022/129, K. 2023/189, § 22.

<sup>22</sup> İHAM, De Haes ve Gijssels v. Belçika, 19983/92, 24.2.1997, § 47.

<sup>23</sup> Stijn Smet, “Freedom of Expression and the Right to Reputation: Human Rights in Conflict”, *American University International Law Review*, Volume 26, Issue 1, 2010, s. 215-216.

<sup>24</sup> İHAM, somut olayda başvuru tarafından ileri sürülen görüşlerin olgusal bir temele dayanması, dolayısıyla, kanıtlanması gerektiğini kabul etmiş, ancak, uyumsuzluk konusu düşüncenin dayandığı olayın üzerinden uzun bir zaman geçmesinin iddia edilen olayın ispatlanmasında başvuru açısından bir engel oluşturabileceği sonucuna varmıştır. İHAM, Flux v. Moldova, 28702/03, 20.2.2008, § 31.

<sup>25</sup> İHAM, Kita v. Polonya, 57659/00, 8.10.2008, § 45.

kavramının kapsamının açıkça ortaya konulması, zaten işin doğası gereği zordur. Ayrıca, madde metninde, gerçeğe aykırı bilginin alanı, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı olarak düzenlenmiş; farklı yorumlara açık, elastiki ifadelerle birçok bilgi suç kapsamına alınmıştır.<sup>26</sup> Kaldı ki, özellikle kamu faaliyetleri ile ilgili görüş açıklamaları bağlamında mutlak gerçeğin, kamu makamlarının takdirinde olduğu, hatta bazı durumlarda gerçeğin, idari organların sadece gösterdiklerinden oluştuğu, bu gibi hâllerde vatandaşlar için gerçeği öğrenme olanağının uygulamada fiilen mümkün olmayacağı göz ardı edilmemelidir.<sup>27</sup> TCK md. 217/A gereğince bir bilginin gerçek olup olmadığına karar verecek adli makam, yargılamayı gerçekleştirecek ceza mahkemesidir. Elbette, günümüz bilgi çağında mahkemedен, uyuşmazlığın konusunu oluşturan her türlü bilginin gerçekliğini tek başına tespit etmesi beklenemez. Zira bu tür bir yargısal karar, uzmanlık gerektiren bir araştırmayı şart koşar. Yargısal denetim sırasında idari organların gerçeğe aykırılığa ilişkin açıklamalarının ise hukuken kesin ve bağlayıcı kabul edilmemesi gerekir.<sup>28</sup>

Günümüzde gerçeğe aykırı oldukları iddia edilen haber ve bilgilere karşı mücadele, 14 sayılı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi md. 3, md. 6/A hükümlerine göre Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığı tarafından yürütülmektedir. İletişim Başkanlığı bünyesindeki Dezenformasyonla Mücadele Merkezi, 1 Ekim 2022 tarihinden beri düzenli olarak dezenformasyon bülteni yayımlamakta ve kamuoyunun ilgisini çeken bilgi ve haberleri

---

<sup>26</sup> AYM, 8.11.2023, E. 2022/129, K. 2023/189, [Zühtü Aslan'ın Karşı Oyu, § 6.]. TCK md. 217/A çerçevesinde suçun oluştuğundan bahsedebilmek için bilginin alenileştirildiği an itibariyle gerçeğe aykırı olduğunun bilinmesi gerekir. AYM, 8.11.2023, E. 2022/129, K. 2023/189, § 23.

<sup>27</sup> AYM, 8.11.2023, E. 2022/129, K. 2023/189, [Hasan Tahsin Gökcan'ın Karşı Oyu, § 9.].

<sup>28</sup> Bkz. Aras Türay, Eşref Barış Börekçi, Aslı Ekin Yılmaz, Yalım Yarkın Özbacı, *Halkı Yanaltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK M.217/A): Ceza Hukukuna İlişkin Değerlendirmeler*, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul, Aralık 2022, § 28, s. 13.

inceleyerek bunların gerçeğe aykırı olduklarını ilan etmektedir.<sup>29</sup> Türk hukukundaki sorun tam bu noktada ortaya çıkmaktadır. Türkiye’de gerçeğe aykırı bilginin nasıl anlaşılacağı hakkında ayrıntılı bir mevzuat bulunmadığından ceza yargılaması, İletişim Başkanlığı’nun etki ve baskısı altında gerçekleşebilir. Bilgi ve haberlerin doğruluğunu analiz edecek mahkeme ve bilirkişiler, İletişim Başkanlığı’nca yayımlanan ve aslında yalnızca bir “iddia” niteliğinde olan bültenlerden etkilenerek karar verebilirler. Başka bir ifade ile yayımlanan bültenlere aykırı bir görüş bildirmek fiilen mümkün olmayabilir.<sup>30</sup> Bu husus hem yargılamanın adil olmasını önler hem de çoğulcu demokratik sisteme aykırı düşer. Benzer bir görüşte olan Venedik Komisyonu da Türk hukukunda bilginin gerçek olup olmadığına ilişkin değerlendirmenin objektif esaslara dayanmadığını, kamu organlarının ceza yargılamasına etki edebilmesinin, Avrupa standartları (özellikle kanunilik ilkesi) ile bağdaşmadığını vurgulamıştır.<sup>31</sup>

TCK md. 217/A’ya göre suçun konusunu “ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili” gerçeğe aykırı bilgi oluşturur. İlk olarak, bu düzenleme şeklinin, hukuk tekniği açısından sorunlu olduğu belirtilmelidir. Gerçekten de madde kapsamında ifade edilen kavramların “veya” bağlacı ile ayrılmadıkları, kanun koyucu tarafından “ve” bağlacının tercih edildiği görülür. Böylece, suçun oluşması, gerçeğe aykırı bilginin aynı anda “ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili” olmasına bağlanmıştır.<sup>32</sup> Her üç kavram da farklı anlama geldiği için uygulamada bu ihtimalin gerçekleşmesi düşük bir olasılıktır. Ayrıca, anılan hükmün uygulanma alanı, “ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı” ile

---

<sup>29</sup> <https://www.iletisim.gov.tr/turkce/dezenformasyon-bulteni>, Erişim Tarihi: 27.5.2024.

<sup>30</sup> Türay ve diğerleri, “Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu...”, § 28, s. 13.

<sup>31</sup> Venedik Komisyonu ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü Acil Ortak Görüşü - Ceza Kanunu Değişiklik Tasarısı: “Yanlış veya Yanıltıcı Bilgi” İle İlgili Hüküm Hakkında, Görüş No. 1102/2022, Strazburg, 2022, <https://d.barobirlik.org.tr/2022/venedikkomisyonu.pdf>, Erişim Tarihi: 27.5.2024.

<sup>32</sup> Akyürek, “Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu...”, s. 210.

sınırlandırılmış olsa da bunlar, öngörülebilir olmayan, anayasalarda düzenlenmesi gereken, kamusal alana ilişkin her türlü bilgi ve içeriği kapsayacak bir şekilde geniş yorumlanabilmesi mümkün olan, “soyut” niteliği ön plana çıkan ifadelerdir.<sup>33</sup> Madde metninden, kişilerin, hangi davranışları sonucunda suçlanacakları anlaşılmamaktadır.<sup>34</sup> Oysa ceza kanunları açık ve kesin kavramlar tercih edilerek kaleme alınmalıdır.

Benzer bir eleştiri, suçun işlenme saiki bakımından da yapılabilir. Suçun oluşabilmesi, bir bilginin “sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak” saikiyle alenileştirilmesine bağlıdır. Ancak, yayılan gerçeğe aykırı bilginin, halk arasında “endişe”, “korku” veya “panik” yarattığı somut olayda nasıl belirlenecektir? Bu konuda benimsenen objektif ölçütler nelerdir? Madde tahlil edildiğinde, kanun yapıcının bu sorulara herhangi bir yanıt vermediği fark edilir. Kaldı ki, demokratik rejimde ifadenin “endişe” veya “korku” oluşturması, ifade özgürlüğünün bir gereğidir.<sup>35</sup> Ayrıca, suçun yalnızca belli bir saikle işlenebilmesinin, farklı amaca yönelmiş (sosyal medyadaki takipçi sayısını veya etkileşimini artırmak vb.) fakat aynı etkiye sahip olan hareketlerin cezalandırılmamasına yol açacağı iddia edilmiştir.<sup>36</sup> Burada suç tipi bakımından saikler arasında öngörülen bu farkın, çelişki oluşturmakla birlikte, eşitliğe aykırı olmadığını altı çizilmelidir. Zira kanun koyucu, birtakım suçların belli bir saikle işlenebileceği konusunda tercihte bulunabilir. Başlı başına bu durum, Anayasa’ya aykırı değildir.

---

<sup>33</sup> *Venedik Komisyonu ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları...*, § 49.

<sup>34</sup> AYM, 8.11.2023, E. 2022/129, K. 2023/189, [Hasan Tahsin Gökcan’ın Karşı Oyu, § 10.].

<sup>35</sup> AYM, 8.11.2023, E. 2022/129, K. 2023/189, [Zühtü Aslan’ın Karşı Oyu, § 10.]; aynı yönde ayrıca bkz. AYM, 8.11.2023, E. 2022/129, K. 2023/189, [Engin Yıldırım’ın Karşı Oyu, § 11.].

<sup>36</sup> *Venedik Komisyonu ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları...*, § 48. Ceza hukukunda “saik”, içsel bir durumu ifade eden özel kasttır. Burada önem arz eden konu, bu içsel durumun nasıl kanıtlanacağıdır. Ayrıca, madde metninde “sırf” ifadesi kullanıldığı için failde yalnızca halk arasında endişe, korku veya panik yaratma saikinin bulunması gerekir. Akyürek, “*Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu...*”, s. 212.

TCK md. 217/A'nın, öngörülebilir bir nitelik taşımadığı, kanunla sınırlandırma şartını karşılamadığı için Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilebilir. Ne var ki, buna rağmen Anayasa Mahkemesi, hükümle ilgili aksi yönde görüş bildirmiş, "suçun maddi ve manevi unsurlarının, suça ilişkin yaptırımın niteliğinin ve miktarının, suçun nitelikli hâllerinin kuralda herhangi bir tereddüde yer vermeyecek şekilde açık ve net düzenlendiği gözetildiğinde kuralın belirsiz ve öngörülemez..." olduğundan bahsedilemeyeceğini ifade etmiştir.<sup>37</sup> Mahkeme'ye göre kanunlar genel ve soyut nitelikli düzenlemeler olup somut olayın şartlarına göre farklılık arz edebilecek tüm olasılıkların kanunda önceden kurala bağlanması söz konusu değildir. Bu sebeple, mevcut hukuki sorunlar, somut olay göz önünde bulundurularak ve amaca uygun bir yorum yapılarak mahkemeler tarafından çözüme kavuşturulmalıdır. Kuralın lafzı ve amacı birlikte ele alınarak çözülebilecek sorunlar, uygulama ile ilgili meselelerdir. Burada normdan ziyade, uygulamaya ilişkin bir durum olduğu için anayasal denetim işlemez.<sup>38</sup> Bu yorumuyla Anayasa Mahkemesi, hükmün uygulanması sürecinde Anayasa'ya aykırılıkların oluşabileceğini kabul etmiş ve fakat bu hususun, normun düzenlenme şekline kaynaklanmadığını tespit etmiştir. Diğer bir ifade ile ortada iptal edilmesi gereken bir hüküm bulunmamakla birlikte, ceza mahkemelerinin hak ihlaline yol açan kararlarına karşı bireysel başvuruya gidilebilir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu yorumu, anayasal açıdan tartışmalı bir bakış açısıdır. Zira Mahkeme'nin belirttiğinin aksine, burada kuralın öngörülebilirliğini ilgilendiren bir konu vardır. TCK md. 217/A'nın kesin bir şekilde öngörülebilir tek kısmı, suçun cezasının bir seneden üç seneye kadar hapis cezası olmasıdır. Bu ifadenin dışında suçun maddi ve manevi unsurları, soyut ve sübjektif değerlendirmelere açık olarak hükme bağlanmıştır.<sup>39</sup> Oysa suç ve cezaların kanuniliği ilkesine göre ceza hukukunu ilgilendiren bir kuralın öngörülebilir ifadelerle kaleme alınması ayrı bir önem taşır. Kişinin, işlediği iddia edilen suç sonucunda

---

<sup>37</sup> AYM, 8.11.2023, E. 2022/129, K. 2023/189, § 29.

<sup>38</sup> AYM, 8.11.2023, E. 2022/129, K. 2023/189, § 28.

<sup>39</sup> AYM, 8.11.2023, E. 2022/129, K. 2023/189, [Zühtü Aslan'ın Karşı Oyu, § 5.].



hürriyetinden yoksun kalması mümkün olduğu için bu alanda yapılacak yasal değişikliklerin diğer düzenlemelerden daha ayrıntılı olmaları gerekir. Bununla birlikte, suç ihdas etmenin hukuk tekniği bakımından zor olması, işin doğası gereği bir düzenlemenin, yoruma bütünüyle kapalı bir şekilde, kesin ve somut ifadelerle oluşturulmasını önleyebilir. Böylece, kanun yapıcı ne kadar özenli davranırsa davranışın ceza hükmünün tamamen kesin ve anlaşılır olmasını sağlayamayabilir. Şu kadar ki, kanun metninde, mahkemeye ilgili düzenlemeyi uygularken en azından bir başlangıç referansı verecek kesinlikte ibarelerin kullanılması beklenir.<sup>40</sup> Kanunda asgari düzeyde öngörülebilirlik oluşturulmadan, yargı içtihatlarıyla temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan kanunilik ilkesine aykırı düşer.<sup>41</sup>

## 2. MEŞRU AMAÇ

Kişinin kendisini gerçekleştirebilmesinin en önemli araçlarından olan ifade özgürlüğü, özellikle siyasi iktidara muhalif olanlar başta olmak üzere, azınlıkta kalan farklı fikirlerin ileri sürülmesini sağlayarak çoğulcu demokrasinin temelini oluşturur. Bu özgürlük, demokratik bir rejimin tesisi edilmesi açısından yaşamsal bir öneme sahiptir. Öyle ki, ifade özgürlüğü, seçme ve seçilme hakkı ile bilgi edinme hakkının ön şartını teşkil eder. Vatandaşların siyasi haklarını kullanarak bir tercihte bulunabilmeleri, seçim süreçlerinde siyasi iktidar hakkında öne sürülen eleştirel görüşlerin ifade edilebildiği bir ortamı şart koşar.<sup>42</sup> Anayasa Mahkemesi'nin de işaret ettiği gibi serbest seçimlerin yapıldığı bir iklimde, vatandaşların tercihte bulunma, tercihlerini açıklama, siyasi sorunlar hakkında kanaat sahibi olma ve toplumsal ve siyasi meselelerle

---

<sup>40</sup> AYM, 8.11.2023, E. 2022/129, K. 2023/189, [Hasan Tahsin Gökcan'ın Karşı Oyu, § 8.].

<sup>41</sup> AYM, 8.11.2023, E. 2022/129, K. 2023/189, [Yusuf Şevki Hakyemez'in Karşı Oyu, § 11.].

<sup>42</sup> Tevfik Sönmez Küçük, "Kamu Görevlilerinin Sosyal Medya Kullanımının Siyasi Faaliyette Bulunma Yasağı Bağlamında Değerlendirilmesi", in *Cumhuriyet'in 100. Yılında Anayasa Hukuku Tartışmaları*, Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Fatmagül Yazıcı (Ed.), XII Levha Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2024, s. 472.

ilgili bilgi edinme ihtiyacı ortaya çıkar.<sup>43</sup> Kaldı ki, ifade özgürlüğü, bilgi edinme hakkı bakımından da önem taşır. İfade özgürlüğü, ölçüsüz bir şekilde sınırlandırılırsa, farklı kaynak ve haberlere erişim mümkün olmaz.<sup>44</sup> Bu ihtimalde bilgiye tek kaynaktan ulaşılır. Bilgi akışının tekelleştiği bu atmosferde, bilgi edinme hakkının zarar görmesi kaçınılmazdır.<sup>45</sup>

Görüldüğü gibi ifade özgürlüğü, çoğulcu demokratik rejimin sağlıklı işleyebilmesi için olmazsa olmaz bir hak özelliği sergiler. Bununla birlikte, bahse konu olumlu işlevine rağmen ifade özgürlüğünün sınırsız, mutlak bir hak olmadığı, teknolojinin de katkısıyla gerçeğe aykırı bilginin, doğru bilginin yerini alabildiği, böylece, kişilerin özgün kanaat oluşumunun olumsuz yönde etkilenebileceği vurgulanmalıdır.<sup>46</sup> Bu durum, ifade özgürlüğünün belli meşru amaçlar gözetilerek sınırlandırılmasını gerektirebilir. Bu sebeple, TCK md. 217/A hükmünün anayasal bakımdan incelenmesi çerçevesinde ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin meşru bir amaca yönelik yönelmediğinin de tahlil edilmesi şarttır. İHAM'a göre başvuru konusu müdahalenin, İHAS'ın ilgili hükmünde anılan amaçlardan birine yönelmediği belirlenirse, İHAS'a aykırılık oluşur. Sözleşmeci Devlet'in gerçekleştirdiği müdahale, madde metninde sınırlı sayıda belirtilen meşru amaçlardan en az birini karşılamalıdır. İHAM, Sözleşmeci Devlet'in, müdahalenin gerekliliği hakkında yargısal denetime tabi bir ulusal takdir marjının bulunduğunu kabul eder. Mahkeme'ye göre maddede yer alan amaçların dar yorumlanması gerektiği gibi müdahalenin meşru bir amaca yönelik olduğu iddiası, Sözleşmeci Devlet tarafından ikna edici gerekçelerle açıklanmalıdır.<sup>47</sup> Meşru bir amacın varlığı konusundaki ispat külfeti esas itibarıyla Sözleşmeci Devlet'e ait olsa da İHAM bir kararında, somut olayda başvurucu, meşru amacın bulunmadığı itirazında bulunurken,

---

<sup>43</sup> AYM, Hasan Güngör Başvurusu, 2013/6152, 24.2.2016, § 28.

<sup>44</sup> Evra Çetin, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8.-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, Temmuz 2015, s. 359.

<sup>45</sup> Küçük, "Kamu Görevlilerinin...", s. 472-473.

<sup>46</sup> AYM, 8.11.2023, E. 2022/129, K. 2023/189, § 31.

<sup>47</sup> İHAM, Funke v. Fransa, 10828/84, 25.2.1993, § 55.

Sözleşmeci Devlet'in, maddede düzenlenen amaçlardan herhangi birine açıkça atıfta bulunmadığını, oysa başvuru konusu müdahalenin milli güvenliğin korunması ve kamu düzeninin bozulmasının önlenmesi amaçlarına yöneldiğini saptamış, bu kararıyla meşru amacı resen belirlemiştir.<sup>48</sup> Ayrıca, meşru amacın, ulusal yargı organları tarafından belirsiz bir olasılık olarak değil, gerçekte var olduğu ortaya konulmalıdır.<sup>49</sup>

Venedik Komisyonu'na göre İHAS md. 10/2 ekseninde TCK md. 217/A'nın yöneldiği meşru amaçlar, kamu düzeninin bozulmasının önlenmesi, milli güvenliğin, sağlığın ve başkalarının haklarının korunmasıdır.<sup>50</sup> Komisyon, çevrimiçi platformların, kamusal ve özel yaşam alanlarındaki kullanımı artıkça gerçeğe aykırı bilgilendirmenin uygulamada önemli bir sorun hâline dönüştüğüne, özellikle seçimlerin manipüle edilme riski sebebiyle bu meseleyle küresel çapta mücadele edilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir.<sup>51</sup> Böylelikle, seçme ve seçilme hakkını güvence altına almak için gerçeğe aykırı bilgi ve haberlerle etkili bir biçimde mücadele etmek gerekir. Demokrasinin ilk şartını, serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım esasına göre, yargı yönetim ve denetimi altında yapılacak seçimler teşkil eder. Seçimsiz bir demokrasi düşünülemez. Seçim sürecinde serbest tartışma ortamının tesis edilmesi için her türlü bilgi ve haberin mümkün olduğunca ifade edilmesine izin verilmesi gerektiği ileri sürülebilir. Nitekim seçme ve seçilme hakkı bakımından doğru olan budur. Fakat çevrimiçi platformlar vasıtasıyla yapılan gerçeğe aykırı yanıltıcı bilgi paylaşımı hem vatandaşların gerçek iradelerinin sandığa yansımını

<sup>48</sup> İHAM, Ciubotaru v. Moldova, 27138/04, 27.7.2010, § 55. İHAM'ın başvuru kapsamındaki ispat ölçütünü ise iddianın "makul şüpheye yer bırakmayacak derecede" kanıtlanması teşkil eder. Şüphenin, sırf teorik bir olasılığa dayanmamasına, gerekçesi sunulan maddi olaylardan çıkarılacak bir şüphenin bulunmasına özen gösterilmelidir. Gözübüyük, Gölcüklü, *Avrupa...*, § 414/s, s. 152.

<sup>49</sup> Dominika Bychawska-Siniarska, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması*, Çeviren: Tuğçe Duygu Köksal, MRK Baskı, Ankara 2018, s. 49.

<sup>50</sup> *Venedik Komisyonu ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları...*, § 55.

<sup>51</sup> *Venedik Komisyonu ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları...*, § 56-57.

engelleyebilir hem de seçilme hakkını ihlal edebilir. Seçmenler, tercihlerini baskı ve etki altında kalmadan yapabildikleri ölçüde seçimlerin serbestliği sağlanır.<sup>52</sup> İHAM da seçim sürecinin ve adayların itibarlarının oylama sonuçlarını etkileyebilecek gerçeğe aykırı bilgi ve haberlerden korunmasının arz ettiği öneme işaret etmiştir.<sup>53</sup>

Gerçeğe aykırı bilgi ve haberlerin yayılımının engellenmesinin, başkalarının haklarının ve genel sağlığın güvence altına alınmasını da sağlayacağı şüphesizdir.<sup>54</sup> Geçtiğimiz dönemde Çin'in Wuhan kentinden yayılmaya başlayarak kısa sürede dünyayı etkisi altına alan ve başta çalışma, eğitim, seyahat özgürlüğü olmak üzere birçok hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasına neden olan COVID-19 salgını bu konuda önemli bir örnektir. Gerçekten, salgın süresince söz konusu hastalık ve virüsün yayılımının yavaşlatılması için üretilen aşılar hakkında paylaşılan gerçeğe aykırı bilgi ve haberler, salgınla mücadeleyi sekteye uğratmıştır.<sup>55</sup> Zira pozitif bilime aykırı olan bilgilerin paylaşılmasının da etkisiyle aşı olmayı reddeden kişi sayısı artabilmekte, virüs daha hızlı yayılacağından kişilerin yaşam ve sağlık hakları olumsuz etkilenmektedir. Benzer yönde bir tespit, virüse maruz kalarak hayatlarını kaybeden veya tedavi gören kişi sayı hakkında paylaşılan gerçeğe aykırı bilgiler açısından da yapılabilir. Gerçeğe aykırı bu bilgi ve haberler, kişileri, korku, endişe veya paniğe sevk etmekte ve salgına karşı verilen mücadeleye zarar vermektedir. Dünya Sağlık Örgütü'nün deyimıyla burada artık "infodemik" bilgi vardır. Dünya Sağlık Örgütü'ne göre "infodemik" bilgi kavramı, salgın süresince dijital ya da fiziksel ortamlarda paylaşılan yanlış ve yanıltıcı bilgileri ifade etmektedir. Bu bilgileri içeren haberler, kişilerin, sağlıklarına zarar

---

<sup>52</sup> Ekrem Ali Akartürk, *Oy Hakkının Anayasal İlkeleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, Mart 2017, s. 54.

<sup>53</sup> İHAM, Staniszewski v. Polonya, 20422/15, 14.1.2022, § 47.

<sup>54</sup> Tülay Kitapçoğlu Yüksel, "Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu Hakkında Bir Değerlendirme", *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 207, Kasım 2023, s. 101.

<sup>55</sup> Şükran Pakkan Tosun, "İnfodemik Dünya: Sağlık Habercilerinin Pandemi Sürecinde İnfodemiye İlişkin Tespit ve Önerileri", *İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi*, Sayı 55, Güz 2021, s. 62.

verebilecek birtakım riskli hareketlerde bulunmalarına ve sağlıklı yaşamla ilgili bazı kafa karışıklıklarına sebep olabilmekte, sağlık personellerine karşı duyulan güveni azaltarak halk sağlığını tehlikeye atabilmektedir.<sup>56</sup>

Anayasa Mahkemesi ise halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçunun, kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması amaçlarına yöneldiği tespitinde bulunmuştur.<sup>57</sup> Mahkeme'ye göre kamu düzeni, toplumun huzur ve sükûnunun tesis edilmesi, devletin ve devlet örgütünün korunmasını temin eden her hususu ifade ettiği gibi toplumun her alandaki düzeninin temelini oluşturan kuralların bütünüdür.<sup>58</sup> Kişinin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunun ön koşulunu, kamu düzeninin bozulmaması teşkil eder. Anayasal düzeyde güvence altına alınmış hak ve özgürlüklerin etkili bir şekilde kullanılabilmesi için kamu düzeninin sağlanması gerekir. Kamu düzeninin olmadığı bir ortamda hak ve özgürlükler anlamsızlaşır.<sup>59</sup> Bu bağlamda kamu barışı da kamu düzeninin ayrılmaz bir parçası olarak görülebilir. Kamu barışı, birlikte yaşama isteğine sahip olan kişilerden meydana gelen toplumun, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet gibi farklılıklarla ayrıştırılmaksızın barış ve güven içinde yaşaması demektir. Eğer kamu barışı bozulursa, bireysel farklılıklara dayanan ahenk de zarar görür.<sup>60</sup> Ayrıca, gerçeğe aykırı bilgi ve haberlerin yayılımı, toplumu kaosa sürükleyebileceği için kişilerin can ve mal güvenliğinin korunmasını ve suç işlenmesine engel olarak kamu düzeninin gerçekleşmesini sağlayan kamu güvenliği<sup>61</sup> de meşru bir amaç olarak nitelendirilebilir.

---

<sup>56</sup> [https://www.who.int/health-topics/infodemic#tab=tab\\_1](https://www.who.int/health-topics/infodemic#tab=tab_1), Erişim Tarihi: 27.5.2024.

<sup>57</sup> AYM, 8.11.2023, E. 2022/129, K. 2023/189, § 31.

<sup>58</sup> AYM, 28.1.1964, E. 1963/128, K. 1964/8, § 28.

<sup>59</sup> AYM, 29.11.2017, E. 2015/79, K. 2017/164, § 28.

<sup>60</sup> AYM, 8.11.2023, E. 2022/129, K. 2023/189, § 25.

<sup>61</sup> Bkz. Mehmet Güneş, "Kamu Özgürlüklerinin Sınırlandırılmasında Kamu Güvenliği Gereğinin Hukukiliği", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 27, Sayı 3, 2019, s. 443.

### 3. DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN GEREKLERİ

TCK md. 217/A'da düzenlenen halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçunun meşru bir amaca hizmet ettiği tespit edildikten sonra analiz edilmesi gereken bir diğer hususu, hükmün, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığı oluşturur. Bu bağlamda İHAM ve Anayasa Mahkemesi içtihatları çerçevesinde öncelikle düzenlemenin demokratik toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı tahlil edilmeli; bu incelemeden sonra, ölçülülük ilkesi çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalıdır.<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> Anayasa Mahkemesi, TCK md. 217/A'nın iptali için açılan davada, bir hükmün, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmasını, sadece demokratik toplumda zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması şartına bağlı görmüştür. AYM, 8.11.2023, E. 2022/129, K. 2023/189, § 32. Ancak, İHAM, "demokratik toplumda gereklilik" ölçütünü, zorlayıcı toplumsal ihtiyaç ve orantılılık ilkeleri ile birlikte analiz etmektedir. İHAM, Olsson v. İsveç (No. 1), 10465/83, 24.4.1988, § 67. Bu iki kavram arasında doğrudan ve sıkı bir bağ olduğu, zorlayıcı toplumsal ihtiyaç belirlenirken ölçülülük testinden yararlanılması gerektiği ifade edilmelidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de başka bir kararında bu görüşü destekler nitelikte şu ifadeleri kullanmıştır: "Temel hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine *uygun* kabul edilebilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve orantılı olması gerekir. Açık ki bu başlık altındaki değerlendirme, sınırlamanın amacı ile bu amacı gerçekleştirmek üzere başvurulmuş araç arasındaki ilişki üzerinde temellenen ölçülülük ilkesinden bağımsız yapılamaz. Çünkü Anayasa'nın 13. maddesinde "*demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama*" ve "*ölçülülük ilkesine aykırı olmama*" biçiminde iki ayrı kriter yer verilmiş olmakla birlikte bu iki kriter bir bütünün parçaları olup aralarında sıkı bir ilişki vardır... Müdahaleyi oluşturan tedbirin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığının kabul edilebilmesi için amaca ulaşmaya elverişli olması, başvurulabilecek en son çare ve alınabilecek en hafif önlem olarak kendisini göstermesi gerekmektedir. Amaca ulaşmaya yardımcı olmayan veya ulaşılmak istenen amaca nazaran bariz bir biçimde ağır olan bir müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı söylenemeyecektir...". AYM, Ferhat Üstündağ Başvurusu, 2014/15428, 17.7.2018, § 45, § 46.

### 3.1. Zorlayıcı Toplumsal İhtiyaç

Hak ve özgürlükleri sınırlandıran bir kuralın, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmasının ilk şartı, zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın bulunmasıdır. İHAM'a göre İHAS md. 10/2'de belirtilen "gerekli" ibaresi, sınırlayıcı müdahalenin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç nedeniyle gerçekleştirilmesi gerektiği anlamına gelir.<sup>63</sup> Bu ihtiyacın belirlenmesi, Sözleşmecî Devlet'in ulusal takdir marjında kalan bir yetki olmakla birlikte, anılan yetkinin kapsamı hem mevzuatı hem de (bağımsız yargı organları tarafından verilenler de dâhil) mevzuatı uygulayan kararları kapsayan İHAS denetimi ile beraber değerlendirilir.<sup>64</sup> Söz konusu ihtiyaç saptanırken soyut içerikli açıklamalardan uzak durulmalı; somut olayın kendine özgü koşulları (ifadelerin içerikleri, yönedikleri kişi veya gruplar, açıklandıkları siyasal atmosfer, kamusal tartışmaların oluşumu üzerindeki etkileri) göz önünde bulundurulurken bir karara varılmalıdır.<sup>65</sup> Sınırlamaya ilişkin zorlayıcı toplumsal ihtiyaç, "ilgili ve gerekli" gerekçelere dayanmalıdır.<sup>66</sup> Müdahalenin toplumsal ihtiyaç sebebiyle yapıldığını gösterme yükümlülüğü, Sözleşmecî Devlet'e ait olup<sup>67</sup> başvurucaya herhangi bir ispat külfeti yüklenemez.

Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi ise gerçeğe aykırı bilgilerin kamu barışını bozmaya elverişli bir şekilde paylaşılmasının, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili menfaatleri üzerinde bir tehlike oluşturabileceğini, bu bilgilerin, kamusal tartışmalara bir katkı sağlamayacağını, bu nedenle, TCK md. 217/A'nın, demokratik toplumda zorunlu bir toplumsal ihtiyaca yönelik olduğunu

<sup>63</sup> Aynı yönde bkz. AYM, Kristal İş Sendikası Başvurusu [GK], 2014/12166, 2.7.2015, § 74.

<sup>64</sup> İHAM, Tammer v. Estonya, 41205/98, 4.4.2001, § 60. İHAM, zorlayıcı toplumsal ihtiyaca ilişkin incelemede bulunurken ülkenin durumunu, devletin, müdahalenin nedenini teşkil eden olay ve şartları nasıl değerlendirdiğini gözetecektir. A. Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa...*, § 676, s. 378.

<sup>65</sup> AYM, Emin Aydın Başvurusu, § 48.

<sup>66</sup> Ulaş Karan, *İfade Özgürlüğü*, MRK Baskı, Ankara, Nisan 2018, s. 151.

<sup>67</sup> İHAM, Bagiński v. Polonya, 37444/97, 11.1.2006, § 89.

ifade etmiştir.<sup>68</sup> Benzer bir görüşte olan Venedik Komisyonu da gerçeğe aykırı bilginin kasıtlı olarak yayılmasının ifade özgürlüğünün ve bu özgürlük ile bağlantılı bilgi verme hakkının kötüye kullanılması anlamını taşıdığını, İHAS md. 10/2’de düzenlenen ifade özgürlüğünün, kişilere bazı görev ve sorumluluklar yüklediğini belirlemiş,<sup>69</sup> gerçeğe aykırı bilgi paylaşımının cezai açıdan yasaklanmasının, demokratik sistemde zorunlu bir sosyal ihtiyaç olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Ne var ki, bu görüşün Türk hukuku bakımından eleştiriye açık yönlerinin bulunduğu savunulabilir. Gerçekten, Türk hukukunda gerçeğe aykırı bilgilerin paylaşılmasının engellenmesi konusunda hem TCK’da<sup>70</sup> hem de 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’da<sup>71</sup> birçok düzenleme

---

<sup>68</sup> AYM, 8.11.2023, E. 2022/129, K. 2023/189, § 33.

<sup>69</sup> *Venedik Komisyonu ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları...*, § 59.

<sup>70</sup> TCK’da bulunan suçların bir kısmı şu şekildedir: “Halk Arasında Korku ve Panik Yaratmak Amacıyla Tehdit” (md. 213), “Suç İşlemeye Tahrik” (md. 214), “Suçu ve Suçluyu Övme” (md. 215), “Halkın Bir Kesimini Kin ve Düşmanlığa Tahrik” (md. 216), “Kanuna Uymamaya Tahrik” (md. 217). Bu hükümler dışında, TCK md. 218’de, belirtilen suçların basın-yayın yoluyla işlenmesi, ağırlaştırıcı bir neden olarak benimsenmiştir. Ayrıca, TCK md. 323’te düzenlenen “Savaşta Yalan Haber Yayma Suçu” da aynı amaca hizmet etmektedir. Venedik Komisyonu, kamu düzeni ve güvenliğine yönelik suçları daha ağır cezalandıran hükümlerin Terörle Mücadele Kanunu’nda da yer aldığını belirtmiştir. *Venedik Komisyonu ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları...*, § 60.

<sup>71</sup> Oğuzhan Yeşiltuna, *Hakikat ya da Neticeler: İfade Özgürlüğü Bağlamında Çerimiçi Bilgi Çarpıtmayla Mücadele*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, Mart 2023, s. 191. Türk hukukunda, gerçeğe aykırı bilginin yayılmasının önlenmesi konusunda 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’un 8/A maddesi gereğince hükmedilen yayının içeriğinin çıkarılması veya erişimin engellenmesi kararları örnek gösterilebilir. Nitekim bu düzenlemenin ilk fıkrasına göre “Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak ... internet ortamında yer alan



vardır. Bu hükümler, gerçeğe aykırı bilgilerin yayılımının uygulamada önlenmesi konusunda hâlihazırda önemli güvencelerdir. Anılan düzenlemelerin yanı sıra, kanun yapıcı tarafından ek olarak TCK md. 217/A'nın ihdas edilmesinin, ifade özgürlüğünü keyfi nedenlerle sınırlayacağı ve zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamayacağı iddia edilebilir.<sup>72</sup>

İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin zorlayıcı bir sosyal ihtiyacın bulunduğu öne sürülüyorsa, gerçeğe aykırı bilginin kamu barışı üzerinde meydana getirdiği etkinin somut olarak gösterilmesi şarttır.<sup>73</sup> Bu noktada TCK md. 217/A'da ise gerçeğe aykırı bilginin "kamu barışını bozmaya elverişli şekilde" yayılmasından bahsetmektedir. Maddede geçen "elverişli" ifadesi, somut tehlikeden zamansal bakımdan önceki bir aşamaya ve soyut bir duruma tekabül etmektedir.<sup>74</sup> Suçun oluşması için gerçeğe aykırı bilginin, kamu barışının bozulması sonucunu doğuracak biçimde açık ve yakın, daha doğrusu somut tehlike yaratması gerekmeyip tehlikeyi ortaya çıkarmaya elverişli fiilin gerçekleştirilmesi yeterlidir.<sup>75</sup> Ancak, kamu barışını bozmaya elverişli olmasına rağmen somut olarak tehlike oluşturmayan bir eylemin cezalandırılmasının, uygulamada nasıl bir zorlayıcı toplumsal ihtiyaçtan ileri geldiği sorusu yanıtızsız kalmaktadır.<sup>76</sup> Ayrıca, Türk makamlarınca Venedik Komisyonu'na yapılan açıklamada, kamuya açık alelerde bir gösterinin dahi kamu barışını bozabileceği bildirilmiştir.<sup>77</sup> Oysa İHAM'ın da belirttiği gibi hukukun üstünlüğüne dayalı demokratik rejimde, siyasi iktidara karşı çıkan ve barışçıl şekilde

---

yayınla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilir...".

<sup>72</sup> *Venedik Komisyonu ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları...*, § 61-62.

<sup>73</sup> AYM, 8.11.2023, E. 2022/129, K. 2023/189, [Engin Yıldırım'ın Karşı Oyu, § 18.].

<sup>74</sup> Akyürek, "Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu...", s. 210. TCK md. 217/A'nın bir somut tehlike olduğu hakkında bkz. Balcı, Çakır, "Halkı Yanıltıcı Bilgiyi...", s. 9.

<sup>75</sup> Türay ve diğerleri, "Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu...", § 14, s. 9.

<sup>76</sup> AYM, 8.11.2023, E. 2022/129, K. 2023/189, [Engin Yıldırım'ın Karşı Oyu, § 19.].

<sup>77</sup> *Venedik Komisyonu ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları...*, § 50.

açıklanan siyasi içerikli görüşlerin, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ve diğer yasal araçlarla dile getirilmesine olanak tanınmalıdır.<sup>78</sup> Silahsız ve saldırsız olduğu sürece toplantı ve gösteri yürüyüşü yapmak anayasal bir hak ve bu tür gösterilerin kamu barışını belli ölçüde bozması kaçınılmazdır.<sup>79</sup> Bu süreçte sıradan bir etkinliğin bile kamu barışına zarar verebileceğinin ileri sürülmesi, demokratik eşğin ne derece düşük kabul edildiğinin göstergesidir.

### 3.2. Ölçülülük İlkesi

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sürecinde dikkate alınması gereken diğer bir hususu, ölçülülük ilkesi teşkil eder. Demokratik toplum düzeninin ve hukuk devletinin bir uzantısı<sup>80</sup> olarak ortaya çıkan bu ilke, Anayasa'nın 13. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca hak ve özgürlükler, ölçülülük ilkesine aykırı bir şekilde sınırlanamaz. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, ölçülülük ilkesinin üç alt kriterden oluştuğunu saptamıştır. Buna göre elverişlilik, sınırlamanın, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirebilmek için elverişli olmasını; gereklilik, ulaşılmak istenen amaç bakımından zorunlu olmasını, daha açık ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama aracı ile erişilmesinin mümkün olmamasını; orantılılık ise hakka yönelik sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin tesis edilmesi gerekliliğini açıklar.<sup>81</sup> Hiç şüphesiz burada belirtilen amaç, sınırlanacak hakkın yasa kaydında yer alan sınırlama sebebi olup yasa kaydındaki nedenlere dayanarak sınırlama yapmak, kanun yapıcıya verilmiş bir ödev değil, yetkidir.

<sup>78</sup> İHAM, Gün ve diğerleri v. Türkiye, 8029/07, 18.6.2013, § 70.

<sup>79</sup> Bkz. Tevfik Sönmez Küçük, "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkının Sınırlılığı Üzerine Bir Değerlendirme", *YÜHFD*, Cilt XIX, Yeditepe Üniversitesi'nin 25. Yılına Armağan (Özel Sayı), 2022, s. 285.

<sup>80</sup> Tanör, Yüzbaşıoğlu, 1982 *Anayasasına Göre...*, s. 165. Anayasa'da yer verilen ölçülülük ilkesi, özgürlüğün kural, sınırlamanın ise istisna olmasının bir gereği olarak kabul edilmiştir. Christian Rumpf, "Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısında İşlevi ve Niteliği", *Anayasa Yargısı*, Cilt 10, 1993, s. 37.

<sup>81</sup> AYM, 11.4.2012, E. 2011/111, K. 2012/56.

Böylelikle, sınırlama sebepleri (amaçları) arasından herhangi biri tercih edilerek sınırlama gerçekleştirilebilir.<sup>82</sup>

Sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile bağlantılı gerçeğe aykırı bilginin kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayılmasını cezai yaptırıma bağlayan TCK md. 217/A'nın ise özellikle kamu düzeninin ve güvenliğinin zarar görme ihtimaline karşı sevk edilmiş olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bahse konu kuralın, Anayasa md. 26/2'de düzenlenen kamu düzeninin ve güvenliğinin korunması ve sağlanması meşru amaçlarına ulaşmada elverişli bir sınırlama aracı olduğu savunulabilir.<sup>83</sup> Sınırlama aracının ulaşılmak istenen amaca açık şekilde katkı sunduğu konusunda tereddüt yoktur. Fakat aynı tespitin, gereklilik ölçütü açısından yapılması mümkün değildir. Zira sınırlama aracının güdülen meşru amacı gerçekleştirmek için elverişli olmasının yanı sıra, aynı zamanda hakka yönelik en hafif müdahale niteliğini taşıması şarttır.<sup>84</sup> Bu tespit, kişi özgürlüğünü sınırlayıcı cezai yaptırımlar içeren hükümler bakımından ayrı bir önem taşır. Ceza hukukunda geçerli olan son çare (ultima ratio) ilkesine göre toplumsal düzeni sarsan her hareket cezai yaptırıma tabi tutulmamalı; cezalandırma, son çare olarak gündeme gelmelidir.<sup>85</sup> Nitekim bu ilke sayesinde derhâl ceza verme yoluna gidilmediğinden devletin mali kaynakları verimli kullanılmış, suçla etkin mücadele edilmiş olur.<sup>86</sup>

---

<sup>82</sup> Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1982, s. 113.

<sup>83</sup> AYM, 8.11.2023, E. 2022/129, K. 2023/189, § 35.

<sup>84</sup> AYM, 8.11.2023, E. 2022/129, K. 2023/189, [Hasan Tahsin Gökcan'ın Karşı Oyu, § 13.].

<sup>85</sup> Kamil Mamak, "Categories of Fake News from the Perspective of Social Harmfulness", in *Integrity of Scientific Research*, Joel Faintuch, Salomo Faintuch (Ed.), Springer Publishing, Cham, Switzerland, 2022, s. 354.

<sup>86</sup> Ozan Ercan Taşkın, "Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016/1, s. 85. Ceza hukuku alanındaki yaptırımlar diğer hukuk dallarının çözüm sunamadığı durumlarda uygulama alanı bulmalıdır. Kitapçoğlu Yüksel, "Halkı Yanıltıcı Bilgiyi...", s. 96.

Gereklik ölçütü hakkında yapılan bu değerlendirme kapsamında TCK md. 217/A'nın eleştiriyeye açık bir hüküm olduğu görülür. Maddeye göre suçun cezası, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası olup ilgili suçun, gerçek kimliğin gizlenerek veya bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda verilecek ceza yarı oranında artırılır. Oysa ifade ve basın özgürlüğü gibi çoğulcu demokratik rejim için işlevsel rol oynayan hak ve özgürlüklere ilişkin müdahalelerde, gerçeğe aykırı bilgilerin düzeltilmesine olanak tanınması, yayılımını engelleyecek önlemlerin alınması, idari para cezasına hükmedilmesi gibi<sup>87</sup> hakka daha hafif bir müdahale teşkil edecek hukuki mekanizmalar işletilmeksizin doğrudan hapis cezasına başvurulması ölçülülük ilkesine aykırı düşer.<sup>88</sup> Gerçi Türk Ceza Muhakemesi Kanunu md. 231/6'da, iki sene ve daha az süreli hükmedilmiş hapis cezaları ile ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebileceği düzenlenmiştir. Buna göre daha önce kasıtlı bir suçtan hüküm giymemiş sanığın kabul etmesi ve mağdurun zararını karşılaması şartıyla hükmün açıklanması geri bırakılabilir. Bu durumda sanık beş yıl denetime tabi tutulur. Ayrıca, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun md. 105/A uyarınca iki yıldan fazla, üç yıldan az hapis cezası almış olanlar, denetimli serbestlikle ilgili düzenlemelerden yararlanabileceklerdir. Böylece, Türk hukukunda TCK md. 217/A gereğince hükmedilen mahkûmiyet kararının, belli koşullarda hapis cezası ile sonuçlanmayabileceği iddia edilebilir. Ancak, Venedik Komisyonu'nun da haklı olarak işaret ettiği gibi açıklanması geri

---

<sup>87</sup> Hürriyeti bağlayıcı ceza vermek yerine aynı amaca yönelik diğer alternatif tedbirler konusunda bkz. Yeşiltuna, *Hakikat ya da Neticeler: İfade Özgürlüğü...*, s. 151-159.

<sup>88</sup> AYM, 8.11.2023, E. 2022/129, K. 2023/189, [Hasan Tahsin Gökcan'ın Karşı Oyu, § 15.]. TCK md. 217/A'da hapis cezasının alt sınırı bir yıl olarak tespit edildiğinden, takdiri indirim nedenlerinin uygulanması ile TCK md. 50'de ifade edilen, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre hükmedilen seçenek yaptırımlar da gündeme gelebilir.

bırakılan mahkûmiyet hükmünün adli sicil kaydına işlenmesi sanık için bazı olumsuz hukuki sonuçlar doğurabilecektir.<sup>89</sup>

TCK md. 217/A'da düzenlenen hapis cezasının üst sınırının üç yıl olarak belirlenmesi, bu suçla ilgili tutuklama yasağının geçerli olmasını önler. Ceza Muhakemesi Kanunu md. 100 uyarınca kişinin atılı suçu işlediğine ve kaçacağına veya delilleri karartacağına ilişkin kuvvetli şüphe bulunuyorsa, tutuklama kararı verilebilir. Tutuklama bir ceza değil, ceza yargılamasının gerçekleştirilmesini güvence altına alan bir geçici koruma tedbiridir. Kişiyi geçici bir süre için de olsa özgürlüğünden mahrum bırakan bu ağır tedbire ancak son çare olarak başvurulmalıdır. Öyle ki, Ceza Muhakemesi Kanunu md. 100 gereğince ceza ile ölçülü olmaması hâlinde ya da sadece adli para cezasını gerektiren veya vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenenler hariç olmak üzere hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlara ilişkin tutuklama kararı verilemez. TCK md. 217/A gerekçe gösterilerek hükmedilecek hapis cezasının üst sınırının üç yıl olmasının ölçülülük ilkesine aykırı olduğu söylenebilir. Zira ülkemizde özellikle toplumun ilgisini çeken adli olaylar kapsamında yakalanan şüphelilerin tutuklanmaları hususunda sosyal medya platformları üzerinden kampanyalar yürütülebilmekte, bu şüpheliler ile ilgili tutuklama kararı verilmesi için kamuoyu oluşturulabilmektedir. Uygulamada sulh ceza hâkimleri, anılan toplumsal baskının etkisi altında kalabilmekte, tutuklama nedenlerinin bulunup bulunmadığına yönelik detaylı bir araştırma yapmaksızın sırf halkın öfkesini dindirmek için tutuklama

---

<sup>89</sup> *Venedik Komisyonu ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları...*, § 67. Kaldı ki, Anayasa Mahkemesi'nin belirttiği gibi Ceza Muhakemesi Kanunu md. 231/6'da düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı Anayasa'ya aykırıdır. Anılan hükme göre sanığa, hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesini isteyip istemediği yargılama sona ermeden önce sorulabilir. Ancak, bu husus, henüz hakkında kurulmuş bir mahkûmiyet kararı bulunmayan sanığı mahkûmiyet tehdidi karşısında savunmasız bırakmakta, sanık, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını kabule adeta mecbur kalmaktadır. Söz konusu düzenlemenin mevcut yapısıyla ölçülülük ilkesine aykırı olduğu açıktır. *AYM*, 1.8.2023, E. 2022/120, K. 2023/107, § 44.

kararı verebilmektedirler.<sup>90</sup> Tutuklama koşulları oluşmasa da toplumsal kaosa engel olabilmek adına tutuklanan kişi, bir süre hürriyetinden yoksun kalmakta ve olay güncelliğini kaybettiğinde ise salıverilmektedir. TCK md. 217/A'nın tutuklama yasağı kapsamında kalan bir kural olmaması, mevcut sorunlar göz önünde tutulduğunda, şüphelinin mahkûm olsa bile cezaevine girmeyeceği bir suçtan tutuklanmasına neden olabilmektedir.<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> Bu durum, ölçülülük ilkesi çerçevesinde yapılacak değerlendirmede, gerçeğe aykırı bilginin kamuoyu üzerinde yaratacağı etkinin dikkate alınmayacağı anlamına ise gelmez. Gerçeğe aykırı bilginin yayımlandığı web sitesinin içeriği (örn. siyasi, ekonomik veya sanatsal), kapsamı, internet kullanıcıları tarafından tercih edilen bir web sitesi olup olmadığı, bilgilerin hangi televizyon kanalında ya da sosyal medya platformunda yayımlandığı gibi ölçütler, ifade özgürlüğünün sınırlanmasının hukukiliğine ilişkin araştırmada önem arz eder. Sardo, *"Categories, Balancing, and Fake News..."*, s. 451-452. Nitekim İHAM'a göre de ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin orantılı olduğundan bahsedebilmek için bu bilginin, başka kişileri ne ölçüde etkilediği ve bilgiye erişimin sınırlı düzeyde kalıp kalmadığı gibi kıstaslar ayrıntılı olarak analiz edilmelidir. Mahkeme, kamuoyunda geniş çapta yayılmayan, sadece belli sayıda basılan bir gazetede gerçeğe aykırı haberin, kamuoyundaki etkisinin önemsiz olabileceğinin ulusal mahkemeler tarafından göz önünde tutulması gerekliliğine işaret etmiştir. Bkz. İHAM, Salov v. Ukrayna, 65518/01, 6.12.2005, § 114. Ayrıca, İHAM, gazetecinin, başka bir kişinin gerçekleştirdiği açıklamayı iletmesi için cezalandırılmasını, kamu yararını ilgilendiren güncel sorunların tartışılmasını önleyebileceğini öne sürmüştü; basın mensuplarının alıntı yaptıkları haberlerle aralarına mesafe koymaya mecbur tutulmalarının, basının bilgi sağlama işlevi ile bağdaşmayacağını belirtmiştir. İHAM, Thoma v. Lüksemburg, 38432/97, 29.6.2001, § 64.

<sup>91</sup> Ancak, Anayasa Mahkemesi, TCK md. 217/A'nın iptali istemiyle açılan davada gereklilik ölçütü açısından bir inceleme yapmayarak, yaptırımın türü ve miktarı, suçun nitelikli hâlleri gözetilerek tespit edilen artırım oranı ve hükme karşı öngörülen kanun yolları esas alındığında, maddenin ölçülülük ilkesine aykırı olarak görülemeyeceği sonucuna varmıştır. AYM, 8.11.2023, E. 2022/129, K. 2023/189, § 39. Mahkeme'nin, ölçülülük ilkesi bağlamında daha hafif müdahale alternatifleri hakkında ayrıntılı bir değerlendirme yapmaması tartışmaya açıktır. Kaldı ki, yukarıda işaret

### 3.2.1. Caydırıcı Etkinin Yol Açağı Otosansür

TCK md. 217/A'da öngörülen cezanın, ifade ve basın özgürlüğü üzerinde oluşturacağı "caydırıcı etki (chilling effect)" üzerinde de durulmalıdır. İHAM'a göre özellikle basına yönelik müdahalelerde söz konusu olan bu etki, kişilerin yaptırıma maruz kalma kaygısıyla fikirlerini dile getirmeyerek kendilerine sansür uygulamaları anlamına gelir. Mahkeme, kamuoyunu güncel sorunlar hakkında aydınlatma görevi olan gazetecilere, basın suçu işledikleri iddiasıyla hapis cezası verilmesinin, basın mensuplarının ifade özgürlükleri ile istisnai koşullarda (nefret söylemi, şiddete tahrik vb.) bağdaşabileceğini, zira yaptırım korkusundan ileri gelen caydırıcı etkinin diğer gazetecileri olumsuz yönde etkileyebileceğini ifade etmiştir.<sup>92</sup> İHAM, gazeteciye, mesleğini icra hakkından mahrum bırakan hapis cezasının, ifade özgürlüğüne ilişkin "sert" bir müdahale olarak görülmesi gerektiğini belirtmiş ve bu tür bir mahkûmiyet kararının, toplumu ilgilendiren meselelerde, kamusal tartışmanın yürütülmesi üzerinde caydırıcı etkisinin olacağı sonucuna varmıştır.<sup>93</sup> Eğer basın mensupları, tutuklanma veya yaptırım kaygısıyla görevlerini yapmaktan imtina ederlerse, vatandaşların bilgi edinme hakları engellenmiş olur. Bu nedenle, gazetecilere yönelik yaptırımlar, sadece onları değil ve ayrıca, basının susturulması vasıtasıyla toplumunun genelini ve çoğulcu demokratik düzeninin işleyişini de etkiler.<sup>94</sup> Cezai yaptırım endişesi, demokratik iklimin oluşmasındaki önündeki en büyük engellerden olup azınlıkta kalan görüşlerin susturulmasına yol açar.<sup>95</sup>

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından alınmış olan Gazeteciliğin Korunması ve Gazeteciler ile Diğer Medya Aktörlerinin

---

edildiği gibi Türk hukukunda TCK md. 217/A yerine hâlihazırda aynı ölçüde etkili birçok hüküm yer almaktayken, bu düzenlemelerden kararda hiç söz edilmemesi de dikkat çekicidir.

<sup>92</sup> İHAM, Cumpănă ve Mazăre v. Romanya, 33348/96, 17.12.2004, § 114-116.

<sup>93</sup> İHAM, Kaperzyński v. Polonya, 43206/07, 3.7.2012, § 74.

<sup>94</sup> Bkz. Trine Baumbach, "Chilling Effect as a European Court of Human Rights' Concept in Media Law Cases", *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, Volume 6, Issue 1, 2018, s. 112.

<sup>95</sup> AYM, Ergün Poyraz Başvurusu (2) [GK], 2013/8503, 27.10.2015, § 79.

Güvenliğine İlişkin Üye Devletlere Yönelik Tavsiye Kararı md. 33 uyarınca da bir düzenleme, korku yayarak otosansüre ve toplumun zararına olacak bir biçimde kamusal tartışmaların işlevsizleşmesine neden olmaktaysa, ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı bir etki ortaya çıkar. Bu sebeple, kamu makamlarının, kamuoyu oluşumuna katılımı caydırıcı etkiye sahip olan kararlar almaktan veya yaptırımlar uygulamaktan özellikle kaçınmaları gerekir. Yine anılan Karar'ın 34. maddesi gereğince cezai yaptırımların caydırıcı etkisi, özel hukuk yaptırımlarına kıyasla daha fazladır.<sup>96</sup> Bu çerçevede İHAM, davacıyı maddi veya manevi zarara uğratacak bir şekilde gerçeğe aykırı bir bilgiyi yayan gazetecinin aleyhine (katlanamaz derecede yüksek olmamak kaydıyla) tazminat davası açılabileceğini kabul etmekle birlikte, tazminatın yanı sıra, cezai yaptırıma hükmedilmesinin ifade özgürlüğünü ölçüsüz sınırlandırabileceğine karar vermiştir.<sup>97</sup> Venedik Komisyonu da TCK md. 217/A'nın, ifade özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturduğunu, Türkiye'de çoğulcu demokratik atmosfer henüz tam anlamıyla tesis edilemediği için toplumsal düzeyde yaygın bir otosansürün gündeme gelebileceğini öne sürmüştür.<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup> [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=09000016806415d9#](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016806415d9#), Erişim Tarihi: 27.5.2024.

<sup>97</sup> İHAM, Niskasaari ve diğerleri v. Finlandiya, 37520/07, 6.10.2010, § 78.

<sup>98</sup> *Venedik Komisyonu ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları...*, § 75. İHAM, "caydırıcı etki" kavramı ile ilgili verdiği bir kararda, somut olayda makalenin yayımlanarak geniş çapta paylaşıldığını, bu nedenle, yazara verilen cezanın, onun kendisini ifade etmesini tam olarak engellemeyeceğini, ancak, yaptırımın, onu gelecekte eleştiri yapmaktan caydırabilecek bir sansür niteliği taşıyabileceğini saptamıştır. Ayrıca, anılan bu yaptırım, basının bilgi sağlayıcısı ve "kamu bekçisi" olarak görevini ifa etmesini engelleyebilir. İHAM, *Lingens v. Avusturya*, § 44. İHAM, hükmedilecek cezanın, basını, eleştirilerini sunmaktan alıkoymayı amaçlayan bir sansür olmadığına ikna olmalıdır. Zira bazı durumlarda mahkûmiyet hükmünün, diğer kişiler üzerinde meydana getirdiği endişe ve korku, hükümlü üzerinde doğuracağı sonuçtan daha önemlidir. Öyle ki, Birleşik Krallık'ta, çevrimiçi yayımlanan gerçeğe aykırı bilgilerle mücadele etmek için hazırlanmış olan Çevrimiçi Güvenlik Kanunu, basın mensuplarına uygulanamaz. Özgür basının çoğulcu demokratik sistemin temel şartlarından biri olduğunu ifade eden



TCK md. 217/A, gazetecilere, siyasilere, aktivistlere, vatandaşlara uygulanabilecek bir norm olup kişilerin ifade ve basın özgürlüklerini kullanmamaları, sessiz kalmaları konusunda uygulamada caydırıcı bir etki yaratır.<sup>99</sup> Oysa daha önce de belirtildiği gibi 1982 Anayasası'nın 13. maddesine göre hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde ifade edilen sebeplere bağlı olarak, ancak kanunla sınırlanabilir. Türk Anayasa Mahkemesi, "hakkın özü" kavramından ne anlaşılması gerektiğini aynen şöyle açıklamıştır:<sup>100</sup> "... Dokunulamayacak "öz", her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldıracı bir nitelik taşıması gerekir.". Bu ölçüt, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında o kadar önem arz eder ki, hakkın özüne dokunulduğuna karar verilirse, diğer ölçütler açısından bir inceleme gerçekleştirilmesine gerek kalmaz.<sup>101</sup> Savunduğu fikirler veya paylaştığı haberler gerçeğe aykırı olduğundan hapis cezasıyla karşı karşıya kalan yurttaşlar, toplumsal sorunlarla ilgili düşüncelerini açıklamaktan çekinebilirler. Görüşlerin sansüre uğradığı bu siyasi ortamda, ifade ve basın özgürlüğünün kullanılmasının ciddi surette güçleşeceği; sınırlamanın, belirtilen özgürlüklerin amacına ulaşmasını önleyeceği tartışmasızdır. "Hakkın özü" kavramı, ölçülülük ilkesi ile kesişmiş ve aşırı sınırlama, hakkın özüne dokunmuştur.<sup>102</sup>

---

Kanun, gazetecileri, web siteleri için geçerli olan yükümlülüklerle tabi kılmamıştır. Ayrıca, Kanun'da, herhangi bir cezai yaptırım da kabul etmemiştir. *Venedik Komisyonu ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları...*, § 19.

<sup>99</sup> *Venedik Komisyonu ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları...*, § 71-72. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi, TCK md. 217/A ile ilgili kararında, "caydırıcı etki" kavramı üzerinde hiç durmamıştır.

<sup>100</sup> AYM, 13.12.2017, E. 2016/7, K. 2017/171, § 13.

<sup>101</sup> AYM, 10.2.2016, E. 2015/96, K. 2016/9, § 12.

<sup>102</sup> Anayasa Mahkemesi'ne göre temel hakkın özüne dokunduğu kabul edilen bir sınırlama, ölçülülük ilkesine de aykırı olur. AYM, Mehmet Ali Aydın Başvurusu [GK], 2015/9343, 4.6.2015, § 67. TCK md. 217/A kapsamında uygulanan hapis cezası, özellikle seçim süreçlerinde birçok tartışmayı beraberinde getirir. *Venedik Komisyonu ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları...*, § 79.

### 3.2.2. Anonim Olma Hakkının İşlevsizleşmesi

TCK md. 217/A uyarınca incelenmesi gereken bir diğer konu, suçun anonim bir isimle işlenmesinin ağırlaştırıcı sebep olarak öngörülmesidir. Venedik Komisyonu'na göre fikirlerin serbest dolaşımı için önemli olan anonim kalma hakkı, devletler tarafından keyfi gerekçelerle sınırlandırılarak cezalandırılmamalı, eğer koşulları oluşmuşsa, cezai yaptırım yerine internette anonim isimle dolaşan kişilerden, kendilerini tanıtılmaları istenmelidir.<sup>103</sup> Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 28 Mayıs 2003 tarihinde kabul ettiği İnternet Üzerinde İletişim Özgürlüğü Hakkında Deklarasyon'un 7. maddesi gereğince üye devletler, çevrimiçi gerçekleştirilecek gözetime karşı güvence sağlamak ve bilgi ve görüşlerin serbestçe açıklanabilmesi için internet kullanıcılarının kimliklerini açıklamama haklarına saygı göstermelidirler. Burada artık iki ilke korunmaktadır. Birincisi, kullanıcıların, internet yoluyla düşüncelerini aktarırken, kimliklerini ifşa etmemeleri yönünde bazı geçerli sebepleri olabilir. Kişiyi, kimliğini açıklamaya zorlamak ifade özgürlüğünü orantısız sınırlandıracaktır. Bu durum, halkı, birçok temel bilgi ve görüşten yoksun bırakabilir. İkincisi, internet kullanıcılarının, idari organlar veya özel kişiler tarafından hukuka aykırı bir şekilde yapılan gözetime karşı da korunmaları şarttır. Bu nedenle, devletler, internette anonim olarak dolaşmaya imkân sunan yazılım ve araçların kullanılmasına müsaade etmeli; bu konuda gerekli hukuki adımları atmalıdırlar.<sup>104</sup>

---

Gerçekten, İHAS Ek 1 Nolu Protokol md. 3'te düzenlenen serbest seçim hakkı, hukukun üstünlüğüne dayalı bir demokrasinin kurulup işleyebilmesi için önem arz eder. Serbest seçimler, ifade ve siyasal tartışma özgürlüğü demokratik sistemin temelini oluşturur. İHAM'a göre her iki hak ve özgürlük birbiriyle ilgilidir, birbirini güçlendirmek için vardır. Bu sebeple, seçimlerden önce her türlü görüşün ve bilginin serbest dolaşımına olanak tanınması ayrı bir anlam taşır. İHAM, Orloskaya Iskra v. Rusya, 42911/08, 3.7.2017, § 110. Serbest seçim hakkı ile ifade özgürlüğü arasındaki bu bağ, TCK md. 217/A'nın, çoğulcu demokratik rejim açısından ne gibi tartışmalara yol açabileceğini ortaya koymaktadır.

<sup>103</sup> *Venedik Komisyonu ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları...*, § 77.

<sup>104</sup> <https://www.osce.org/files/f/documents/0/6/31507.pdf>, Erişim Tarihi: 27.5.2024.

Avrupa Konseyi Siber Suç Konvansiyonu'na Yönelik Açıklayıcı Rapor doğrultusunda da data alışverişinin, anonim (anonim e-posta sistemlerinin faaliyetleri) veya güvenli iletişime (şifreleme) olanak tanımak amacıyla kolaylaştırılması, gizliliğin meşru şekilde güvence altına alınması olarak değerlendirilir.<sup>105</sup> Anonimlik, özellikle Türkiye gibi toplumun çoğunluğundan ayrılan, azınlıkta kalan düşüncelerin dile getirilmesi aşamasında birtakım sorunların yaşandığı ülkeler açısından ayrı bir anlam taşır. Gerçi İHAM, geleneksel medyaya kıyasla hukuka aykırı açıklamaların internetten daha hızlı, kapsamlı ve kolay yayıldığını ve kalıcı hâle geldiğini göz ardı etmemektedir. Böylece, İHAS'ın, internette anonim paylaşımda bulunmakla ilgili mutlak bir hak bahsetmediği belirtilmelidir.<sup>106</sup> Ancak, Mahkeme, internet kullanıcılarının kimliklerini açıklamama haklarına da dikkat çeker. Gerçekten, İHAM'a göre geçmişten bugüne anonimlik, misillemelerden veya istenmeyen ilgiden kaçabilmenin bir yolu olmuştur. İfade özgürlüğünün kullanımını kolaylaştıran anonim kalma hakkı, internette fikirlerin ve bilgilerin serbest akışını teşvik etme özelliğine sahiptir.<sup>107</sup> Dijital dünyada anonim bir kimlikle dolaşabilmek, güçlü ve otoriter iktidarların karşısında kişi özerkliğinin, haysiyetinin ve öz yönetiminin sağlanabilmesi için önem arz eder.<sup>108</sup> Ayrıca, internette anonim olmanın farklı dereceleri söz konusu olabilir. Örneğin, internet kullanıcısı, servis sağlayıcı tarafından tanımlanabilirken, daha geniş bir kitle için anonim kalabilir. Servis sağlayıcıları, internet kullanıcılarının anonimlik derecelerine izin verebilirler. Anonim hesaplara ilişkin kişisel veriler ancak başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından

---

<sup>105</sup> <https://rm.coe.int/16800cce5b>, Erişim Tarihi: 27.5.2024.

<sup>106</sup> İHAM, Standard Verlagsgesellschaft MBH v. Avusturya (No. 3), 39378/15, 7.3.2022, § 75; İHAM, Delfi As v. Estonya, 64569/09, 16.6.2015, § 147.

<sup>107</sup> İHAM, Standard Verlagsgesellschaft MBH v. Avusturya (No. 3), § 76; İHAM, Delfi As v. Estonya, § 147.

<sup>108</sup> Jisuk Woo, "The right not to be identified: privacy and anonymity in the interactive media environment", *New Media and Society*, Volume 8, Issue 6, 2006, s. 962.

gerekliyse, soruşturma ve kovuşturma makamları tarafından bu yönde ileri sürülen bir talep sonucunda paylaşılabilmelidir.<sup>109</sup>

Bu değerlendirmeler, gerçeğe aykırı bilgilerin anonim bir kimlikle yayılmasının, suçun ağırlaştırıcı nedeni olarak kabul edilmesini eleştiriye açık kılmaktadır. Zira istisnai hâller saklı kalmak kaydıyla kimliğini gizleyerek fikirlerini dile getirmek bir temel haktır. Özellikle dijital ortamda anonim kalma hakkı, Türkiye gibi ifade ve basın özgürlüğüne ilişkin ciddi sorunların yaşandığı ülkeler için anlamlıdır. Görüşlerini veya toplumun öğrenmesinde üstün bir kamusal menfaatin bulunduğu haberi, başka kişilerle paylaşan basın mensuplarının, uygulamada cezai yaptırıma maruz kalma riskiyle karşılaşmamak adına gerektiğinde anonim olabilmeleri şarttır. Bu hakkın açık bir biçimde tanınmadığı otoriter rejimlerde, halkın, güncel meseleler hakkında bilgi edinmesi mümkün olmaz. Benzer bir tespit, ifade özgürlüğünü kullanmak isteyen alelade yurttaşlar açısından da yapılabilir. Düşüncelerini aktardıkları gerekçesiyle hapis cezası kaygısı yaşayan yurttaşlar için anonimlik bir fırsattır. Türkiye’de sosyal medya platformları üzerinden kimliği belirsiz “troll” hesaplarla bazı suçların işlenebilmesi ise anonimlik hakkının bütünüyle işlevsiz hâle getirilmesinin bir gerekçesi olarak kabul edilemez. Zira bir hakkın norm alanının dışına çıkılarak suç işlenmesi, hakkın kullanımının tamamen yasaklanabileceği veya amacına ulaşmasını önleyici sınırlamaların gerçekleştirilebileceği anlamına gelmez. Burada yapılması gereken, bu hesapların paylaştıkları ve (sarsıcı ve şok edici olanlar hariç olmak üzere) konusu suç teşkil eden paylaşımlarla mücadele etmektir.

### SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

TCK md. 217/A’da yer alan halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçu anayasal açıdan eleştiriye açık olan bir düzenlemedir. Öncelikle, madde metninde ifade edilen “gerçeğe aykırı bilgi”, “endişe”, “korcu” veya “panik” ibarelerinden ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Bu ifadeler, suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırı olarak kanunda açıklanmamış, kavramların kapsamının belirlenmesi, yargı organlarının kararına bırakılmıştır. Anılan organların maddede belirtilen ifadeleri

---

<sup>109</sup> İHAM, Delfi As v. Estonya, § 148.

yorumlarken hangi ölçütlere dayanacakları ise belirsizdir. Ayrıca, maddede yer verilen “ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı” gibi soyut ifadeler, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi uyarınca ceza kanunlarında değil, anayasal düzeyde ele alınması gereken kavramlardır. Kişi hürriyetini sınırlandıran en ağır yaptırım olan hapis cezası yerine, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir şekilde aynı derecede etkili ve özgürlüğü daha az sınırlayan alternatif tedbirlerden madde kapsamında söz edilmemiş ve suçun, ifade ve basın özgürlüğü üzerinde yaratabileceği “caydırıcı etki” göz ardı edilmiştir. Suçun, anonim bir kimlikle işlenmesi, somut olayın kendine özgü şartları dikkate alınmaksızın ağırlaştırıcı neden olarak benimsenmiş, otoriter niteliği ön plana çıkan siyasi iktidarlara karşı önemli bir güvence olan anonim kalma hakkı ölçsüz sınırlandırılmıştır.

Anayasa Mahkemesi, söz konusu gerekçelere rağmen TCK md. 217/A’yı Anayasa’ya aykırı görmeyerek iptal talebini reddetmiştir. Bu noktada düzenlemenin değiştirilmesi ve/veya yürürlükten kaldırılması ile ilgili geriye şu ihtimaller kalmaktadır: Birincisi, Meclis, anayasal düzeyde tanınmış olan yasama yetkisinin bir gereği olarak, Anayasa’ya aykırılık yönünde ileri sürülen fikirler doğrultusunda TCK md. 217/A’yı Anayasa’ya uygun hâle getirebilir veya ilga edebilir. İkincisi, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun md. 50/1 çerçevesinde “Esas inceleme sonunda, başvuruçunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir...”. Şayet bu ihlal, idari makamların veya derece mahkemelerinin, Anayasa’ya uygun yorum yapılmasına imkân vermeyecek açıklıktaki kanun hükmünü uygulamalarından veya kanundaki belirsizliklerden ortaya çıkarsa, ihlalin kanundan kaynaklandığı söylenebilir. Bu hâlde, ihlalin artık bütün sonuçlarıyla ortadan kalkması, kanun hükmünün yeniden düzenlenmesi koşuluna bağlı olup Anayasa Mahkemesi’nin kararı, yapısal sorunun giderilmesi amacıyla Meclise gönderilir.<sup>110</sup>

---

<sup>110</sup> AYM, Süleyman Başmeydan Başvurusu [GK], 2015/6164, 20.6.2019, § 70, § 73.

Üçüncüsü, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararı, kanundan ileri gelen bir yapısal sorunun çözüme kavuşturulması için Meclis'e sevk edilse dahi değişikliğe gidilmemiş olabilir. Anayasa Mahkemesi'ne göre anayasal düzenlemelerin bağlayıcılığını kurala bağlayan Anayasa'nın 11. maddesi ve yargıcın, öncelikle anayasal hükümleri gözeterek uyuşmazlıkları çözmesi gerektiğini teminat altına alan Anayasa'nın 138. maddesi, davanın Anayasa'ya uygun olarak karara bağlanmasını gerekli kılar. Bu bağlamda Anayasa'nın 152. maddesinin, yargıca, davada uyguladığı kanun hükmünün, Anayasa'ya uygunluğu araştırma görevi tanıdığı dikkate alınmalı; bireysel başvuru sonrası yapılacak yeniden yargılamada itiraz yoluna gidilmelidir.<sup>111</sup> Böylece, Anayasa Mahkemesi, kanun yapıcıya yapılan çağrıya rağmen kanundan kaynaklanan yapısal sorunun giderilmemesi durumunda, kanuni düzenlemenin, itiraz yolu işletilerek önüne getirilmesini "tavsiye" etmektedir. Her ne kadar TCK md. 217/A'nın Anayasa'ya aykırılığının esastan reddi kararının, Resmî Gazetede yayımlanmasının üzerinden on yıl geçmemiş olsa da Anayasa Mahkemesi, 1.2.2024 tarihli kararında, Anayasa md. 152/4'te kabul edilen on yıllık başvuru yasağının, iptal davası sonucunda verilen esastan red kararı sonrasındaki somut norm denetimini kapsamadığını, yani soyut norm denetiminden sonra on yıl içerisinde itiraz yoluna başvurulabileceğini belirterek önceki içtihadını<sup>112</sup> terk etmiştir.<sup>113</sup> Kanun hükmünün temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşma hükümlerine aykırı olması hâlinde milletlerarası antlaşma hükümleri bağlamında uyuşmazlığın çözülebileceğine ilişkin Anayasa md. 90/5'in de uygulanması mümkün olmakla birlikte, bireysel başvuru bakımından ortak koruma alanında yer alan İHAS kapsamındaki hak ve özgürlükler, Anayasa ile zaten korunduğundan çatışma normunun uygulanmasından evvel itiraz yoluna gidilmelidir.<sup>114</sup>

---

<sup>111</sup> AYM, Hulusi Yılmaz Başvurusu [GK], 2017/17428, 1.12.2022, § 50, § 52.

<sup>112</sup> AYM, 20.5.2010, E. 2010/48, K. 2010/70; AYM, 11.9.2014, E. 2014/82, K. 2014/143.

<sup>113</sup> AYM, 1.2.2024, E. 2023/177, K. 2024/30, § 19.

<sup>114</sup> AYM, Hulusi Yılmaz Başvurusu [GK], § 53; AYM, Kemtaş Tekstil İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. Başvurusu, 2020/22192, 17.5.2023, § 79.

## EXTENDED SUMMARY

*An essential condition for pluralistic democracy is a political environment where minority opinions, even those that may be shocking or hurtful to the majority of society, can be freely expressed, and where freedom of the press is safeguarded. Freedom of expression is regarded as a fundamental means for individuals to comprehend the world, articulate their thoughts to others, and fulfill their personal potential. A similar assertion can be made regarding the freedom of the press. While visual and audio media outlets critique political power by expressing their opinions on social issues, they simultaneously fulfill their duty to enlighten society and ensure the public's right to information. In a system where the press is subjected to censorship or feels pressured, it cannot be claimed that the powers of political authorities are entirely restrained. Moreover, freedom of expression and the press ensure that information is not monopolized by a single source. The access to alternative information sources plays a crucial role, particularly during election processes, empowering citizens to effectively exercise their right to vote and stand for election.*

*As evident, freedom of expression and the press serve as prerequisites for the effective exercise of numerous rights and freedoms. In this context, the crime of publicly disseminating information misleading the public (Turkish Penal Code Art. 217/A) has been established in Turkish law through Article 29 of Law No. 7418, dated 12.10.2022. However, the article in question, which imposes limitations on freedom of expression and the press, raises numerous constitutional controversies. Firstly, certain expressions in the text of the article, such as 'false information', 'anxiety', 'fear', or 'panic', may not be clearly defined or predictable for citizens. However, according to the principle of legality of crimes and punishments (nullum crimen nulla poena sine lege), criminal laws, especially, must be written in concrete, clear, and precise terms. Furthermore, the concepts with abstract content such as 'the country's domestic and foreign security, public order, and general health', as expressed in the provision, are matters typically addressed in constitutions rather than criminal laws.*

*According to the article, the requirement that the crime be committed solely with the 'motive of creating fear, panic, or anxiety' among the public may result in perpetrators acting with other motives (such as financial gain or increasing followers in social media) remaining unpunished, which contradicts the principle of equality. The article fails to mention alternative measures besides imprisonment, which could be equally effective while being less restrictive to personal liberty. Additionally, it overlooks the potential chilling effect on freedom of expression and the press that this crime may have. Moreover, the regulation of committing the crime with an anonymous identity as an aggravating factor excessively limits the right to remain anonymous, a crucial safeguard against authoritarian governments. Considering previous decisions of the Constitutional Court and the European Court of Human Rights, it is arguable that Article 217/A of the Turkish Penal Code should be annulled. However, the Constitutional Court's decision not to annul it despite the mentioned unconstitutionality has opened the door to new legal problems concerning rights and freedoms.*

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

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

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

**Peer-Review:** Externes Peer-Review-Verfahren.

**Interessenkonflikt:** Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

**Finanzielle Unterstützung:** Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.



### KAYNAKÇA

- AKARTÜRK Ekrem Ali, *Oy Hakkının Anayasal İlkeleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, Mart 2017.
- AKYÜREK Güçlü, "Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu Üzerine Düşünceler (TCK m.217/A)", *MEFHFD*, Cilt 1, Sayı 2, Aralık 2022, s. 207-218.
- BALCI Murat, ÇAKIR Kerim, "Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK m. 217/A)", *AndHD*, Cilt 9, Sayı 1, Ocak 2023, s. 1-17.
- BAUMBACH Trine, "Chilling Effect as a European Court of Human Rights' Concept in Media Law Cases", *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, Volume 6, Issue 1, 2018, s. 92-114.
- BYCHAWSKA-SINIARSKA Dominika, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması*, Çeviren: Tuğçe Duygu Köksal, MRK Baskı, Ankara 2018.
- ÇETİN Evra, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8.-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, Temmuz 2015.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, GÖLCÜKLÜ Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, 10. Bası, Ankara, 2013.
- GÜNEŞ Mehmet, "Kamu Özgürlüklerinin Sınırlandırılmasında Kamu Güvenliği Gerekçesinin Hukukiliği", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 27, Sayı 3, 2019 s. 435-457.
- HOLZNAGEL Bernd, "Phänomen "Fake News" – Was ist zu tun?", *MMR*, Jahrgang 21, Heft 1, 2018, s. 18-22.
- KARAN Ulaş, *İfade Özgürlüğü*, MRK Baskı, Ankara, Nisan 2018.
- KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL Tülay, "Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu Hakkında Bir Değerlendirme", *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 207, Kasım 2023, s. 94-106.
- KÜÇÜK Tefvik Sönmez, "Kamu Görevlilerinin Sosyal Medya Kullanımının Siyasi Faaliyette Bulunma Yasağı Bağlamında

Değerlendirilmesi”, in *Cumhuriyet’in 100. Yılında Anayasa Hukuku Tartışmaları*, Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Fatmagül Yazıcı (Ed.), XII Levha Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2024, s. 457-528.

KÜÇÜK Tevfik Sönmez, “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkının Sınırlılığı Üzerine Bir Değerlendirme”, *YÜHFD*, Cilt XIX, Yeditepe Üniversitesi’nin 25. Yılına Armağan (Özel Sayı), 2022, s. 263-302.

MAMAK Kamil, “Categories of Fake News from the Perspective of Social Harmfulness”, in *Integrity of Scientific Research*, Joel Faintuch, Salomo Faintuch (Ed.), Springer Publishing, Cham, Switzerland, 2022, s. 351-357.

MAZUR Viktoria, CHOCIA Archil, “Definition and Regulation as an Effective Measure to Fight Fake News in the European Union”, *European Studies*, Volume 9, Issue 1, 2022, s. 15-40.

ÖZBUDUN Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 19. Baskı, Ankara, 2019.

PAKKAN TOSUN Şükran, “İnfodemik Dünya: Sağlık Habercilerinin Pandemi Sürecinde İnfodemiye İlişkin Tespit ve Önerileri”, *İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi*, Sayı 55, Güz 2021, s. 56-79.

RUMPF Christian, “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısında İşlevi ve Niteliği”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 10, 1993, s. 25-48.

SAĞLAM Fazıl, *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1982.

SARDO Alessio, “Categories, Balancing, and Fake News: The Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, Volume 33, Issue 2, August 2020, s. 435-460.

SMET Stijn, “Freedom of Expression and the Right to Reputation: Human Rights in Conflict”, *American University International Law Review*, Volume 26, Issue 1, 2010, s. 183-236.

TANÖR Bülent, YÜZBAŞIOĞLU Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Basım Yayım, 20. Bası, İstanbul, 2020.

- TAŞKIN Ozan Ercan, "Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016/1, s. 59-91.
- TÜRAY Aras, BÖREKÇİ Eşref Barış, YILMAZ Aslı Ekin, ÖZBALCI Yalım Yarkın, *Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK M.217/A): Ceza Hukukuna İlişkin Değerlendirmeler*, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul, Aralık 2022.
- UYGUN Oktay, *1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992.
- VAN DER SLOOT Bart, "The Quality of Law: How the European Court of Human Rights gradually became a European Constitutional Court for privacy cases", *JIPITEC*, Volume 11, Issue 2, 2020, s. 160-185.
- WANG Chih-Chien, "Fake News and Related Concepts: Definitions and Recent Research Development", *Contemporary Management Research*, Volume 16, Issue 3, 2020, s. 145-174.
- WOO Jisuk, "The right not to be identified: privacy and anonymity in the interactive media environment", *New Media and Society*, Volume 8, Issue 6, 2006, s. 949-967.
- YEŞİLTUNA Oğuzhan, *Hakikat ya da Neticeler: İfade Özgürlüğü Bağlamında Çevrimiçi Bilgi Çarpıtmayla Mücadele*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, Mart 2023.

## **Mahkeme Kararları**

### **Anayasa Mahkemesi Kararları**

#### ***Bireysel Başvuru Kararları***

AYM, Emin Aydın Başvurusu, 2013/2602, 23.1.2014.

AYM, Ergün Poyraz Başvurusu (2) [GK], 2013/8503, 27.10.2015.

AYM, Ferhat Üstündağ Başvurusu, 2014/15428, 17.7.2018.

AYM, Halk Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş. Başvurusu [GK], 2014/19270, 11.7.2019.

AYM, Hamit Yakut Başvurusu [GK], 2014/6548, 10.6.2021.

AYM, Hasan Güngör Başvurusu, 2013/6152, 24.2.2016.

AYM, Hulusi Yılmaz Başvurusu [GK], 2017/17428, 1.12.2022.

AYM, Karlis A.Ş. Başvurusu, 2013/849, 15.4.2014.

AYM, Kemtaş Tekstil İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. Başvurusu, 2020/22192, 17.5.2023.

AYM, Kristal İş Sendikası Başvurusu [GK], 2014/12166, 2.7.2015.

AYM, Mehmet Ali Aydın Başvurusu [GK], 2015/9343, 4.6.2015.

AYM, Süleyman Başmeydan Başvurusu [GK], 2015/6164, 20.6.2019.

AYM, Tansel Çölaşan Başvurusu, 2014/6128, 7.7.2015.

AYM, Tuğba Arslan Başvurusu [GK], 2014/256, 25.6.2014.

AYM, Uğurlu Gazetecilik Basın Yayın Matbaacılık Reklamcılık Ltd. Şti. Başvurusu (2) [GK], 2016/12313, 26.12.2019.

### ***Norm Denetimi Kararları***

AYM, 28.1.1964, E. 1963/128, K. 1964/8.

AYM, 20.5.2010, E. 2010/48, K. 2010/70

AYM, 20.5.2010, E. 2009/51, K. 2010/73.

AYM, 11.4.2012, E. 2011/111, K. 2012/56.

AYM, 11.9.2014, E. 2014/82, K. 2014/143.

AYM, 10.2.2016, E. 2015/96, K. 2016/9.

AYM, 29.11.2017, E. 2015/79, K. 2017/164.

AYM, 13.12.2017, E. 2016/7, K. 2017/171.

AYM, 1.8.2023, E. 2022/120, K. 2023/107.

AYM, 8.11.2023, E. 2022/129, K. 2023/189.

AYM, 1.2.2024, E. 2023/177, K. 2024/30.

**Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kararları**

BVerfGE 83, 130, 27.11.1990.

BVerfGE 95, 267, 8.4.1997.

**İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları**

İHAM, Bagiński v. Polonya, 37444/97, 11.1.2006.

İHAM, Ciubotaru v. Moldova, 27138/04, 27.7.2010.

İHAM, Cumpănă ve Mazăre v. Romanya, 33348/96, 17.12.2004.

İHAM, De Haes ve Gijssels v. Belçika, 19983/92, 24.2.1997.

İHAM, Delfi As v. Estonya, 64569/09, 16.6.2015.

İHAM, Flux v. Moldova, 28702/03, 20.2.2008.

İHAM, Funke v. Fransa, 10828/84, 25.2.1993.

İHAM, Gün ve diğerleri v. Türkiye, 8029/07, 18.6.2013.

İHAM, Handyside v. Birleşik Krallık, 5493/72, 7.12.1976.

İHAM, Hasan ve Chaush v. Bulgaristan, 30985/96, 26.10.2000.

İHAM, Kaperzyński v. Polonya, 43206/07, 3.7.2012.

İHAM, Kita v. Polonya, 57659/00, 8.10.2008.

İHAM, Lingens v. Avusturya, 9815/82, 8.7.1986.

İHAM, Niskasaari ve diğerleri v. Finlandiya, 37520/07, 6.10.2010.

İHAM, Olsson v. İsveç (No. 1), 10465/83, 24.4.1988.

İHAM, Orloskaya Iskra v. Rusya, 42911/08, 3.7.2017.

İHAM, Rotaru v. Romanya, 28341/95, 4.5.2000.

İHAM, Salov v. Ukrayna, 65518/01, 6.12.2005.

İHAM, Standard Verlagsgesellschaft MBH v. Avusturya (No. 3),  
39378/15, 7.3.2022.

İHAM, Staniszewski v. Polonya, 20422/15, 14.1.2022.

İHAM, Tammer v. Estonya, 41205/98, 4.4.2001.

İHAM, The Sunday Times v. Birleşik Krallık, 6538/74, 26.4.1979.

İHAM, Thoma v. Lüksemburg, 38432/97, 29.6.2001.

İHAM, Thorgeir Thorgeirson v. İzlanda, 13778/88, 25.6.1992.

İHAM, Žaja v. Hırvatistan, 37462/09, 4.1.2017.

### **Diğer Kaynaklar**

<https://d.barobirlik.org.tr/2022/venedikkomisyonu.pdf>, Erişim Tarihi: 27.5.2024.

<https://rm.coe.int/16800cce5b>, Erişim Tarihi: 27.5.2024.

[https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=09000016806415d9#](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016806415d9#), Erişim Tarihi: 27.5.2024.

<https://tgs.org.tr/tgs-basin-ozgurlugu-raporu-2023-2024/>, Erişim Tarihi: 27.5.2024.

<https://www.iletisim.gov.tr/turkce/dezenformasyon-bulteni>, Erişim Tarihi: 27.5.2024.

<https://www.osce.org/files/f/documents/0/6/31507.pdf>, Erişim Tarihi: 27.5.2024.

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022.10.20221018-1.htm>, Erişim Tarihi: 27.5.2024.

[https://www.who.int/health-topics/infodemic#tab=tab\\_1](https://www.who.int/health-topics/infodemic#tab=tab_1), Erişim Tarihi: 27.5.2024.



## Constitutional Arab Identity Referring To National Unity: The Cases of Lebanon, Syria, and Jordan

### Ulusal Birliğe Atıfla Anayasal Arap Kimliğinin Kullanımı: Lübnan, Suriye ve Ürdün Örnekleri

Dr. Öğr. Üyesi Abdullah Musab ŞAHİN\*

#### ÖZ

*Bu makale Lübnan, Suriye ve Ürdün'de hazırlanan anayasalarda Arap kimliğinin devletler üstü bir Arap birliğine mensubiyeti belirtmek için nasıl kullanıldığına odaklanmaktadır. Anayasacılık hareketleri incelendiğinde, vatandaşlık bağının kurulması için doğrudan ya da dolaylı olarak siyasi kimliğin ön plana çıkarıldığı görülmektedir. Arap ülkelerinde hazırlanan anayasaların çoğunda ise Arap kimliği devletler üstü bir yapıya aidiyeti vurgulamak için kullanılmıştır. Lübnan, Suriye ve Ürdün ile sınırlı olan bu çalışma, bölgede hazırlanan anayasalarda ve anayasal belgelerde bu aidiyetin nasıl vurgulandığını ortaya koyma amacı taşımaktadır. Anayasalarda kullanılan Arap Devletleri, halkın Arap ulusunun bir parçası olduğu ve diğer Arap ülkelerinin halklarına kolay vatandaşlık gibi ifadeler detaylı bir şekilde incelenmiştir. Levant Bölgesi'ndeki üç ülkede hazırlanan anayasalarda yer alan ilgili maddeler, İslam hukuk literatüründeki vatandaşlık teorisi ve Arap milliyetçiliğinin tarihi ile ilişkili olarak incelenmiştir.*

**Anahtar Kelimeler:** Arap Milliyetçiliği, Arap Anayasalarında Vatandaşlık Kavramı, Lübnan Anayasası, Suriye Anayasası, Ürdün Anayasası

\* İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, asahin@medipol.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6529-9179.





## ABSTRACT

*This article focuses on how Arab identity is used to indicate membership in a supra-state Arab union in the Constitutions drafted in Lebanon, Syria and Jordan. When the constitutionalism movements are examined, it is seen that political identity is directly or indirectly brought to the fore to establish the bond of citizenship. In most constitutions prepared in Arab countries, Arab identity was used to emphasise belonging to a supra-state structure. This study, limited to Lebanon, Syria and Jordan, reveals how this belonging is emphasised in the constitutions and constitutional documents drafted in the region. The expressions used in the constitutions, such as the Arab States, the people are a part of the Arab nation and easy citizenship to the peoples of other Arab countries, have been examined in detail. The relevant articles in the constitutions prepared in the three countries of the Levant Region were examined in connection with the theory of citizenship in the Islamic legal literature and the history of Arab nationalism.*

**Keywords:** *Arab Nationalism, Citizenship in Arab Constitutions, Lebanese Constitution, Syrian Constitution, Jordanian Constitution*

## 1 Introduction

Citizenship is one of the fundamental subjects of constitutional law, considered a relatively young branch of law.<sup>1</sup> It is generally accepted that the emergence of the modern concept of citizenship is a result of the American War of Independence (1776) and the constitutionalist movements following the French Revolution (1789). Moreover the modern theory of citizenship has been systematised with the emergence of nation-states. So, a systematic theory of citizenship has only recently emerged.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Tarık Zafer Tunaya, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku* (Araştırma Eğitim Ekin Yayınları, 1982), 27.

<sup>2</sup> Levent Korkut, 'Türkiye'de ve Dünya Devletlerinde Anayasal Vatandaşlık Tanımları', *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1(2) (2014): 5-7.

Along with the formation of nation-states, citizenship has been mainly regulated in constitutions concerning political identity. Citizenship in political identity can be defined as allegiance to a state through a nation, ethnicity, or racial affiliation.<sup>3</sup>

While political identity is emphasised as a bond of citizenship, it can also emphasise belonging to a supra-state community. Although relatively rare, this is the case in most of the past and present constitutions of Arab countries. In line with this approach, it is determined that Arab identity is used in two different ways in the constitutions. The first is to indicate in the preambles or the initial parts of the constitutions that the state is an Arab State or that the citizens are Arab people and belong to an Arab nation. The second is the constitutional provision that facilitates granting citizenship to citizens of other Arab nationalities.

Focusing on Lebanon, Syria, and Jordan, our study will examine how Arab identity is enshrined in their constitutions, how it has transformed over time, and the reasons for such transformations. In this way, it is aimed to identify the developments of the constitutionalisation of Arab identity in the Arab countries in the Levant region following the end of Ottoman rule and the rationales for such results. In the first part, I will examine the emphasis on Arab identity in the constitutions of Lebanon, Syria, and Jordan, respectively, either in terms of belonging to a supra-state Arab community or for national unity. All constitutions drafted in these three countries following the Ottoman retreat from the region will be analysed in detail. Due to Lebanon's unique characteristics, constitutional documents of importance in terms of public law are also included in the scope of the study. In the next chapter, I will emphasise the relevant aspects of the citizenship approach in the Islamic law literature, which has partially influenced these regulations, to highlight similarities. The other chapter will examine the development of the goal of establishing an Arab State in the Levant region, which became widespread and systematised during the last period of the Ottoman Empire and its effects. The focus will be on

---

<sup>3</sup> Korkut, *ibid.*, 9.

examining the impact of historical events on the constitutionalisation of Arab identity, such as the establishment of the Arab League, the rise of Ba'athism, and the foundation of the United Arab Republic between Egypt and Syria.

## 2 Constitutions and Constitutional Documents

### 2.1 Lebanon

Lebanon has historically been closely linked to Syria and is essential as a starting point for the development of Arab nationalism. Lebanon is significant for its history and, therefore, for our discussion because it was the place where the Nahda movement began to flourish<sup>4</sup>, where first aspirations to establish an independent Arab state arose among Lebanese Christians, and where many communities were founded in the following years that included secession from the Ottoman Empire in their political agenda.

World War I ended, the Ottomans withdrew from the region, and Lebanon, which had not been able to self-organize as a sovereign state for centuries, entered the international arena with the claim to be an independent political entity. However, European states' fragmentation of the region, lack of political experience, influence of various intellectual and political trends, and Lebanon's unique demographic distribution would delay Lebanon's independence. Indeed, under the mandate established in the region, the French high commissioner was granted the right to veto laws, dissolve the parliament, and suspend the constitution.<sup>5</sup> Due to this situation, Lebanon would only gain independence in the 1940s.

The constitution of Lebanon, which will be analysed in detail below, was adopted in 1926, and is still in force with essentially the same provisions.<sup>6</sup> This constitution was only amended in the years following

---

<sup>4</sup> Adil Baktiaya, 19. *Yuzyıl Suriye'sinde Nahda'yı Hazırlayan Sosyoekonomik Koşullar ve Nahda İçinde Beliren Siyasi Eğilimler*, PhD Thesis, Istanbul University, Istanbul, 2002, 205.

<sup>5</sup> Ş. Tufan Buzpınar, 'Lübnan', *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (27) (2003): 248, 251.

<sup>6</sup> *al-Dustur al-Lubnani* (2002), 1.

the declaration of independence after the French mandate and the political crises during the Civil War, as no consensus could be reached on a new constitution given the demographic distribution. This frequently amended constitution was initially suspended due to presidential election disputes and independence rebellions, but its provisions were reinstated in the following years.<sup>7</sup> In addition to the constitution, Lebanon's organisational structure is shaped by traditions and consensus, either verbal agreement or constitutional documents codifying these traditions, which I will further elaborate on below.<sup>8</sup> Given the recent developments in Lebanon, it can be said that their impact is even more significant than the constitution. Lebanon is mainly governed by tradition and consensus. For example, while the 1926 Constitution had initially not established a political system based on sects, a sectarian<sup>9</sup> structure was later formed through verbal and written agreements between the communities.<sup>10</sup> According to one opinion the 1926 constitution temporarily established a sectarian structure only for the executive. Still, this exception was later spread to other bodies.<sup>11</sup> However, as will be seen below, the constitution envisaged a gradual transition away from this structure. Despite the explicit provision in the constitution, the sectarian system continues in Lebanon today, driven by tradition and consensus.

The Lebanese constitution resembles the French constitution in some of its provisions.<sup>12</sup> The 1926 Lebanese Constitution is considerably shorter, possibly due to the influence of the prevailing approach in

---

<sup>7</sup> Yıldızhan Yayla, 'Çağdaş İslam Ülkeleri Anayasaları', *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (3) (1991): 164, 177.

<sup>8</sup> Bassam Ibrahim Hamoud, 'al-Azmah al-Lubnaniyah Kiyaniyah em Siyasiyah', *Majallat al-Adab wal-Ulum al-Insaniyah* 4(21) (2022): 256-259.

<sup>9</sup> This order is referred to as the "confessional system" in recent studies. See Yasin Athloğlu, *Modern Lübnan'da Maruniler ve Çatışma*, PhD Thesis, Marmara University, Istanbul, 2011, 81.

<sup>10</sup> Babikian Khachik, 'Dustur Jadid Lil Lubnan al-Jadid', *Majallat al-Adab* 7(25) (1977): 10-12.

<sup>11</sup> Mohsen Khalil, "al-Ta'ifiyyah wal-Nizam al-Dusturi fi Lubnan" *Majallat al-Shariah wal-Qanun* 4 (1990): 15-36.

<sup>12</sup> Athloğlu, *supra* note 9 at 88.

French public law. Therefore, it is clearly stated that the matters not regulated in the constitution will be held by future laws. For example, according to Article 6, which does not define citizenship, the conditions for acquiring, maintaining, and losing Lebanese citizenship are left to legislative regulations. Concerning our study, the preamble of the current Lebanese Constitution<sup>13</sup> states in paragraph "b" that Lebanon is a state with an Arab identity and a founding member of the Arab League. Lebanon's Arab identity was also emphasised in the Taif Agreement<sup>14</sup> between the Lebanese people following the Civil War. In the section of the Taif Agreement regulating the relations between Syria and Lebanon, Lebanon's Arab identity was first emphasised. Then, it was stated that Lebanon is bound to all other Arab States by sincere ties. In addition, due to Lebanon's common roots, shared history, and cooperation with Syria, its neighbour and the most essential power in the region, it was expressed that the two states would refrain from actions that undermine or threaten each other's security or independence.<sup>15</sup>

The constitution and the Taif agreement implicitly refer to Arab identity to emphasise ties with other Arab nations. Yet, despite this reference, the constitution does not mention Arab identity to define citizenship. The reason for the failure to emphasise a shared Arab identity could be Lebanon's political crises due to the separating sectarian approach. The sectarian approach, which has become more prevalent under the influence of the constitutional documents discussed below, ensures ethnically and religiously different groups' representation in the public body and guarantees their role in state governance.

Indeed, in the following years, it was seen that Arab identity could not be brought to the fore as a unifying factor. Instead, the

---

<sup>13</sup> *al-Dustur al-Lubnani* (2002), 1.

<sup>14</sup> This agreement, which ended the civil war in Lebanon, was negotiated in Ta'if, Saudi Arabia, in September 1989 and approved by the Lebanese parliament on 4 November 1989. [https://www.un.int/lebanon/sites/www.un.int/files/Lebanon/the\\_taif\\_agreement\\_arabic\\_version\\_.pdf](https://www.un.int/lebanon/sites/www.un.int/files/Lebanon/the_taif_agreement_arabic_version_.pdf) accessed 12 December 2023.

<sup>15</sup> Wathiqat Al-Wifaq al-Watani al-Lubnani (2021), 15-16.

sectarian-oriented separating system strengthened. For instance, a substantial verbal agreement in 1943 determined that the head of state would be a Maronite, as it was considered the representative of Christians, the prime minister Sunni, and the parliamentary speaker Shiite. This verbal agreement provision does not appear in the constitution or the Taif agreement, and both texts even state that this practice will be abolished. Yet, sectarian practice is still in force today. Again, in the 1943 national pact, it was agreed that the number of Christian deputies would outnumber the number of Muslim deputies. In the following years, after the 1989 Taif agreement that ended the fifteen-year civil war, the Lebanese Constitution was amended in 1990. These reforms introduced new constitutional provisions regarding the political order.<sup>16</sup> Article 24 of the constitution, for instance, establishes that the House of Representatives will be equally divided between Muslims and Christians. Since parliamentary distribution was frequently raised during the Civil War years, the equal distribution principle for the parliament was accepted in the Taif agreement. The new regulation increased the total number of deputies to 108. This regulation allowed Muslims to increase their presence in the parliament without requiring Christian members to hand over their seats to new Muslim members.<sup>17</sup>

It is stated in the constitution and subsequent constitutional documents agreed by communities that the political structure preventing the construction of Arab identity as a common political affiliation within the country will be abolished in the following years by implementing a plan. For instance, the elimination of this order was clearly emphasised as a goal in the constitution's preamble, in paragraph "h" and in Article 95, but this could not be realised. The relevant article suggests that the assembly, composed of Muslim and Christian members based on equality, would gradually abolish political sectarianism. In addition, it is stated that a commission will be established under the auspices of the presidency. The Commission's

---

<sup>16</sup> Hamoud, *supra* note 8 at 259.

<sup>17</sup> Baraa Darwich, *Lebanon and Syria, Sovereign Yet Interlinked Nations: The Lebanese-Syrian Relations 1971-2018*, Master's Thesis, Atılım University, Ankara, 2019, 28.

mandate is to conduct the necessary investigations and submit reports to parliament and ministers to eradicate sectarianism. The establishment of this commission under Article 95 of the constitution has been on the public agenda, including recently.

The same objective is reflected in another constitutional document as well. The Taif Agreement drafted in the aftermath of Lebanon's Civil war and political crises and formed the basis for the constitutional amendments of the following year, also addressed the elimination of community representation within the state administration. In summary, the sectarian-based governance model<sup>18</sup>, thought to have been in practice in the region since the Ottoman period, especially due to the Maronite-Druze conflicts<sup>19</sup>, was not explicitly recognised in the 1926 Constitution. A provisional arrangement has been made only for the executive branch. Nevertheless, it has maintained its influence to this day and has become even stronger with the protocols and agreements signed later on.<sup>20</sup>

In conclusion, a definition of citizenship based on Arab identity has not been possible to date, as the distribution of authority in the public sphere requires belonging to different religions. As mentioned above, since 1943 it has been decided that the head of state will be Maronite, recognised as the representative of Christians, the prime minister will be Sunni and the speaker of parliament will be Shiite. The current system is contrary to the practice that can unite all citizens, regardless of their religious beliefs.<sup>21</sup> The constitution does not define citizenship based on Arab identity, but Arab identity is used, although implicitly, to emphasise belonging to the nation. Yet, I should note that the Lebanese Constitution is far behind compared to other constitutions analysed below in terms of emphasising ties with other Arab nations.

---

<sup>18</sup> Khalil, *supra* note 11 at 20.

<sup>19</sup> Buzpinar, *supra* note 5 at 250.

<sup>20</sup> Kemal A. Faruki, 'The National Covenant of Lebanon: Its Genesis', *Pakistan Horizon* 27(3) (1974): 19-22.

<sup>21</sup> Ussama Makdisi, *The Culture of Sectarianism: Community, History, and Violence in Nineteenth-Century Ottoman Lebanon* (Orlando: University of California Press 2000), 166.

Indeed, there is no explicit emphasis on national unity.<sup>22</sup> The Constitution only states that Lebanon is an Arab State and a founding member of the Arab League. I think that these statements are used to indicate Arab identity as a means of national belonging implicitly.

## 2.2 Syria

Although the World War I end of the war marked the end of Ottoman influence in the region, Arab intellectuals were still far from their objectives. The idea of a Greater Syria was unrealisable, especially since there were British and French troops on the shoreline. The mandate decision issued for Syria at the San Remo Conference in 1920<sup>23</sup> also prevented the idea of establishing an Arab Union, which had been voiced loudly among Arab intellectuals during the late period of the Ottoman Empire. In the following years, the French gradually increased their regional influence. Indeed, the constituent commission established by Faisal's declaration drafted a constitution. It was agreed in principle and awaited final reading for ratification. But the crisis with the French had put constitutional negotiations on hold for some time.<sup>24</sup>

In this crisis setting, the constitution, completed belatedly in 1920, consists of 147 articles. This constitution<sup>25</sup> regulates individual rights in general terms, the king's power, legislative and judicial bodies, and central and regional governments. The 1920 Syrian Constitution underlines the Arab identity of the state in its first article. This arrangement can be interpreted in connection with the influence of the dream of forming a great Arab State during the preparation process of the constitution.<sup>26</sup> It was further stated in Article 9 that every inhabitant of Syria, an Arab country, would be called a Syrian. Thus, in the first Syrian constitution, citizenship was defined on the basis of political

---

<sup>22</sup> George Jabbour, *al-Urubah wal-Islam fil desatir al-Arabiyah* (2010): 55.

<sup>23</sup> Majid Khadduri, 'Constitutional Development in Syria: With Emphasis on the Constitution of 1950', *Middle East Journal* 5(2) (1951): 139.

<sup>24</sup> Khadduri, *ibid.*, 137-139.

<sup>25</sup> <https://sl-center.org/?p=2046> accessed 12 December 2023.

<sup>26</sup> Mohammed Jamal Barout, 'al-Mu'tamar al-Suri al-Aam 1919-1920', *Majallah Tubayyin lil-Dirasat al-Fikriyyah wa al-Thaqafiyah* 1(3) (2013): 23-36.



identity. In the same article, it is stated that the Act on Citizenship will determine legal measures on citizenship. Following this short-lived constitution, armed uprisings occasionally broke out, demanding the end of the mandate, the declaration of independence, and the adoption of a new constitution. After many years of struggle, consensus was reached in 1928, and Syrian politicians drafted a new constitution.<sup>27</sup> The first article of this draft emphasised that Syria is an independent and sovereign state, whereas the second article proclaimed the separation of Syria from the Ottoman Empire and asserted its indivisible political structure. The draft constitution does not explicitly address Arab identity, relations with other Arab States, or citizenship. It is only declared that the official language of the state is Arabic. This draft was not approved because it contained articles contrary to French authority.<sup>28</sup> The Syrian Constitution, drafted by the French, did not consider the demands of the Arab nationalists entered into force *ex officio* in 1930.<sup>29</sup> The Constitution<sup>30</sup>, which was drafted and put into practice in 1930 after a detailed analysis<sup>31</sup> of the constitutions of Lebanon, Egypt, Iraq, Iran, France, Belgium, and the Ottoman Empire, did not emphasise citizenship or the Arab identity of the state, as in the 1928 draft. Article 5 states that the acquisition and loss of citizenship will be regulated by law, as in the 1926 Lebanese and 1920 Syrian constitutions. Another article in which the term "Syrian" appears is Article 6, where it is expressed that all Syrian people are equal before the law and that there will be no discrimination based on religion, belief, race, or language. This constitution remained in force until World War II, although it was periodically suspended. With the withdrawal of the French forces from the region, the need and opportunity to draft a new

---

<sup>27</sup> <https://sl-center.org/?p=2300> accessed 12 December 2023.

<sup>28</sup> Salih Tuğ, *İslam Ülkelerinde Anayasa Hareketleri* (İstanbul: İrfan Yayınevi, 1969), 286 *et seq.*

<sup>29</sup> Tuğ, *ibid.*, 287.

<sup>30</sup> Khadduri, *supra* note 23 at 141.

<sup>31</sup> <https://sl-center.org/?p=2303> accessed 12 December 2023.

constitution arose. Finally, Syria's first national constitution was adopted in 1950.<sup>32</sup>

Since it is the first constitution of independent Syria with detailed regulations, and because it replaced the constitution that the French had put into force ex officio during the years of occupation<sup>33</sup>, the 1950 Syrian constitution is regarded as a highly significant text in terms of the history of constitutional law in the Middle East.

In addition, with this Constitution, for the first time in one of the Arab constitutions, the principle that the people are members of the Arab nation was codified.<sup>34</sup> In other parts, as can be seen below, belonging to the Arab nation is emphasised more intensely due to factors including problems with Israel, the formation of the Arab League, and rising Arab nationalism. As a matter of fact, unlike the mandate constitution of 1930, the preamble, which is considered an integral part of the constitution, clearly states that the Syrian people are part of the Arab nation, that the day when the Arabs will unite under the roof of a single state is eagerly anticipated and that they will work towards that day. In this respect, the preamble of the Constitution is a manifesto. Article 1 repeats the preamble, reiterating that the Syrian people are part of the Arab nation.

Additionally, other articles in the 1950 Constitution refer to Arab identity. For example, it is stated that Arabic is the official language, and Article 31 on the acquisition of citizenship mentions that the acquisition of Syrian citizenship will be facilitated for the sons of other Arab countries. The oaths of deputies and presidents, which are regulated within the scope of the constitution, are also noteworthy. Articles 46 and 75, containing the texts of the oaths, respectively, state that striving for

---

<sup>32</sup> <https://sl-center.org/?p=2104> accessed 12 December 2023.

<sup>33</sup> Tuğ, *supra* note 28 at 290.

<sup>34</sup> Carl Rober Frost, *The United Arab Republic, 1958-1961: A Study In Arab Nationalism and Unity*, PhD Thesis, Graduate School of International Studies, University of Denver, Denver, 1966, 113-114. Elieh Podeh, *The Decline of Arab Unity: The Rise and Fall of The United Arab Republic*, (Eastbourne: Sussex Academic Press, 1999), 25.

the unity of Arab countries is a duty for both the deputies and the president.

The 1950 Constitution does not define citizenship. Instead, Arab identity was emphasised in various constitutional articles to highlight belonging to the Arab nation. Thus, with the 1950 constitution, for the first time in Syria, Arab identity as a political concept and belonging to the unity of the Arab nation, which is desired to be founded, was emphasised. Following the foregrounding of this belonging, an article was also adopted on legal citizenship linked to the Arab identity. The relevant regulation referred to above stipulates that members of other Arab countries will be facilitated to acquire Syrian citizenship.

The 1950 Constitution was national text. However, French influences were still present within the administrative system. Due to administrative failures coupled with Syria's revolutionary context, a new constitution was drafted in 1953.<sup>35</sup> The new constitution partially departed from the French model and envisioned a system similar to the presidential system. 1953 Constitution featured provisions expanding the president's powers. For example, article 66 authorises the president to propose laws. The rest was mainly similar to the 1950 Constitution.

In the 1953 Constitution's preamble and several articles, there are expressions indicating Arab identity. For instance, the preamble asserts that the Syrian people are working to ensure the freedom of the Arab nation beyond its borders and to help it achieve its rightful dignity. The first article states that Syria is an Arab Republic and that the Syrian people are part of the Arab nation; therefore, the state will fight for the unity of the Arab nation under the republican system. Besides, similar to the 1950 Constitution, Article 4 stipulates that Arabic is the official language of the state and Article 7 states that the conditions of acquiring Syrian citizenship shall be regulated by law. The same article adds that the acquisition of Syrian citizenship will be facilitated for the sons of other Arab countries. In contrast, Article 21 on the right to education aims to raise a generation proud of its Arab heritage and will work for the common Arab interests. Finally, the texts of the oaths in Articles 50

---

<sup>35</sup> <https://sl-center.org/?p=2296> accessed 12 December 2023.

and 81, respectively state that it is the duty of both the deputies and the president to work for the unity of Arab countries.

Since the provisions of the 1950 and 1953 Constitutions within our study's scope are essentially the same, the remarks regarding the 1950 Constitution are also valid for the 1953 Constitution. An examination of Syria's constitutional history indicates that 1950 Constitution is very significant document. Even though it was suspended for a short period due to some political crises and its content has been disputed, it recognized for the first time that the Syrian people belong to a nation beyond Syria. A statement was included in the preamble and the article regulating the oaths texts of deputies and the president that they would work towards forming a unified Arab state. Although it was in force for a very short time, the 1953 Constitution had similar provisions, making it a constitutional duty to work to form an unified Arab State. Therefore, the Syrian Arab Republic shared common values with other states, identifying themselves and their societies as Arab. I think merging with Egypt, which had given greater prominence to the Arab identity and the unity of the Arab nation in the political arena with the arrival of Gamal Abdel Nasser, was in line with the spirit of the Syrian constitution. Following the formation of the United Arab Republic in 1958, the constitution was drafted and entered into force in the same year.<sup>36</sup> The Constitution acknowledged that the two Arab states were united. Still, this political structure did not yet fulfil the goal of uniting the other Arabs into a single state. Under the 1958 Constitution's first article, the peoples of this union were part of the Arab nation. The regulations regarding the acquisition and loss of citizenship were regulated in Article 2. The relevant article stated that the regulations regarding the citizenship of the United Arab Republic would be determined by law and that Syrian and Egyptian citizens would be recognised as citizens of the United Arab Republic. Apart from this, there is no clear definition of citizenship.

Syria stayed under this political structure for only a few years. In 1961, Syria left the union. After leaving this political structure, the

---

<sup>36</sup> <https://sl-center.org/?p=2294> accessed 12 December 2023.

Provisional Constitution of 1961, consisting of eight articles, came into force. It stipulated that the provisions of the 1950 Constitution would apply in Syria until a new constitution was drafted.<sup>37</sup> The first article of this constitution clearly emphasised that Syria was part of the Arab mainland. The other articles contain regulations related to the transitional period. Interestingly, even the provisional constitution referred to the unity of the Arab nation.

Shortly after, the 1962 Constitution was drafted and put into force.<sup>38</sup> Its provisions are mainly similar to those of the 1950 and 1953 constitutions. In the preamble, it is stated that the Syrian people are part of the Arab nation with its present and future, that the day when the Arabs will be united under the umbrella of a single state is eagerly awaited and that they will work for this day in the light of freedom and independence. The first two articles emphasise the sovereignty and indivisibility of Syria and then state that the Syrian people are part of the Arab nation. Furthermore, Article 4 stipulates that Arabic is the official language, Article 28 on the right to education and training sets out the main objective of raising a generation of Arabs proud of their Arab heritage, and Article 31 provides that the children of other Arab countries will be facilitated in acquiring citizenship. Articles 46 and 75 stipulate that the oath of deputies and presidents must declare their commitment to work for the unity of Arab countries. Given the similar provisions, to avoid repetition, I limit myself here to referring to our evaluations of the 1950 Constitution.

The 1964 Provisional Constitution<sup>39</sup> of the Syrian Arab Republic contains regulations similar to those of previous constitutions. For example, in the first article, it is stated that Syria is a part of the Arab nations, and the following article adds that the Syrian people hope for the unity of the Arab nations and will work towards this goal. Similar to recent constitutions in Syria, it is stated that the official language is Arabic, and the article regulating the right to education emphasises the

---

<sup>37</sup> <https://sl-center.org/?p=2292> accessed 12 December 2023.

<sup>38</sup> <https://sl-center.org/?p=2290> accessed 12 December 2023.

<sup>39</sup> [https://constitutionnet.org/sites/default/files/constitution\\_of\\_1964-arabic.pdf](https://constitutionnet.org/sites/default/files/constitution_of_1964-arabic.pdf) accessed 12 December 2023.

aim of raising a generation proud of its Arab identity and heritage. Differently, it is noteworthy that Article 53 of the constitution stipulates that the Presidential Council has the right to declare mobilisation in the event of an attack on Syria or another Arab country. The Constitution does not define citizenship and continues a similar trend to previous constitutions regarding the emphasis on political affiliation. The decree issued after the military coup d'état in 1966, which I personally recognise as a constitutional document, includes regulations on issues such as the appointment of Hafez al-Assad as the leading authority and the suspension of constitutional work. However, I did not encounter any relevant regulation in our study. Following the coup, a new constitution could only be drafted in 1969 as a provisional constitution concerning the 1966 decree issued by the new order.<sup>40</sup>

The preamble of the 1969 Provisional Constitution<sup>41</sup> is very important. According to the preamble, the function of the constitutions drafted in response to the will of the people as a consequence of the fragmentation of the Arab nation is to respond to the desires of the Arab peoples, to concretise their goals and to draw a path for the formation of the unity. As seen, constitutions are also considered to be temporary documents. Therefore, the 1969 constitution was drafted as a provisional document regulating the transition until unity was achieved. Again, in the preamble, it was emphasised that the founding a unified Arab state is a necessity of the Arab character and is necessary to increase Arab influence in the international arena. According to another provision in the preamble, the drafted text represents an effort to direct the struggles of the masses of the people and unite them under a single roof.

According to another paragraph in the preamble of the 1969 Provisional Constitution, the revolution in Syria and subsequent developments were necessary for the Arab nation to achieve its goals of unity, freedom and socialism. The following paragraph states that the gains towards freedom and development in any Arab state would be

---

<sup>40</sup> <https://sl-center.org/?p=2288> accessed 12 December 2023.

<sup>41</sup> <https://sl-center.org/?p=2288> accessed 12 December 2023.

subject to deterioration and that such developments would only be meaningful with the unification of the Arab States.

The first article of the mentioned constitution begins with an emphasis on Syria's sovereignty, in line with previous Syrian constitutions, and is followed by an emphasis on Syria's belonging to the Arab world. The following article recognises that the people residing in Syria are part of the Arab nation. Article 4 declares that Arabic is the official language. Article 12 emphasises that one of the principles the state embraces in economics is ensuring economic harmony in the Arab homeland. Article 17 stipulates that creating a generation of hardworking Arabs who are proud of their Arab heritage is one of the guiding principles of education and culture. Article 21 points out that sons and daughters of other Arab countries will be granted special citizenship facilities. The division that was present in previous constitutions continued. According to the Constitution, people were divided into Syrians, Arabs and foreigners.<sup>42</sup> I have mentioned above that the 1950, 1953 and 1962 Constitutions included in the oaths of deputies and the president that they would work to achieve Arab unity. Although Article 51 of the 1969 Provisional Constitution did not explicitly include the same provision for the oath of deputies, it included a text stating that they would work towards achieving the objectives of the Arab world. Article 59, regulating the president's oath, likewise included a text on striving for the Arab nation. This provisional constitution maintains the approaches of the previous constitutions in Syria.

The 1971 Constitution, drafted in Syria in the following period, was again provisional. In the preamble of this constitution<sup>43</sup>, the purpose of this constitution and new constitutions, in general, was stated in a similar but more detailed way compared to the 1969 Provisional Constitution. According to the first provision in the preamble, for political structures, the constitution is a guide that ensures that the people move forward steadily into the future, and it regulates the

---

<sup>42</sup> Gianluca P. Parolin, *Citizenship In the Arab World* (Amsterdam: Amsterdam University Press, 2009), 88.

<sup>43</sup> <https://sl-center.org/?p=2285> accessed 12 December 2023.

relationship between the bodies of the state. As a result of the realities of the fragmentation of the Arab world, any constitution drafted in countries in the Arab world had to be provisional documents regulating the period until the unification. These provisional documents should concretise the goals of the Arab masses, enlighten their path and empower the nation to achieve the unity of the Arab nation. Apart from these emphases, the references to Arab identity and nationhood in the preamble and other provisions of the 1971 Constitution are almost identical to the preamble of the 1969 Constitution. As can be seen, I think that the use of Arab political identity to refer to a supra-state nature continues.

The need for a more detailed constitution reappeared due to the political crisis in Syria, the takeover of power by Hafez al-Assad, and the negotiations<sup>44</sup> to draft a joint constitution in connection with the attempts to establish a new union between Egypt, Libya, and Syria called the Union of Arab Republics. Following these developments, a new constitution, which was not provisional and is referred to in the preamble of constitution as the "eternal constitution" or "permanent constitution", came into force in 1973.<sup>45</sup>

The first paragraph of the introduction refers to the desired Arab State, declaring that the Arab nation played a role in civilisation building when it was a united nation and was colonised when this unity dissolved and national ties weakened. Again, in the introduction, it is stated that the coup d'état and the regime's takeover of power during the political instability in Syria in the 1960s was a part of the Arab revolution that will take place in the future. In the first article of the Constitution, after emphasising that Syria is a socialist state and its territory is indivisible, it is declared that Syria is a member of the Union of Arab Republics. The second article states that Syria belongs to the Arab world, and the following article emphasises that the Syrian people are part of the Arab nation and that efforts will be made to achieve the

---

<sup>44</sup> Nawavi Bin Haji Ahmad, *Arab Unity and Disunity*, Master's Thesis, University of Glasgow, Glasgow, 1976, 148.

<sup>45</sup> <http://parliament.gov.sy/arabic/index.php?node=5518&cat=413&> accessed 12 December 2023.



unity of this nation. Apart from these, the provisions on the official language, economic principles, educational principles, and the facilitated citizenship-acquiring procedure for members of other Arab countries are very similar to the regulations of the 1969 and 1971 provisional constitutions, so I do not see the need to repeat them. The 1973 Constitution, which remained in force in Syria for many years, also did not define citizenship. In line with the Syrian constitutionalist tradition, belonging to the Arab nation and the goal of forming this unity was repeated through the constitutionalisation of Arab identity.

The 2012 Constitution<sup>46</sup>, which replaced the 1973 Constitution, declares in its preamble that Syria is an inseparable part of the Arab nation and is an honour to work towards achieving this unity. Article 1 emphasises the indivisibility of the Syrian Arab Republic and its belonging to the Arab world, while Article 2 emphasises that the Syrian people are part of the Arab nation. Apart from this, it was observed that the 2012 constitution was partially similar to the 1969 and 1971 provisional constitutions and the 1973 Constitution in terms of emphasising Arab identity, but also different since there is no reference to policies that emphasise Arab belonging. For example, the constitution does not include provisions on the citizens of other Arab countries, such as granting easy citizenship, nor does it explicitly reference Arab identity in policies such as education.

In conclusion, the history of Syrian constitutionalism, which differs from that of Lebanon, analysed in the previous chapter, has been more eventful. Except for the 1920 Constitution, which had almost no practical effect, Syrian constitutions, like the Lebanese constitution, did not explicitly define citizenship based on Arab identity. Instead, national belonging and the goal of unity were repeated in the constitutions. It is observed that all constitutions, including the provisional ones drafted after the 1930 Constitution, which was prepared under the influence of the French and contained almost no references to Arab identity, refer to Arab identity on various occasions. In this study, I analysed by

---

<sup>46</sup> <http://www.parliament.gov.sy/arabic/index.php?node=5518&cat=423>  
accessed 12 December 2023.

mentioning relevant articles' statements such as the state having an Arab identity, the people being of Arab nationalities, the easier process of granting citizenship to the people of other Arab nationalities and political goals concerning Arab identity.

### 2.3 Jordan

In Jordan, another country of the Levant, the 1928 and 1947 constitutions are very similar in their provisions.<sup>47</sup> Neither of these two constitutions contains any reference to the Arab identity of the state or the belonging of the people to the Arab nations. The 1952 Constitution, drafted following the unification of the two regions of Jordan<sup>48</sup>, has been amended several times but is still in force. Compared to the constitutions drafted in Syria, this constitution<sup>49</sup>, drafted in the years following the recognition of Jordan as an independent country, the establishment of the Arab League and the rising Arab nationalist movements, makes relatively fewer references to Arab identity and ties with Arab nations. The initial articles of the constitution emphasise that Jordan is an Arab State and the Jordanian people are part of the Arab nation. Apart from these two provisions, the constitution does not refer to Arab identity or the ideal of a establishing an Arab State. There is also no definition of citizenship within the constitution. The relationship between the Jordanian State and its people is not based on a political identity. The legal procedure of acquiring citizenship is left to legislation under Article 5 of the Constitution. This legislation has a regulation similar to the one in some constitutions issued in Syria, which states that citizens of other Arab countries will be facilitated in acquiring citizenship.

---

<sup>47</sup> Ayhan Ceylan, 'Ürdün'de Anayasal Gelişim', *Erzincan Hukuk Dergisi* 6(1-4) (2002): 49.

<sup>48</sup> Ceylan, *ibid.*, 33-60.

<sup>49</sup> <https://www.lob.gov.jo/?v=2&lang=ar#!/LegislationDetails?LegislationID=24&LegislationType=1&isMod=false> accessed 12 December 2023.

The Citizenship Law<sup>50</sup>, enacted two years after the adoption of the constitution, stipulated certain conditions and circumstances for acquiring Jordanian citizenship. Firstly, it was stated that those who acquired Jordanian citizenship by the 1928 law would be considered Jordanians. In addition, non-Jewish Palestinian citizens in Jordan between 1948 and 1954 were also recognised as Jordanian citizens. Persons born to Jordanian fathers, persons born in Jordanian territory whose mother is a Jordanian citizen, and persons whose citizenship is unknown or cannot be determined are also considered Jordanian citizens. Finally, Bedouins, one of the indigenous people of Jordan, will also be recognised as Jordanian citizens under this law if they meet certain conditions. Although there is no explicit provision in the constitution to facilitate citizenship for members of other Arab countries, as is the case in some constitutions drafted in Syria, Article 4 of the same law stipulates that all Arabs may become Jordanian citizens upon the decision of the Council of Ministers if they have resided in Jordan for a period of not less than fifteen years.

In conclusion, there have been fewer developments in Jordan than in Syria's constitutionalist movements. In the constitutional history of Jordan, only three constitutions have been drafted. Unlike Syria, the fact that the political structure in Jordan did not change and the same family remained in power<sup>51</sup> should be the main factor here. In addition, similar constitutional documents to those in Lebanon are not found in Jordan either. It was mentioned in the relevant chapter that the agreements, such as the 1943 National Pact and the Taif, were the result of Lebanon's unique demographic distribution. In Jordan, the population comprises natives and Palestinians; the difference between these groups is minimal.

Although the 1928 and 1947 Constitutions do not contain any such provisions, the 1952 Constitution of Jordan is similar to almost all of the constitutions drafted in Lebanon and Syria regarding the use of political identity. First of all, it should be noted that there is no definition

---

<sup>50</sup> <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5ffdc40c4> accessed 12 December 2023.

<sup>51</sup> Ceylan, *ibid.*, 50.

of citizenship based on political identity. Secondly, the initial articles of the 1952 Jordanian Constitution emphasise belonging to the Arab identity and that the Jordanian people are of the Arab nation. In the relevant articles, Arab identity refers to supra-state national unity. National belonging is again at the forefront. Thirdly, although not as explicit as the constitutions drafted in Syria, it is noted that Jordanian citizenship can be acquired by members of other Arab nations, subject to certain conditions. This arrangement shows another aspect of the supra-state use of political identity.

### **3 The Reasons for Using Arab Identity in Constitutions Referring to Arab Nation**

#### **3.1 Concept of Citizenship in Islamic Legal Literature**

In Islamic legal literature, there is no equivalent to the modern concept of citizenship in which race, ancestry or ethnic identity is at the forefront or implicitly referred to. Islamic law has a citizenship approach that claims universality by considering religious belief above all differences. For the state, people's legal status is directly linked to their religious beliefs.<sup>52</sup> To be recognised as a citizen of a political entity, it is sufficient to be a Muslim and to come to the territory of the Islamic State, regardless of race, nationality or place of birth. This territory is referred to by medieval muslim scholars as "Dar al-Islam", in contrast to "Dar al-Harb", which relates to territory outside the Islamic State.<sup>53</sup> This distinction has significant practical implications.

First, it should be noted that citizenship is the only legal status that can be acquired for Muslims. On the other hand, the legal status of non-Muslims within the scope of Islamic Law literature varies. For non-Muslims to be entitled to the same rights as others who are bound to the state by the bonds of Islam, they need to be under protection. With the protection granted by the state, it was accepted that non-Muslims could have rights like other individuals. Having this right, non-Muslims

---

<sup>52</sup> Mohammad H. Kamali, 'Citizenship: An Islamic Perspective', *Journal of Islamic Law and Culture* 11(2) (2009): 121-153.

<sup>53</sup> Ismail Eris, *The Dar Al-Islam and The Dar Al-Harb: A Discourse on the Crafting of a Muslim State*, Master Thesis, The University of Texas at Austin, 2000, 3.

needed to be protected against external threats. Non-Muslims, who were protected like Muslims in terms of legal rights in general, were also subject to specific regulations on their beliefs. This right includes the freedom of belief and worship. These persons, who are under permanent protection, are called *dhimmi*<sup>54</sup>. Temporary foreigners in Islamic lands were called *musta'man*<sup>55</sup>.

The critical aspect of our study is that, according to Islamic scholars, the citizenship status is based on religion and is not dependent on criteria such as race, place of birth or place of residence. For this reason, it is easier to acquire citizenship status. This acceptance in Islamic legal literature seems to be more inclusive than the modern understanding of citizenship, as it does not emphasise characteristics such as tribe or nation in terms of attachment and allows people of the same religion people in other countries to become citizens. This inclusive understanding of citizenship stems from the recognition that the Islamic State represents all Muslims and Islamic unity.

Contemporary muslim scholars agree that the terms are not literally used in the Qur'an.<sup>56</sup> It should be noted that although there is no evidence pointing to this distinction in the fundamental sources of Islamic law and its early practice, this distinction, which was probably developed or supported for political purposes during the Abbasid period, is dominant in the literature. Today, due to international agreements and the fact that there are nearly fifty independent Islamic states, this distinction has lost its practical relevance, and modern Muslims do not have to be bound by it.<sup>57</sup> For this reason, it was not possible to maintain the distinction in the classical literature in the constitutions drafted in the Arab countries. Most of the constitutions I have mentioned directly or indirectly adopted a nation framework similar to the distinction in Islamic legal literature, but including only

---

<sup>54</sup> Ahmet Özel, 'Zimmi', *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (44) (2013): 434-435.

<sup>55</sup> Ahmet Özel, 'Müte'men', *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (32) (2006): 139-140.

<sup>56</sup> Eris, *ibid.*, 3.

<sup>57</sup> Kamali, *supra* note 52 at 151.

Arabs. This framework, which can be called the unity of Arab nations or the unity of Arab States, is included in the constitutions, although it does not exist politically.

In my opinion, the distinction in the literature has been modified due to practical needs and necessities. Theoretically, it was impossible to abandon the perception of citizenship in the Islamic legal literature directly. For this reason, a choice was made that resembled both Islamic law and modern constitutional developments. This is because many Syrian and Jordanian constitutions cited above refer to Islam and Islamic law on various occasions. For example, Article 2 of the 1930 Constitution, which was drafted under the mandate administration in Syria, explicitly states that the religion of the president is Islam, and Articles 3 of the 1953 and 1962 Constitutions emphasise that the religion of the president and the primary source of legislation is Islam. Hafez al-Assad's 1973 constitution also emphasises in its third article that the religion of the president is Islam, and the source of legislation is Islamic law. Almost all of the constitutions in Syria since 1950, including the 2012 constitution, have emphasised that the primary source of the law is Islam. Article 2 of the Jordanian constitution, the provisions of which are quoted above, explicitly emphasises that Islam is the religion of the state. The constituent texts in Lebanon, on the other hand, do not make such a statement.

In addition, in some of the constitutions analysed, it is seen that the people of other Arab countries will be facilitated in the acquisition of citizenship in a manner resembling the acquisition of citizenship in the Islamic legal literature. Some constitutions drafted in Syria and the Jordanian citizenship law contain such provisions.

In conclusion, the relevant provisions in the constitutions exhibit a narrower view of the concept of citizenship in the Islamic legal literature, limited to nationality. As a distinction, the Arab-non-Arab division is preferred instead of the Muslim-non-Muslim division. This was done both through the constitutionalisation of Arab identity and through the declaration of the ease of granting citizenship to the peoples of other Arab countries.

### 3.2 The Influence of Arab Nationalism

In addition to the concept of citizenship in the Islamic legal literature, the development of Arab nationalism is also significant in interpreting the articles in the constitutions discussed throughout this study.

Although there are different estimates about the time of the emergence of Arab nationalism, it is known that it emerged pretty late compared to other nationalist movements.<sup>58</sup> It is likely that this movement first emerged systematically in the mid-19th century among the intellectuals who were influenced by the missionary activities in the Syria-Lebanon region. Like the nationalist movements seen in Europe, the first seeds of this movement also appeared in literature.<sup>59</sup> For example, Butros al-Bustanî, an essential figure in the history of Arab nationalism, was the founding leader of two societies that emerged as literary movements in the 1840s and 1850s.<sup>60</sup> For the first members of the movement called Nahda, Arab culture was at the forefront. While the Christian members of the societies founded in the following years to this movement emphasised common Arab culture and belonging, the Muslim members pioneered Arab nationalism with an emphasis on Islamic solidarity.<sup>61</sup> In short, in the second half of the 19th century, the region spanning Lebanon, Palestine, Jordan and present-day Syria became the birthplace of Arab nationalism.<sup>62</sup>

At first glance, it may seem possible to trace its beginnings back further by broadening the scope of Arab nationalism. For example, although resistance movements in Syria, the Wahhabi movements and

---

<sup>58</sup> Davut Hut, 'Osmanlı Arap Vilayetleri, Arabizm ve Arap Milliyetçiliği', *Vakanüvis - Uluslararası Tarih Araştırmaları Dergisi* 1 (2016): 105-150.

<sup>59</sup> Zabyah M. A. Shawwaf, *The Arab League: A Study in Arab Unity*, Master's Thesis, American University of Beirut, Beirut, 1955, 7.

<sup>60</sup> Baktiaya, *supra* note 4 at 206-207.

<sup>61</sup> Patrizia Manduchi, 'Arab Nationalism(s): Rise and Decline of an Ideology', *Oriente Moderno* 97(1) (2017): 4-35.

<sup>62</sup> Shawwaf, *supra* note 59 at 7.

the revolt of Mehmet Ali<sup>63</sup> were necessary for the fate of the Arab peoples, they essentially represented personal ambitions and gains. As a matter of fact, according to one author who has compiled an independent study on this subject, Arab nationalism had its first traces in Beirut in the mid-19th century.<sup>64</sup> The manifestation of serious political goals was only possible in the following years. Indeed, it is estimated that the emergence of the first political program encouraging the Arabs to awaken and aiming for a Syria-Lebanon union dates back to the 1880s.<sup>65</sup> Yet, the idea of an independent Arab state was still not widely articulated. Under the influence of Islamic law and centuries of practice, religious concerns prevailed over nationalist ideas for most of the 19th century.<sup>66</sup>

In fact, from the early period period forward, it is seen that establishing a new political structure was aimed at rebellion against the existing regime. For example, the two works published by Abd al-Rahman al-Kawakibi, who belonged to a well-known Syrian Muslim family, are essential in rebellion against the existing order and the flourishing of founding a state with an Arab caliph.<sup>67</sup> It is seen in al-Kawaqibi's works that instead of an independent Arab state, a political structure in which the Arab nation is at the forefront is envisioned. For example, his first work, *Umm al-Qura*, contains the negotiations and resolutions of scholars from different Islamic communities who came to Mecca during the Hajj period. This work includes the circumstances of the Islamic communities, their reasons for staying behind, their goals for the future and the resolutions.<sup>68</sup> Clearly, this work desires the formation of a new political structure. The decisions taken were also decisions

---

<sup>63</sup> According to the author, the reason why Mehmet Ali was not successful about Syria was that there was no Arab nationalistic consciousness yet. George Antonius, *The Arab Awakening* (1939), 31.

<sup>64</sup> Antonius, *ibid.*, 13.

<sup>65</sup> Antonius, *ibid.*, 83-4.

<sup>66</sup> Edgar E. Boyd, *The Struggle For Arab Unity*, Master's Thesis, Department of History, American University of Beirut, Beirut, 1959.

<sup>67</sup> Baktiaya, *supra* note 4 at 288.

<sup>68</sup> Ş. Tufan Buzpınar, 'Kevakibi', *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (25) (2002): 338-339.



taken for the latest political structure.<sup>69</sup> In fact, twenty-six of these resolutions refer to the Arab caliphate and the Arab State.<sup>70</sup>

Kawakibi's second work, *Tabā'ī'u al-istibdād*, directly targets the Abdul Hamid regime.<sup>71</sup> In general, in his works and writings, al-Kawakibi's views differed from those of a previous generation of writers, such as Jamal al-Din al-Afghani. For example, whereas Afghani desired the establishment of an order for the entire Islamic community regardless of the nationality of the caliph, al-Kawakibi suggested that the caliph of the new political structure to be founded over the whole of Islamic community should be an Arab from the Quraysh tribe. Although there is no explicit emphasis on an Arab state in al-Kawakibi's works, a line is drawn between Arabs and non-Arabs.<sup>72</sup> In contrast to al-Kawakibi's dreams of a caliphate regime, because he was a Muslim, Naguib Azoury, a Christian Arab who founded a society in Paris during the same period, was propagandising for the liberation of Syria and Iraq. Azoury's new political structure had to be based on Arab identity.<sup>73</sup> The union he founded with the manifesto "Arab Lands belong to the Arabs" was mobilised in almost all the regions where the Arab population was in the majority.<sup>74</sup> It is understood that Azoury envisioned an Arab State centred on Hejaz and covering the Middle East.<sup>75</sup> For example, he excluded North Africa and especially Egypt, saying that the people there were not Arabs.<sup>76</sup>

Widespread popularisation of establishing an independent Arab state among the Muslim Arabs happened only after the declaration of the Second Constitutional Era.<sup>77</sup> In this period, some of the societies

---

<sup>69</sup> Antonius, *supra* note 63 at 96.

<sup>70</sup> Baktiaya, *supra* note 4 at 301-3.

<sup>71</sup> Buzpınar, *supra* note 68 at 338.

<sup>72</sup> Antonius, *supra* note 63 at 97.

<sup>73</sup> Antonius, *supra* note 63 at 98.

<sup>74</sup> Baktiaya, *supra* note 4 at 218.

<sup>75</sup> Sylvia G. Haim, *Arab Nationalism An Anthology* (Berkeley: University of California Press, 1962), 82.

<sup>76</sup> Baktiaya, *supra* note 4 at 221.

<sup>77</sup> Shawwaf, *supra* note 59 at 9. Boyd, *supra* note 55 at 65-66.

founded were of great importance. According to one author, no organisation was as influential in the development of Arab nationalism as the al-Fatah organisation, which was founded in 1911 and whose founders were all Muslims. This organisation demanded Arab independence and believed a new Arab State should be established.<sup>78</sup> In the following years, as a reaction to the policies of the Committee of Union and Progress, many organisations were founded in Syria and Lebanon to establish an Arab State. Overall, after the 1910s, there was widespread acceptance among the Arab elites of the idea of a single Arab state<sup>79</sup>, at least for the Levant region, which is the focus of this study.

In theory, this development of the Arab nationalist movement was interrupted by the signing of the Sykes-Picot agreement in 1916, which included the distribution of the Middle East territories by the signatory sides. According to the agreement, artificial barriers were set up between the Arab lands belonging to a shared cultural heritage. Since the agreement envisaged a mandate for the most developed areas in this region, independent states could only be established in the relatively less developed inner areas.<sup>80</sup> In my view, this period of Arab nationalism was characterised by uncertainty due to various other political crises, such as the Balfour Declaration.

After the war ended, the United Kingdom, France and the Zionists stood as obstacles to the unification of the Arab states that had separated from the Ottoman Empire.<sup>81</sup> Some of the Christian Arabs who proposed the idea of establishing an Arab State preferred the rule of the French instead of uniting with the Muslim Arabs. The reason was that establishing an Arab State based on Islam and the Islamic legal system was on the agenda. In such a possibility, their position could only be that of dhimmi.<sup>82</sup>

---

<sup>78</sup> Antonius, *supra* note 63 at 111.

<sup>79</sup> Antonius, *supra* note 63 at 248-49.

<sup>80</sup> Antonius, *supra* note 63 at 248-49. Manduchi, *supra* note 61 at 15.

<sup>81</sup> Antonius, *supra* note 63 at 278.

<sup>82</sup> Manduchi, *supra* note 61 at 13-15.

Therefore, the late 1910s and 1920s were a period of struggle for Arab nationalists against external factors and among themselves<sup>83</sup>. It can be said that establishing an independent political entity where Arabs are the central pillar first emerged among Christian Arabs. This idea later spread among Arab Muslims, especially during the years of the World War I. This goal became impossible after the separation from the Ottoman Empire due to the mandate administrations' continued existence and influence for some time. The period following the year of 1930 was very productive for Arab nationalism. It is known that during this period, agreements for cooperation were made between various Arab states.<sup>84</sup> In 1931, the Pan-Arab conference was convened<sup>85</sup>; King Abdullah proposed the idea of uniting Syria, Lebanon, Palestine and Jordan under a political structure with Damascus as its centre<sup>86</sup>, and Iraqi leader Nuri Said presented a thesis on the unification of the Arab states in the Levant in 1942<sup>87</sup>. Yet, the first concrete steps towards establishing an independent Arab state would only be taken in the years following the World War II, when nationalism was rising.<sup>88</sup>

Since the idea of establishing an Arab State, which emerged in line with Arab nationalism, was not possible in the post-Ottoman period due to the competition of European states to get control over the area, the common aspiration to establish a supra-state political structure following the everlasting dream of Arab nationalism was later recognised. All three Arab states whose constitutions are analysed in this study signed a memorandum of understanding on establishing the

---

<sup>83</sup> Boyd, *supra* note 66 at 145.

<sup>84</sup> Boyd, *supra* note 66 at 144-45.

<sup>85</sup> Mohamed Abd Alaziz, 'The Origin and Birth of The Arab League', *al-Majallah al-Misriyyah Lil-Qanun al-Dawli* 11 (1955): 43.

<sup>86</sup> Shawwaf, *supra* note 59 at 28.

<sup>87</sup> Khalil A. Ghalayini, *A Plan For The Organization of An Arab Federation*, PhD Thesis, The American University, Washington DC, 1956, 57-59.

<sup>88</sup> Hut, *supra* note 58 at 15. Another article written in 1954 drew attention to this shift. See Abdul M. Rifa'i, 'The Arab Commonwealth', *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 294 (1954): 147-50.

Arab League in 1944. The third article of the Alexandria Protocol<sup>89</sup> expressed pleasure in taking this step and the desire to consolidate this step in the future by forming institutions that would ensure closer relations.<sup>90</sup>

In 1945, foreign ministers and experts met and formally established this union with an agreement<sup>91,92</sup>. The text, drafted in the first months of the same year, is recognised as the founding text of the Arab League.<sup>93</sup> The Arab League emphasised the shared values that bind Arabs together but promoted and strengthened these values by respecting the independence and sovereignty of the member states. This arrangement showed that the Arab League was a regional organisation, not a union of nations. Regardless, Arab identity had become internationally present.<sup>94</sup>

Establishing the Arab League was the first concrete fulfilment of a long-held dream of unification under a single roof. With the establishment of this organisation, the member states aimed to revive the Arab world, which had long been weakened under the control of the Ottoman Empire and European states.<sup>95</sup> According to some scholars, the Arab League had to be strengthened to benefit the Arabs in the face of the realities of globalisation.<sup>96</sup> As a matter of fact, public opinion

---

<sup>89</sup> On the significance of the 1944 Alexandria Protocol, see Shawwaf, *supra* note 59 at 35.

<sup>90</sup> [http://www.leagueofarabstates.net/ar/legalnetwork/Pages/agreements\\_treaties.aspx](http://www.leagueofarabstates.net/ar/legalnetwork/Pages/agreements_treaties.aspx) accessed 12 December 2023.

<sup>91</sup> [http://www.leagueofarabstates.net/ar/legalnetwork/Pages/agreements\\_treaties.aspx](http://www.leagueofarabstates.net/ar/legalnetwork/Pages/agreements_treaties.aspx) accessed 12 December 2023.

<sup>92</sup> Ekmeleddin İhsanoğlu, 'Arap Birliği', *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (3) (1991): 325.

<sup>93</sup> Robert W. Macdonald, *The League of Arab States: A Study In The Dynamics Of Regional Organization* (Princeton: Princeton University Press, 1965), 41.

<sup>94</sup> Aaded Dawisha, *Arab Nationalism In The Twentieth Century* (Princeton: Princeton University Press, 2003), 123 *et seq.*

<sup>95</sup> Stefanie Wichhart, 'The Formation of the Arab League and The United Nations', *Journal of Contemporary History* 54(2) (2019): 328-346.

<sup>96</sup> Abdulwahid Nazim al-Jasoor, 'Awlamah wal-Dawlah al-Wataniyyah al-Qawmiyyah al-Arabiyyah', *al-Majalah al-Thaqafiyah* 50 (2000): 18,22.

suggested that countries that gained independence but were organised separately from each other would not be beneficial for the Arab nation, and that only unity would be beneficial.<sup>97</sup> The support and guidance of Britain must also have accelerated the establishment of this union.<sup>98</sup>

In practice, since a supra-state structure was established with the establishment of the Arab League, establishing an Arab State should no longer have been on the agenda, at least for a short period. However, things went in the opposite direction. This means that the establishment of the Arab League did not satisfy the Arab nationalists.<sup>99</sup> When the structure of the Arab League is analysed, it is seen that it is not a union at all but a structure that maintains regional order by ensuring cooperation on various matters.<sup>100</sup> Indeed, the guarantee of the sovereignty of the member states in the founding text of 1945 shows how far the Arab League was from the aspirations of Arab nationalists. Moreover, Arabs might have thought that the goal of unity had been achieved.<sup>101</sup> Therefore, some have often asserted that establishing the Arab League should not preclude the formation of the Arab League as a state.<sup>102</sup> The Ba'ath Party opposed this union because it meant the affirmation of the separation of Arab countries since the sovereignty of the members was protected, and advocated Pan-Arabism.<sup>103</sup> Founded in 1947 with a large number of participants, this movement, which would be very influential in Syrian political life in the following years, clearly emphasised at the very beginning of its founding charter that Arabs

---

<sup>97</sup> Wichhart, *supra* note 95 at 333.

<sup>98</sup> Abd Alaziz, *supra* note 72 at 39. Yehoshua Porath, *In Search of Arab Unity 1930-1945* (New York: Routledge, 1986). 257. Omar A. Khadra, *Arab Unity Trends and International Implications*, PhD Thesis, Princeton University, Princeton, 1949, 162-63.

<sup>99</sup> Hashim A. Dabbas, *Arab Unity: Prospects and Problems*, PhD Thesis, University of Missouri, Columbia, 1964, 328.

<sup>100</sup> Fayez A. Sayegh, *Arab Unity: Hope and Fulfillment* (Devin-Adair Publishing Company, 1958), 98 et seq. Boyd, *supra* note 66 at 188.

<sup>101</sup> Shawwaf, *supra* note 59 at 41.

<sup>102</sup> Macdonald, *supra* note 93 at 53.

<sup>103</sup> Doğan Şentürk, *Suriye Baas Partisi ve Birleşik Arap Cumhuriyeti*, Master's Thesis, Istanbul University, Istanbul, 2002, 69.

came from a single nation; therefore the necessity of living together and the impossibility of the Arab States to exist separately from each other.<sup>104</sup> This arrangement shows that the Arab League was recognised as a structure far from achieving the targeted unity of nations. For Ba'ath theorists, the unity of Arab nations was the most important thing. Because other goals could only be achieved with such unity.<sup>105</sup> This policy became the official policy of Syria in the following years.

Practical developments were not limited to the formation of the Arab League. The appearance of Gamal Abdel Nasser claimed as an Arab hero, the unification of Syria and Egypt under the roof of the United Arab Republic, which lasted for more than two years, and the attempt in the same years to unite Jordan and Iraq under a federation<sup>106</sup> factually demonstrate that the goal of establishing a single Arab state, which Arab nationalists had been dreaming of for half a century, still existed. In particular, the United Arab Republic, which existed for nearly three years, stands out compared to other structures that remained in the attempt stage or became ineffective at the end.<sup>107</sup> Moreover, the aim of these movements was not only political rapprochement between the two countries, it was to unify the Arab States by including other Arab States in this union in the following years. For example, in the preliminary declaration of the United Arab Republic, which was regarded as a result of Arab nationalism, it was emphasised that the unification of Syria and Egypt was only the first step towards achieving Arab unity and that the door of this union was open to other Arab States.<sup>108</sup> As mentioned above, in the constitution, the goal of the unity of the Arab nation was also emphasised. The term Arab in the constitution referred not only to the peoples of Syria and Egypt but also to Arab

---

<sup>104</sup> Haim, *supra* note 75 at 233.

<sup>105</sup> Şentürk, *supra* note 103 at 69-70.

<sup>106</sup> Juan Romero, 'Arab Nationalism and the Arab Union of 1958', *British Journal of Middle Eastern Studies* 42(2) (2015): 179-199.

<sup>107</sup> Ramazan Özdemir, *Syrian Baath Party and Arab Unity*, Master's Thesis, Marmara University, Istanbul, 2011, 48.

<sup>108</sup> Arab Information Center (AIC), *Basic Documents of the Arab Unifications* (New York: 1958), 5 et seq.

nations other than these countries.<sup>109</sup> The declaration of the unity of Jordan and Iraq stated that the two Hashemite states had formed a federation following the aims of the leaders of the Arab heroic movements and that this union was open to all Arab States.<sup>110</sup> The constitution's first article stated that any Arab state could join this unity of nations.<sup>111</sup> It is known that other Arab countries also made contact with these bodies for various reasons. Lebanon, for example, was more closely aligned with the Jordan-Iraq alliance. Lebanon's approach caused multiple reactions from public opinion. Khouri stated that the primary purpose of Arab nationalism was the fight against colonialism. Therefore, the idea that Arab states should end their existence by uniting under a single structure was flawed. According to the same author, nationalism does not mean the unification of all people of the same nationality under the roof of a single state; thus, Lebanon should continue to exist as a state with an Arab identity.<sup>112</sup>

While the idea of Arab nationalism and unification under a single authority was theoretically asserted in the Arab geography under the Ottoman Empire's rule in the empire's last years, it was an ideal that could never be realised in practice for many years. Due to reasons related to the division of the Arab States among the Western States, the unique characteristics of each state, such as Lebanon, which has a sizeable Christian population, and Arab States' lack of political experience, no step could be taken to achieve this ideal in practice for a long time. The first successful attempts towards this objective were made in 1940 and the following years. The formation of Arab unity, the rise of Ba'athist ideology in Syria, the rise of Arab nationalism discourses in the political arena with the coup d'état of Gamal Abdel Nasser in Egypt after Mohamed,<sup>113</sup> and the unification of Arab states are

---

<sup>109</sup> Sayegh, *supra* note 100 at 183.

<sup>110</sup> AIC, *supra* note 108 at 7.

<sup>111</sup> AIC, *supra* note 108 at 26.

<sup>112</sup> Raif George Khouri, 'Lübnan and al-Taghyeer al-Jadari', *Majallat al-Adab* 6(9-10) (1958): 13 et seq.

<sup>113</sup> According to Bernard Lewis, Pan-Arabism was regarded as a sacred principle for a long time. Some countries even included articles accordingly

important political events in this period. When these events, which are very significant in terms of the history of Arab nationalism, are evaluated together with the theory of citizenship in the Islamic legal literature mentioned in the previous section, they explain the regulations regarding Arab identity and belonging to the Arab nation in the constitutions issued after the 1950s. Indeed, the fact that the relevant regulations were designed to encompass the Arab nation was in line with the imaginary structure desired for decades.

#### **4 Conclusion**

First of all, it is clear that the constitutions of Lebanon and Syria in the years following 1950 and Jordan in 1952 clearly emphasised the Arab identity of the state. This is the simplest way of referring to the Arab nation. A more explicit emphasis on belonging to the Arab nation was made by highlighting that the country's people are members of the Arab nation. The focus on the people's belonging to a supra-state Arab nation was first encountered in the Syrian Constitution of 1950. Subsequently, the Jordanian Constitution and most Syrian and Jordanian Constitutions contain a similar statement. The Lebanese Constitution, on the other hand, omits such an article.

Another explicit reference to belonging to the Arab nation is found in the relevant constitutional provisions stating that efforts will be devoted to achieving the unity of the Arab nation. Such provisions are encountered only in constitutions drafted in Syria after the 1950 Constitution. The relevant provisions state that the Arab nation should be united under the roof of a single state, that efforts will be made towards this goal, and that policies will be developed in various fields to achieve this goal. It was mentioned above that in the constitutions of 1950, 1953 and 1962 in Syria; there were statements in the oaths of deputies and presidents that they would work for the unity of the Arab nation. Similar statements are also found in the declarations and constitutions of the United Arab Republic established between Syria and Egypt and the unity of Jordan and Iraq.

---

in their constitutions. Bernard Lewis, *The Multiple Identities of the Middle East* (New York: Schocken, 1998), 140.



In addition, it was noted that some Syrian constitutions and Jordanian legislation had facilitated the citizenship-acquiring procedure for citizens of other Arab countries. This is especially the case in most Syrian constitutions. The emphasis on Syria's Arab identity, the declaration of Syria's belonging to the Arab peoples, and the insistent declaration of the goal of unification under the umbrella of an Arab State demanded regulation in this direction. Following the 1950 Syrian Constitution, the accelerated wave of constitutionalising the Arab identity necessitated regulation.

Another conclusion reached within the scope of the study is that none of the constitutions, except the Syrian Constitution of 1920, which remained in practice for a short time, has a definition of citizenship. Citizenship was defined in almost none of Lebanon's, Syria's, or Jordan's constitutions. Instead, Arab identity was used as a political identity to refer to the desired and envisioned nation-state. Using the Arab identity in the constitutions must have discouraged the conceptualisation of a separate citizenship. This was because the ultimate goal was the unification of the Arab countries. The definition of citizenship in the constitutions of Arab countries could have created sub-nations such as Syrian, Lebanese or Jordanian instead of the Arab nation.

In our opinion, there are two main reasons for the prioritisation of Arab identity as an umbrella affiliation in constitutions that should be evaluated jointly. First, the perception of citizenship in the Islamic legal literature impacted this transformation. Instead of Muslims, it is more narrowly accepted that all Arabs belong to the nation. Secondly, the history of Arab nationalism and the triggering events in this process were addressed. The idea of unification under the roof of a single Arab state, which I think became widespread in the 1910s, could not be realised in practice in the following years due to mandate administrations, occupation and lack of political experience. The first practical step in this regard could only be establishing the Arab League. The Arab League was an inadequate organisation for ensuring national unity. For this reason, the constitution drafted in Syria following the formation of the League highlighted for the first time that the Syrian people belong to the Arab community, they will work towards

establishing a single Arab State, and they will facilitate the Syrian citizenship acquisition for the peoples of other Arab States. Again, the constitution drafted in Jordan after the establishment of the Arab League stipulated the Arab nature of the state and the Arab identity of its people. The politicisation of pan-Arabism in the following years and the unions established among various Arab countries show that the dream of uniting continued. The establishment of the Arab League, without any claim of national unity, further triggered the dream of national unification.

## ZUSAMMENFASSUNG

*Dieser Artikel analysiert im Detail die Verfassungen und verfassungsrechtlichen Dokumente, die im Libanon, Syrien und Jordanien verfasst wurden. Die Verfassungen und verfassungsrechtlichen Dokumente werden im Rahmen der vergleichenden Rechtsgeschichte analysiert. Im Allgemeinen wird festgestellt, dass bei der Analyse von konstitutionellen Bewegungen die politische Identität direkt oder indirekt betont wird, um die Bindung der Staatsbürgerschaft zu etablieren. Im Gegensatz zu dieser allgemeinen Regel wurde in den meisten Verfassungen, die in arabischen Ländern verfasst wurden, die arabische Identität verwendet, um die Zugehörigkeit zu einer überstaatlichen Struktur zu betonen. Mit anderen Worten, es wird auf einen Ausdruck verwiesen, der Gemeinschaften außerhalb des Staatsgebiets einschließt. Diese Studie, die sich auf den Libanon, Syrien und Jordanien beschränkt, zielt darauf ab, aufzuzeigen, wie diese Zugehörigkeit in den Verfassungen und verfassungsrechtlichen Dokumenten betont wird, die in der Region verfasst wurden.*

*Aufgrund dieses Ansatzes, der in den Verfassungen und verfassungsrechtlichen Dokumenten des Libanon, Syriens und Jordaniens bevorzugt wird, scheint es nicht möglich zu sein zu sagen, dass das Konzept des Bürgers in diesen Ländern auf die gleiche Weise wie in der westlichen Literatur geformt ist. Tatsächlich sucht die Studie eine Antwort auf die Frage, warum in Libanon, Jordanien und Syrien kein gemeinsames Bürgerkonzept entstanden ist. Zum Beispiel ist nicht klar, wer ein Libanese ist. In der Verfassung und anderen Gründungsdokumenten gibt es keine Erklärung. In den Dokumenten, die in Syrien und Jordanien herausgegeben wurden, wird die arabische Identität der Menschen betont. In gewisser Weise tritt die Bezugnahme auf die höhere arabische Identität in den Vordergrund.*

*Im Verlauf meiner Studie analysierte ich die libanesische Verfassung und andere konstitutive verfassungsrechtliche Dokumente, sowohl mündlich als auch schriftlich. Im Gegensatz zum Libanon wurden in Syrien viele Verfassungen nach politisch turbulenten Prozessen erstellt. Ich analysierte jede dieser Verfassungen. Die in Jordanien erstellte Verfassung wurde ebenfalls in die Studie einbezogen.*

*Die in den Verfassungen verwendeten Ausdrücke bezüglich der arabischen Staaten, dass das Volk Teil der arabischen Nation ist und dass den Menschen anderer arabischer Länder eine leichte Staatsbürgerschaft gewährt wird, wurden eingehend analysiert. Die relevanten Artikel in den Verfassungen der drei Länder im Levant wurden im Zusammenhang mit der Theorie der Staatsbürgerschaft in der islamischen Rechtsliteratur und der Geschichte des arabischen Nationalismus analysiert. Denn meiner Meinung nach haben sowohl die islamische Rechtsliteratur als auch der arabische Nationalismus Einfluss auf diese interessante Situation.*

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

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

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

**Peer-Review:** Externes Peer-Review-Verfahren.

**Interessenkonflikt:** Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

**Finanzielle Unterstützung:** Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

### BIBLIOGRAPHY

- ABD ALAZİZ M. 'The Origin and Birth of The Arab League' (1955) 11 el-Mecelletü'l-Mısriyye li'l-Kanuni'l-Düvelî 39-58.
- ABOU KHADRA, O, 'Arab Unity Trends and International Implications' (PhD Thesis, Princeton University 1949).
- ANTONIUS, G, The Arab Awakening (1939).
- ARAB INFORMATION CENTER. Basic Documents of the Arab Unifications (1958).
- ATLIOĞLU Y, 'Modern Lübnan'da Maruniler ve Çatışma' (PhD Thesis, Marmara University 2011).
- BAKTIAYA A, '19. Yüzyıl Suriye'sinde Nahda'yı Hazırlayan Sosyoekonomik Koşullar ve Nahda İçinde Beliren Siyasi Eğilimler' (PhD Thesis, Istanbul University 2002).
- BÂRÛT M. 'el-Mutemerü'l-Sûri'ül-Âm 1919-1920' (2013) 1(3) el-Mecelle li'l-Dirasâti'l-Fikriyye ve'l-Sekâfiyye 23-48.
- BOYD E, 'The Struggle For Arab Unity' (American University of Beirut 1959).
- BUZPINAR Ş, 'Kevâkibî' (2022) 25 Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, 338-39
- — —. 'Lübnan' (2003) 27 Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, 248-54.
- CABBÛR, C, el-Urûbe ve'l-İslâm fî'l-Desâtîri'l-Arabiyye (2010).
- CÂSÛR N, 'el-Avleme ve'd-Devletü'l-Vataniyyeti'l-Kavmiyyeti'l-Arabiyye' (2000) 50 el-Mecelletü'l-Sekâfiyye 18-24.
- CEYLAN A, 'Ürdün'de Anayasal Gelişim' (2002) 6(1-4) Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 33-60.
- DABBAS H, 'Arab Unity: Prospects and Problems' (PhD Thesis, University of Missouri 1964).

DARWICH B, 'Lebanon and Syria, Sovereign Yet Interlinked Nations: The Lebanese-Syrian Relations, 1971-2018' (Atılım University 2019).

DAWISHA A, Arab Nationalism In The Twentieth Century (Princeton University Press 2003).

ed-Düstûrû'l-Lübnânî (Beyrut 2022).

ERIS I, 'The Dar Al-Islam and The Dar Al-Harb: A Discourse on the Crafting of a Muslim State' (Master Thesis, The University of Texas at Austin 2000).

FARUKI K, 'The National Covenant of Lebanon: Its Genesis' (1974) 3 Pakistan Horizon, 19-31.

FROST C, 'The United Arab Republic, 1958-1961: A Study In Arab Nationalism and Unity' (Doktora Tezi University of Denver 1966)

GHALAYINI K, 'A Plan For The Organization of An Arab Federation' (PhD Thesis, American University 1956)

HAIM S, Arab Nationalism An Anthology. (University of California Press 1962)

HAMÛD B, 'ez-Ezmetü'l-Lübnaniyye Kiyaniyye em Siyasiyye?' (2022) 4(21) Mecelletü'l-Adâb ve'l-Ulûmi'l-İnsâniyye 256-69.

HATŞÎK B, 'Düstûr Cedîd li'l-Lübnani'l-Cedîd' (1977) 25 Mecelletü'l-Adab 10-12.

HUT D, 'Osmanlı Arap Vilayetleri, Arabizm ve Arap Milliyetçiliği' (2016) 1 Vakanüvis - Uluslararası Tarih Araştırmaları Dergisi 105-50.

İHSANOĞLU E, 'Arap Birliği' (1991) 3 Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi 325.

KAMALI M, 'Citizenship: An Islamic Perspective' (2009) 11(2) Journal of Islamic Law and Culture 121-53.

KHADDURI M, 'Constitutional Development in Syria: With Emphasis on the Constitution of 1950' 1951 5(2) Middle East Journal 137-60.

- KORKUT L, 'Türkiye'de ve Dünya Devletlerinde Anayasal Vatandaşlık Tanımları' (2014) 1(2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 5-41.
- LEWIS B, *The Multiple Identities of the Middle East* (1998).
- MACDONALD R, *The League of Arab States: A Study In The Dynamics Of Regional Organization* (Princeton University Press 1965)
- MAKDİSİ U, *The Culture of Sectarianism: Community, History, and Violence in Nineteenth-Century Ottoman Lebanon*. (University of California Press, 2000).
- MANDUCHI P, 'Arab Nationalism(s): Rise and Decline of an Ideology' (2017) 97 *Oriente Moderno* 4-35.
- MUHSİN H, 'et-Taifiyye ve'l-Nizâmü'l-Düstûrî fi Lübnan' (1990) 4 *Mecelletü's-Şeriati ve'l-Kanun* 15-106.
- NAWAVİ B, 'Arab Unity and Disunity' (University of Glasgow 1976)
- ÖZEL A, 'Müstemen' (2006) 32 *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, 140-143.
- ÖZEL A, 'Zimmi' (2013) 44 *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, 434-438.
- ÖZDEMİR R, 'Syrian Baath Party and Arab Unity' (Marmara University 2011).
- PAROLIN G, *Citizenship In the Arab World*. (Amsterdam University Press 2009).
- PODEH E, *The Decline of Arab Unity: The Rise and Fall of The United Arab Republic* (1999).
- RAİF C, 'Lübnan ve't-Tağyîrü'l-Cezrî' (1958) 6(9-10) *Mecelletü'l-Adab* 13-16.
- RİFA'I A, 'The Arab Commonwealth' (1954) 294 *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 147-50.
- ROMERO J, 'Arab Nationalism and the Arab Union of 1958' (2015) 42(2) *British Journal of Middle Eastern Studies* 179-99.

SAYEGH F, Arab Unity: Hope and Fulfillment (1958).

ŞENTÜRK D, 'Suriye Baas Partisi ve Birleşik Arap Cumhuriyeti'  
(Istanbul University, 2002)

TUĞ S, İslam Ülkelerinde Anayasa Hareketleri (İrfan Yayınevi 1969)

TULBA A, 'Düstûrül-Cumhuriyyeti'l-Hâmise ve'd-Düstûrül-Sûrî'ül-Daim li'l-Âm 1973' (2001) 9(2) Mecelletü'l-Emn ve'l-Kanun, 252-77.

TUNAYA T, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku (Araştırma Eğitim Ekin Yayınları 1982)

Vesîkatü'l-Vifâki'l-Vatânîyyi'l-Lübnânî (Beirut 2021)

WICHHART S, 'The Formation of the Arab League and The United Nations' (2019) 54(2) Journal of Contemporary History 328-46.

YAYLA Y, 'Çağdaş İslam Ülkeleri Anayasaları' (1991) 3 Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi 64-94

YEHOSHUA P, In Search of Arab Unity 1930-1945 (1986).

ZABYAH M, 'The Arab League: A Study in Arab Unity' (American University of Beirut 1955)

<https://www.un.int>

<https://sl-center.org/>

<https://constitutionnet.org/>

<http://parliament.gov.sy/>

<https://www.lob.gov.jo/>

<https://www.refworld.org/>

<http://www.leagueofarabstates.net/>





## İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi Bağlamında Kültürel Yaşama Katılma Hakkı (İHEB Madde 27)

### Das Recht auf Teilnahme am kulturellen Leben im Kontext der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (Artikel 27 ÄMR)

Dr. Ahmet Mert DUYGUN\*

Av. Battal ŞAHİN\*\*

#### ÖZ

*İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin (İHEB) 27. maddesi, kültürel yaşama katılma hakkını bir temel hak olarak tanımaktadır. İHEB'in koruma alanı bu bağlamda sadece kültürel faaliyetlere katılmayı değil aynı zamanda sanat özgürlüğü, bilimsel ilerleme özgürlüğü ve fikri mülkiyet gibi hakları da kapsamaktadır. Kültürel yaşama katılma hakkına ilişkin bu detaylı düzenleme, ilerleyen zamanlarda hem Birleşmiş Milletler (BM) Ekonomik ve Sosyal Haklar Sözleşmesi gibi evrensel nitelikli insan hakkı sözleşmelerine hem de Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı gibi bölgesel nitelikli paktlarca da benimsenmişti. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ise açıkça kültürel hakları düzenlememiş olsa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) birçok başvuruda kültürel haklara temas eden kararlar vermiştir. İHEB'in 27. maddesi ulusal bağlamda da karşılık bulmuş olup, kültürel haklar örneğin Rusya Anayasası ya da Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasasında açıkça düzenlenmektedir. Sanat özgürlüğü ya da bilim özgürlüğü gibi kültürel boyutu olan özgürlükleri ifade özgürlüğü çatısı altında koruyan Türk anayasaları ise, kültürel yaşama*

---

\* Doktor Öğretim Üyesi, Kocaeli Üniversitesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, mert.duygun@kocaeli.edu.tr , ORCID:0000-0002-7519-6170.

\*\* Avukat, İstanbul Barosu, battalbe2444@outlook.com.tr, ORCID: 000-0003-4839-5593.

*katılma hakkını açıkça öngörmüş değildir. Buna karşın Türk Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru yolunda vermiş olduğu birçok kararında bu haklarla kültürel miras ya da kültürel değerler arasındaki bağlantıyı inşa etmektedir.*

**Anahtar Kelimeler:** *Kültürel Haklar, Kültürel Yaşama Katılma Hakkı, Bilimsel Araştırma Özgürlüğü, Sanat Özgürlüğü*

## **The Right to Participate in Cultural Life in the Context of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR Article 27)**

### **ABSTRACT**

*Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) acknowledges the right to engage in cultural activities as a human right. This provision not only encompasses active participation in cultural pursuits but also safeguards artistic expression, scientific advancement, and intellectual property. The comprehensive core of this right has been enshrined in global human rights treaties like the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) and regional agreements such as the African Charter on Human and People's Rights. Despite the absence of explicit provisions concerning cultural participation in ECHR, the European Court of Human Rights (ECtHR) has frequently addressed cultural rights in its jurisprudence. Moreover, Article 27 of the UDHR has influenced national legislation, with examples like the Russian Constitution and the Constitution of the Republic of South Africa explicitly safeguarding cultural rights. Conversely, the Turkish constitution does not explicitly codify the right to participate in cultural life, though certain aspects such as academic and artistic freedom are protected. Nevertheless, through constitutional interpretation, the Turkish Constitutional Court has recognized the intrinsic connection between these rights and cultural heritage or values in its jurisprudence.*

**Keywords:** *Cultural Rights, Right to Participate in Cultural Life, Freedom of Scientific Research, Artistic Freedom*

## GİRİŞ

Kültürel haklar, eğitim hakkı, kültürel yaşama katılım hakkı, ifade özgürlüğü, bilim özgürlüğü, sanat özgürlüğü, kültürel mirasa katılım hakkı gibi birçok hakla doğrudan ilişkilidir. Bu sebeptir ki kültürel haklar, anayasalarda doğrudan doğruya tanınmasalar dahi dolaylı olarak etkisini gösterebilmektedir. Bununla birlikte birinci kuşak hakların<sup>1</sup> dışında kalan kültürel haklar, tarihsel süreç içerisinde kimi uluslararası insan hakları belgelerine de konu olabilmektedir. Bu bağlamda kültürel haklardan söz eden en önemli ve başat insan hakları belgelerinden birisi, II. Dünya Savaşı sonrası uluslararası insan hakları hukukunu derinden etkileyen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesidir (İHEB).<sup>2</sup> Bildirge'nin 27. maddesi de kültürel yaşama katılma hakkından söz etmektedir. Kültürel yaşama katılma hakkı, kişilerin toplumsal yaşama katılmaları ile bilimsel ve sanatsal gelişmelere katılıp bunlardan yararlanabilmelerini güvence altına almaktadır. Bu niteliğiyle kültürel yaşama katılma hakkı, demokratik bir toplumun temel yapıtaşlarından birini oluşturur. Ayrıca, kültürel yaşama katılma hakkı, toplumun genel kültürel eğilimlerinin dışında kalan azınlık gruplarının kendi kültürlerini ifade edebilmeleri ve buna uygun bir yaşam sürebilmeleri açısından da önem arz etmektedir. Kültürel yaşam katılım hakkının bu niteliği, çoğulculuk, açık fikirlilik ve hoşgörülülük olarak ifade edilen demokratik toplum yapısının devamlılığı açısından da kıymetlidir.

---

<sup>1</sup> Birinci kuşak temel hakların niteliği ve bu hakların devlete yüklediği negatif/pozitif yükümlülükler tartışmasına ilişkin bkz. Oktay Uygun, *Devlet Teorisi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 534 vd.

<sup>2</sup> II. Dünya Savaşı sonrası İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin oluşumuna ve Bildirge imzalandığı sırada ABD, Sovyetler Birliği gibi ülkelerde yaşanan yoğun insan hakları ihlallerinin bu Bildirge'nin ruhu ile oluşturduğu tezatlığa ilişkin bkz. Rona Aybay, *İnsan Hakları Hukuku*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015, s. 43-44. Aybay, Bildirge'nin kurallarının jus cogens(buyruk kural) olduğunu ifade etmekten, diğer bazı yazarlar ise Bildirge'nin sadece uluslararası örf-adet hukukunun (*Völkerrechtsgewohnheitsrecht*) bir parçası olduğunu belirtmektedir. Bu görüş için bkz. Jörn Ipsen, *Staatsrecht II- Grundrechte*, Franz Verlag Vahlen München 2012, s. 12.

Bu çalışmada İHEB'in 27. maddesinde düzenlenen kültürel yaşama katılma hakkı ele alınacaktır. Bununla birlikte kültürel yaşama katılma hakkıyla doğrudan ilişkili olmaları sebebiyle ifade özgürlüğü, özel hayatın gizliliği hakkı, sanat özgürlüğü, bilim özgürlüğü, isim hakkı, anadilde eğitim hakkı ve kültürel mirasa katılım hakkına da değinilecektir. Bu doğrultuda ilk bölümde İHEB'in kültürel yaşam katılım hakkını düzenleme biçimine çok kısaca değinilmesinin ardından ikinci bölümde Bildirge'nin hazırlanış sürecinden bahsedilecektir. Üçüncü bölümde ise karşılaştırmalı hukuk doğrultusunda kültürel yaşama katılım hakkının düzenleme biçimlerine ve İHEB dışındaki uluslararası insan hakları belgelerinde kültürel hakların nasıl ele alındığına değinilecektir. Bu bölümde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) konuya ilişkin vermiş olduğu kararları da aktarılacaktır. Dördüncü bölümde İHEB'in 27. maddesinin koruma alanı ele alınacaktır. Son olarak beşinci bölümde ise kültürel yaşama katılma hakkının ulusal bağlamlardaki karşılığına değinilecek ve 1982 Anayasasının ilgili hükümleri bu gözle değerlendirilecektir. Bu bölümde Türk Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) kararları da ele alınacaktır.

### **I. Bildirge'nin 27. Maddesinin Düzenleme Biçimi**

İHEB'in 27. maddesi şu şekildedir:<sup>3</sup>

1) *Herkes toplumun kültürel yaşamına serbestçe katılma, güzel sanatlardan yararlanma, bilimsel gelişmeye katılma ve bundan yararlanma hakkına sahiptir.*

2) *Herkesin yaratıcısı olduğu bilim, edebiyat ve sanat ürünlerinden doğan maddi ve manevi çıkarlarının korunmasına hakkı vardır.*

Kültürel haklar olarak tanımlanan İHEB'in 27. maddesinin koruma alanında 5 hakkın bulunduğu ifade edilmektedir.<sup>4</sup> Bunlar, eğitim hakkı, kültürel yaşama katılma hakkı, yaratıcı olduğu bilimsel ilerleyişten faydalanma hakkı, yaratıcısı olduğu bilim, edebiyat ve sanat

<sup>3</sup> Bildirge metni için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/7217.pdf> (Erişim Tarihi 06.04.2024)

<sup>4</sup> Bkz. Elsa Stamatopoulou, *Cultural Rights in International Law*, Martinus/Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2007, s. 2-3.

ürünlerinden doğan maddi ve manevi çıkarlarının korunmasını isteme hakkı ve bilimsel araştırma ve faaliyet özgürlüğüdür.

Bu 5 haktan biri olan eğitim hakkının içeriği ayrı bir başlık olarak da Sözleşme’de yer aldığından bu madde başlığı altında ayrıca bir değerlendirme yapılmayacaktır.

## II. Hazırlık Çalışmaları

Hazırlık çalışmalarında diğer haklarla ilgili yapılan tartışmalara kıyasen İHEB’in 27. maddesine dair yapılan tartışmaların daha az bir zaman aldığı görülmektedir.<sup>5</sup> Şüphesiz bunda kültürel hakların çeşitliliği ve bu hakların daha sonra birçok başka hukuki enstrümanla düzenlenmesi de önemli bir rol oynamaktadır.<sup>6</sup>

İHEB’in 27. maddesinin hazırlık çalışmalarına bakıldığında konuya ilişkin ilk taslağın UNESCO tarafından hazırlandığı görülmektedir.<sup>7</sup> Ancak metnin birinci fıkrasının taslağı BM Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sekreterliği’nin direktörü John Humphrey tarafından hazırlanmıştır. Maddede yer alan “serbestçe” terimini ise Peru delegasyonu eklemiştir. Bu açıklama, kültürel faaliyetlerin faşist rejimler ile kısıtlanmasına bir tepki niteliğindedir.<sup>8</sup> Çin delegasyonu ise bilimsel ilerlemenin bazı kimselerin değil tüm insanlığın ortak malı olduğu tespitinde bulunmuştur.<sup>9</sup> Kültürel haklar boyutunda azınlık hakkının yükselişinin ulus devlete zarar vereceği yönündeki ifadeler karşılık olarak Humphrey, halihazırda sözleşmenin 2. ve 18. maddelerinin azınlıkların haklarını dini ve kültürel boyutuyla koruduğu görüşündedir.<sup>10</sup> Yine kültürel haklara ilişkin 27. maddenin, kültürel

<sup>5</sup> Göran Melander Article 27, in: *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary* (ed: Eide/Afredsson/Melander Rehof/Rosas/Swineheart, Scandanavian University Press, Oslo 1992,2. Opplag. s. 429.

<sup>6</sup> Melander, s. 429.

<sup>7</sup> Stamatopoluou, s. 11-12.

<sup>8</sup> Christian Groni, *Das Menschenrecht auf Teilnahme kulturelles Leben*, Boorberg Verlag 1. Auflage 2007 s. 121.

<sup>9</sup> Groni, s. 121.

<sup>10</sup> Hindistan temsilcisi Mehta da benzer bir değerlendirmede bulunarak azınlıklara ilişkin Bildirge’nin başka haklarında zaten düzenlemeler

topluluklarının yok edilmesini soykırım suçunun kapsamına alan Cenevre Sözleşmesi ile bağlantısı da maddenin hazırlık aşamasında tartışılmıştır.<sup>11</sup> Ancak Roosevelt tarafından bunun “safı Avrupalı bir mesele olduğu” dillendirilmiş ve azınlık haklarına ilişkin diğer talepler kabul görmemiştir.<sup>12</sup> Nitekim bu sebeple herkesin “topluluğun”(society) kültürel yaşamına katılma hakkı olduğu yönündeki kelime, “toplumun”(community) kültürel yaşamına katılma hakkı şeklinde değiştirilmiştir. Böylece burada bahsedilen kültürün daha çok “ulusal bir kültürü” (national culture) ifade etmesi sağlanmaya çalışılmıştır.<sup>13</sup> Buna ilaveten ayrılıkçı-bağımsızlıkçı hareketlerin de maddenin koruma alanından faydalanamayacağı da açıkça ifade edilmiştir.<sup>14</sup>

Yine Amerikan Antropolojisi Derneği'nin İHEB'e “herkesin kendi geleneklerine göre yaşayabilmesi hakkının” eklenmesi yolundaki önerisi de reddedilmiştir.<sup>15</sup> Dolayısıyla burada daha çok “yüksek bir kültür” den bahsedildiği söylenmektedir. Ancak gerek öğreti gerekse daha sonraki uluslararası belgelerde kültür kavramına bu denli dar bir anlam atfedilmesi kabul edilmemiş, kültür kavramı tüm gelenekler, ahlak, kurallar, inançlar çerçevesinde geniş yorumlanmıştır.<sup>16</sup>

Şüphesiz şunu belirtmek gerekir ki azınlıklara ilişkin açık bir ifadeye yer verilseydi, maddenin koruma alanı ve uygulanma sıklığı çok daha genişleyecekti.<sup>17</sup>

---

olduğunu belirtmiştir. Bkz., William Chabas, *The Universal Declaration of Human Rights: The Travaux Préparatoires*, Publisher:Cambridge University Press, s. 1891.

<sup>11</sup> Cenevre Sözleşmesi'nin Türkçe çevirisi için bkz. [https://insanhaklariizleme.org/vt/yayin\\_view.php?editid1=485](https://insanhaklariizleme.org/vt/yayin_view.php?editid1=485) (Erişim Tarihi: 13.04. 2024)

<sup>12</sup> Groni, s. 121

<sup>13</sup> Melander, s. 431.

<sup>14</sup> Otto Böhm/Doris Katheder: Grundkurs Menschenrechte: *Die 30 Artikel der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte- Kommentare und Anregungen für die politische Bildung*, Art.27, s. 371.

<sup>15</sup> Groni, s. 122.

<sup>16</sup> Groni s. 122-123.

<sup>17</sup> Melander, s. 431.

Maddenin hazırlık aşamasında en tartışmalı olan kısım ise fikri mülkiyet hakkını düzenleyen ikinci fıkraya ilişkindir. Nitekim bu hüküm üzerinde ilk bakışta bir uzlaşmaya varılamamıştır.<sup>18</sup> Aslında fikri mülkiyet hakkına ilişkin, İHEB'in kabul edilmesinden evvel 19. ve 20. yüzyılda birçok farklı uluslararası sözleşme imzalanmıştır.<sup>19</sup> Yine I. Dünya Savaşı sonrasında "fikri hakların" (*droits intellectuels*) uluslararası bağlamda hukuken tanınması ve korunmasına ilişkin Fransız "*Institut International de Cooperation Intellectuelle*" kuruluşunun önemli çabaları olmuş ancak bunlar başarısız olmuştur.<sup>20</sup> Bu fıkraya ilişkin tartışmanın odağında fikri mülkiyet hakkının bağımsız bir temel hak olarak korunup korunmayacağı yatmaktadır.<sup>21</sup>

Tartışmayı İngiliz, ABD ve Hindistan delegasyonları özel mülkiyetin uluslararası korunmasına ilişkin bir sorun olarak ele alırken Fransa, Şili, Meksika yazarın eseri üzerindeki haklarının sona erdiği tarihten itibaren dahi "moral değerlerinin" artmasını sağlayan bir formül olarak ele almaktaydılar.<sup>22</sup> Her iki grup arasındaki temel yaklaşım farklılığı, fikri mülkiyet hakkını bir insan hakkı ve entelektüel/kültürel hak olarak görüp görmedikleri noktasında yatmaktaydı. Özellikle sosyalist ülkelerden gelen delegeler<sup>23</sup> bilimsel

---

<sup>18</sup> Şüphesiz fikri mülkiyet hakkına ilişkin bu tartışma İHEB'in hazırlık aşamasında Batılı Devletler ve Sosyalist Devletler arasındaki ilk anlaşmazlık değildir. Öyle ki bu anlaşmazlıklar yüzünden Bildirge'nin yayınlanması, planlanan süreden oldukça yavaş biçimde gerçekleşmiştir. Bkz. Aybay, s. 45.

<sup>19</sup> Melander, s. 431.

<sup>20</sup> Melander, s. 432. Yazar, bu kurumun II. Dünya savaşı sonrasında da fikri mülkiyet hakkının korunması için çabalarına hız kesmeden devam ettiğini belirtmektedir.

<sup>21</sup> Bkz. Lea Shaver/ Caterina Sganga *The Right to Take Cultural Life: On Copyrights and Human Rights Winconsin Law Review*, Vol. 27, No. 4 s. 650. Melander ise bu maddenin kültürel haklarla bağıntısı sebebiyle kültürel yaşama katılma hakkının içinde bir fıkra olarak düzenlenmesi yerine ayrı bir hak olarak bir maddede düzenlenmesinin daha mantıklı olacağı görüşündedir. Bkz. Melander, s. 431.

<sup>22</sup> Melander, s. 431.

<sup>23</sup> Bu noktada özellikle Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (SSCB) temsilcisi Pavlov'un bilimin faydalarından yararlanmanın sadece seçilmiş bir azınlığın



ilerlemeden herkesin faydalanabilmesini ve bütün kültürel ilerlemelerin tüm insanlığın faydalanması gereken bir nitelikte olduğunu savunmaktaydılar.<sup>24</sup> Bu noktada Sovyetler Birliği, İHEB'in 27. maddenin 2. fıkrasına "bilimsel gelişim sadece ilerlemeye ve demokrasiye ve aynı zamanda uluslararası barış ile dayanışmaya hizmet etmek zorundadır" hükmünü koymak istemiş; ancak bu öneri kabul edilmemiştir.<sup>25</sup> Burada yatan esas kaygı, fikri mülkiyet hakkına maddede yer verilmesinin bazı durumlarda bilimsel ilerlemeye engel olabileceği kaygısıdır; ancak en sonunda maddenin içinde fikri mülkiyetin de yer almasına karar verilmiştir.<sup>26</sup> Fikri mülkiyet anlamında İHEB'in 27. maddesinin 2. fıkrası da bugün özellikle "open source(açık kaynak)" ve "public domainler" bağlamında tartışılmaktadır.<sup>27</sup> Nitekim Sovyetler Birliği'nin önerdiği metne yakın ifadelere, 2021 senesinde Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesininin 25 numaralı Genel Yorumunda yer verilmiştir.<sup>28</sup>

---

değil herkesin hakkı olduğunu, zaten maddenin kültürel yaşama katılımı herkes için düzenlediğini vurgulaması önemlidir. Bkz. Chabas,, s. 1864.

<sup>24</sup> Böhm/Katheder: *Grundkurs Menschenrechte: Die 30 Artikel der Allgemeine Erklärung der Menschenrechte- Kommentare und Anregungen für die politische Bildung*, Art.27, s,373.

<sup>25</sup> Böhm/Katheder, s. 378-379.

<sup>26</sup> Günümüzde fikri mülkiyet hakkı ile ilgili oldukça kapsamlı bir mevzuat bulunmaktadır; dolayısıyla bu sözleşmelere taraf devletler açısından İHEB'in 27. Maddesi ve Ekonomik ve Sosyal Haklar Sözleşmesi'nin esas dayanak olduğu fikri eleştirilmektedir. Bkz. Asbjorn Eide, *Cultural Rights as Individual Human Rights*, in: *Economic Social and Cultural Rights*; Martinus Nijhoff Publishers, s. 232.

<sup>27</sup> Böhm/Katheder, s. 378-379. Aksi yönde Deniz Polat Akgün, *Sanat Özgürlüğü*, On İki Levha Yayıncılık İstanbul 2020, s. 192. Yazar, liberal devlet anlayışında telif hakkının, özgür ifadenin itici gücü veya lokomotifini olarak görüldüğünü; sosyalist devlet anlayışında dahi telif hakkının sınırlı da olsa bir koruma gördüğünü ifade etmiş; bu hakkın sanatçının özgür hissetmesini sağlayacağını belirtmiştir.

<sup>28</sup> Bkz. Tara Smith, *Scientific Purpose and Human Rights: Evaluating General Comment No 25 in Light of Major Discussions in the Travaux Préparatoires of the Universal Declaration of Human Rights and International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights*, Nordic Journal of Human Rights, 38:3, s. 221.

Bu tartışma Ekonomik Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 15. maddesine ilişkin Genel Yorum 'da kendine yer bulmuş ve fikri mülkiyet hakkı ile bir insan hakkı olarak kişinin kendi yarattığı bilimsel, edebi ya da sanatsal üründen doğan maddi ve manevi çıkarlarının korunması hakkının aynı anlamı taşımadığı ifade edilmiştir.<sup>29</sup>

### **III. İHEB'in 27. Maddesinin Gelişim Çizgisi ve Diğer Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinde Karşılık Bulması**

#### **A. Evrensel İnsan Hakları Belgelerinde İHEB'in 27. Maddesinin Etkisi**

UNESCO, kuruluşunun 20. senesine ithafen Genel Kurulunda Uluslararası İşbirliği'ne İlişkin Genel İlkeler Bildirgesi'ni açıklamıştır. Bu Bildirge'nin 1. maddesi, birinci fıkrasında her kültürün onuru olduğunu ve değerine saygı duyulması ve değerinin korunması gerektiğini söylerken, ikinci fıkrası herkesin kendi kültürünü geliştirmesinin bir hak ve ödevi olduğunu belirtmektedir.<sup>30</sup> Bu maddenin son fıkrası ise bu kültürlerin zenginliği ve çeşitliliği ve karşılıklı etkileşimi içinde birbirlerine aktarılacağını ve bütün kültürlerin insanlığın ortak mirası olduğunu belirtmektedir.

Kültürel miras hakkını açıkça tanıyan ilk uluslararası insan hakları belgesi 2007 yılında yürürlüğe giren Yerel Halkların Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Bildirisi'dir.<sup>31</sup> Bildiri'nin<sup>32</sup> 31. maddesinde

<sup>29</sup> Bkz. Lema Uyar(derleyen), *Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi* (1981-2006), Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 302. İHEB madde 27'nin fikri mülkiyet hakkını insan hakkı olarak nitelendirmesi sebebiyle bir öncü olduğuna ilişkin farklı görüş için bkz. Uyar, s. 431.

<sup>30</sup> Melander, s. 430.

<sup>31</sup> A.g.e, s. 237.

<sup>32</sup> Bildiri'nin hazırlanış süreci ve içeriği açısından detaylı bir inceleme için bkz. Azime Ayça Kahraman, "Uluslararası Hukukta Yerli Halkların Statüsü ve Tanınan Hakları", *İnsan Hakları Yıllığı Cilt 39*, 2021, s. 35-54.

yerel halkların kültürel miraslarını, korumak, kollamak, kontrol etmek ve geliştirmek hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir.<sup>33</sup>

İHEB'in 27. maddesi kapsamında kabul edilen önemli bir diğer belge ise Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunması Dair Sözleşme ve yine 2003 tarihli Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesidir. Bu sözleşmeler kapsamında kültürel miras, sadece somut boyutuyla yani anıtlar, yapılar, müze koleksiyonları, kitabeler gibi taşınır eserleri değil; aynı zamanda dil, din, gelenek, mit gibi soyut boyutuyla da korunmaktadır.<sup>34</sup> Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi, kültürel mirası yerelden ve kimlik eksenli tanımlaması dolayısıyla da dikkat çekmektedir.<sup>35</sup> Sözleşme aynı zamanda taraf devletlere, toplulukların, grupların ve gerekli durumlarda bu mirası yaratan, sürdüren ve nakleden bireylerin, somut olmayan kültürel mirasın korunması etkinliklerine mümkün olan en geniş biçimde katılımlarını sağlama ve bunların, yönetime etkin olarak iştiraklerini gerçekleştirme yükümlülüğü getirmiştir.<sup>36</sup>

İHEB'in 27. maddesinin yansıması özellikle kendini BM Ekonomik ve Sosyal Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 15. maddesinde göstermektedir. Buna göre BM Ekonomik ve Sosyal Kültürel Haklar Sözleşmesi'ne katılan devletler, herkesin kültürel yaşama katılmak bilimsel gelişmelerin nimetlerinden ve sonuçlarından yararlanma; kendilerinin yaratıcısı olduğu bilimsel, edebi ve sanatsal ürünlerden kaynaklanan maddi ve manevi menfaatlerin korunmasından yararlanma haklarını tanıy ve bu hakların tam olarak gerçekleştirilmesi için bilimin ve kültürün korunması, gelişmesi ve yayılması için gerekli tedbirleri alırlar. Yine maddenin üçüncü fıkrasına göre Sözleşme 'ye

<sup>33</sup> Bildiri metni için bkz [https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_Turkish.pdf](https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_Turkish.pdf) (Erişim Tarihi 10.03.2024)

<sup>34</sup> Özge Çeliktaş Türkbay, "Kültürel Mirasın Korunmasının İnsan Hakları Hukuku ile İlişkisi ve Kültürel Miras Hakkı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:3 Sayı:2 2021, s. 1446.

<sup>35</sup> Bahar Aykan, "Kültürel Miras Hakkı: Kültürel Mirasa İnsan Hakları Temelli Güncel Yaklaşımlar", *Alternatif Politika*, Cilt: 10, Sayı: 2, 2018, s. 238.

<sup>36</sup> Sözleşme metni için bkz. <https://ich.unesco.org/doc/src/00009-TR-PDF.pdf> (Erişim Tarihi: 10.03.2024)

taraf devletler yaratıcı faaliyet için zorunlu olan özgürlüğe saygı göstermeyi taahhüt etmektedir. Sözleşme'nin bu yönüyle diğer insan hakları sözleşmelerine kıyasla sanatsal ifade özgürlüğü açısından en açık ve kapsayıcı bir düzenlemeyi içerdiği öğretilmektedir.<sup>37</sup>

Her Türlü Irk Ayırımının Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme<sup>38</sup> de 5. maddesinde hiçbir ırk, renk, kimlik, etnik ayrıma tabi tutulmaksızın herkesin kültürel faaliyetlere eşit katılma hakkının bulunduğundan söz etmektedir.<sup>39</sup> Bu sözleşme 21 Aralık 1965'te kabul edilip 1969'da yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşme metninin görüşülmesi sırasında Afrika Delegasyonunun "her türlü kültürel aktivite" şeklindeki maddeye eklenme önerisi reddedilmiştir.<sup>40</sup> Birleşmiş Milletler'in 18 Aralık 1992 tarihli Genel Kurul'unda 47/135 numaralı kararıyla kabul edilen Her Türlü Ulusal, Etnik, Dini ve Dinsel Azınlıkların Haklarına Dair Bildirge<sup>41</sup> de 2. maddesinde azınlıklara tabi olan herkesin kendi kültürünü yaşama hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. Bildirge'nin 4. maddesinin 2. paragrafı ise devletlere her

<sup>37</sup> Ulaş Karan, *İfade Özgürlüğü-Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2*, Avrupa Konseyi, Şubat 2019, s. 15. Benzer yönde Polat Akgün, örneğin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 27. maddesinin sanat özgürlüğü açısından sadece bir basamak olduğunu, onu bağımsız bir temel hak olarak tanımadığı eleştirisinde bulunmaktadır. Bkz. Akgün, s. 185.

<sup>38</sup> Sözleşme'nin tam metni için bkz. [https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093651bm\\_09.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093651bm_09.pdf) (Erişim Tarihi: 08.04.2024)

<sup>39</sup> Groni, s. 82.

<sup>40</sup> Groni, s. 82.

<sup>41</sup> Metnin İngilizcesi için bkz. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/declaration-rights-persons-belonging-national-or-ethnic#:~:text=States%20shall%20protect%20the%20existence,measures%20to%20achieve%20those%20ends.> (Erişim Tarihi: 13.05.2024). Maddenin Türkçe bir çevirisi şu şekildedir: "Bundan sonra azınlıklara mensup olan kişiler şeklinde geçecek olan) ulusal veya etnik, dinsel veya dinsel azınlıklara mensup kişiler, özel veya kamusal yaşamda hiç bir müdahaleye veya hiç bir ayrımcılığa maruz kalmadan ve serbestçe kendi kültürlerini yaşama, kendi dinlerinde ibadet etme ve uygulamada bulunma ve kendi dillerini kullanma hakkına sahiptir." bkz. <https://paylasim.ombudsman.gov.tr/dokuman/document/mevzuat/716b2--Ulusal-veya-Etnik%2C-Dinsel-veya-Dinsel-Azinliklara-Mensup-Olan-Kisilerin-Haklarına-Dair-Bildirge.pdf> (Erişim Tarihi: 13.05.2024)

türlü azınlıkların kendi karakteristik özelliklerini ifade etmek ve kendi dil, kültür, din, göreneklerini geliştirmek konusunda pozitif yükümlülükler getirmektedir. Bunun istisnası ise uygulamada bu durumun, ulusal hukuk ve uluslararası standarda aykırılık oluşturması durumunda ortaya çıkmaktadır.<sup>42</sup>

Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme<sup>43</sup> (CEDAW) de 13. maddesinde Sözleşmeciler Devletlerin kültürel yaşama bütün yönleriyle katılması gerektiğini ifade etmiştir.

BM Çocuk Hakları Sözleşmesi 30 ve 31. maddesinde çocukların kültürel yaşama katılmasını düzenlemektedir.<sup>44</sup> Sözleşme'nin 30. maddesi İHEB'in 27. maddesi ile paralel biçimde çocukların kültürel yaşama katılımını öngörmekteyken<sup>45</sup>, 31. maddesi devlete, çocukların kültürel ve sanatsal faaliyetlere katılımı için uygun ve eşit olanakları sağlamasını buyurmaktadır.<sup>46</sup> Belirtmek gerekir ki Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin bu hükümleri özellikle çocukların yine bu Sözleşme'de düzenlenen eğitim hakkı ile yoğun bir bağlantı içerisindedir.<sup>47</sup>

---

<sup>42</sup> Adalsteinsson/Thorhallson, s. 583.

<sup>43</sup> Sözleşme metni için bkz. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women> (Erişim Tarihi: 13.05.2024) Maddenin Türkçe bir çevirisi şu şekildedir: " Taraf Devletler kadınlara karşı ekonomik ve sosyal hayatın diğer dallarında erkeklerle kadınların eşit olarak haklardan yararlanabilmelerini sağlayarak kadınlara karşı ayrımcılığın önlenmesi İçin gerekli tedbirleri ve özellikle aşağıdaki tedbirleri alacaklardır : a — Aile zammı hakkı, b — Banka kredisi, ipotek ve diğer mali krediler elde etme hakları, c — Eğlence, spor ve kültürel hayatın bütün veçhesine katılma hakları." Bkz. <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/KadinlaraKarsiAyrimciliginOnlenmesiSozlesmesi.pdf> (Erişim Tarihi: 13.05.2024)

<sup>44</sup> Groni, s. 82-83.

<sup>45</sup> Adalsteinsson/Thorhallson, s. 584.

<sup>46</sup> A.g.e.

<sup>47</sup> Bkz. Hans Peter Füssel, *Recht auf Bildung*, in: *Kinderrechte- Handbuch des deutschen und internationalen Kinder- und Jugendrechts* (Ed:Richter/Krappmann/Wagner), s. 236.

Mevsimlik İşçilere ve Aile Fertlerine İlişkin Sözleşme<sup>48</sup> 17. maddesinde kültürel kimliklerin korunmasını, 31. maddesinin 1. fıkrasında da sözleşmeci devletlerin mevsimlik işçi ve aile üyelerinin anavatanları ile kültürel bağlarını korumaları hususunu güvence altına almıştır. Sözleşme'nin 43. maddesinin 1. fıkrası ise mevsimlik işçilerin, Sözleşmeci Devletlerin vatandaşları gibi kültürel yaşama erişim ve katılma haklarını düzenlemektedir.

Son olarak Engelli Hakları Sözleşmesi<sup>49</sup> de 30. maddesinde engellilerin kültürel yaşama katılma haklarının olduğunu ve dinlenme, serbest zaman ve spor haklarını düzenlemektedir.<sup>50</sup>

## **B. Bölgesel İnsan Hakları Belgelerinde İHEB'in 27. Maddesinin Etkisi**

İHEB'in 27. maddesi etkilerini birçok bölgesel insan hakları belgesinde göstermiştir. Ayrıca bu etki kendisini yargı organlarının kararlarında da hissettirmiştir. Bu bölümde söz konusu etkilere değinilmeye çalışılacaktır.

### **1. Avrupa Kıtasındaki Etkisi**

Avrupa Konseyi bünyesinde 2005 tarihli Faro Sözleşmesi olarak bilinen "Toplum İçin Kültürel Mirasın Değeri Çerçeve Sözleşmesi" kültürel mirasın insan hakları ile bağını açıkça ortaya koyan bir belge olarak, kültürel mirasın kültürel hayata katılma hakkının bünyesinde yer alan bir hukuki değer olduğunu ifade etmekte ve gerek İnsan Hakları Evrensel Beyannamesine gerekse de BM Ekonomik, Sosyal ve

<sup>48</sup> Sözleşme metni için bkz. [https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020100953bm\\_50.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020100953bm_50.pdf) (Erişim Tarihi 08.04.2024)

<sup>49</sup> Sözleşme metni için bkz. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-persons-disabilities> (Erişim Tarihi: 03.05.2024) Maddenin Türkçe bir çevirisi şu şekildedir: "Taraflar Devletler engellilerin diğer bireylerle eşit koşullar altında kültürel yaşama katılım hakkını tanır ve engellilerin aşağıda belirtilenlerden yararlanmasını sağlamak için gerekli tüm tedbirleri alır." Bkz. [https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020100834bm\\_48.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020100834bm_48.pdf) (Erişim Tarihi: 04.05.2024)

<sup>50</sup> Groni, s. 83.

Kültürel Haklar Sözleşmesine referans vermektedir.<sup>51</sup> Faro Sözleşmesine göre, kültürel mirasa farklı nedenlerle değer veren, onu yaşatmaya ve gelecek kuşaklara aktarmaya çalışan herkes onun tanımlanması ve yönetimi süreçlerine dahil edilmelidir.<sup>52</sup>

AİHS ise açıkça kültürel haklara ilişkin hiçbir düzenleme yapmış değildir. Sadece Sözleşme'nin 14. maddesi, azınlıklara yönelik bir ayrımcılık yasağına yer vermektedir.<sup>53</sup> Nitekim özellikle azınlıkların kültürel haklarına ilişkin birçok vakanın, genel olarak Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamındaki bireysel başvurulara konu olduğu görülmektedir.<sup>54</sup> Ancak AİHS kapsamında kültürel hakların sadece azınlıklarla ilgili hak ihlali iddiaları kapsamında Mahkeme'nin önüne geldiğini söylemek mümkün değildir.<sup>55</sup> Bu noktada özel yaşama saygı hakkının dışında mülkiyet hakkı, eğitim hakkı gibi hakların da kültürel haklar bağlamında ihlal edildiğine ilişkin çok sayıda başvuru mevcuttur. Benzer şekilde İHEB metni ile uyumlu olarak sanatsal ve akademik ifade özgürlüğü de halihazırda Sözleşme'nin 10. maddesinde düzenlenen

<sup>51</sup> Çelikleş Türkbay, s. 1462.

<sup>52</sup> Aykan, s. 243.

<sup>53</sup> Adalsteinsson/Thorhallson, s. 585.

<sup>54</sup> Richter/Lücken EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Band I, Mohr Siebeck Verlag, s. 449. Buna karşın yazarlar, İHEB madde 27'nin aksine AİHS'ye 1 Numaralı Ek Protokol bağlamında serbest seçim hakkının, kültürel ya da etnik azınlıklar açısından ayrı bir korumaya yer vermediği kanaatindedirler. Bkz. Richter/Lücken, s. 1752. Nitekim AİHM içtihatlarında da "ayrımcılık yasağının "ulusal bir azınlığı temsil eden siyasi partilerin, uygulanan seçim barajlarından muaf olma hususunda bir sübjektif hak ihtiva etmediği ifade edilmiştir. Bkz. AİHM, Die Frisen v. Almanya, B. No: 65480/10. Nitekim ulusal bir yargı organı olarak FAYM de temel içtihatlarında Almanya'da federal anlamda "azınlıklar için uygulanan seçim barajından muafiyet" ilkesinin, eyalet seçimlerinde doğrudan bir sübjektif hak doğurmadığını ifade etmiştir. Bkz. BVerfG, 1,208.

<sup>55</sup> Mahkeme'nin kültürel haklarla ilgili içtihadını derlediği bilgi notu için bkz. Cultural rights in the case-law of the European Court of Human Rights, ECHR, Research Division, [https://www.culturalpolicies.net/wp-content/uploads/2019/10/ECHR\\_Research\\_report\\_cultural\\_rights\\_ENG.pdf](https://www.culturalpolicies.net/wp-content/uploads/2019/10/ECHR_Research_report_cultural_rights_ENG.pdf) (Erişim tarihi:01.07.2023)

ifade özgürlüğü hakkı kapsamında koruma görmekte ve onun sınırlama rejimine tabi olmaktadır.<sup>56</sup>

Özellikle kültürel yaşama katılma hakkının, kişilerin toplulukları bir araya getiren kendi yaşam tarzlarını ortaya koymasını azınlıklar açısından sağlamış olması dikkate alınarak, bu hak kapsamında AİHS madde 8’de düzenlenen ve toplayıcı hak niteliğine sahip olduğu kabul edilen özel yaşamın gizliliği ve aile yaşamına saygı hakkı açısından başvuru yapılabileceği savunulmaktadır.<sup>57</sup> 1968 senesinde Mahkeme, anadilde eğitim tartışmasına<sup>58</sup> ilişkin önüne gelen bir uyuşmazlıkta<sup>59</sup> Sözleşme’nin eğitim hakkını güvence altına alsa da eğitimin diline ilişkin özel bir düzenleme getirmediğini belirtmiştir. Ancak Mahkeme, anadil dışında başka bir dilde eğitim verilmesi durumunda alınacak tedbirlerin aile yaşamını olumsuz etkileyebileceğini vurgulamış; her ne kadar topluluğun yüksek çoğunluğunun tek bir dili konuştuğu ülkelerde devletin resmi bir dilde eğitim vermesi Sözleşmeyi ihlal etmese de çok dilli bir toplulukta benzer bir tercihin Sözleşme’nin 14. maddesindeki ayrımcılık yasağını ihlal edeceğini belirtmiştir. Nitekim AİHM, ana dili Flemenkçe olan çocukların Flemenk sınıflarına kabul edilmesine rağmen anadili Fransızca olan çocukların Fransızca sınıflara kabul edilmemesini, ayrımcılık yasağının ihlali olarak nitelendirmiştir.<sup>60</sup> Buna karşılık Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinde yaşayan ve çocuklarını KKTC’de Rumca eğitim veren ilköğretim kurumlarına gönderen Rum velilerin, KKTC’de orta okul eğitimini Rumca veren kurumlar olmaması sebebiyle, çocuklarını Rumca eğitim veren orta okullara gönderememesini eğitim hakkının ihlali olarak yorumlamıştır. Mahkeme’ye göre, *“Her ne kadar velilerin, çocuklarını adanın güney kesimindeki okullara gönderme imkanları olsa da, söz konusu çocukların ilköğretimlerini burada bulunan Rum okullarında tamamladıkları göz önüne*

<sup>56</sup> Richter, s. 472.

<sup>57</sup> Böhm/Katheder, s. 375.

<sup>58</sup> Anadilde eğitim tartışmasının uluslararası ve ulusal hukuk açısından irdeleyen detaylı bir çalışma için bkz. Olgun Akbulut, Resmi Dil ve Anayasalarda Düzenlenişi, *TBB Dergisi* 2012 (102), s. 115-148.

<sup>59</sup> Böhm/Katheder, s. 375

<sup>60</sup> AİHM, Belçika Dil Davası v. Belçika ([GK], B. No: 1474/12. 9/2/1967.



*alındığında, Kıbrıs Rum çocuklarının eğitimini kuzeyde sürdürmeleri gerçekçi değildir. Şüphesiz ki, makamların Kıbrıslı Rum velilerin, çocuklarının eğitimlerine Rum dilinde sürdürmek istediklerinin farkında olmaları gerekir. Rumca ilköğretim eğitimi sağlama sorumluluğu varsayılarak, KKTC makamlarının ortaöğretim düzeyinde sürekli bir eğitim sağlamaması söz konusu maddenin özüne aykırıdır.”<sup>61</sup>*

Birleşik Krallığa karşı yapılan bir başvuruda da AİHM, çingenelerin karavanlarının bulunduğu park alanlarının İngiliz makamları tarafından reddedilmesinin onların özel yaşama saygı haklarının ihlali anlamına gelip gelmediğini tartışmış ancak bir ihlal tespit etmemiştir.<sup>62</sup> Benzer şekilde, Slav kökenli Sorbian azınlığına mensup kişilerin, yaşadıkları köyden tehcir edilmelerinin, Sorbian kültürünün yok edilmesi anlamına geldiğini ileri sürerek özel yaşama saygı haklarının ihlal edildiğini öne sürdüğü başvuruda AİHM, bir azınlığın yaşam biçiminin, kural olarak, özel yaşama saygı hakkının koruma alanına girdiği kabul etmiş fakat devletin takdir marjından bahisle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.<sup>63</sup>

Aynı doğrultuda Avrupa İnsan Hakları Komisyonu da iki Sami uyruklu Norveç vatandaşının hidroelektrik inşaatın kendilerinin balıkçı ve ren geyiği yetiştiricisi olarak sürdürdükleri yaşamı ortadan kaldıracığı sebebiyle yapmış oldukları başvuruda, AİHS’in azınlıkları özel olarak korumadığını ancak bu başvurudaki uyuşmazlığın AİHS’in 8. maddesi kapsamında “özel yaşam”, “aile yaşamı” ve “ ev” kavramlarıyla ilişkilendirilebileceğini belirtmiştir.<sup>64</sup>

Kültürel hayata katılım hakkı açısından konu olabilecek bir diğer özgürlük, Sözleşme’nin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğüne ilişkindir. Nitekim 10. madde kapsamında korunan “ifade” yazılı veya sözlü ifadelerle sınırlı değildir; bir fikri açıklama veya bilgi sunmayı amaçlayan resim, fotoğraf, eylem ve hatta kültürel mirasa kadar

<sup>61</sup> AİHM, Kıbrıs v. Türkiye, B. No: 25781/94, 10.5.2001 § 278.

<sup>62</sup> Bu karar için bkz. AİHM, Buckley v. Birleşik Krallık, B. No: 20348/92, 29.09.1996.

<sup>63</sup> AİHM, Noack ve Diğerleri v. Almanya, B. No: 46346/99, 20.05.2000.

<sup>64</sup> AİHK, G. ve E. v. Norveç, B. No.9278/81; 9415/81, 03.10.1993

uzanmaktadır.<sup>65</sup> Örneğin AİHM, başvuruçuların Arapça ve Farsça kanal yayını yapan antenlerini çıkarmadıkları için ev kira sözleşmelerinin sonlandırılmasını ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmiş ve başvuruçuların memleketlerindeki haberleri kendi dillerinde almak için başka imkanlarının olmaması sebebiyle ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.<sup>66</sup> Kültürel yaşama katılma hakkının bir parçası olarak sanatsal ifade özgürlüğüne ilişkin önemli bir vakayı ise Akdaş v. Türkiye<sup>67</sup> başvurusu oluşturmaktadır. Başvuruda 1907 senesinde Fransız yazar Guillaume Apollinaire'in yazdığı erotik romanın, "On Bir Bin Kırbaç" başlığıyla Türkçeye çevrilerek yayımlanması üzerine toplatılması ve daha sonra çeviri eserin yayıncısı olan başvuruçunun da ağır para cezasına çarptırılmasının, ifade özgürlüğünü ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Mahkeme ise Sözleşmeciler Devletlerin ahlaki kavramlara hukukta attedikleri anlama ilişkin belirli bir ölçüde takdir yetkisine sahip olduklarını kabul etmekle beraber, söz konusu eserin Avrupa'nın edebiyat mirasında yer aldığını belirtmiş ve bu takdir yetkisinin sınırının, somut olayda halkın esere Türkçe olarak erişmesine engel olacak noktayı aşamayacağına karar vererek, başvuruçunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>68</sup> Sanatsal ifade özgürlüğüne ilişkin bir diğer önemli karar Kaos GL v. Türkiye kararıdır.<sup>69</sup> Başvuruya konu olan olayda, lezbiyen, gey, biseksüel ve transseksüel topluluğun (LGBT) haklarını desteklemeyi amaçlayan Kaos GL derneğinin üç ayda bir çıkan dergisinin 28. sayısının tüm nüshalarının genel ahlakın korunması amacıyla toplatılmasına karar verilmiştir. AİHM, ihtilaf konusu yayının, açık içerikli resimleri ve

---

<sup>65</sup> Dominika Bychawska-Siniarska, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması, Avrupa Konseyi, 2018, s. 18.

<sup>66</sup> AİHM, Khurshid Mustafa ve Tarzibachi v. İsveç, B. No: 23883/06, 16.12.2008, § 29.

<sup>67</sup> AİHM, Akdaş v. Türkiye, B. No: 41056/04, 10.02.2010.

<sup>68</sup> Akdaş v. Türkiye, B. No: 41056/04, § 26-29. Mahkeme tarafından hazırlanan Kültürel Haklar raporunda da Akdaş v. Türkiye kararı, "Kültürel Erişim" başlığı altında ele alınmaktadır. Bkz. [https://www.culturalpolicies.net/wp-content/uploads/2019/10/ECHR\\_Research\\_report\\_cultural\\_rights\\_ENG.pdf](https://www.culturalpolicies.net/wp-content/uploads/2019/10/ECHR_Research_report_cultural_rights_ENG.pdf) (Erişim Tarihi: 10.03.2024)

<sup>69</sup> AİHM, Kaos GL v. Türkiye, B. No: 4982/07, 22.11.2016.

özellikle iki erkeğin cinsel eylemini gösteren bir resmi içerdiğini, bu resimlerin, entelektüel ve sanatsal niteliğine rağmen, bilgi sahibi olmayan bir toplumun duyarlılığını zedeleyecek nitelikte olduğunun değerlendirilebileceği kanısına varmaktadır.<sup>70</sup> Bu tespitine karşılık Mahkeme, müdahalenin orantılılığı açısından titiz bir inceleme sergilemiştir. Mahkeme'nin ilk tespiti, toplumun bir kısmının bilhassa reşit olmayanların duyarlılığını korumak amacıyla genel ahlakın korunması bakımından müdahalenin gerekliliği kabul edilebilir olduğudur. Fakat Mahkeme'ye göre bu durum, *“Toplumun tamamının derginin ihtilaf konusu sayısına erişiminin engellenmesinin haklı göstermemekte ve bu bağlamda, yerel makamların, bilgi sahibi olmayan bir toplumun söz konusu dergiye erişimini engellemek amacıyla sayının bütün nüshalarının toplatılmasına nazaran daha hafif nitelikte önleyici bir tedbiri uygulamaya çalışmaması, orantılılık ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.”*<sup>71</sup>

Mahkeme'nin kültürel hakları tartıştığı bir diğer vaka ise isim hakkı bağlamındadır. Buna göre Almanya'dan İsviçre'ye taşınan evli bir çiftin kadın eşin soyadını kullanma kararı alması sonrasında erkek eş, eşinin soyadının önünde kendi soyadını kullanmak istemiş ancak bu talebi reddedilmiştir.<sup>72</sup> Mahkeme bu başvuruda başvurucunun 14. maddede düzenlenen ayrımcılık yasağı ile bağlantılı olarak 8. maddede düzenlenen aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğini tespit etmiştir.<sup>73</sup> İsim hakkı bağlamında bir diğer önemli karar kadının soyadına ilişkin olan Ünal Tekeli v. Türkiye<sup>74</sup> kararıdır. Evli bir kadın olan başvurucu,

<sup>70</sup> AİHM, Kaos GL v. Türkiye, B. No: 4982/07, § 59.

<sup>71</sup> AİHM, Kaos GL v. Türkiye, § 61. AİHM daha hafif yöntemleri de şu şekilde sıralamaktadır: “18 yaşın altında olanlara satış yasağı veya 18 yaşın altında olan kişilere yönelik bir uyarı içeren özel bir ambalaj içinde dergiyi satma yükümlülüğü, hatta bir şekilde, bu yayının büfelerden geri çekilmesi biçiminde uygulanması mümkündür.” Şirin ise sanatsal ifade özgürlüğü konusunda AİHM'in yaklaşımını beklentinin gerisinde görerek eleştirmektedir. Detaylı bir inceleme için bkz. Tolga Şirin, *Türkiye'de Düşüncenin Tutsaklığı -II (İfade Özgürlüğü'nün Yeşili)*, Tekin Yayınevi, İstanbul 2021, s. 227.

<sup>72</sup> Bkz. AİHM, Burghartz v. İsviçre, B. No. 162/1390, 22.2.1994.

<sup>73</sup> AİHM, Burghartz v. İsviçre.

<sup>74</sup> AİHM, Ünal Tekeli v. Türkiye, B. No: 29865/96, 16.11.2004.

kocasının soyadını almadan sadece kendi kızlık soyadını kullanmaya devam etme yönündeki talebinin reddedilmesini, 8. madde ve bu bağlamda ayrımcılık yasağının ihlali olarak ileri sürmüştür. AİHM öncelikle, soyadının mesleki yaşamın yanı sıra, insanlarla sosyal, kültürel ve diğer türden ilişkiler kurma ve geliştirme becerisi açısından özel ve aile yaşamlarında da kişiyi tanımladığını ifade etmiştir.<sup>75</sup>

Mahkeme, aile birliğini yansıtmaya yönelik önlemlere ilişkin taraf devletlerin bir takdir marjına sahip olduklarını vurgulamışsa da aile birliğinin ortak bir aile ismiyle temsil edilmesi amacının, cinsiyete dayalı muamele farklılığını meşrulaştıramaması sebebiyle, bu yöndeki bir muamele farklılığını Madde 8 ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlali olarak yorumlamıştır.<sup>76</sup> Mahkeme, yine *Stjerna v. Finlandiya*<sup>77</sup> kararında Sözleşmeciler Devletlerin soy isim değişikliğine ilişkin takdir marjı olduğunu vurgulamıştır; nitekim somut olayda yaşadığı bölgenin 18. yüzyıldaki ismini (Tavastjerna) kullanmak isteyen başvurucunun gayri meşru doğduğu için *Stjerna* isminin kendisine verilmesi ve bunun Fincede biçimsiz bir isim olduğu ve hak ihlaline yol açtığı yönündeki iddiasını haksız bularak, özel yaşama saygı hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.<sup>78</sup>

Bildirge'nin ikinci maddesinde düzenlenen fikri mülkiyet hakkı ise gerek AİHM gerekse AİHK içtihadında 70'li senelerden sonra kendine yer bulabilmiştir.<sup>79</sup> Bu husustaki ilk kararlarda her ne kadar uyuşmazlıkların çıkış noktasının patent hakkına ilişkin olduğu gözlemlense de başvuruların adil yargılanma hakkı kapsamında incelenmesi sebebiyle fikri mülkiyet tartışması yapılamamıştır.<sup>80</sup>

<sup>75</sup> AİHM, Ünal Tekeli v. Türkiye, § 35.

<sup>76</sup> AİHM, Ünal Tekeli v. Türkiye, § 68.

<sup>77</sup> AİHM, *Stjerna v. Finlandiya*, B. No: 18131/91, 25.11.1994, § 27-29.

<sup>78</sup> Mahkeme bu kararda bu soy ismini son kullanan kişinin de 200 sene evvel öldüğüne dikkat çekmiştir. Bkz. *Stjerna v. Finlandiya*, B. No: 18131/91, § 43.

<sup>79</sup> Bu konuda bir çalışma için bkz. Sascha Sebastian, *Geistiges Eigentum als europäisches Menschenrecht Zur Bedeutung von Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK für das Immaterialgüterrecht*, *GRUR Int* 2013, s. 531.

<sup>80</sup> A.g.e.

Smith Kline and French Laboratories Ltd/Hollanda<sup>81</sup> kararında ise Komisyon, başvuruçunun Cimtidine adlı ilacının ham maddesinin başka bir şirket tarafından patent altına alımı için zorunlu lisans çıkarılmasının AİHS'in Ek 1 Nolu protokolünün 1. maddesini ihlal edip etmediğini tartışmıştır. Her ne kadar Komisyon kararda ihlal bulmasa da bu karar fikri mülkiyet hakkının ayrı bir hak olarak tespit edildiği ilk karar olması açısından oldukça değerlidir.

AİHM'in konuya ilişkin en temel kararı ise Anheuser-Busch Inc/Portekiz<sup>82</sup> kararıdır. Bu kararın konusunu Amerikalı Anheuser Busch bira şirketi ile Brauerei Budvar bira şirketinin "Budweiser" markası için Portekiz'de yaptıkları patent başvuru usulü oluşturmaktadır. Bu başvuruya ilişkin Mahkeme'nin 2. Dairesi'nin aldığı ilk kararda, Portekiz hukukuna göre tescil başvurusunda bulunmak, her ne kadar bu durum mali menfaatler ortaya koysa da bu tescil üçüncü kişinin itiraz etmemesine tabi olduğu için, doğrudan mülkiyet hakkının koruma alanında değerlendirilmemiştir. Ancak bununla birlikte Büyük Daire kararında meşru beklenti kavramına atıfla tescil başvurusunun dahi mülkiyet hakkına yönelik beklentiyi doğurduğunu ve dolayısıyla bu başvurunun mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>83</sup>

Mahkeme'nin bu içtihadı ise sonrasında devamlılık kazanmış<sup>84</sup> ve Bildirge'nin 27. maddesinin 2. fıkrasında koruma altına alınan fikri

---

<sup>81</sup> AİHM, Smith Kline and French Laboratories Ltd v. Hollanda, B. No: 12633/87, 04.10.1990.

<sup>82</sup> Bkz. AİHM, Anheuser v. Busch/Portekiz, B. No: 73049/01, 11.01.2007. Kararın Türkçe bir analizi için bkz. Mustafa Saldırım, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Fikri Mülkiyetin Korunmasına İlişkin Anheuser – Bush Inc. v. Portugal Kararının Analizi", *Ankara Barosu Dergisi*, 26 Nisan Dünya Fikri Mülkiyet Günü Özel Sayısı, s. 133 ve 148.

<sup>83</sup> AİHM, Anheuser v. Busch/Portekiz, B. No: 73049/01, 11.01.2007, § 78.

<sup>84</sup> Detaylı bir inceleme için bkz. Mehmet Faruk Koçak, "Fikri Mülkiyet Haklarının AİHM Kararlarına Göre Korunması", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 2018; 2(2).

mülkiyet hakkı, 1 nolu Ek Protokol'ün 1. maddesi uyarınca korunmaktadır.<sup>85</sup>

Kültürel yaşama katılım hakkıyla doğrudan bağlantılı olan bir diğer hak, kültürel mirasın korunması hakkıdır. Bu hakkın korunması, kültürel mirasın muhafaza edilerek gelecek kuşaklara iletilmesi ve gelecek kuşakların kültürel miras hakkının diğer bileşenlerinden (erişme, faydalanma ve katılanma) yararlanması için zorunludur.<sup>86</sup> Kültürel mirasın korunması hakkı açısından ise Mahkeme'nin tutumu, Sözleşme'nin 8. maddesinin, kültürel tarihi mirasın korunmasına ilişkin başvuruları kapsamadığına yöneliktir. Nitekim AİHM bu yöndeki başvuruları konu bakımından kabul edilemez bulmaktadır.<sup>87</sup> Bu noktada, Türkiye'ye karşı yapılan ve Ilıca Barajının inşa edilerek Hasankeyf arkeolojik alanının sular altına bırakılması ve böylece gelecek nesillerin bu kültürel mirasa erişiminin ortadan kaldırılmasına ilişkin başvuru, AİHM'in kültürel haklara bakış açısını göstermesi açısından önem arz etmektedir.<sup>88</sup> Başvurucular, Hasankeyf'in sonunda yok edilmesi durumunda, tarihsel ve bilimsel öneminden dolayı, insanlığın geri kalanı gibi, kendilerinin de bu durumdan bizzat zarar göreceklerini öne sürerek, sürekli olarak çeşitli türden incelemelere tabi tutulması gereken binlerce yıllık arkeolojik bir mirasın yok edilmesinin, yalnızca günümüzdeki insanların eğitim hakkını değil, fakat aynı zamanda gelecek nesillerin de eğitim hakkını ihlal edeceğini iddia etmişlerdir. Ayrıca, başvuranlar, her bireyin kültürel mirası tanıma ve bilgi edinme hakkı engellenmeksizin, kültürel bilgiyi özgürce paylaşma ve sona eren medeniyetler arasındaki değerlerin aktarılması hakkına sahip olduğunu da vurgulamıştır.<sup>89</sup> Mahkeme, bugüne kadar, herhangi bir "Avrupa fikir

---

<sup>85</sup> Christoph Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, C.H Beck, 3. Auflage, s. 402.

<sup>86</sup> Çiğdem Serra Uzunpınar, Anayasa Hukuku Açısından Kültürel Mirasın Korunması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2023, s. 273.

<sup>87</sup> Bkz. AİHM Syllagos Ton Athinaion v. Birleşik Krallık, B. No: 48259/15, 31.05.2016.

<sup>88</sup> AİHM, Ahunbay ve Diğerleri v. Türkiye, B. No: 6080/06, 21.06.2016.

<sup>89</sup> Ahunbay ve Diğerleri v. Türkiye, § 16.

birliği” hatta Avrupa Konseyine üye ülkeler arasında, Sözleşme’nin hükümlerinden, mevcut başvuruda iddia edildiği gibi, herhangi bir kültürel mirasın korunmasına ilişkin evrensel kişisel hak sonucu çıkarmaya izin veren bir eğilim gözlemediğini belirterek başvuruyu konu bakımından yetkisizlik sebebiyle kabul edilemez bulmuştur.<sup>90</sup> Buna karşılık karardaki diğer tespitler, ilerleyen yıllarda kültürel yaşama katılım hakkının tanınması açısından bir farklılığa gidilebileceği izlenimi yaratmaktadır. Nitekim Mahkeme, kültürel mirasın korunması ve kültürel mirasa erişime bağlı değerler konusundaki gelişen farkındalığın, belirli bir uluslararası hukuk çerçevesi seviyesine ulaşmış olduğunu tespit etmiş ve kültürel mirasa erişim hakkını korumanın gerekliliği konusunda görüş birliği bulunduğu şeklindeki bir değerlendirmeye hazır olduğunu ifade etmiştir.<sup>91</sup> Bu ifadeler, gelecekteki benzer nitelikteki başvuruların Sözleşme’nin içerisinde yer alacak şekilde yorumlanmasına açık kapı bırakmaktadır.<sup>92</sup> Yakın tarihli bir kararında da AİHM, kültürel mirasın korunması için mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekli olduğuna hükmetmiş ve bu müdahalenin ihlal oluşturmadığını tespit etmiştir.<sup>93</sup> Başvuruya konu olan olay, Antik Yunan döneminden kalma bronz bir heykel olan “Muzaffer Gençlik (Victorious Youth)” heykelinin ABD’de mukim bir vakıf tarafından yasadışı olarak yurtdışından getirilmesi ve İtalyan hükümetinin dava yoluyla bu eseri geri istemesine ilişkindir.<sup>94</sup> Mahkeme, söz konusu başvuruya olan kararında heykelin İtalya’nın kültürel mirasına ait bir parça olduğuna ve İtalya’nın bu heykeli söz konusu vakıftan dava yoluyla geri almasının bu nedenle meşru bir amaç güttüğüne işaret etmiş<sup>95</sup>, ilgili kararında kültürel mirasın devrine dair UNESCO’nun 1970 tarihli Kültür Varlıklarının Kanunsuz İthal, İhraç ve

<sup>90</sup> Ahınbay ve Diğerleri v. Türkiye, § 25.

<sup>91</sup> Ahınbay ve Diğerleri v. Türkiye, § 22 ve 23.

<sup>92</sup> Ahmet Metin Gökler, “Kültürel ve Tarihi Mirasın Korunması Hakkı Bağlamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Ahınbay v. Türkiye Kararı”, *İnsan Hakları Dergisi* 3. Sayı, s. 30.

<sup>93</sup> AİHM, Paul Getty Trust ve Diğerleri v. İtalya, B. No:35271/19, 02.05.2024, § 408 ve 409.

<sup>94</sup> Paul Getty Trust ve Diğerleri v. İtalya, § 1 ve 2.

<sup>95</sup> Paul Getty Trust ve Diğerleri v. İtalya, § 359 ve 392.

Mülkiyet Transferinin Önlenmesi ve Yasaklanması İçin Alınacak Tedbirlerle İlgili Sözleşmedeki usullere de referans vermiştir.<sup>96</sup>

1993 senesinde Viyana'da yapılmış bir toplantıda Avrupa Konseyi, Bakanlar Komitesini, kültürel alanda bir ek protokol yapılması hususunda görevlendirmiştir. Bakanlar Komitesi, bunun üzerine bir ad-hoc komite kurmuş ve azınlıkların korunması ve kültürel yaşama katılımlarının sağlanması için bir çalışma yürütmüş; ancak bu ad-hoc komite 3 sene sonra görevini yapamadan dağılmıştır.<sup>97</sup>

AİHS dışında diğer bir Avrupa Konseyi metni olan Avrupa Sosyal Haklar Şartında da kültürel haklar güvence altına alınmamıştır. 1954 tarihli Avrupa Kültür Sözleşmesi ise bireysel bir hak kataloğundan öte bir temenniler listesi içermesi sebebiyle bağlayıcılığı açısından tartışmalı bir metindir.<sup>98</sup> Bu Sözleşme'nin ikinci maddesi Sözleşmeci Devletlerin her birinin diğerinin kültürüne ilişkin kendi bilgisini geliştirmesi gerekliliğini düzenlemektedir.<sup>99</sup> Sözleşme'nin 4. maddesi ise kültürel bir değer olarak kişilerin değişimi ve serbest dolaşımını öngörmektedir.<sup>100</sup>

1992 tarihli Bölgesel ya da Azınlık Dilleri Şartı da açıkça bir düzenlemeye yer vermemektedir.<sup>101</sup>

Avrupa Birliği (AB) özelinde ise Avrupa Birliği'nin Kuruluşu ve İşleyişi 'ne İlişkin Sözleşme maddesinde, üye devletlerin kültürün gelişimine ilişkin yapılacak katkıdan bahsederken 151. madde, AB'yi kendi kültür konseptini oluşturmakla yükümlü kılmaktadır.<sup>102</sup>

---

<sup>96</sup> Paul Getty Trust ve Diğerleri v. İtalya, § 155.

<sup>97</sup> Adalsteinsson/Thorhallson, s. 587.

<sup>98</sup> Groni, s. 85. Benzer yönde bir değerlendirme için bkz. Adalsteinsson/Thorhallson, s. 584.

<sup>99</sup> Adalsteinsson/Thorhallson, s. 584.

<sup>100</sup> A.g.e

<sup>101</sup> Groni, s. 85.

<sup>102</sup> Groni, s. 87



AB Temel Hakları Şartı'nın<sup>103</sup> 22. maddesinde, AB'nin kültürel çeşitliliğini, dini çoğulculuğunu ve dinsel çoğulculuğuna riayet edeceğini belirtmektedir. Bu Şart'ın 25. maddesi ise yaşlı insanların sosyal ve kültürel yaşama katılmalarını güvence altına almaktadır. Şart'ın 28. maddesi ise engelli kişilerin topluluk yaşamına katılmalarını düzenlemektedir.<sup>104</sup>

Yürürlüğe girmeyen AB Anayasası da kültürel çoğulculuğun ve Avrupa Kültürel mirasının korunmasına yönelik düzenlemeler içermekteydi.<sup>105</sup>

AB açısından Avrupa Adalet Divanı içtihadı ışığında şu şekilde genişletici bir yoruma da başvurulmaktadır: Avrupa Adalet Divanı'nın, AB Sözleşmesi'nin 8. maddesinin 2. fıkrasından hareketle AB'nin diğer insan hakları belgelerini dikkate alma zorunluluğu bulunmaktadır. Bu sebeple İHEB'in 27. maddesi de AB açısından dikkate alınmak durumundadır.<sup>106</sup>

## 2. Amerika Kıtasındaki Etkisi

Kültürel haklara ilişkin bölgesel anlamda ilk açıklamaya Amerika İnsan Hakları Bildirgesi<sup>107</sup>, başlangıç metninde yer vermiştir.<sup>108</sup> Kültürel haklar açısından ilk açıklamaya yer veren Amerika kıtasında bu hakkın Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde tanınması ise 1988 tarihli Sözleşme'ye Ek Protokol'ün (San Salvador Protokolü) 14. maddesinde düzenlenen her insanın kültürel ve sanatsal yaşama katılma hakkının olduğu güvence altına alınmasıyla gerçekleşmiştir.<sup>109</sup> Ayrıca

<sup>103</sup> Şart'ın metni için bkz. <https://www.aile.gov.tr/uploads/eyhgm/uploads/pages/abtemelhaklarsarti-2-5b3a31ec6cfe6.doc> (Erişim Tarihi 08.04.2024)

<sup>104</sup> Groni, s. 88.

<sup>105</sup> A.g.e.

<sup>106</sup> Bu yorum için bkz. Groni, s. 87

<sup>107</sup> Bildirge metni için bkz. <https://www.maltepe.edu.tr/Content/Media/CkEditor/29042020021553433-American1.pdf> (Erişim Tarihi: 14.05.2024)

<sup>108</sup> Groni, *Das Menschenrecht auf Teilnahme kulturelles Leben*, s. 120.

<sup>109</sup> Bununla birlikte Ek Protokol, kültürel haklarla ilişkili olan diğer hakları da kapsamaktadır. Detaylı bir inceleme için bkz. *The Impact Of the Inter-American Human Rights System*, (ed Julia Cortez da Cunha Cruz), Oxford University Press, 2024, s. 225, 270 ve 328.

bu hakkın kullanılmasının sağlanıp sağlanmadığının denetimi de rapor usulüne tabi kılınmıştır.<sup>110</sup>Amerikan Haklar ve Ödevler Bildirgesi de 13. maddesinde her insanın topluluğun kültürel yaşamına katılma ve sanattan faydalanma hakkının olduğunu belirtmektedir.<sup>111</sup> Bildirge'nin öngördüğü kendi bilimsel eserinden faydalanma hakkı, Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi'nin 13. maddesinin 2.fıkrasında<sup>112</sup>, İnsan Hakları Amerika Sözleşmesine Ek Protokolün 14. maddesinin 1c paragrafında da yer almaktadır.

### 3. Afrika Kıtasındaki Etkisi

Afrika açısından ise Afrika İnsan Hakları Şartı<sup>113</sup>, 17. maddenin ikinci fıkrasında kültürel yaşama katılma hakkını belirtmiştir. Yine yürürlüğe girmemiş olan Arap Birliği İnsan Hakları Şartı da 36. maddesinde İHEB'in 27. maddesi ile koşut bir biçimde herkesin kültürel yaşama katılma hakkı olduğunu belirtmektedir. Bunu devam eden 37-maddede İHEB'in ötesine geçerek azınlıkların kültürel yaşama katılma haklarından bahsedilmektedir. Şart'ın 35. maddesi ise her vatandaşın Arap ulusal kimliğiyle onur duyacak biçimde, kültürel bir alanda yaşama hakkından bahsetmektedir.

İHEB'in 27. maddesine ilişkin BM İnsan Hakları Mekanizmaları da bu hususa ilişkin yorumda bulunmaktadır.<sup>114</sup> Buna göre İnsan Hakları Komitesi, İHEB'in 27. maddesinin koruma alanının herkesi kapsadığını belirtmektedir.<sup>115</sup> Nitekim Komite, İHEB'in 27. maddesinin pozitif yükümlülükleri içermediği yönündeki eleştiriye karşın da İnsan

<sup>110</sup> Çelikleş Türkbaş, s. 1475.

<sup>111</sup> Groni., s. 90.

<sup>112</sup> Metnin tamamı için bkz. <https://insanhaklariizleme.org/vt/mfhandler.php?file=Amerikan%20%C4%B0nsan%20Haklar%C4%B1%20ve%20%C3%96devleri%20Bildirisi.doc&table=yayin&field=dosya&pageType=view&key1=531> Erişim Tarihi (08.04.2024)

<sup>113</sup> Şart'ın tamamı için bkz. <https://insanhaklari.gen.tr/BelgeGoster.aspx?id=70&d=1&n=5> Erişim Tarihi (08.04.2024)

<sup>114</sup> Groni, s. 331.

<sup>115</sup> Bkz. Marco Odello, *The Right to Take Part to Cultural Life: General Comment No:21 of the United Nations Committee On Economic, Social and Cultural Rights*, Anurio Espanol De Derecho Internacional, Vol 27, 2011, s. 493-521.

Hakları Komitesi tarafından Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 27 maddesine dair 23. Numaralı Genel Yorumu<sup>116</sup> devletin pozitif tedbirleri alması gerektiği yönünde ifade edilmiştir. Bu pozitif yükümlülükler ise temel olarak kültürel yaşama katılım hakkını korumak ve özellikle kişinin kendi kültürel kimliğini ifade etmesinin önündeki engelleri ortadan kaldırmak<sup>117</sup>, kültürel yaşama katılma hakkının sağlanması için özel girişimleri de içerek şekilde finansmanın sağlanması<sup>118</sup> ve kültür merkezleri, müzeler, kütüphaneler, tiyatrolar ve sinemalar gibi kurumsal yapıların inşa edilmesi, kültürel kimliğin tanınması, medyanın kültürel yaşama katılması için rolünün artırılması, insanlığın kültürel mirasının korunması ve tanınması, ulusal etnik gruplar ve azınlıkların ve yerlilerin kültürel mirasının farkındalığının artırılması ve bundan istifa edilmesinin sağlanması olarak sayılabilir.<sup>119</sup> Bu durum, özellikle küreselleşmenin bir sonucu olarak kültürel faaliyetlerin finansmanından kamunun büyük ölçüde çekilmesi sonucu kültürel etkinliklerin büyük ölçüde serbest piyasa ekonomisinin koşullarına göre gerçekleştiği günümüzde çok daha fazla önem arz etmektedir.<sup>120</sup> Bu noktada devlet, özellikle yeni teknolojinin sağladığı kolaylıklardan faydalanarak kültürel yaşama katılımı kolaylaştırıcı tedbirler almalıdır.<sup>121</sup>

BM İnsan Hakları Komitesi'nin Lovelace v. Kanada<sup>122</sup> kararında yerli olmayan biri ile evlendiği için Kanada Yerli Kanunu'nun kendisine sağladığı statüsünü ve bu statünün sağladığı haklarını kaybeden Sandra

<sup>116</sup> Metnin tamamı için bkz . <https://www.refworld.org/legal/general/hrc/1994/en/26900General> (Erişim Tarihi 08.04.2024)

<sup>117</sup> Eide, s. 234.

<sup>118</sup> Adalsteinsonn/Thorhallson, s. 593, aynı yönde bkz. Eide, s. 234. Ancak Devlet, burada başkalarının haklarını da gözetmek durumundadır.

<sup>119</sup> Adalsteinsonn/Thorhallson, s. 593.

<sup>120</sup> Bkz. Oktay Uygun, "Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi", *Anayasa Yargısı* 20, Ankara: 2003, Anayasa Mahkemesi Yayını, s. 264.

<sup>121</sup> Uygun, s. 264.

<sup>122</sup> Lovelace v. Canada, Communication No: 24/1977. Kararın tam metni için bkz. <https://www.eschr-net.org/caselaw/2010/sandra-lovelace-v-canada-communication-no-241977-canada-300781-un-doc-ccprc13d241977> (Erişim Tarihi: 16.04.2024)

Lovelace'ın başvurusu görüşülmüştür. Öyle ki başvuruçunun, boşandıktan sonra dahi kendisinin haklarının geri verilmesine dair talepleri reddedilmiştir. Başvuruçucu, bu kararlar ile kendisinin yerli toplulukta yaşamanın sağladığı kültürel haklardan faydalanmadığını ileri sürmüştür. Bu başvuruda Kanada hükümeti ise başvuruçunun haklarına yapılan bu müdahaleyi, yerli halkların kendi topraklarına ilişkin haklarının güvence altına alınması meşru amacını güttüğünü belirtmiştir.<sup>123</sup> Komite ise Kanada'da Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin yürürlüğe girdiği 19 Ağustos 1976 öncesindeki ihlal iddialarına ilişkin inceleme yapamayacağını; ancak başvuruçunun 1976 sonrasında da yerli statüsünün kendisine sağladığı haklar(örneğin oturma izni) faydalanmadığı ve Sözleşme 'de yer alan kendi kültürüne erişim hakkının ihlal edildiğini; çünkü başvuruçunun bulunduğu topluluğun başka bir yerde bulunmadığını tespit etmiştir. Komite'ye göre oturma hakkına ilişkin sınırlamalar makul ve gerekçeli olmalıdır, objektif bir meşruluk gütmeli ve Sözleşme'nin diğer maddeleriyle de uyumlu olmalıdır. Komite, diğer haklara ilişkin ihlal iddialarını görüşmeye ise gerek görmemiştir.<sup>124</sup>

Yine BM İnsan Hakları Komitesi'nin fikri mülkiyet hakkına ilişkin 17 numaralı genel yorumu<sup>125</sup> da İHEB'in 27. maddesinin ikinci fıkrasına dair gerekli açıklamaları getirmektedir. Buna göre herkesin kendisinin yaratıcı olduğu bilimsel, edebi ve sanatsal ürünlerden faydalanma hakkı, ulusal mevzuat ve uluslararası sözleşmeler altında fikri mülkiyet olarak ifade edilen şeylerle bire bir örtüşmeyebilir.

Hakkın süjesine ilişkin ise Komite, bu haktan faydalananın erkek veya kadın olmasının, birey ya da grup olmasının bir öneminin bulunmadığını, bu hakkın bireysel olarak ya da kolektif olarak kullanılmasının mümkün olduğunu vurgulamaktadır.<sup>126</sup>

---

<sup>123</sup> Lovelace v. Canada, Communication No: 24/1977.

<sup>124</sup> Lovelace v. Canada, Communication No: 24/1977.

<sup>125</sup> Metnin tamamı için bkz. <https://www.refworld.org/legal/general/cescr/2006/en/39826> (Erişim Tarihi 08.04.2024)

<sup>126</sup> Yine bu yönde bkz. Çelikleş Türkbat, s. 1453.

Bilimsel, edebi veya sanatsal ürünün ne olduğuna ilişkin ise geniş bir tanımlamaya yer verilmiş; insan aklının yarattığı her şeyin bu kapsama girebileceği belirtilmiştir. Buna göre yerli veya yerel toplulukların bilgi, buluş, pratikleri yahut her türlü şiir, roman, resim, heykel, beste, tiyatro veya sinema eserleri bu kapsamda korunabilir.

Korumanın ne şekilde olacağı ise Komite tarafından şeklen belirtilmemiş olsa da bu korumanın müelliflerin maddi veya manevi tüm menfaatlerini güvence altına almak hususunda etkili olması Komite tarafından vurgulanmaktadır. Yine vurgulanması gereken bir diğer nokta ise müelliflerin emeklerinin karşılığını adil bir biçimde alması gerekliliğinin yanı sıra, kendi eserleri ve buluşları üzerindeki manevi hakkı ve ellerinde tutacak, bu hak ortaya konan ürün insanlık ailesinin ortak malı haline gelse de korunacaktır.

Komite, diğer bir ifadeyle İHEB'in 27. maddesi ve BM Ekonomik ve Sosyal Haklar Sözleşmesi'nin 15. maddesindeki manevi menfaat kavramını, müelliflerin ürettikleri bilimsel, edebi ve sanatsal ürünlerinin yaratıcısı olarak tanınma hakkını içerdiğini belirtmektedir. Ayrıca madde eserlerin değiştirilmesine karşın da koruma sağlamaktadır. Maddi menfaat kavramı ise İHEB'in 17. maddesinde belirtilen mülkiyet hakkı ile İHEB'in 7. maddesinde çalışma hakkı ile yakından ilintilidir. Bu maddi menfaat ise müellifin tüm yaşamını kapsayacak şekilde geniş tutulmalı eğer tek seferlik bir ödeme yahut sınırlı bir zaman diliminde yapılan ödeme söz konusu ise bu durumda da müellif için yeterli bir yaşam standardı sağlanmalıdır.

Devletin bu hususta bulunan pozitif yükümlülüğüne ilişkin 3 ana görevi olduğu ifade edilmektedir. Bunlar, saygı duyma yükümlülüğü, koruma yükümlülüğü ve yerine getirme yükümlülüğüdür.<sup>127</sup>

---

<sup>127</sup> Bkz. Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages, Der UN-Sozialpakt und die Teilhabe am kulturellen Leben-Inhalt und Umsetzung in Deutschland, WD 10 - 3000 - 036/16, 4. August 2016, <https://www.bundestag.de/resource/blob/481516/7dcb58be2a6635c4c38570e1c15327c7/WD-10-035-16-pdf-data.pdf> (Erişim tarihi:17.03.2024), s. 11.

Özetle, Bildirge'nin 27. maddesi gerek BM nezdinden gerekse de bölgesel anlamda metinlerde geniş karşılık bulmuş olsa da gerek bu metinlerdeki düzenlemenin gerekse de uygulamanın yeknesak olduğundan bahsedebilmek mümkün değildir.

#### IV. Maddenin Koruma Alanı

Kültürel yaşama katılma hakkının kişisel koruma alanının(*persönlicher Schutzbereich*) salt belirli bireyler ya da gruplar ya da uluslar olmadığı tüm insanlık olduğu ifade edilmektedir.<sup>128</sup> Ancak maddenin içeriğine, diğer bir ifadeyle maddi koruma alanına(*sachlicher Schutzbereich*) bakıldığında ise aslında iki temel haktan bahsedilebileceği görülmektedir: Buna göre birinci paragrafta bireysel ya da kolektif haklar olarak kültürel haklardan bahsedilmekteyken; ikinci paragrafta ise tamamen bireysel bir hak olarak fikri mülkiyetin korunması hakkından bahsedilmektedir.<sup>129</sup>

Kültürün ise tek bir tanımının olamayacağı hem manevi hem de bilim edebiyat, sanat gibi maddi boyutlarının bulunduğu ifade edilmektedir.<sup>130</sup> Ancak belirtmek gerekir ki kültür, çoğulculukla iç içe geçen bir kavramı ifade etmektedir.<sup>131</sup> Nitekim UNESCO da kararlarında bu hususu vurgulamaktadır. UNESCO 1976 tarihli Herkesin Kültürel Yaşama Katılması ve Katkı Sunmasına Dair Tavsiye Kararında da kültürün sadece elit bir süreç olarak<sup>132</sup> eserlerin ve bilginin üretilmesini ve onlara erişimi ifade etmediğini, aynı zamanda bilginin kazanımını, bir yaşam boyunca geçirdiği yola dair talebi ve iletişim ihtiyacına

---

<sup>128</sup> Ragnar Adalsteinson/Pall Thorhallson, Article 27, in: The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement(Ed: Alfreddson/ Eide), Martinus Nijhoff Publishers, Hague 1999, s. 575-576.

<sup>129</sup> Melander, , s. 430

<sup>130</sup> A.g.e

<sup>131</sup> Norman Weiß, Kulturelle Rechte, in: Menschenrechte: Ein interdisziplinäres Handbuch (Ed:Arnd Pollmann/Georg Lehmann), J.B. Metzler Verlag,

<sup>132</sup> Aynı yönde kültürün elit bir süreç olarak belirli grupların ayrıcalığı için meşru bir kaynağı değil; bir yurttaş hakkı olarak ayrımcılık olmaksızın herkesin katılımını öngördüğüne ilişkin bkz. Weiß , s. 292.

karşılık geldiğini belirtmiştir.<sup>133</sup> Ayrıca, İHEB 27’de koruma altına alınan kültürel yaşama katılma hakkı Bildirge’nin başında koruma altına alınan insan onuru ilkesi ile doğrudan bağıntılıdır.<sup>134</sup>

UNESCO’nun düzenlediği 1972 tarihli Helsinki Konferansında kültürün elitler için bir ayrıcalık değil; herkes için gerekli bir ihtiyacı ifade ettiği vurgulanmıştır.<sup>135</sup>

Eide<sup>136</sup> ise kültürün tanımlanmasında üç tanıma yer vermektedir. Yazara göre kültür;

- Belirli bir insan grubunun sadece anıt ve sanat eserleriyle sınırlandırılmaz; kültür insanlığın ortak mirasını ifade etmekte;
- Kültürün bir diğer anlamı ise bilimsel ve sanatsal yaratım olarak tanımlanmakta ve
- Antropolojik yaklaşımla ise kültür, diğerlerinden ayırt edilebilen maddi/manevi bütün aktiviteler olarak da nitelendirilebilmektedir.

Eide, bu noktada “yüksek kültür” ( *high culture*) ve düşük kültür(low/folk culture) ayrımını yetersiz bulmaktadır.<sup>137</sup> Ancak bunun varlığını ve bazı alt kültürler olduğunu da belirtmektedir.

Kültürel hakların sadece ekonomik ve sosyal haklarla bağlantılı olduğu tespiti ise haklı olarak eleştirilmiştir<sup>138</sup>; gerçekten de kültürel yaşama katılma hakkı çoğunlukla medeni ve siyasal haklarla da bağıntılıdır.

---

<sup>133</sup> Adalsteinson/Thorhallson, s. 575 ve 576. Kararın orijinal metni için bkz. <https://drive.google.com/file/d/1U4p7unApGu5Sw3k34CEkBj86dTMAViMe/view> (Erişim Tarihi 13.05.2024)

<sup>134</sup> A.g.e., s. 575 ve 576.

<sup>135</sup> A.g.e., s. 591.

<sup>136</sup> Asbjorn Eide, *Cultural Rights as Individual Human Rights*, in: *Economic Social and Cultural Rights*; Martinus Nijhoff Publishers, s. 230.

<sup>137</sup> A.g.e.

<sup>138</sup> Adalsteinson/Thorhallson, s. 577. Benzer bir tespiti ise Melander, maddenin ikinci fıkrasında öngörülen fikri mülkiyet hakkının korunması için yapmaktadır. Bkz. Melander.s. 431.

Yine kültürel yaşama katılma hakkının bazı unsurları bulunmaktadır: Bunlar, kişinin kültürünü ifade etmesi, kendi kültürel yaşamını seçme hakkı, başkasının kültürel tercihi değiştirme hakkı, başkasının kültürüne ve onun bütünlüğüne ve dinamizmine saygı, serbest erişim, ayrımcılık yasağı ve kültürel katılım ve gelişimin korunmasıdır.<sup>139</sup>

Adalsteinnson/Thorhallson'a<sup>140</sup> göre ise kültürel yaşama katılma hakkı en çok ihlal edilen topluluklar ise şunlardır: Yerli dilsek azınlıklar, bölgesel azınlıklar, göçmen azınlıklar, engelliler ve çingeneler ve kadınların "gizli çoğunluğu."

Maddenin içerdiği bir diğer hak olan "bilimsel ilerleyişten faydalanma hakkı" ise gelişime oldukça açık olup sadece doğa ve fen bilimleri için değil; sosyal bilimleri de içine alan bir koruma alanına sahiptir.<sup>141</sup> BM Ekonomik ve Sosyal Haklar Sözleşmesi'nin 15. maddesinin hazırlık çalışmalarında da belirtildiği üzere, bilim, toplumun gelişmesinin ötesinde bir sosyal veya diğer spesifik amaçla tarif edilemez.<sup>142</sup> Bu hak, devlete ucuz ve güçlü internet, yeni medya teknolojileri sağlama<sup>143</sup> gibi pozitif yükümlülükler yüklemektedir.<sup>144</sup> Yine Eide<sup>145</sup>, buna örnek olarak tıp alanında yeni bir ilaç bulunduğu anda devletin onu erişilebilir hale getirmesi gerektiğini- finansal kaynakların kısıtlılığı çekincesini de koyarak- belirtmektedir.

Bilimsel ilerleyişten yararlanma hakkının süjesinin kim olacağına ilişkin ise, bilimsel araştırmacıların belirli bir bilim yahut teknoloji

---

<sup>139</sup> Bu unsurlar için bkz. Adalsteinnson/Thorhallson, s. 592.

<sup>140</sup> Adalsteinnson/Thorhallson, s. 592.

<sup>141</sup> Eide, s. 235.

<sup>142</sup> Bkz. Margaret Weigers Vitullo/ Jessica Wyndham, "Definition the Right to Enjoy the Benefits of Scientific Progress and Its Applications: American Scientics' Perspectives", AAS Science and Human Rights Coalition October, 2013, s. 4.

<sup>143</sup> Devletler'in ayrıca akademisyen ve yazarların her türlü seminer/konferansa katılımını desteklemesi gerektiği de Ekonomik ve Sosyal Haklar Komitesi'nce belirtilmiştir. Bkz., Eide, s. 238.

<sup>144</sup> Adalsteinnson/Thorhallson, s. 593.

<sup>145</sup> Eide, s. 236.



konusunu araştırmakla sorumlu kişiler olduğu tanımı yapılmış<sup>146</sup>; ancak bunun için gerekli diploma ve unvanların verilmesi ise her devletin kendi takdirine bırakılmıştır.<sup>147</sup> Bilimsel ilerleyişten yararlanmaya ilişkin “yarar” kavramı ile kastedilenin ne olduğu hususunda ise sadece materyal anlamda bir faydadan değil; aynı zamanda bilimsel metodoloji ve araçlardan da bahsedilmektedir. Bilimsel araştırmanın neyi hedeflediği konusunda ise üçlü bir ayrıma gidilmektedir<sup>148</sup>: a) *Bilimsel bilgi* b) *Bilimsel haber* c) *Bilimsel ilerleme*. Buradaki ayırım özellikle ilk iki unsur açısından geçerlidir; bilimsel bilgiye erişim herkesin hakkı iken bilimsel haber ya da farkındalık ise çoğunlukla bilim insanlarını ilgilendirmektedir.<sup>149</sup>

Bilimsel ilerleyişten faydalanma hakkının odağında ise “akademik özgürlük” yatmaktadır; bu sebeple Üye Devletlerin bilimsel ilerlemeyi sağlamak adına araştırmacılara otonomi sağlaması gerekmektedir.<sup>150</sup> Bu akademik özgürlük ise sadece akademisyenlerin kendi uzmanlık alanı ya da akademik olarak nitelendirilebilecek konularda görüş bildirmesini ifade eden *intramurtal* söylemleri değil; akademisyenlerin politik ve sosyal meselelere dair görüş bildirmesini ve başlıca uzmanlık alanlarının dışına çıkarak genel politika ve sosyal meseleler hususunda da görüşlerini iletmelerini içeren *extramurtal*

---

<sup>146</sup> Vitullo/ Wyndham, s. 6

<sup>147</sup> Devletlerin bu konudaki takdirleri bazı bölgesel sözleşmelerle kısıtlanmaktadır. Örneğin 1997 tarihli Unesco ile Avrupa Konseyi’nin imzaladığı Avrupa Bölgesinde Yükseköğretimle İlgili Belgelerinin Tanınmasına İlişkin Sözleşme (Lizbon Sözleşmesi), Avrupa kıtasında yükseköğretim kurumlarının verdiği derecelerin ulusal devletlerce tanınmasına ilişkin düzenlemeler içermektedir. Sözleşme’nin tamamı için bkz.

[https://denklik.yok.gov.tr/Documents/Mevzuat/Lizbon\\_Sozlesmesi\\_Turkce.pdf](https://denklik.yok.gov.tr/Documents/Mevzuat/Lizbon_Sozlesmesi_Turkce.pdf) (Erişim Tarihi 08.04.2024)

<sup>148</sup> Vitullo/ J. Wyndham, s. 6.

<sup>149</sup> Vitullo/ Wyndham, s. 6.

<sup>150</sup> Adalsteinsonn/Thorhallson, s. 594.

söylemleri de ifade etmektedir.<sup>151</sup> Bu konu uygulamada özellikle 90'lı yıllarda Afrika özelinde yoğun biçimde tartışılmış; Afrika kıtası bu senelerde üniversitelerin kapatılması, üniversite personelinin sistematik olarak tutuklanması gibi olaylarla gündeme gelmiştir.<sup>152</sup> Üye devletlerden bu noktada yerine getirmesi beklenen diğer bir yükümlülük, akademisyenleri temsil eden topluluklarla etkileşim içinde olmalarıdır.<sup>153</sup>

Ekonomik ve Sosyal Haklar Komitesi, bilimsel ilerleyişin sınırlandırılmasında meşru bir amaç olarak Ekonomik ve Sosyal Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesine referans vermektedir.<sup>154</sup> Buna göre toplumun refahı, bir sınırlama sebebi olarak bilimsel ilerleyişin önüne konulabilir. Komite, bu hususu özellikle yaşama hakkı, kişi özgürlüğü ve sağlık hakkını öne çıkararak vurgulamakta ve bu sebeple devletin bazı deneylere dair tedbirler alması gerektiğine dikkat çekmektedir.<sup>155</sup>

Son olarak Bildirge'nin 27. maddesinin her türlü kültürel faaliyeti koruma alanında tutmadığını belirtmek gerekmektedir. Buna göre her ne kadar farklı kültürlerle ait olsa da insan hakları ile açıkça bağdaşmayan kültürel uygulamalar (töre cinayetleri, kadın sünneti vb.) bu maddenin koruma alanında olduğu gerekçe gösterilerek hukuken meşru kılınmaz.<sup>156</sup> Diğer bir ifadeyle kültürel haklar, evrensel insan

---

<sup>151</sup> Bu ayrıma ilişkin bkz. Pınar Dikmen, "Intramural-Extramural Söylem Çerçevesinde Akademik Özgürlük ve Güncel AİHM Kararları", *Güncel Hukuk Dergisi*, Şubat 2016, s. 28-30.

<sup>152</sup> Eide,, s. 237. Bkz. Africa Watch Report 1991, Academic Freedom and Human Rights Abuses in Africa, <https://www.hrw.org/report/1991/03/01/academic-freedom-and-human-rights-abuses-africa> (Erişim tarihi: 25.04.2024)

<sup>153</sup> Eide, s. 237.

<sup>154</sup> Eide, s. 235.

<sup>155</sup> Eide, s. 232.

<sup>156</sup> Bkz. Anne Peters/Elif Aşkin, Internationaler Menschenrechtsschutz- Eine Einführung, Aus Politik und Zeitgeschichte (APUZ 20/2020), s. 6.

haklarının kültürel göreceliğe kurban edilmesine meşru dayanak oluşturamaz.<sup>157</sup>

### V. Ulusal Bağlamda İHEB'in 27. Maddesinin Karşılığı

İHEB'in 27. maddesinin Türk hukukunda nasıl karşılık bulduğuna ilişkin değerlendirme yapmadan önce karşılaştırmalı hukukta nasıl karşılık bulduğuna ilişkin iki örnek yol gösterici olacaktır. Bu bağlamda 1993 tarihli Rusya Anayasası, 44. maddesinde kültürel hakları güvence altına almakta ve bu haklara ilişkin yükümlülükleri düzenlemektedir.<sup>158</sup> Maddenin yazımında İHEB 27'inci maddenin etkisi ise kolaylıkla fark edilmektedir.<sup>159</sup> Yine Güney Afrika Anayasası 30. maddesinde herkesin dilini ve kültürel yaşama katılmasını güvence altına almış<sup>160</sup>, 31. maddesinde ise her türlü kültürel, dini ve dilsel topluluğun özel olarak kültürel yaşama katılma ve birbirleriyle etkileşim içinde bulunma haklarını düzenlemiştir.

---

<sup>157</sup> Bu hususta oldukça önemli bir inceleme için bkz. Serkan Ekiz, İnsan Haklarının Evrenselliği ve Kültürel Görecelilik, *İzmir Barosu Dergisi*, Ağustos 2022, s. 15-69.

<sup>158</sup> Rusya Anayasası'nın 44. maddesi şu şekildedir: "Herkesin edebi, sanatsal, bilimsel, teknik ve diğer yaratıcılık ve eğitim verme özgürlüğü güvence altına alınır. Fikri mülkiyet kanunla korunur. Herkes kültürel yaşama katılma ve kültür kurumlarından yararlanma, kültür değerlerine ulaşma hakkına sahiptir. Herkes tarihi ve kültürel mirasın korunmasına özen göstermekle yükümlüdür." Rusya Anayasası'nın bu maddesinin Türkçe çevirisi için Bkz. <http://www.anayasa.gen.tr/rusya.htm> (Erişim tarihi: 17.03.2024)

<sup>159</sup> Adalsteinsson/Thorhallson, s. 590.

<sup>160</sup> Güney Afrika Anayasası'nın maddesinin 30. maddesi şu şekilde Türkçeye çevrilebilir: "Herkes kendi dilini kullanma ve tercihine göre kültürel yaşama katılma hakkına sahiptir; ancak kimse bu hakkı Temel Haklar Bildirgesi'ne aykırı bir surette icra edemez." Anayasa'nın İngilizce metni için bkz. <https://www.justice.gov.za/legislation/constitution/saconstitution-web-eng.pdf> (Erişim Tarihi: 08.04.2024)

1974 tarihli İsvetç Anayasası, yazar, oyuncu ve fotoğrafçıların hukuken öngörölmüş diğer hükümler uyarınca korunmasına ilişkin hakları olduğunu açıkça düzenlemektedir.<sup>161</sup>

Kültürel yaşama katılma hakkı, yukarıda belirtildiği üzere beş farklı hakkı içinde barındırmaktadır. 1982 Anayasası sadece 62. maddesinde yabancı ölkelerde çalışan Türk vatandaşlarının kültürel ihtiyaçlarının sağlanmasından bahsetmiş, kültürel yaşama katılma hakkına açıkça yer vermemiştir. 1982 Anayasası, Bildirge'nin 27. maddesinde yer alan kültürel yaşama katılma hakkı dışındaki haklara ise farklı maddelerde yer vermiştir.

Kültürel yaşama katılma hakkının Anayasa'da yer bulmasına ilişkin öneriler ise gerek öğreti gerekse sivil toplum tarafından 2011-2015 arasında TBMM'de yürütölen yeni anayasa çalışmalarında gündeme gelmiştir. Buna göre İstanbul Kültür ve Sanat Vakfı hazırladığı taslakta<sup>162</sup> yeni anayasa metnine kültürel yaşama katılma hakkının eklenmesini önermiştir.<sup>163</sup> Bu taslağın gerekçesinde özellikle İHEB'in 27.

---

<sup>161</sup> Bkz. Melander, s. 431.

<sup>162</sup> Bu taslak için bkz. Yeni Anayasa İçin Öneri: Kültürel Yaşama Katılma, Erişme ve Katkı Sağlama Hakkı, İKSV, Mart 2012, <https://www.iksv.org/i/assets/iksv/documents/anayasa.pdf> (Erişim tarihi: 17.03.2024)

<sup>163</sup> Önerilen madde metni şu şekildedir:

"Herkes kültürel yaşama katılma, erişme ve katkı sağlama hakkına sahiptir. Kültürel yaşam, bireyin ve birey topluluklarının bir dünya görüşü inşa etmelerine aracı olan yaşam tarzları bağlamında, dili, sözlü ve yazılı edebiyatı, müzik ve şarkıları ve diğer sanat dallarını, sözlü olmayan iletişimi, din ve inanç sistemlerini, ayin ve törenleri, spor ve oyunları, üretim yöntemlerini ya da teknolojilerini, doğal ya da insan yapısı çevreleri, besinleri, giysileri, konutları, âdet ve gelenekleri ifade eder. Devlet, kültürel yaşama katılma, erişme ve katkı sağlama hakkını doğrudan ya da dolaylı yollarla engellemekten kaçınır ve bu hakkın üçüncü kişiler tarafından engellenmesini önlemek ve tam anlamıyla hayata geçirilmesini sağlamak amacıyla her türlü yasal, idari, yargısal ve mali tedbiri alır. Devlet, kültür ürün ve hizmetlerinin varlığını, kültürel demokrasi anlayışı çerçevesinde, temin ve teşvik eder; bunların herkesin fiziksel ve mali açıdan erişilebileceği, toplumun kültürel çeşitliliğine uygun veya uyarlanabilir ve farklı kültürel kimliğe sahip unsurları açısından kabul edilebilir olmasını güvence altına

maddesi ve Ekonomik ve Sosyal Haklar Sözleşmesi'nin 15. maddesi ile bu Sözleşme 'ye ilişkin 21 numaralı yorumun dikkate alındığı belirtilmiştir.<sup>164</sup> Aynı dönemde Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etütler Vakfı'nın (TESEV) hazırlanmış olduğu raporlarda da yeni anayasa metinde kültürel hakların tanınmasına ilişkin öneriler vardır.<sup>165</sup> Yine bu dönemde sivil toplum örgütlerinin ortaklaşa hazırladığı "Sivil Toplum Gözüyle Türkiye Kültür Politikası Raporunda da kültürel hakların yeni anayasa çerçevesinde anayasa metninde yer alması önerilmekteydi.<sup>166</sup>

1982 Anayasası'nın 27. maddesinin birinci fıkrası ise herkesin bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama ve yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma yapma hakkını koruma altına almaktadır. Bilim özgürlüğün kurumsal çerçevede kullanılması için başlıca ortam ise üniversitedir.<sup>167</sup> Bu kurumsal çerçevenin korunması için ise Anayasa'nın 130. maddesi, kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip üniversitelerin Devlet tarafından kanunla kurulacağını belirtmekte ve bu maddenin üçüncü fıkrasında üniversitelerin, öğretim üyeleri ve yardımcılarının, serbestçe her türlü bilimsel araştırma ve yayında bulunabilecekleri ve öğretim elemanlarının görevlerine son verilmesinin ancak kendi organları tarafından kararlaştırılabileceği belirtilerek, 27. maddede belirtilen bilim özgürlüğüne ilişkin güvence

---

alır ve destekler. Bu hak ancak demokratik toplumda genel refahı yükseltmek amacıyla sınırlanabilir."

<sup>164</sup> Tasarının hazırlanış sürecine ilişkin bkz. Doğan Hızlan, Anayasa'nın Kültürel İçeriği, Hürriyet Gazetesi, 7.5.2012, bkz. <https://www.hurriyet.com.tr/anayasa-nin-kulturel-icerigi-20499519> (Erişim tarihi:27.04.2024)

<sup>165</sup> Bkz. [https://www.tesev.org.tr/wp-content/uploads/rapor\\_Turkiyenin\\_Yeni\\_Anayasasına\\_Dogru.pdf](https://www.tesev.org.tr/wp-content/uploads/rapor_Turkiyenin_Yeni_Anayasasına_Dogru.pdf) (Erişim tarihi: 08.04.2024)

<sup>166</sup> Raporun tamamı için bkz. Sivil Toplum Gözüyle Türkiye Kültür Politikası Raporu (Haz. Serdar Ada), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011.

<sup>167</sup> İbrahim Özden Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, İmge Yayınevi, 6. Baskı, İstanbul 2002, s. 495. Kanadoğlu'na göre üniversiteler dışındaki dersler yüksek sınıflarda bilimsel bir niteliği olsa da bilim özgürlüğüne kapsamına girmez. Korkut Kanadoğlu, Bilim Özgürlüğü, in. Prof. Dr. Zafer Gören'e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 305 vd.

somutlaştırılmıştır.<sup>168</sup> 1982 Anayasasının 1949 Almanya Bonn anayasasındaki düzenlemeden mülhem<sup>169</sup>, gerek 27. madde gerekse 130. maddede, bu hakka, devletin ve milletin bölünmez bütünlüğüne aykırı olarak kullanılmayacağı belirterek, anayasaya sadakat kaydı öngörülmüştür.<sup>170</sup> Ancak belirtmek gerekir ki bilim özgürlüğünün sınırlama sebebi olarak “anayasaya sadakat” kavramı, bilim insanına bilimin sınırlarından taşmama yükümü dışında herhangi bir yüküm yüklememekte; bu sebeple, Anayasaya sadakatsiz davranışlara karşı, ancak bu sadakatsizliğin aynı zamanda bilime aykırılık niteliği taşıması olasılığında müdahale edilebilmektedir.<sup>171</sup>

Nitekim Anayasa Mahkemesi de Anayasa’nın 130. maddesi ve 27. maddesindeki yakın ilişkiye dikkat çekmektedir.<sup>172</sup> Mahkeme bu bağlamda özellikle Anayasa’nın 130. maddesinde belirtilen bilimsel özerklik kavramına büyük bir önem atfetmekte ve bilimsel özerklik kavramıyla üniversite mensuplarının ekonomik, siyasi veya diğer başka yönlerden nüfuz sahibi bulunan kişi ve kurumların baskısı, yönlendirmesi olmadan ve toplumda genel olarak hakim olan düşünce ve kabuller doğrultusunda sonuçlara varmak gibi bir mecburiyet hissetmeden sadece bilimsel ölçütler ve etik kurallarını dikkate alarak

---

<sup>168</sup> Ancak uygulamada organik açıdan bir yürütme işlemi olduğundan kuşku duyulmayan olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri ile akademisyenlerin, üniversitelerdeki görevine son verildiği gözlenmektedir. Bu durum şüphesiz Anayasa’nın 130. maddesindeki güvenceye aykırıdır. Bu konuda bkz. Tolga Şirin, “Anayasa Hükmünde Kararnameler”, *Güncel Hukuk Dergisi*, Kasım 2016.

<sup>169</sup> Alman Anayasasında sadece öğretme özgürlüğü için geçerli olan anayasaya sadakat kaydı, özellikle Weimar Cumhuriyeti dönemindeki olumsuz tecrübelerden etkilenerek yazılmıştır. Bkz. Esra Atalay, *Bilim Özgürlüğü, İÜHF M C. LXVIII, S. 1-2*, 2010, s. 38.

<sup>170</sup> Tanör, bilim özgürlüğüne ilişkin “anayasaya sadakat” kuralı getirilmesinin, bilim insanı ve sanatçıların 1980-1982 arası “fiili kurucu iktidarın” koyduğu anayasal düzeni, bilim ve sanatın kurallarına kıyasla incelemek zorunda kaldıkları yönündeki eleştirmiştir. Bkz. Bülent Tanör, *İki Anayasa (1961-1982)*, Beta Yayınevi, 3. Tıpkı Bası, İstanbul 1994, s. 171.

<sup>171</sup> Bkz. Kanadoğlu, s. 315 vd.

<sup>172</sup> AYM E: 2017/33 K: 2019/20.

araştırma ve yayın yapmalarını ifade etmektedir.<sup>173</sup> Anayasa Mahkemesi ayrıca bilimsel özerkliği yahut akademik özgürlüğün bilim insanlarının sadece yukarıda da bahsedildiği üzere *intramural*<sup>174</sup> söylemlerini değil, *extramatural* söylemlerini de güvence altına aldığını ve bu söylemlerin cezalandırılmasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini tespit etmiştir.<sup>175</sup> Yine Anayasa Mahkemesi, bilim özgürlüğünün kurumsal boyutuna

---

<sup>173</sup> AYM E: 2017/33 K: 2019/20.

<sup>174</sup> Anayasa Mahkemesi, yakın tarihli bir kararında milletlerarası hukuk dersinde doğrudan ders ile bağıntısı olmayan siyasi konulara düzenli olarak derste yer verdiği gerekçesiyle hakkında disiplin cezası tesis edilen akademisyen başvuruçunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme söz konusu kararında, uluslararası hukuk dersinin temas ettiği konular itibarıyla siyasi meselelerin odağında olduğunu ve bu anlamda dersin siyasi söylemlerden tamamen soyutlanmasının son derece güç olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre öğretim elemanının derste beyan ettiği görüşleri dersin bütünlüğüne bir şekilde katkı sağlıyorsa, söz konusu ifadelerle "kışkırtıcı ve öğrencilerin değer yargılarına aykırı" olsalar dahi katlanılmalıdır. Aksi takdirde bilim özgürlüğünün bir parçası olan öğretme hakkının mevcudiyeti tehlikeye girecek ve bilimsel sorgulamanın veya şüpheciliğin yerini dogmatik bir bakış açısı alacaktır. Bkz. AYM, Hasan Mor, B. No: 2019/20996, 25.5.2022, § 37

<sup>175</sup> AYM Genel Kurulu, Zübeyde Füsün Üstel ve Diğerleri, B. No: 2018/ 17635, 26.07.2019. Söz konusu ihlale konu olan başvuruda bir grup akademisyenin "Bu Suça Ortak Olmayacağız" başlığıyla yayımladığı bildiriye imza veren başvuruçuların terör örgütü propagandası yapma suçundan cezalandırılması nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiği tespit edilmiştir. Karara karşı oy yazan Mahkeme üyeleri Serdar Özgüldür, Burhan Üstün, Muammer Topal ve Rıdvan Güleç ise yukarıda bahsedilen "devletin varlığı ve bağımsızlığı ve milletin ve ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği aleyhinde faaliyette bulunma yasağına" atıfta bulunarak, başvuruçuların ifade özgürlüğünün ihlal edilmediği sonucuna varmışlardır. Ancak karşı oy yazan yargıçların anayasaya sadakat kaydı olarak da nitelendirilebilecek bu sınırlama sebebini "devlete sadakat" olarak nitelendirip, aksi her türlü söylemi hakkın koruma alanında görmemesi, anayasanın öngördüğü sınırlama rejiminden sapan hatalı bir değerlendirmedir.

dikkat çekerek Üniversitelerin kendi işleyişine ilişkin idari kararların alınmasında serbest olması gerektiğini vurgulamaktadır.<sup>176</sup>

AYM'nin sanatsal ifade özgürlüğü açısından vermiş olduğu kararlar da bu noktada kültürel yaşama katılma hakkının bir parçası olarak önem kazanmaktadır. *İrfan Sancı* başvurusuna konu olan olayda Sel Yayıncılığın ortaklarından olan başvuru hakkında, sahibi olduğu yayınevi tarafından basılan "Yumuşak Makine" adlı kitap hakkında yirmi ayrı yerinde detaylı bir biçimde eş cinsel ilişkilere yer verildiği, kitap üzerinde çocukların korunması için bir uyarının yer almadığı gerekçesiyle ceza soruşturması açılmış ve sonucunda kovuşturmanın ertelenmesine ve üç yıl denetimli serbestlik hükümlerinin uygulanmasına karar verilmiştir. Mahkeme öncelikle, sanatın serbestçe açıklanması ve yayımlanması özgürlüğünün Anayasa'nın 27. maddesinde özel olarak korunduğunu belirtmektedir. AYM'ye göre Anayasa'nın 26. maddesi ve daha özel olarak da 27. maddesi, bilgi ve fikir edinme ve düşünceleri yayma kapsamında sanatsal ifade özgürlüğünü de içerir ve bu anayasal güvenceler her tür kültürel, siyasi ve sosyal bilgi ve fikrin açıklanmasına, yayılmasına, değiş ve tokuşuna katılma fırsatı yaratır.<sup>177</sup> AYM, eserin sanatsal veya edebî değerinin bulunup bulunmadığının değerlendirmesinde yargı yerlerinin tam bir serbestiye sahip olmadığını ifade ederek, yargı organlarının ifade özgürlüğü alanında yapacakları değerlendirmelerde ifadelerin bağlamlarından koparılmadan incelenmesi uyarısında bulunmaktadır.<sup>178</sup> Mahkeme, müstehcen unsurlar bulunduğu tespit edilen ancak bilimsel, sanatsal veya edebî değeri olduğu ileri sürülen eserlere ilişkin uyuşmazlıklarda sanatsal ve edebî eserlerin gösterilmesi, yayımlanması, dağıtılması ve başkalarına verilmesi sırasında çocukların korunmasına ilişkin tedbirlerin alınıp alınmadığı, tedbir alınmış ise bu tedbirlerin ölçülü olup olmadığının değerlendirilmesi ve bu değerlendirmenin sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.<sup>179</sup> Nitekim AYM, derece mahkemelerinin bu yükümlülüğünü yerine

<sup>176</sup> AYM E: 2017/33 K: 2019/20.

<sup>177</sup> AYM İrfan Sancı, B. No: 2014/20168, 26/10/2017, § 55.

<sup>178</sup> AYM İrfan Sancı, § 57.

<sup>179</sup> AYM, İrfan Sancı, B. No: 2014/20168, § 67.



getirmediğinden bahisle ifade, sanat ve özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Mahkeme yayımlanan şiir kitapları sebebiyle terör örgütü propagandası yapma suçundan cezalandırılma olayında yaptığı değerlendirmede de sanatsal açıklamaların sınırlanmasında kamusal yetki kullanan makamların çok dar bir takdir aralığı olduğunu vurgulamakta ve bazı şiirlerde kamunun bir kesimi için rahatsız edici ifadeler bulunsa da bu ifadelerin, şiirlerin sanatsal doğaları ve kısıtlı etkilerinden kaynaklandığını belirterek, müdahaleyi demokratik toplumda gereksiz görmüştür.<sup>180</sup> Sanatsal ifade özgürlüğü açısından değinilmesi gereken bir diğer başvuru Mehmet Aksoy başvurusudur. Başvuruya konu olan olayda Kars Belediye Meclisi, ülkemizde ve Dünya'da bir daha savaşların olmaması ve kan dökülmemesi adına bir insanlık anıtının yaptırılmasına karar vererek bu doğrultuda ünlü bir heykeltıraş olan başvuru ile anlaşmıştır. Fakat "İnsanlık Anıtının" yapımının ardından çeşitli kesimlerce anıta yönelik bir tepki oluşmuş nihayetinde de Kars Belediye Meclisi'nin. 1/2/2011 tarihli kararı ile heykelin yıkılmasına karar verilmiştir. Derece mahkemelerinin heykelin bulunduğu bölgenin, taşınmaz kültür varlığı niteliği taşıması sebebiyle yıkım işlemini hukuka uygun bulmasına karşılık AYM, heykelin taşınmazda bulunan kültür varlıklarına hangi surette zarar verdiğinin ve heykel yıkılmadan taşınmazdaki kültür varlıklarının korunmasının mümkün olup olmadığının değerlendirilmediğini tespit etmektedir.<sup>181</sup> AYM, demokratik bir toplum için büyük önem taşıyan, alenileşmiş olması nedeniyle artık insanlığın fikri servetinin herkese açık bir parçası haline gelen bir sanat eserinin ve dolayısıyla Anayasa tarafından koruma altına alınmış olan sanatsal ifade özgürlüğünün korunması noktasında gösterilmesi gereken hassasiyetin gösterilmediğini belirterek müdahaleyi Anayasa'ya aykırı bulmuştur.<sup>182</sup> Bu noktada son olarak verilecek örnek ise cezâvinde tutuklu bulunan kişinin "*Don Kişot*" isimli eserin iki ciltten oluşan İspanyolca versiyonunun temini talebinin, eserin yabancı dilde olması ve tercüme ettirilememesi

<sup>180</sup> AYM, Fatih Taş [GK], B. No: 2013/1461, 12.11.2014, § 107 ve 108.

<sup>181</sup> AYM, Mehmet Aksoy [GK], B. No: 2014/5433, 12.11.2014, § 86.

<sup>182</sup> AYM, Mehmet Aksoy [GK], B. No: 2014/5433, § 89.

sebebiyle reddedilmesine ilişkindir.<sup>183</sup> AYM, AİHM kararlarına benzer bir doğrultuda, “insanlığın ortak değerleri” ve “Avrupa ortak mirası” kavramlarının altını çizmektedir. Nitekim Mahkeme’ye göre, Avrupa ortak mirasında yer alan, dünyanın hemen hemen bütün dillerine ve birçok kez de Türkçeye çevrilen bir eserin kurum güvenliğini tehlikeye düşürüp düşürmediği denetlenirken daha titiz bir inceleme yapılması gerekir.<sup>184</sup> AYM, insanlığın ortak kültür mirasında olan kitapların denetlenmesi için bütününcün tercüme edilmesi gerektiği ve *Don Kişot*’un kurum güvenliğini tehlikeye düşüren veya müstehcen haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsayan bir yayın olarak nitelendirilmesinin abesle iştigal olacağını da ifade ederek müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmaması sebebiyle ifade özgürlüğünün ihlaline karar vermiştir.<sup>185</sup>

Kültürün önemli bir parçasını oluşturduğu konusunda kuşku bulunmayan anadil<sup>186</sup> açısından Anayasa Mahkemesi önüne gelen başvurular ise eğitim hakkından ziyade savunma hakkıyla ilgilidir. Bu konudaki kararlar, yargılanan kişilerin kendi anadillerinde savunma yapma taleplerinin reddedilmesi sonucunda verilmiştir. Nitekim İlhan Bayar<sup>187</sup> başvurusuna konu olayda başvuru, savunmasını ana dili olan Kürtçe ile yapmak istemiş fakat bu talebi, Türkçe dilini konuşup anladığı , meramını tam olarak ifade ettiği ve mensup olduğu etnik dilde savunma hakkı talebinin hukuki ihtiyaca dayanmadığı belirtilerek reddedilmiştir.<sup>188</sup> Mahkeme öncelikle, adil yargılanma hakkının, suç isnadı olan kişilerin, mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya

<sup>183</sup> AYM, Hasan Ataç B. No: 2020/1413, 21.11.2023, § 6.

<sup>184</sup> AYM, Hasan Ataç, § 37.

<sup>185</sup> AYM, Hasan Ataç, § 39 ve 40.

<sup>186</sup> Anayasa hukukumuzda anadil meselesi, henüz 1961 Anayasasının görüşmeleri sırasında dolaylı da olsa gündeme gelmiş ve Temsilciler Meclisinde Anayasa Komisyonunda “milli devlet” ilkesine yönelik tartışmalar sırasında Temsilciler Meclisi üyesi Esat Çağa “milliyetçilik” kavramının sadece Türkçe konuşanlara hasredilemeyeceğini ifade etmiştir. Bkz. Mehmet Utku Öztürk, 1961 Kurucu Meclisi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 94.

<sup>187</sup> AYM, İlhan Bayar, B. No: 2013/4458, 25.06.2016.

<sup>188</sup> AYM, İlhan Bayar, § 7.

konusamadığı takdirde, bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanma hakkını güvence altına aldığını tespit etmiştir.<sup>189</sup> Buna karşılık AYM, tercüman hakkının sınırlı bir hak olması sebebiyle yalnızca yargılamada kullanılan dili bilmeyen, anlamayan ve konuşamayan kişiler açısından geçerli olduğunu belirterek, Türkçeyi iyi bildiği anlaşılan başvurucunun ana dilde savunma hakkı talebinin reddedilmesini adil yargılanma hakkına aykırı görmemiştir.<sup>190</sup> Bununla birlikte *Abdulcebbar Tekin*<sup>191</sup> başvurusu, anadilde eğitime dair kimi tespitleri içermesi açısından önem arz eder. Başvuruya konu olan olayda öğretmen olan başvurucunun üyesi olduğu sendikanın çağrısı doğrultusunda bir ders saatinde, ana dilin ve ana dilde eğitiminin önemini anlatması üzerine disiplin cezasına çarptırılması söz konusudur. Mahkeme müdahaleyi ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmekle birlikte “Ana dilde eğitime yönelik bazı tespitler” başlığı altında önemli saptamalara yer vermiştir. AYM’ye göre “Devletler için dil politikaları, merkezîleşme süreçlerinde hem kültürel hem ulusal kimliklerin dizaynında ve oluşturulmasında büyük önem arz etmiştir. Nitekim merkezîleşen modern devletler ortak bir dil çerçevesinde tüm vatandaşlarını organize etmeyi esas almıştır. Merkezîleşmiş modern devletlerin gerek iletişim gerek siyasi yönden dil ile ilişkisi dil politikalarının belirleyici unsurudur. Belirlenen dil politikaları ise başta zorunlu eğitim olmak üzere devletin her türlü imkânıyla etkili kılınmaya çalışılmaktadır ve genellikle tek dilde eğitim politikası benimsenmektedir.”<sup>192</sup> Mahkeme ayrıca, ana dilde eğitim talebinin devletlerin egemenlik alanında yer alan ve dolayısıyla siyasi

---

<sup>189</sup> AYM, İlhan Bayar, § 17.

<sup>190</sup> AYM, İlhan Bayar, § 19 ve 26. AYM bu içtihadını ilerleyen yıllarda da devam ettirmiştir. Bkz. AYM, Aycan Özdoğan, B. No: 2013/4841, 25.2.2015; AYM, İsmail Çevik, B. No: 2013/5727, 1.12.2015; AYM, Necmettin Kaçar ve Diğerleri, B. No: 2013/7098, 7.4.2016; AYM, Metin Birdal [GK], B. No: 2014/15440, 22.5.2019; AYM Mehmet Bozhan, B. No: 2014/2797, 23.10.2019, AYM Adle Deniz Sürer ve Diğerleri, B. No: 2015/1655; AYM Remzi Gegez, B. No: 2014/15676, 13.02.2020.

<sup>191</sup> AYM, Abdulcebbar Tekin ve Diğerleri, B. No: 2018/561 14.04.2022.

<sup>192</sup> AYM, Abdulcebbar Tekin ve Diğerleri, § 40.

arenada çözümlenmesi gereken siyasi ağırlıkta bir talep olduğunu ifade etmektedir.<sup>193</sup>

İsim hakkı bağlamında da AYM'nin vermiş olduğu önemli kararlar bulunmaktadır. H.K.<sup>194</sup> başvurusuna konu olan olayda, trans bir birey olduğunu ifade eden ve sosyal çevresinde isminin "Derin" olarak bilinip bu ismi kullandığını ileri süren başvurucunun isim değişikliği talebinde bulunması söz konusudur. Buna karşılık derece mahkemesi ise başvurucunun bir kadın ismini almak istemesine rağmen henüz cinsiyet değişikliği ameliyatı olmadığı, cinsiyet değiştirme konusunda tam kararlı bir düşüncesinin bulunmadığı ve talep ettiği şekliyle isminin değiştirilmesi hâlinde toplumda yanlış algıların oluşabileceği gerekçesiyle talebin reddine karar vermiştir.<sup>195</sup> İsim hakkının özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade eden Mahkeme, Anayasa'nın 20. maddesinin, kişilerin isimleri üzerinde tasarrufta bulunmasının gerekli olduğu durumlarda geniş yorumlanmasını ve bireyin varlığına veya kimliğine ilişkin önemli haklar ya da hukuksal çıkarlar söz konusu olduğunda takdir yetkisinin daha dar olduğunu ve bu alanlara yönelik müdahaleler için özellikle ciddi nedenlerin aranması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>196</sup> AYM, derece mahkemesinin isim değişikliğiyle ilgisi bulunmayan ve Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinde<sup>197</sup> düzenlenen cinsiyet değişikliği

<sup>193</sup> AYM, Abdulcebbar Tekin ve Diğerleri, § 43.

<sup>194</sup> AYM, H.K. [GK], B. No: 2019/42944, 17/6/2021.

<sup>195</sup> AYM, H.K. [GK], § 11.

<sup>196</sup> AYM, H.K. [GK], § 37 ve 38.

<sup>197</sup> İlgili madde cinsiyet değişikliği yapılmasının ardından nüfus sicilinde gerekli değişikliklerin yapılmasını zorunlu kılmaktadır: "Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, izin verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transeksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu (...)2 bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır. Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir."

ameliyatının yapılmamış olması sebebiyle başvurusunun talebini reddetmesini, ilgili ve yeterli gerekçe olmaması sebebiyle Anayasa'ya aykırı bulmuştur.<sup>198</sup> AYM, evlenen kadının kocasının soy adını kullanmak zorunda kalarak sadece kendi soy adını kullanamamasını, kadının evlendikten sonra kocasının soyadını almasının ailenin ortak bir soyadına sahip olmasını mümkün kılan tek seçenek olmaması ve kadın ve erkek arasında kuralla öngörülen farklı muamelenin nesnel ve makul bir temele dayanmaması sebebiyle eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur.<sup>199</sup>

İHEB'in 27. maddesinde öngörülen herkesin maddi ve manevi çıkarlarının korunmasını isteme hakkı; kısaca fikri mülkiyet hakkı 1982 Anayasası'nın "mülkiyet hakkı" başlıklı 35. maddesinin koruma alanında da yer almaktadır. Bu hususun Anayasa Mahkemesi'nce tespiti ise kolay olmamış<sup>200</sup>; Mahkeme 1961 Anayasası dönemindeki içtihadında fikri hakların mülkiyet hakkının koruma alanında olmadığı tespitinde bulunmuştur.<sup>201</sup> Somut norm yolu ile Mahkeme'nin önüne gelen bu davada davanın anayasaya aykırılık iddiasında bulunan tarafların gerek Alman hukukunda gerekse İsviçre hukukunda mülkiyet hakkının nasıl algılandığına ilişkin değerlendirmelerde bulunduğu ve yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile İnsan Hakları Evrensel

---

<sup>198</sup> AYM, H.K., [GK], § 46.

<sup>199</sup> AYM, E.2022/155, K.2023/38, 22/02/2023. Bu noktada değinmeden geçemeyeceğimiz bir diğer husus, çağımızda bir yargıç tarafından yazıldığına inanılması güç olan karşı oya ilişkindir. Uzun yıllardır süren kadın mücadelelerinin sonucunda elde edilen toplumsal eşitlik anlayışına rağmen hala bir AYM kararının karşı oyunda, "ailede kadın/erkek eşitliğinin modern hurafelerden birisi" olduğu yazılabilmektedir. Bu denli hukuk ve etik dışı bir yaklaşımın en üst yargı mercii olan AYM kararında karşı oy olarak yazılabilmesi ülkemizdeki hukuk kültürünün en azından belirli bir bölümünü temsil etmesi açısından endişe vericidir.

<sup>200</sup> Fikri mülkiyet hakkına ilişkin AYM kararlarındaki bu tarihsel gelişim için bkz. Burak Gemalmaz, "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Usulünde Mülkiyet Hakkının Uygulanabilirliği Meselesi I: AYM Kararlarının Mülkiyet Hakkının Mevcudiyetinin Dayanağı Olarak Uluslararası Hukuka Açıklık Açısından Eleştirel Değerlendirilmesi", *Anayasa Yargısı*, Cilt 32/2015, Kasım 2016, s. 379-401.

<sup>201</sup> Bkz. AYM E:1967/10 K: 1967/49.

Bildirgesi'ne referans verdikleri gözlenmektedir.<sup>202</sup> Kararda Mahkeme'nin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ne yönelik yorumu da özellikle vurgulanmalıdır. Mahkeme, mülkiyet hakkının fikri haklardan farkını vurgularken, Bildirge'nin mülkiyet hakkını 17. maddede düzenlediği, oysa kişilerin kendi yaratıcısı olduğu eserlerden doğan fikri haklarının ise Bildirge'nin 27. maddesinde ayrıca düzenlendiğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si, mülkiyet hakkının "mal ve mülk sahibi olma" deyimi ile, maddî şeylere özgü niteliğini belirtmiş, fikrî hakları ise, "türlü ilim, edebiyat veya sanat eserlerinden mütevellit manevî ve maddî menfaatlerin korunması hakkı" olarak ayrıca düzenlemiştir.<sup>203</sup> Anayasa Mahkemesi de bu tespitlerin ışığında 1961 Anayasası'nın 36. ve 21. maddeleriyle söz konusu beyannameye koştur bir düzenlemeye yer verdiğini belirtmiştir. Mahkeme'nin kararında özellikle bilim ve sanat özgürlüğüne dair tespitleri de dikkat çekicidir. Buna göre 1961 Anayasası'nda Bildirge'nin 27. maddesinin 1 sayılı bendindeki ilkenin benzeri olan esasların alındığı görülmektedir. Mahkeme, devamında kişinin yaratıcısı olduğu eserlerin üzerindeki fikri haklarının bilim ve sanat özgürlüğünün parçası olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Mahkeme'ye göre yayma ve her türlü araştırmayı bir temel hak olarak belirten Anayasa'nın bu faaliyetler sonucu meydana gelen fikir ürünleri üzerinde hiçbir hak tanımamış olduğunu söylemek mümkün değildir.<sup>204</sup> Ancak bu noktada da kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır. Mahkeme, daha sonra anayasaya aykırılığı ileri sürülen 10 Mart 1926 tarihli İhtara Beratı Kanununun 3. maddesinin, bu hükmün yorumlanmasına yer olmadığını açıklayan Kurucu Meclisin 8.5.1961 günlü ve 51 sayılı kararının verdiği anlam içerisinde, anayasaya aykırılık iddiasını reddetmiştir. Çünkü Mahkeme'ye göre 51 sayılı Kurucu Meclis kararı; kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan Anayasa hükmüne

<sup>202</sup> Günümüzde ise Federal Alman hukukunda fikri haklar da 1949 Almanya Bonn Anayasası'nın 14. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının koruma alanına dahildir. Bkz. Michael Antoni, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar zum Art. 14 GG, in: Grundgesetz-Kommentar, (Hrsg: Dieter Hömig), Nomos Verlag, Baden-Baden 2013, s. 202, prg. 4.

<sup>203</sup> Bkz. AYM E:1967/10 K: 1967/49.

<sup>204</sup> Bkz. AYM E:1967/10 K: 1967/49.

uygun olarak yapılmış, halâ hukukî değeri olan ve uygulanması zorunlu bulunan bir yasama tasarrufudur.<sup>205</sup> Çoğunluk görüşüne yazılmış karşı oy<sup>206</sup> gerekçesi ise esasen dava konusu maddenin anayasaya uygunluğunu onaylıyor ancak Mahkeme'nin gerekçesinin hatalı olduğunu belirtmekteydi. Bu karşı oy gerekçesine göre İHEB 27. madde ve 1961 Anayasası'nın 36. maddesinde korunan sadece sanat özgürlüğüdür. Bu yargıçlar ise İHEB'in 27. maddesinin ikinci fıkrasının fikri mülkiyet hakkını dahi düzenlemediğini öne sürmüşler; bir an bunun doğru olduğu varsayılsa bile bu durumun 1961<sup>207</sup> Anayasası'nın 36. maddesinin yorumu açısından bir dayanak olamayacağını belirtmişlerdir. Ancak bu yargıçlar, karşılaştırmalı hukuk öğretisini de göz önünde bulundurarak mülkiyet hakkının koruma alanının medeni hukuktaki mülkiyet kavramının sınırlarını çok aştığı ve malvarlığına dahil olan bütün hakları kapsadığını ifade etmişler; ancak dava konusu kanunda bu hakka yapılan sınırlamanın meşru bir amaca (halk sağlığı) dayandığını ve bu amacın da tartımda bireyin hakkına üstün tutulması gerektiğini belirtmişlerdir.<sup>208</sup>

Anayasa Mahkemesi 2008 senesinden itibaren ise fikri hakların da mülkiyet hakkının koruma alanında olduğunu kabul etmeye başlamıştır.<sup>209</sup> Ancak bu kararında daha önceki içtihadından niçin saptığını gerekçelendirmemiş; sadece mülkiyet hakkının konusunu, maddi ve gayri maddi malların oluşturduğunu, fikri ve sınaî mülkiyet

---

<sup>205</sup> Gemalmaz'ın da haklı olarak belirttiği üzere Mahkeme'nin esas denetiminde vardığı sonuç ne kadar tartışmalı olursa olsun, kararın gerekçesinde yapılan tartışmalar karar tekniği açısından örnek teşkil etmektedir. Bkz. Gemalmaz, s. 396. knr. 43.

<sup>206</sup> Karara, üyeler İhsan Keçecioğlu, Hakkı Ketenoglu, İhsan Ecemiş, Recai Seçkin, Feyzullah Uslu ve Fazlı Öztan karşı oy yazmıştır.

<sup>207</sup> AYM, kültürel mirasın korunması amacını ise mülkiyet hakkının meşru amaçları arasında görmektedir. Nitekim Mahkemeye' göre kültür varlıklarının korunması ve gerek duyulduğunda müzelere alınıp korunmasının sağlanması kamu yararına dayalı meşru bir amaç teşkil etmektedir. Bkz. AYM, Arif Güven, B. No: 2014/13966, 15.02.2017, § 56.

<sup>208</sup> Bkz. AYM E:1967/10 K: 1967/49.

<sup>209</sup> Bu içtihat değişikliğinin gözlemlendiği ilk karar için bkz. AYM E:2004/3 K:2008/47.

hakların ise gayri maddi mallar kapsamında yer aldığını ifade etmiştir.<sup>210</sup> Mahkeme, bu tutumunu günümüze dek düzenli olarak göstermektedir.<sup>211</sup>

Kültürel ve tarihi mirasın korunması hakkı açısından AYM'nin tutumu yukarıda izah edilen AİHM kararına benzer doğrultudadır. Tarihi eser niteliğinde olan taşınmazının kamulaştırılması ve bir proje kapsamında restore edilmesiyle Anayasa'nın "Tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması" kenar başlıklı 63. maddesinin ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü bireysel başvuruda Mahkeme, "Anayasa'nın 63. maddesinde bireysel bir hak düzenlemesi yer almadığı gibi AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerden herhangi birinde de tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması hakkı yer almamaktadır."<sup>212</sup> diyerek başvuruyu konu bakımından yetkisizlik sebebiyle kabul edilemez bulmuştur.

## SONUÇ

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 27. maddesi esasen kültürel yaşama katılım hakkını düzenlese de maddenin koruma alanında bulunan birçok farklı hak sebebiyle çok sayıda birbirinden farklı hukuki belge ve uyumsuzluğa kaynaklık etmektedir. Maddede yer verilirse de maddenin koruma alanı ile kesişimi hiçbir zaman inkâr edilemeyecek azınlıkların hakları, sanatsal ifade özgürlüğü, özel hayatın korunması, günümüzde de özellikle akademik özgürlükler bağlamında sıklıkla tartışılan bilimsel ilerleyişten faydalanma hakkı, bağımsız bir hak niteliği artık kuşku götürmeyen fikri mülkiyet hakkı, bunlardan bazılarıdır. Kültürel yaşama katılım hakkı ve bu hakla doğrudan ilgili olan diğer hakların uluslararası insan hakları belgelerinde tanındığı ve yıllar içerisinde genişleyip önem kazandığı da görülmektedir.

<sup>210</sup> AYM'nin bu alandaki içtihat değişimi ise başta AİHM içtihadı olmak üzere evrensel insan hakları hukukunun mülkiyet hakkına yüklediği anlam ile uyumludur. Karara dair değerlendirme için bkz. Gemalmaz, s. 396.

<sup>211</sup> Örneğin AYM E: 2013/114 K: 2014/184; AYM E:2014/177, K: 2015/49. Mahkeme'nin bireysel başvuru yolunda patent talebinin reddi sebebiyle fikri mülkiyet hakkının ihlal edilip edilmediğini incelediği bir karar için ise bkz. AYM, Novartis AG, B. No: 2015/11867, 14.11.2018.

<sup>212</sup> AYM, Hayrettin Aktaş, B. No: 2013/1205, 17.09.2013, § 59.



AİHM da önüne gelen birçok başvuruda Sözleşmedeki haklar ile kültürel haklar arasında bir ilişki olduğunu kabul etmektedir. Sanatsal ifade özgürlüğü ve bilim özgürlüğüne ilişkin birçok başvuru aynı zamanda, bilimsel ve sanatsal gelişmelere katılıp bunlardan yararlanabilme açısından kültürel yaşama katılım hakkı ile doğrudan bağlantılıdır. Nitekim AİHM, bu noktadaki başvurularda Avrupa ortak kültürü<sup>213</sup> ve Avrupa fikir birliği gibi kavramların önemini vurgulamaktadır. Ayrıca, azınlıkların kültürel hakları söz konusu olduğunda toplayıcı özgürlük olan özel hayata saygı hakkı ile ayrımcılık yasağı da devreye girmektedir. Kültürel mirasın korunması hakkı açısından ise Mahkeme, yapılan başvuruları konu bakımından kabul edilemez bulsa da bu noktada açık kapı bırakarak bir içtihat değişikliğinin işaretini vermiştir.

Türk hukukunda ise doğrudan kültürel haklara ilişkin bir düzenlemeye bir istisna dışında yer verilmemiş; ancak İHEB'in 27. maddesinde yer alan bilimsel ilerleyişten faydalanma hakkı yahut fikri mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemeler doğrudan İHEB metnindeki karşılıklarıyla olmasa da düzenlenmiş; bunların Bildirge'deki anlamlarını bulması ise yargının zaman içinde verdiği kararlar yolu ile olmuştur. Bu noktada AYM'nin vermiş olduğu kararlar önem kazanmaktadır. Önceleri fikri hakları mülkiyet hakkı kapsamında görmeyen AYM, ardından tutumunu değiştirmiştir. AİHM kararlarına benzer bir doğrultuda AYM de sanatsal ifade özgürlüğü ya da bilim özgürlüğü başvurularında kültürel haklar arasında bir bağlantı olduğunu değerlendirmiş ve "insanlık ortak kültürel değerleri" ile "Avrupa ortak kültürü" kavramlarından söz etmiştir. Bununla birlikte AYM'nin kültürel mirasın korunması hakkını tanımak noktasında çekingen davrandığı ve AİHM'in istekli tavrına benzer bir tavır sergilemediği görülmektedir.

---

<sup>213</sup> Bu noktada AİHM, yine de özellikle sanatsal ifade özgürlüğü açısından siyasi ifade özgürlüğüne kıyasla daha az koruyucu bir tutum sergilediği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu eleştiri için bkz. Karan, s. 15.

## ZUSAMMENFASSUNG

*Art.27 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) erkannte die Teilnahme am kulturellen Leben als ein Menschenrecht an. Der Schutzbereich dieses Rechts im Art. 27 umfasste nicht nur die Teilnahme an kulturellen Aktivitäten, sondern auch die künstlichen Freiheiten, wissenschaftliche Fortschritte und sowie das geistliche Eigentum. Diese detaillierte Vorschrift des Recht auf die Teilnahme am kulturellen Leben wurde sowohl in den universellen Menschenrechtspakten wie die Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UN Sozialpakt) als auch in der regionalen Menschenrechtskonventionen wie die Afrikanische Menschenrechtscharta aufgenommen. Darüber hinaus erwähnte auch die Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in vielen Fällen die kulturellen Rechte der Beschwerdeführern, obwohl die EMRK keine einschlägige und ausdrückliche Regelung zur Teilnahme am kulturellen Leben enthielt. Insofern hat Art 27 der ÄMR auch im nationalen Kontext einen Niederschlag gefunden. Als ein Beispiel sehen die russische Verfassung und die Verfassung der Republik von Südafrika ausdrücklich die kulturellen Rechte vor. Demgegenüber kodifizierte sich das Recht auf die Teilnahme am kulturellen Leben nicht in den türkischen Verfassungen, welche die einige Dimensionen dieses Rechts wie die Wissenschaftsfreiheit oder Kunstfreiheit im Lichte der Meinungsäußerungsfreiheit geschützt haben. Jedoch konnte das türkische Verfassungsgericht in seiner Judikatur im Wege der Verfassungsbeschwerde die Verbindung dieser Rechten mit kulturellem Erbe oder kulturellen Werten herstellen.*

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

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

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

**Peer-Review:** Externes Peer-Review-Verfahren.

**Interessenkonflikt:** Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

**Finanzielle Unterstützung:** Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

## KAYNAKÇA

### KİTAP ve MAKALELER

- ADALSTEINSON R./ Thorhallson P, Article 27, in: The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement(Ed: Gudmundur Alfreddson/ Asbjorn Eide), Martinus Nijhoff Publishers, Hague 1999.
- AFRICA Watch Report 1991, Academic Freedom and Human Rights Abuses in Africa, <https://www.hrw.org/report/1991/03/01/academic-freedom-and-human-rights-abuses-africa> (Erişim Tarihi: 25.04.2024)
- AKBULUT O., Resmi Dil ve Anayasalarda Düzenlenişi, TBB Dergisi 2012 (102), s. 115-148.
- ANTONI M., Kommentar zum Art. 14 GG, in: Grundgesetz-Kommentar, (Hrsg: Dieter Hömig/), Nomos Verlag, 11. Auflage, Baden-Baden 2013.
- ATALAY, E., "Bilim Özgürlüğü", İÜHFM C. LXVIII, S. 1-2, 2010, s. 3-42.
- AYBAY, R., İnsan Hakları Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015.
- Böhm/Katheder: Grundkurs Menschenrechte: Die 30 Artikel der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte- Kommentare und Anregungen für die politische Bildung, Art.27.
- BYCHAWSKA-SINIARSKA, D., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması, Avrupa Konseyi, 2018.
- CHABAS W., The Universal Declaration of Human Rights: The Travaux Préparatoires, Publisher:Cambridge University Press, London 2003.
- CUNHA CRUZ, J.C.d, The Impact Of the Inter-American Human Rights System, (Ed: Julia Cortez da Cunha Cruz), Oxford University Press 2024.

- ÇELİKTAŞ TÜRK BAY, Ö., Kültürel Mirasın Korunmasının İnsan Hakları Hukuku ile İlişkisi ve Kültürel Miras Hakkı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3 Sayı:2 2021, s. 1443-1481.
- DİKMEN P, Intramural-Extramural Söylem Çerçevesinde Akademik Özgürlük ve Güncel AİHM Kararları, Güncel Hukuk Dergisi, Şubat 2016, s. 28-30.
- EKİZ, S., İnsan Haklarının Evrenselliği ve Kültürel Görecelilik, İzmir Barosu Dergisi, Ağustos 2022, s. 15-69.
- EIDE A., Cultural Rights as Individual Human Rights, in: Economic Social and Cultural Rights; Martinus Nijhoff Publishers.
- GEMALMAZ B., Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Usulünde Mülkiyet Hakkının Uygulanabilirliği Meselesi I: AYM Kararlarının Mülkiyet Hakkının Mevcudiyetinin Dayanağı Olarak Uluslararası Hukuka Açıklık Açısından Eleştirel Değerlendirilmesi, Anayasa Yargısı, Cilt 32/2015, Kasım 2016, s. 379-401.
- GÖKLER A.M., "Kültürel ve Tarihi Mirasın Korunması Hakkı Bağlamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ahunbay v. Türkiye Kararı", İnsan Hakları Dergisi 3. Sayı, 30-33.
- GRABENWARTER C., Europäische Menschenrechtskonvention, C.H Beck, 3. Auflage.
- GRONI C., Das Menschenrecht auf Teilnahme kulturelles Leben: Inhalt, Grenzen und Justitiabilität Boorberg Verlag 1. Auflage 2007.
- HIZLAN D. Anayasa'nın Kültürel İçeriği, Hürriyet Gazetesi, 7.5.2012. (<https://www.hurriyet.com.tr/anayasa-nin-kulturel-icerigi-20499519> (Erişim tarihi:27.04.2024))
- IPSEN, J., Staatsrecht II- Grundrechte, Franz Verlag Vahlen, München, 2012.
- KABOĞLU İ. Ö., Özgürlükler Hukuku, İmge Yayınevi, 6. Baskı, İstanbul 2002.

KANADOĞLU K., Bilim Özgürlüğü, Prof. Dr. Zafer Gören'e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 305-318.

KARAN, U., İfade Özgürlüğü-Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2, Avrupa Konseyi, Şubat 2019.

MELANDER G., Article 27, in: The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary (ed: Eide/Afredsson/Melander Rehof/Rosas/Swineheart, Scandanavian University Press, Oslo 1992, 2. Opplag.

ODELLO M., The Right to Take Part to Cultural Life: General Comment No:21 of the United Nations Committee On Economic, Social and Cultural Rights, Anuario Espanol De Derecho Internacional, Vol 27, 2011, s. 493-521.

ÖZTÜRK, M.U, 1961 Kurucu Meclisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

PETERS A./ Aşkin A., Internationaler Menschenrechtsschutz- Eine Einführung, Aus Politik und Zeitgeschichte (APUZ 20/2020), s. 4-10.

POLAT Akgün, D., Sanat Özgürlüğü, Oniki Levha Yayıncılık İstanbul 2020.

RICHTER/LÜCKEN EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Band I, Mohr Siebeck Verlag.

SALDIRIM M., Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Fikri Mülkiyetin Korunmasına İlişkin Anheuser – Bush Inc. v. Portugal Kararının Analizi, Ankara Barosu Dergisi, 26 Nisan Dünya Fikri Mülkiyet Günü Özel Sayısı, s. 133-148.

SEBASTIAN S., Geistiges Eigentum als europäisches Menschenrecht: Zur Bedeutung von Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK für das Immaterialgüterrecht, GRUR Int 2013.

SHAVER/SGANGA The Right to Take Culturel Life: On Coyrights and Human Rights Winconsin Law Review, Vol. 27, No. 4.

STAMATOPOULOU E., *Cultural Rights in International Law*, Martinus/Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2007.

Sivil Toplum Gözüyle Türkiye Kültür Politikası Raporu (Haz. Serdar Ada), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011.

ŞİRİN T., *Anayasa Hükümünde Kararnameler*, Güncel Hukuk Dergisi, Kasım 2016.

ŞİRİN T., *Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı -II (İfade Özgürlüğünün Yeşili)*, Tekin Yayınevi, İstanbul 2021.

TANÖR, B., *Tanör, İki Anayasa (1961-1982)*, Beta Yayınevi, 3. Tıpkı Bası, İstanbul 1994.

UYAR L.(derleyen), *Birleşmiş Milletler’de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi(1981-2006)*, Bilgi Üniversitesi Yayınları.

UYGUN O., *Devlet Teorisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.*

UYGUN O., *Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi, Anayasa Yargısı 20*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını.

UZUNPINAR, Ç. S., *Anayasa Hukuku Açısından Kültürel Mirasın Korunması, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2023.*

WEIGERS VITULLO M./ Wyndham J.,” *Definition the Right to Enjoy the Benefits of Scientific Progress and Its Applications: American Scientics’ Perspectives”*, AAS Science and Human Rights Coalition October 2013.

WEIß N., *Kulturelle Rechte*, in: *Menschenrechte: Ein interdisziplinäres Handbuch*(Ed: Arnd Pollmann/Georg Lehmann), J.B. Metzler Verlag.

## **AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI**

Ahunbay ve Diğerleri v. Türkiye, B. No: 6080/06, 21.06.2016.

- Akdaş v. Türkiye, B. No: 41056/04, 10.02.2010.
- Anheuser v. Busch/Portekiz, B. No: 73049/01, 11.01.2007.
- Anheuser v. Busch/Portekiz, B. No: 73049/01, 11.01.2007.
- Belçika Dil Davası v. Belçika ([GK], B. No: 1474/12. 9/2/1967.
- Burghartz v. İsviçre, B. No. 162/1390, 22.2.1994.
- Buckey v. Birleşik Krallık, B. No: 20348/92, 29.09.1996.
- Die Frisen v. Almanya, B. No: 65480/10.
- G. ve E. v. Norveç, B. No.9278/81; 9415/81.
- Kaos GL v. Türkiye, B. No: 4982/07, 22.11.2016.
- Khurshid Mustafa ve Tarzibachi v. İsveç, B. No: 23883/06, 16.12.2008.
- Kıbrıs v. Türkiye, , B. No: 25781/94, 10.5. 2001.
- Noack ve Diğerleri v. Almanya, B. No: 46346/99, 20.05.2000.
- Smith Kline and French Laboratories Ltd v. Hollanda, B. No: 12633/87, 04.10.1990.
- Sterjna v. Finlandiya, B. No: 18131/91, 25.11.1994.
- Syllogos Ton Athinaion v. Birleşik Krallık, B. No: 48259/15, 31.05.2016.
- Ünal Tekeli v. Türkiye, B. No: 29865/96, 16.11.2004.

## **ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI**

E: 2013/114 K: 2014/184

E: 2017/33 K: 2019/20.

E:1967/10 K: 1967/49.

E:2004/3 K:2008/47.

E:2014/177, K: 2015/49.



Abdulcebbar Tekin ve Diğerleri, B. No: 2018/561 14.04.2022.

Adle Deniz Sürer ve Diğerleri, B. No: 2015/1655.

Arif Güven, B. No: 2014/13966, 15.02.2017.

Aycan Özdoğan, B. No: 2013/4841, 25.2.2015.

Fatih Taş [GK], B. No: 2013/1461, 12.11.2014.

H.K. [GK], B. No: 2019/42944, 17/6/2021. E.2022/155, K.2023/38,  
22/02/2023.

Hasan Ataç B. No: 2020/1413, 21.11.2023.

Hasan Mor, B. No: 2019/20996, 25.5.2022.

Hayrettin Aktaş, B. No: 2013/1205, 17.09.2013.

İlhan Bayar, B. No: 2013/4458, 25.06.2016.

İrfan Sancı, B. No: 2014/20168, 26/10/2017.

İsmail Çevik, B. No: 2013/5727, 1.12.2015.

Mehmet Aksoy [GK], B. No: 2014/5433, 12.11.2014.

Mehmet Bozhan, B. No: 2014/2797, 23.10.2019.

Metin Birdal [GK], B. No: 2014/15440, 22.5.2019.

Necmettin Kaçar ve Diğerleri, B. No: 2013/7098, 7.4.2016.

Novartis AG, B. No: 2015/11867, 14.11.2018.

Remzi Gegez, B. No: 2014/15676, 13.02.2020.

Zübeyde Füsün Üstel ve Diğerleri, B. No: 2018/ 17635, 26.07.2019

## **DİĞER KARARLAR**

BVerfG, 1,208.

## **ULUSLARARASI ve BÖLGESEL BELGELER**

Afrika İnsan Hakları Şartı

Amerika İnsan Hakları Bildirgesi

Amerikan Haklar ve Ödevler Bildirgesi

Arap Birliği İnsan Hakları Şartı

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı

Avrupa Sosyal Haklar Şartı

Bölgesel/Azınlık Dilleri Şartı

Genel Kurulunda Uluslararası İşbirliği'ne İlişkin Genel İlkeler Bildirgesi'ni

Her Türlü Ulusal, Etnik, Dini ve Dilsel Azınlıkların Haklarına Dair Bildirge

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

İnsan Hakları Komitesi, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 27. Maddesine Dair 23. Numaralı Genel Yorum

UNESCO, Herkesin Kültürel Yaşama Katılması ve Katkı Sunmasına Dair Tavsiye Kararı

## İNTERNET KAYNAKLARI

[https://denklik.yok.gov.tr/Documents/Mevzuat/Lizbon\\_Sozlesmesi\\_Turkce.pdf](https://denklik.yok.gov.tr/Documents/Mevzuat/Lizbon_Sozlesmesi_Turkce.pdf) (Erişim Tarihi 08.04.2024)

<https://drive.google.com/file/d/1U4p7unApGu5Sw3k34CEkBj86dTMaViMe/view> (Erişim Tarihi 13.05.2024)

<https://ich.unesco.org/doc/src/00009-TR-PDF.pdf>  
(Erişim Tarihi: 10.03.2024)

[https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020100953bm\\_50.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020100953bm_50.pdf)  
(Erişim Tarihi 08.04.2024)

[https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020100953bm\\_50.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020100953bm_50.pdf)  
(Erişim Tarihi 08.04.2024)

<https://insanhaklariizleme.org/vt/mfhandler.php?file=Amerikan%20%C4%B0nsan%20Haklar%C4%B1%20ve%20%C3%96devleri%20Bildirisi.doc&table=yayin&field=dosya&pageType=view&key1=531>  
Erişim Tarihi (08.04.2024)

- <https://www.bundestag.de/resource/blob/481516/7dcb58be2a6635c4c38570e1c15327c7/WD-10-035-16-pdf-data.pdf>  
(Erişim tarihi: 17.03.2024),
- [https://www.culturalpolicies.net/wpcontent/uploads/2019/10/ECHR\\_Research\\_report\\_cultural\\_rights\\_ENG.pdf](https://www.culturalpolicies.net/wpcontent/uploads/2019/10/ECHR_Research_report_cultural_rights_ENG.pdf)<http://www.anayasa.gen.tr/rusya.htm> (Erişim tarihi: 17.03.2024)
- <https://www.eschr-net.org/caselaw/2010/sandra-lovelace-v-canada-communication-no-241977-canada-300781-un-doc-ccprc13d241977>  
(Erişim Tarihi: 16.04.2024)
- <https://www.hrw.org/report/1991/03/01/academic-freedom-and-human-rights-abuses-africa> (Erişim tarihi: 25.04.2024)
- <https://www.hrw.org/report/1991/03/01/academic-freedom-and-human-rights-abuses-africa> (Erişim tarihi: 25.04.2024)
- <https://www.hurriyet.com.tr/anayasa-nin-kulturel-icerigi-20499519>  
(Erişim tarihi:27.04.2024)
- <https://www.iksv.org/i/assets/iksv/documents/anayasa.pdf>  
(Erişim tarihi: 17.03.2024)
- <https://www.justice.gov.za/legislation/constitution/saconstitution-web-eng.pdf> (Erişim tarihi: 08.04.2024)
- <https://www.refworld.org/legal/general/cescr/2006/en/39826>  
(Erişim Tarihi 08.04.2024)
- <https://www.refworld.org/legal/general/hrc/1994/en/26900General>  
(Erişim Tarihi 08.04.2024)
- <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/7217.pdf> (Erişim Tarihi 06.04.2024)
- [https://www.tesev.org.tr/wp-content/uploads/rapor\\_Turkiyenin\\_Yeni\\_Anayasasina\\_Dogru.pdf](https://www.tesev.org.tr/wp-content/uploads/rapor_Turkiyenin_Yeni_Anayasasina_Dogru.pdf) (Erişim tarihi: 08.04.2024)
- [https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_Turkish.pdf](https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_Turkish.pdf)  
(Erişim Tarihi 10.03.2024)
- <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-persons-disabilities> (Erişim Tarihi: 03.05.2024)



**Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin 2023/12611 Esas, 2023/Değişik İş Karar Sayılı ve 8.11.2023 Tarihli Kararının Anayasa Mahkemesi Üyeleri Hakkında Suç Duyurusunda Bulunulması Noktasında İncelenmesi**

**Prüfung des Beschlusses der Dritten Kammer für Strafsachen des Kassationsgerichtshofs mit den Aktenzeichen 2023/12611, 2023/Sonstige Fragen und 8.11.2023 datiert im Hinblick auf die Einreichung von Strafanzeigen gegen die Mitglieder des Verfassungsgerichts**

Araş. Gör. Dr. Burak TAŞ\*

**ÖZ**

*Yargıtay 3. Ceza Dairesi, Anayasa Mahkemesi'nin Şerafettin Can ATALAY 2 kararında verdiği milletvekili dokunulmazlığından yararlandırılmaya yönelik yeniden yargılama hükmüne uymama kararı almıştır. Yargıtay 3. Ceza Dairesi bu kararıyla Anayasa Mahkemesi'nin yargısal aktivizm gibi yargı yetkisinin sınırını aştığı gerekçesiyle hak ihlali kararı veren üyeler hakkında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na Yüce Divan'da yargılanmaları için suç duyurusunda bulunmuştur. Yargıtay'ın bu kararı beraberinde birçok soru doğurmaktadır. Bu çalışmada Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında suç duyurusunda bulunurken isnat konusu suç fiilinin açıkça belirtilmesinin gerekip gerekmediği, özel soruşturma usulünde suç duyurusunun hangi makama yapılması gerektiği, Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında soruşturmanın ne şekilde yapılması gerektiği ve nihayetinde bu suç duyurusunun hukuk devleti ilkesini benimsemiş bir toplumda ve uluslararası camiada doğuracağı potansiyel sorunların ne olduğu sorularına cevap aranmaktadır.*

\* Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0001-6481-1580, tas.burak@outlook.com

**Anahtar Kelimeler:** *Suç Duyurusu, Özel Soruşturma Usulü, Yüce Divan, Etkili Başvuru Yolu*

**Examination of the Decision of the Third Chamber for Criminal Matters of Court of Cassation Numbered 2023/12611 File no., 2023/Other Issues and 8.11.2023 Dated in terms of Filing Criminal Complaints against the Members of the Constitutional Court**

**ABSTRACT**

*The 3<sup>rd</sup> Criminal Chamber of the Court of Cassation has decided not to comply with the Constitutional Court's ruling in the Şerafettin Can ATALAY 2 judgment on retrial to benefit from parliamentary immunity. This decision, the 3<sup>rd</sup> Criminal Chamber of the Court of Cassation filed a criminal complaint to the Office of Chief Public Prosecutor of the Court of Cassation against the members of the Constitutional Court who ruled on the violation of rights on the grounds that the Constitutional Court exceeded the limits of its judicial authority, such as judicial activism so that they could be tried before the Supreme Criminal Tribunal. This decision of the Court of Cassation raises many questions. This study seeks answers to the questions of whether it is necessary to clearly specify the criminal act that is the subject of the accusation when filing a criminal complaint against the members of the Constitutional Court, to which authority the criminal complaint should be filed in the special investigation procedure, how the investigation should be conducted against the members of the Constitutional Court, and finally, what are the potential problems that this criminal complaint will cause in a society that has adopted the rule of law principle and in the international community.*

**Keywords:** *Criminal Complaint, Special Investigation Procedure, Supreme Criminal Tribunal, Effective Remedy*

## I. GİRİŞ VE OLAYIN ÖZETİ

Şerafettin Can ATALAY, Anayasa Mahkemesi'ne (AYM) üç kez bireysel başvuruda bulunmuştur. İlk kararda<sup>1</sup> AYM, ilgili hakkında Anayasa'nın 34. maddesinde güvence altına alınan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiğine oy çokluğuyla karar vermiştir. İkinci kararda<sup>2</sup> AYM, Anayasa'nın 67. maddesinde güvence altına alınan seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ve Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine oy çokluğuyla karar vermiştir.

2023/12611 Esas, 2023/Değişik İş Karar ve 8.11.2023 Tarihli Yargıtay 3. Ceza Dairesinin kararına esas teşkil eden olayda Şerafettin Can ATALAY'ın 20.07.2023 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne yapmış olduğu 2023/53898 numaralı bireysel başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi tarafından 25.10.2023 tarihinde verilen hak ihlali kararı (Şerafettin Can ATALAY 2) inceleme konusu yapılmıştır.

İnceleme sonucunda esasa ilişkin değerlendirmesinin yanında Yargıtay, Anayasa hükümlerini ihlal eden ve kendisine verilen yetki sınırlarını yasal olmayacak şekilde aştığı kanaatiyle hak ihlalinin kabulü yönünde oy kullanan Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında gereğinin takdir ve ifası için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunulmasına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, Şerafettin Can ATALAY 2 kararına uyulmadığı gerekçesiyle Şerafettin Can ATALAY 3 kararında<sup>3</sup> Anayasa'nın 148. maddesinde güvence altına alınan bireysel başvuru hakkının ihlal edildiğine oybirliğiyle; Anayasa'nın 67. maddesinde güvence altına alınan seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ve Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ise oy çokluğuyla karar vermiştir. Bu süreçte yeniden yargılamaya yönelik hükme İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi tekrar uymamış ve kararı tekrar Yargıtay'a göndermiştir.

---

<sup>1</sup> Başvuru No: 2021/9387 ve Tarih:19/1/2023.

<sup>2</sup> Başvuru No: 2023/53898 ve Tarih: 25/10/2023.

<sup>3</sup> Başvuru No: 2023/99744 ve Tarih: 21/12/2023.

## II. ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKİ PROBLEMLER

\* Suç Duyurusunda Bulunurken İşlendiği İddia Olunan Suç Bilgisi Verilmesi Gerekir Mi?

\* Özel Soruşturma Usulü Düzenlenen Konularda Suç Duyurusu Hangi Makama Yapılmalıdır?

\* Anayasa Mahkemesi Üyeleri Hakkında Suç Duyurusunda Bulunulduğunda Nasıl Bir Usul İzlenmelidir?

\* Yüksek Mahkeme Üyelerinin Verdikleri Karar Nedeniyle Haklarında Suç Duyurusunda Bulunulmasının Olası Sonuçları Nelerdir?

## III. DEĞERLENDİRME

### 1. Hukuki Probleme İlişkin: Suç Duyurusunda Bulunurken Fail ve İşlendiği İddia Olunan Suç Bilgisi Verilmesi Gerekir Mi?

Bir suçtan haberdar olan kişilerin suç işlendiği yönündeki bildirimlerine, adli makamlara suç haberi vermelerine suç ihbarı denilir.<sup>4</sup> CMK m. 158/1'e göre suç ihbarı Cumhuriyet Başsavcılığı veya kolluk makamlarına yapılabilecektir. Suç duyurusu ise takip makamlarının suç işlendiğini öğrenme yollarından birini oluşturmaktadır.<sup>5</sup> Kanunlarda, belirli bir kamu görevi yürüten kişi ve makamlara işlendiği öğrenilen suçla ilgili makamlara bildirim yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu bildirim yükümlülüğü kapsamında yapılan suç duyuruları esas itibarıyla ihbar niteliğindedir. TCK ve CMK'de "suç duyurusu" ifadesi yerine "ihbar" kavramı tercih edilmiştir. İhbar ve suç duyurusu muhteviyat itibarıyla esasen dilekçe

---

<sup>4</sup> Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 516; Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 306; Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2022, s. 103.

İhbar, şikâyetten farklı olarak bir muhakeme şartı niteliği taşımamaktadır. İhbar, bir suçtan dolayı durumun yetkili makamlara bildirilmesidir. Murat Volkan Dülger/Şaban Cankat Taşkın, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 645.

<sup>5</sup> Toroslu/Feyzioğlu, s. 307.



hakkının kullanımı niteliğindedir ve bu yönüyle aynı hukuki rejime tabidir.

Suç ihbarında bulunmak dilekçe hakkının kullanımı niteliğinde olduğundan belli bir içeriği haiz olmalıdır. Fail olduğu iddia olunan kişilerin adının ihbarda yer alması zorunlu değildir. İhbarın konusu haksızlık teşkil ettiği düşünülen olaydır (vaka). Söz konusu Yargıtay kararında *“Anayasa hükümlerini ihlal eden ve kendisine verilen yetki sınırlarını yasal olmayacak şekilde aşarak hak ihlalinin kabulü yönünde oy kullanan ilgili Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında gereğinin takdir ve ifası için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’na suç duyurusunda bulunulmasına”* şeklinde isim vermeden ancak hak ihlali yönünde kabul kararı kullanan üyeler hakkında ihbarda bulunulmuştur. İlgili AYM bireysel başvuru kararı incelendiğinde hak ihlali yönünde oy kullanan üyelerin belirlenebilir olduğu görülebilir. Anayasa’nın 67. Maddesinde güvence altına alınan seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile Anayasa’nın 19. Maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine Muammer TOPAL, Yıldız SEFERİNOĞLU, Basri BAĞCI, İrfan FİDAN ve Muhterem İNCE karşı oy kullanmıştır. Bu yönüyle fail olduğu düşünülen kişilerin belirtilmesi şart olmasa da<sup>6</sup> ilgili AYM kararından kimler hakkında ihbarda bulunulduğu anlaşılmaktadır.

Suç duyurusunda hangi suçtan dolayı bildirimde bulunulduğu hususunun açıklanmasının gerekli olup olmadığı hakkında Kanun’da bir açıklık bulunmamaktadır. Doktrinde kabul edildiği üzere ihbar ve şikâyetin konusu haksızlık teşkil eden olaydır.<sup>7</sup> Fail değil fiil ihbar edilir. Ayrıca hangi suçtan dolayı ihbar yapıldığının belirtilmesi gerekmemektedir.

Yargıtay, kararında ilk olarak hükümlü Şerafettin Can ATALAY hakkında kurulan mahkumiyet hükmü yönünden temyiz incelemesinin tamamlanmış olduğunu; bireysel başvurunun yeni bir itiraz veya temyiz

---

<sup>6</sup> Erdener Yurtcan, Ceza Muhakemesi Şerhi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 1263.

<sup>7</sup> Fatih Selami Mahmutoğlu/Serra Karadeniz, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 1601.

yolu olmadığını ve Anayasa Mahkemesi'nin Yargıtay gibi yüksek bir mahkemenin kararını her türlü hukuka aykırılık sorunu yönünden inceleyebilecek olan bir süper temyiz makamı olmadığı hâlde temyiz mahkemesi olan Yargıtay'ın kararını, yeniden yargılama görüntüsü altında dosyanın esasına da girip adeta bozmak suretiyle kendisine yasal dayanaktan yoksun, gereğinden fazla ve yasal yetkisini aşacak şekilde anlam yüklediğini savunmuştur. İlâveten Anayasa Mahkemesi'nin, Yargıtay'ın temyiz incelemesi sonucu verilen infazı kabil ve kesinleşmiş kararını dikkate almaksızın inceleme yaptığını da vurgulamıştır. Yargıtay burada kısaca AYM üyelerinin süper temyiz mahkemesi gibi yetkisini aşarak karar verdiğini ifade etmiştir.

İkinci olarak Anayasa m. 84/2 açısından Anayasa Mahkemesi'ne müracaat imkânı tanınmadığı gibi Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda da inceleme yetkisi bulunmadığı ifade edilmiştir. Milletvekili dokunulmazlığı yönünden Anayasa'nın 14. Maddesinin hangi suçları kapsadığının anayasal ya da yasal düzenleme dışında yargısal bir yorumla belirlenmesinin ciddi sıkıntılara yol açacağını ve sağlıklı olmayacağını belirten AYM'nin bugüne kadar hem norm denetimi kararlarında, örneğin yürütmeyi durdurma kararı vermesi ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun doğru uygulanmadığından bahisle iptali gibi tartışmalı kararlarında hem de sonradan kendisine tali görev olarak verilen bireysel başvuru kararlarında, anayasal veya yasal bir yetkisi olmamasına rağmen hiçbir organ tarafından denetlenmemenin vermiş olduğu rahatlıkla da, içtihat yoluyla anayasal yetkisini sürekli artırmak ve kötüye kullanmak suretiyle kendisinin, daha önceden norm denetimi görevi sırasında sıkça dile getirilen yasama organı üzerinde vesayet organı olduğuna yönelik eleştirilerin, bireysel başvuruya ilişkin yetkinin verilmesi üzerine yüksek mahkemeler dahil tüm yargı üzerinde de ortaya çıkmasına neden olduğu ifade edilmiştir. Kararda, AYM'nin Anayasa Mahkemesi kararlarının objektif işlevinden söz ederek Yargıtay 3. CD üyelerini "ihmal suçunu işlemişlerdir" şeklinde tehdit ettiği belirtilmiştir. Kararda, "şeklen denetleyemediği Anayasa hükmünü uygulanamaz hâle getirme, kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamı tüketilmeden bireysel başvuruları kabul etme, soruşturmalara müdahil olma, kovuşturmaları yapılamaz hâle getirme" şeklindeki fiilleriyle AYM'nin yargısal aktivizmde

bulduğu ifade edilmiştir. Yargıtay, AYM'nin Anayasa'ya aykırı olarak verdiği kararları ile kendisini Anayasa ve kanunlardan üstün gördüğüne ve bu tavrının Anayasa'yı uygulanamaz hâle getirerek kendisinin sorgulanmasına ve meşruiyetinin tartışılmasına yol açtığına işaret etmiştir. Böylece Yargıtay, AYM üyelerinin anayasal görev ve yetkisini kötüye kullandığını vurgulamıştır.

Son olarak Yargıtay *“Devletin cebri gücünü ve görevleri gereği Devletin kamu gücünü elinde bulunduran kimselerin, sahip oldukları kamu gücünü sürekli Anayasa'ya aykırı bir şekilde kullanmalarının, Anayasayı ihlal etme eyleminin işlenmesinde kolaylık sağlayacağı aşıkardır.”* ifadesiyle AYM'nin anayasayı ihlal ettiklerini ifade etmiştir.

Yargıtay AYM üyeleri ile ilgili yaptığı değerlendirmelerde temel olarak AYM üyelerinin yargısal aktivizme varacak ölçüde anayasal yetkisini aştığını belirtmektedir. Bu kapsamda da Anayasa'nın ihlal edildiği savunulmuştur.

Bu yönüyle Yargıtay'ın ihbar konusunu fiilleri somutlaştırmış olduğu görülmektedir. Ancak bu fiillerin hangi suçları karşıladığı hususu açıklanmamıştır. Daha önce de ifade edildiği üzere ihbar konusu fiillerin hangi suçlara tekabül ettiğinin ihbarda belirtilmesi kurucu bir şart teşkil etmemektedir. Nitekim şikâyetin veya ihbarın konusu fail ve suç değildir. Şikâyet ve ihbarın konusu bizatihi fiildir. Bu nedenle de ihbarın teknik anlamda hukuka aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Ancak hukukçu olmayan hatta Yüksek Mahkeme üyesi olmayan kişilerin ihbar konusu fiilin hangi suçu teşkil ettiğini belirtmesinin gerekmemesi makul karşılanabilse de kanaatimizce Yargıtay'ın AYM üyelerine hangi suçu isnat ettiklerini ifade etmeleri yerinde olurdu. Davasız yargılama olmaz ilkesi soruşturma öncesi ihbar aşamasında geçerli olmasa da bir ülkenin Yüksek Mahkeme üyeleri hakkında suç duyurusunda bulunulacaksa en azından isnat edilen fiilin karşılığı suçun belirtilmesi önem arz etmektedir. Kamuoyunun bilgilendirilmesi noktasında, bunun yüksek mahkeme üyeleri arası bir güç yarışı olarak değerlendirilmemesi için hangi fiillerin hangi suçu karşıladığı hususunun açıklanmasının hukuk devleti ilkesini benimsemiş bir toplumda önem arz ettiği kanaatindeyiz.

## 2. Hukuki Probleme İlişkin: Özel Soruşturma Usulü Düzenlenen Konularda Suç Duyurusu Hangi Makama Yapılmalıdır?

CMK m. 158/4'e göre kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbarın gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesi gerekir. Ancak bu hüküm özel soruşturma usulünde geçerli değildir. Kamu görevinin yürütülmesiyle ilgili görev suçlarında kanun koyucu özel soruşturma usulü öngördüğünde; söz gelimi avukatlar, noterler, hâkim ve savcılar hakkında yapılan soruşturmalarda Cumhuriyet Başsavcılığı soruşturma işlemlerinin yürütülmesinde yetkili değildir. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında adli soruşturma yürütülmesinde de Cumhuriyet Başsavcılığı yetkili değildir. Yüce Divan yargılamasında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı havale organı vazifesi görmektedir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının yetkisi 6216 sayılı Kanun m. 57/4'te duruşmada savcılık görevinin ifası şeklinde belirlenmiştir.

CMK'ye göre suç işlendiği yönünde izlenimin (basit şüphenin) oluşmasıyla soruşturma evresi başlamaktadır. Adli soruşturmanın ilk sınırı basit şüpheye erişme aşamasıdır. Cumhuriyet savcısının yetkili kılınmadığı, AYM üyeleri hakkında öngörülen usulde olduğu gibi iddianame<sup>8</sup> düzenlemeye yetkili Soruşturma Kurulu'nun ihbarla suçtan haberdar olması söz konusu olabilmektedir. İhbar ve şikâyetin yapılacağı mercilerin düzenlendiği CMK m. 158 hükmünde bu kişi ve mercilerden bahsedilmemektedir.

---

<sup>8</sup> Söz konusu kanuni düzenlemede kullanılan iddianame ifadesi gerçek anlamda iddianamenin fonksiyonları karşılayacak nitelikte değildir (Caner Gürühan/Hatice Perктаş-Yavuz/H. Emre Sofuoğlu, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianame Yerine Geçen Belge Kavramı", Yargıtay Dergisi, Cilt:48, Sayı:2, 2022, 435-532, s. 484). Kanaatimizce kanunda ifade edilen iddianame, iddianame yerine geçen belge fonksiyonunu ifa etmektedir. Aksi görüş ise kanunda açıkça iddianame düzenlenmesinden söz edildiği için bu belgenin iddianame yerine geçmediğini savunmaktadır. Bkz. Gürühan/Perктаş Yavuz/Sofuoğlu, s. 484.

Yargıtay, Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulmasına karar vermiştir. Kanaatimizce burada soruşturma yürütmekle görevli makam Anayasa Mahkemesi Genel Kuruludur (6216 sayılı Kanun m. 16/1). Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın Türkiye Başsavcılığı gibi bir misyonu ve yetkisi bulunmamaktadır. Yetkisi tüm ülkeye şamil bir başsavcılık örgütlenmesi kanunda öngörülmüş değildir. Yargıtay Cumhuriyet Savcılığı süper savcılık makamı yahut Türkiye Başsavcılığı da değildir. Bu nedenle suç duyurusunun Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesi gerekirdi.

### **3. Hukuki Probleme İlişkin: Anayasa Mahkemesi Üyeleri Hakkında Suç Duyurusunda Bulunulduğunda Soruşturma Kurulunun Teşekkülü Mümkün Olabilecek Midir?**

6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m. 16'da Anayasa Mahkemesi başkanının ve üyelerinin görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçları ve kişisel suçları için soruşturma açılmasının AYM Genel Kurulu'nun kararına bağlı olduğu düzenlenmiştir. Başkanın gereken hâllerde işi Genel Kurula götürmeden önce üyelere birine ön inceleme yaptırabileceği; soruşturma açılmasına yer olup olmadığının belirlenmesi için gerekli incelemeyi yapmak üzere görevlendirilen üyenin de incelemesini tamamladıktan sonra durumu bir raporla Başkana bildireceği belirtilmiştir.

Genel Kurul, soruşturma açılmasına yer olmadığına karar verirse bu karar, ilgili üye ile ihbar ve şikâyette bulunanlara tebliğ edilir. Soruşturma açılmasına karar verildiği takdirde Genel Kurul, üyeler arasından üç kişiyi Soruşturma Kurulunu oluşturmak üzere seçer. Soruşturma Kurulu soruşturma sonunda kamu davasının açılmasına gerek görmezse kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verir. Kurul, kamu davası açılmasını gerekli görürse düzenleyeceği iddianameyi ve dosyayı görevleriyle ilgili suçlarda Yüce Divan sıfatıyla yargılama yapmak üzere Anayasa Mahkemesi'ne, kişisel suçlarda ise Yargıtay ilgili ceza dairesine tevdi olunmak üzere Başkanlığa gönderir. Soruşturma Kurulunun vereceği kararlar şüpheliye ve varsa şikâyetçiye

tebliğ olunur (6126 sayılı Kanun m. 17/4, m. 21/1-f; Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü m. 15/2).

Soruşturmaların yürütülmesinde görev alan yetkililerin ve tüm karar vericilerin soruşturma yapılan olayla ilgili kişilerden bağımsız olması gerekmektedir.<sup>9</sup> Kanun koyucu AYM üyelerinin yargılanmasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) etkili soruşturmada sağlanması gereken bağımsızlık ve tarafsızlık kriterine oldukça aykırı bir usul belirlemiştir. AYM de soruşturmayı yürütenle şüpheli arasında bulunan kurumsal bağın etkili soruşturmanın bağımsızlığını zedeleyeceğini ifade etmektedir.<sup>10</sup> Hiyerarşik veya kurumsal bağlantıların yokluğundan ziyade pratik anlamda bağımsızlık da önem arz etmektedir.<sup>11</sup>

AİHM *Buntov/Rusya*<sup>12</sup> kararında soruşturmanın bağımsız olması gerektiğini ve soruşturmayı yürütenlerin olaya karıştığı iddia edilen kişilerle aynı departmanın üyeleri olduğu durumlarda soruşturmanın bağımsız olmadığını kabul etmiştir. Mahkeme, soruşturmanın bağımsızlığının sadece hiyerarşik veya kurumsal bir bağlantının yokluğunu değil, aynı zamanda pratik açıdan bağımsızlığı da barındırdığını ifade etmektedir.

Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'nun birlikte çalıştığı aynı kurumda yer alan üyelerin yargılanabilmeleri noktasında karar verici olarak tayin edilmesi doğru olmamıştır. Ayrıca üyelerin çoğunluğunun suç işlediği iddiasında söz konusu muhakeme usulü kendi içinde işlerlik kazanamaz hâle gelecektir. Şerafettin Can ATALAY hakkında hak ihlalinin kabulü yönünde oy kullanan üyeler hakkında suç duyurusunda bulunulduğu için karşı oy kullanan üyelerin bu kişiler hakkında özel soruşturmayı yürütmesini beklemek makul olmayacaktır.

---

<sup>9</sup> Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku III, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, 1561.

Bağımsızlığın soruşturmada önemi için bkz. AİHM *Ramsahai ve Diğerleri/Hollanda Başvurusu*, Başvuru No: 52391/99 ve Tarih: 15.05.2007; AYM, *Cemil Danışman Başvurusu*, Başvuru No: 2013/6319 ve Tarih: 16.7.2014.

<sup>10</sup> AYM, *Sırrı Yeni Başvurusu*, Başvuru No: 2017/34153 ve Tarih: 24.5.2023.

<sup>11</sup> Ünver - Hakeri, Cilt III, s. 1562.

<sup>12</sup> Başvuru No: 27026/10 ve Tarih: 5.6.2012.

Bu ise AİHM'nin öngördüğü bağımsızlık ve tarafsızlık kriterinin ne denli önemli olduğunu ortaya koymaktadır. Mevzuatta Soruşturma Kurulunu Genel Kurul'un tayin edeceği belirtilmiştir. Suç duyurusunun, AYM'nin *Şerafettin Can ATALAY 2* kararında ihlal kararı veren üyeler için yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu noktada Soruşturma Kurulu'nun söz konusu kararda karşı oy kullanan Muammer TOPAL, Yıldız SEFERİNOĞLU, Basri BAĞCI, İrfan FİDAN ve Muhterem İNCE tarafından mı seçilmesi gerekecektir? Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, Başkan veya başkanvekilinin başkanlığında en az on üye ile toplanmaktadır (6216 sayılı Kanun m. 21/1). Kararda ise dokuz üye hakkında suç duyurusunda bulunulduğu anlaşılmaktadır. Bu noktada toplantı yeter sayısının sağlanması mümkün görünmemektedir. Kaldı ki Başkan da ihlal kararına imza atan diğer üyeler arasındadır. Bu yönüyle Yüce Divan muhakemesi için Başkan'ın Kanun'da kendisine verilen vazifeleri yerine getirmesi fiilen imkânsızdır.

#### **4. Hukuki Probleme İlişkin: Yüksek Mahkeme Üyelerinin Verdikleri Karar Nedeniyle Haklarında Suç Duyurusunda Bulunulmasının Olası Sonuçları Nelerdir?**

Türkiye Cumhuriyeti'nde negatif kanun koyuculuk gibi önemli bir görev ifa eden Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında görevlerinin ifası kapsamında suç duyurusunda bulunulması ve özellikle bunun Yargıtay tarafından yapılmış olması, uluslararası camiada yargı bağımsızlığı ve AYM'nin etkililiği noktasında olumsuz sonuçlar doğurma potansiyelini haizdir. Bu yönüyle Türk yargısının sorgulanır kılınması, hem ulusal hem de uluslararası camiada Türk yargı sisteminin zayıf ve kırılabilir şeklinde algılanmasına sebep olabilecektir. Bu ise hiç kimsenin yararına olmayacaktır. Bu potansiyel olumsuz sonuçlardan en önemlisi, AYM bireysel başvuru yolunun etkililiğinin sorgulanabilir kılınmasıdır.

Hak ihlaline yönelik kanun koyucu tarafından öngörülen idari ve yargısal yolların tüketilmesi ve sonuç elde edilememesi neticesinde son çare olarak AYM'ye bireysel başvuruda bulunulabilir.<sup>13</sup> AİHM'ye başvurunun ön koşullarından birisi de bu kapsamda iç hukuk yolunun

<sup>13</sup> Ünver/Hakeri, Cilt III, s. 2549; Centel/Zafer, s. 979-981.

tüketilmiş olmasıdır.<sup>14</sup> Ancak iç hukuk yollarının etkisiz olması hâlinde AİHM bu koşulun varlığını göz ardı edip esasa yönelik doğrudan inceleme gerçekleştirmektedir. Özellikle bireysel başvuru yolunun etkisiz olması başvurunun kabul edilebilirliği noktasında aranan bu koşulu bertaraf etmektedir.<sup>15</sup> Tüketilmesi beklenen yolların sorunun çözümü noktasında makul bir başarı ve çözüm tarzı sunabilecek yeterlikte olması gerekmektedir.<sup>16</sup> AİHM de *Fil LLC v. Ermenistan* kararında<sup>17</sup>, AİHM'nin Sözleşmenin 13. maddesinin özünün, Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerin ne şekilde güvence altına alındığı önem arz etmeksizin ulusal düzeyde korunmasını ve ihlalin giderilmesini sağlayacak bir hukuk yolunun mevcudiyetini güvence altına aldığını vurguladığını ifade etmiştir.<sup>18</sup>

İç hukuk yollarının tüketilmesi şartı kapsamında AİHM bireysel başvurunun ikincillik<sup>19</sup> özelliğinin istisnası olan iç hukuk yollarının etkisizliğine bağlı doğrudan AİHM'ye başvuru imkânı, bir ülkenin hukuk düzeninde görünüşte adillığe büyük zarar verme potansiyelini

---

<sup>14</sup> Centel/Zafer, s. 979-980.

<sup>15</sup> Sevtap Yokuş, "Türkiye'den Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Başvuruda İç Hukuk Yolu Olarak Anayasa Mahkemesi", İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2, 2016, 33-50, s. 37.

<sup>16</sup> Ünver/Hakeri, s. 25.49

<sup>17</sup> Başvuru No: 18526/13, Tarih: 31/04/2019, §§ 46.

<sup>18</sup> Etkili başvuru hakkının düzenlendiği 13. madde "Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerin iç hukuk düzeninde ne şekilde güvence altına alınmış olurlarsa olsunlar, özlerinin uygulanması için ulusal düzeyde bir hukuk yolunun mevcudiyetini" güvence altına alır. AİHM *Soering/Birleşik Krallık* Kararı, Başvuru No:14038/ 88, Tarih: 7.7.1989. Cristina Teleki, *Due Process and Fair Trial in EU Competition Law*, Brill/Nijhoff, Boston, 2021, s. 279.

<sup>19</sup> İç hukuk yollarının tüketilmesi şartı kapsamında ikincillik ilkesi, uluslararası örgütlerin tali ve tamamlayıcı niteliğini teyit eden bir uluslararası hukuk ilkesidir. Angel Gabriel Cabrera Silva "The Exhaustion of Domestic Remedies And The Notion Of An Early Stage in The Case of Brewer Carías. Is The Inter-American Human Rights System At Risk?", *Mexican Law Review*, Cilt: 8, Sayı: 2, 2016, 151-168, s. 155.



haizdir. AİHM'nin ikincilik özelliğinin bertaraf edilmesi, o hukuk sisteminin adil işleyip işlemediği noktasında da büyük bir eleştiridir.<sup>20</sup>

Anayasa Mahkemesi kararlarının uygulanmaması ve hatta üyelerin, herkes için bağlayıcı nitelikte verdikleri karar kapsamında suç duyurusuna muhatap olmaları, AYM'nin bireysel başvuru yolunun özellikle benzer nitelikteki başvurularda etkisiz nitelikte görülmesi tehlikesi doğurabilecektir. AYM kararlarının uygulanmaması ayrı bir konu olarak değerini korumakla birlikte AYM üyelerini, yargı yetkisini kullanmaları noktasında suç duyurusuna muhatap kılmak başlı başına bir ülkenin yargı teşkilatına olan güveni sarsıcı ve zedeleyici nitelikte olmasıyla büyük bir tehlike arz etmektedir. Türk yargı sisteminin görünüşte adilliğini, AYM üyeleri hakkında suç duyurusunda bulunmakla hem ulusal hem de uluslararası alanda eleştiriye konu etmek doğru olmayacaktır.<sup>21</sup>

AİHM; Aydın ve Diğerleri/Türkiye<sup>22</sup> kararında başvuranların, şikâyetlerine ilişkin Türkiye'de telafi imkânı sağlayabilecek etkin bir iç hukuk yolu olmadığını ve sadece teoride mevcut olan hukuk yollarının tüketilmesinin kendilerinden beklenemeyeceğine yönelik iddialarını incelemiştir. AİHM, başvuranların, Akdınar ve Diğerleri/Türkiye kararına atıfta bulunarak, kendi özel koşulları göz önünde bulundurulduğunda iç hukuk yollarının etkisiz kaldığını ve bu sebeple

<sup>20</sup> "Devletler, kendi hukuk sistemleri aracılığıyla meseleleri düzeltme fırsatı bulmadan önce, eylemlerinden dolayı uluslararası bir organ önünde hesap vermektan muaf tutulurlar. Bu kural, Sözleşme'nin 13. maddesinde düzenlenen ve Sözleşme hükümlerinin ulusal hukuka dahil edilip edilmediğine bakılmaksızın, iddia edilen ihlalle ilgili olarak ulusal sistemde etkili bir hukuk yolunun mevcut olduğu varsayımına dayanmaktadır. Böylece Sözleşme tarafından oluşturulan koruma mekanizmasının, insan haklarını koruyan ulusal sistemlere ikincil nitelikte olması, ilkenin önemli bir yönünü sergilemektedir." AİHM, Akdınar ve Diğerleri/Türkiye Başvurusu, Başvuru No: 21893/93 ve Tarih: 16/09/1996.

<sup>21</sup> Dış basında bu husus "eşi benzeri görülmemiş bir adım" olarak değerlendirilmiştir. Reuters, "Turkey's top appeals court files complaint against constitutional court judges", 8 Kasım 2023, <https://www.reuters.com/world/middle-east/turkeys-top-appeals-court-files-complaint-against-constitutional-court-judges-2023-11-08/> Erişim Tarihi: 30.1.2024

<sup>22</sup> Başvuru No: 63130/15, 63133/15 vd., ve Tarih: 12/03/2019, ŞŞ 61-67.

söz konusu koşulların kendilerini mevcut iç hukuk yollarını tüketme zorunluluğundan muaf tuttuğu iddiasının temeli olduğuna hükmetmiştir. Ancak Türkiye’de iç hukuk yollarının etkisiz olduğuna hükmetmemiş, iddiayı temelden yoksun bulmamıştır. Sözleşmeci Devletlerin, sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini uygulamaları konusuna ilişkin nihai denetim yetkisinin devam ettiğini vurgulamıştır. AİHM; Anayasa Mahkemesi’ne başvuranlar tarafından yapılan bireysel başvuruların incelenmesinin usule uygun olmayan bir şekilde uzatılması ya da şikâyetlerin Sözleşmenin ilgili hükümlerinin gerekliliklerine uygun olarak incelenmemesi gibi daha sonradan meydana gelen gelişmelerin, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yolunun etkili olduğuna dair bir şüphe yaratması hâlinde bu durumun başvuranları AİHM’ye yeni bir başvuru yapmaktan alıkoymayacağını ifade etmiştir. Bu kararınla AİHM, AYM’ye bireysel başvurunun somut dava özelinde etkili bir başvuru yolu olduğuna karar vermiştir. Ancak yine de etkisizlik ile ilgili bir veriye ulaştığında bu yolun etkisiz olarak değerlendirilebileceğini ve doğrudan AİHM’ye başvuru yapılabileceğini şerh düşmüştür. Bu karar, AYM üyeleri hakkında suç duyurusunda bulunulmasının ileride AYM’ye bireysel başvuru yolunun etkisiz olup olmadığı incelemesinde Türkiye aleyhine kullanılacak bir veri niteliği taşıdığına göstergesidir. Böylece AİHM’nin herhangi bir somut olayda etkililik iddiasını incelerken bu hususu bir argüman olarak kullanıp benzer diğer taleplerde de AYM’ye başvuru yolunun artık etkisiz olduğu yargısına varma tehlikesi, her zaman için önemli bir sorun olarak karşımıza çıkabilecektir.

Ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturmakla beraber AYM’nin özellikle hükmün açıklanmasının geriye bırakılması kurumunu uygulamadaki hatalar üzerinden değerlendirip hukuk dünyasından kaldırması gibi *Şerafettin Can Atalay 2* kararında varlık sebebini oluşturan Anayasa’yı eleştirmesi ve milletvekili dokunulmazlığının istisnası olan Anayasa m. 14 hükmünü göz ardı etmesinin yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Ancak pozitif hukuk sistemimizde AYM’nin kararlarını eleştirmek dışında herhangi bir denetim mekanizması öngörülmemiştir. Burada çözüm mercii Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) ve yürütmenin tek başına kendisi olan Cumhurbaşkanıdır. AYM’nin yargı yetkisini aştığı düşünülüyorsa

bunun çözümü Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında aranmamalıdır. Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Anayasa m. 104/2 kapsamında anayasanın uygulanmasını ve Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını temin etmekle yükümlü Cumhurbaşkanı gerekli inisiyatifi almalı ve çözüm için bu makamlara başvurulmalıdır. Nihayetinde yürürlükte olan Anayasaya aykırı davranılmamalıdır.

## SONUÇ

Anayasa m. 153/6 gereği Anayasa Mahkemesi kararları yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar. İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi (13 No'lu) ve Yargıtay 3. Ceza Dairesi açık Anayasa hükmü karşısında AYM kararına uymamıştır. AYM, her ne kadar tartışmalı kararlara imza atsa da (Hükmün açıklanmasının geriye bırakılması kurumunu uygulamadaki hatalar üzerinden eleştirip hukuk dünyasından kaldırmak ve Şerafettin Can Atalay 2 kararında milletvekili dokunulmazlığının istisnası kapsamında, kendi varlık sebebini oluşturan anayasayı yetkisi olmadığı hâlde eleştirip 14. maddeyi yok saymak gibi) pozitif hukuk sisteminde kararlarının uygulanması anayasal ve yasal bir gerekliliktir. Bu konu başlı başına ayrı bir çalışma konusu oluşturmaktaysa da çalışmamız ile irtibatlıdır.

Yargı yetkisinin kullanımı noktasında AYM üyeleri hakkında suç duyurusunda bulunulmuş olmasının hukuk sistemimizde birçok sorunu beraberinde getirdiği görülmektedir. Öncelikle suç duyurusunda fiilin hangi suçu oluşturduğu ve AYM üyelerinin ne ile suçlandığının kamuoyu tarafından bilinmesi, kamu yararındır. Ancak Yargıtay bu noktada sadece AYM'nin yargı yetkisini aştığı ve yargısal aktivizm yaptığına yönelik değerlendirmelerini ifade etmekle yetinmiştir. İkinci olarak özel soruşturma usulünde suç duyurusunun yapılacağı makamın hatalı belirlenmesi söz konusudur. 6216 sayılı Kanun ve CMK m. 158 kapsamında suç duyurusunda bulunulacak ve soruşturma ile yetkili olacak olan makam Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı değil Anayasa Mahkemesi Başkanlığıdır. Üçüncü olarak yapılan suç duyurusunun özel soruşturma usulünü yürütmede etkisizliği ve kanun koyucunun söz konusu özel soruşturma usulünü düzenlerken kanun koyuculuk ödevinin bir gereği olarak ileri görüşlülük sergileyememesi gündeme

gelmektedir. Çok sayıda AYM üyesi hakkında suç duyurusunda bulunulması ihtimalinde 6216 sayılı Kanuna göre Soruşturma Kurulunun teşekkülünün mümkün olamaması dikkat çekicidir. AYM Genel Kurulunun toplantı yeter sayısının on üye olması, bu usulün etkili bir şekilde işlemesini engellemektedir. İlaveten söz konusu usul, aynı kurum içinde çalışan kişilerin birbirleri hakkında muhakeme işlemleri yürütmede yetkili kılınması noktasında AİHM'nin belirlediği etkili soruşturma yükümlülüğünde bağımsızlık ve tarafsızlık kriteriyle açıkça çelişmektedir.

Son olarak AYM üyeleri için suç duyurusunda bulunulması, bu aşamadan itibaren benzer olaylarda AİHM'ne başvuruda iç hukuk yollarının tüketilmesi şartının aranmaması sonucunu doğurabilecektir. Bu tehlike artık AYM'nin etkili bir başvuru yolu olmadığı değerlendirmesiyle AİHS'de düzenlenen hakların ihlalinde AİHM'ye bireysel başvuru yoluna doğrudan gidebilme imkânı verebilir. Bu ise ulusal ve uluslararası camiada Türk halkının zararına ve Türk yargısının görünüşte adilliğine hanel getirecek nitelikte bir sonuç doğurabilecektir. AYM'nin yargı yetkisini aştığı düşünülüyorsa bunun çözümü Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında değil Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Anayasa m. 104/2 kapsamında anayasanın uygulanmasını ve Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını temin etmekle yükümlü Cumhurbaşkanıdır. Böylesi yüksek mahkeme üyeleri hakkında yargı yetkisinin kullanımı noktasında suç duyurusu gibi işlemler yüksek yargı mercileri arası güç yarışı gibi algılanabilecek ve bu husus kimsenin yararına olmayacaktır.

## EXTENDED SUMMARY

*In the decision of Şerafettin Can ATALAY 2, the Constitutional Court ruled with a majority of votes that the right to be elected and to engage in political activities guaranteed under art. 67 of the Constitution and the right to personal liberty and security guaranteed under art. 19 of the Constitution were violated for the applicant who applied for individual application upon his request to benefit from parliamentary immunity was not fulfilled. In the case that constitutes the basis for the decision of the 3rd Chamber for Criminal Matters of the Court of Cassation numbered 2023/12611 File no., 2023/Other issues and 8.11.2023 dated, the decision of the Constitutional Court on the violation of rights (Şerafettin Can ATALAY 2) upon the individual application of Şerafettin Can ATALAY to the Constitutional Court was subject to examination. The 3rd Chamber for Criminal Matters of the Court of Cassation has decided not to comply with the Constitutional Court's ruling in the Şerafettin Can ATALAY 2 judgment on retrial to benefit from parliamentary immunity. This decision, the 3rd Chamber for Criminal Matters of the Court of Cassation filed a criminal complaint with the Chief Public Prosecutor's Office of the Court of Cassation against the members who voted on the violation of rights in the Şerafettin Can ATALAY 2 application, on the grounds that the Constitutional Court unlawfully exceeded the limits of its jurisdiction by violating the provisions of the Constitution and engaged in judicial activism. This decision of the Court of Cassation raises many questions and problems. This study is based on four main questions. First of all, it has been discussed whether the alleged criminal act should be clearly stated when filing a criminal complaint against the members of the Constitutional Court. In its decision, the 3rd Chamber for Criminal Matters of the Court of Cassation merely expressed its assessment that the Constitutional Court exceeded its judicial authority and engaged in judicial activism, but did not explicitly state the fact of the crime. It has been concluded that it is in the public interest that the public should know what crime the incident subject to the criminal complaint constitutes and what the members of the Constitutional Court are accused of. Secondly, in special investigation procedures regulated in the legislation, such as the investigation of the members of the Constitutional Court, an answer was sought to the question to which authority the criminal complaint should be filed. In the case*

*of the members of the Constitutional Court, it was investigated to which authority the criminal complaint should be filed. Considering that the Chief Public Prosecutor's Office of the Court of Cassation is not a super prosecutor's office or a prosecutor's office of Turkiye, it has been concluded that the authority that will be authorized to file a criminal complaint and conduct an investigation within the scope of Law No. 6216 and art. 158 of the Criminal Procedure Code is the Presidency of the Constitutional Court, not the Chief Public Prosecutor's Office of the Court of Cassation. Thirdly, the manner in which the investigation of the members of the Constitutional Court should be conducted is analyzed. Within the scope of the regulations in the legislation, attention was drawn to the ineffectiveness of the criminal complaint in conducting the special investigation procedure for the members of Constitutional Court and the failure of the legislator to exhibit farsightedness as nomothete obligation while regulating the special investigation procedure in question. When criminal complaints are filed against a large number of Constitutional Court members, it is not possible to form an Inquiry Board according to Law no. 6216. Accordingly, it was concluded that the fact that the quorum of the General Assembly of the Constitutional Court is ten members prevents the effective functioning of this procedure and that this procedure clearly contradicts the criterion of independence and impartiality in the obligation of effective investigation set by the ECtHR in terms of authorizing persons working within the same institution to conduct judicial proceedings against each other. Finally, it sought answers to the questions of what potential problems the criminal complaint filed by the 3rd Chamber for Criminal Matters of the Court of Cassation against the members of the Constitutional Court would cause in a society that has adopted the rule of law principle and in the international community. With this criminal complaint, attention has been drawn to the danger that, from this stage onwards, the requirement of exhaustion of domestic remedies in the application to the European Court of Human Rights in similar cases may not be required. It is concluded that this danger may result in the harm of the Turkish people and the pseudo-fairness of the Turkish judiciary in the national and international community and that if it is considered that the Constitutional Court has exceeded its jurisdiction, the solution is not in the Chief Public Prosecutor's Office of the Court of Cassation, but in the Grand National Assembly of Turkey and the President of the Republic, who is obliged to ensure the implementation of the Constitution and the orderly and*

*harmonious functioning of the State organs within the scope of art. 104/2 of the Constitution. It has been argued that procedures such as criminal complaints against members of the supreme court in the exercise of judicial power may be perceived as a power struggle between the supreme judicial authorities, and that this may harm pseudo-fairness.*

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

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

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

**Peer-Review:** Externes Peer-Review-Verfahren.

**Interessenkonflikt:** Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

**Finanzielle Unterstützung:** Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

**KAYNAKLAR**

- CABRERA SILVA Angel Gabriel, "The Exhaustion Of Domestic Remedies And The Notion Of An Early Stage in The Case of Brewer Carías. Is The Inter-American Human Rights System At Risk?", Mexican Law Review, Cilt: 8, Sayı: 2, 2016, 151-168.
- CENDEL, Nur/ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2022.
- DÜLGER Murat Volkan ve TAŞKIN Şaban Cankat, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.
- GÜRÜHAN Caner/PERKTAŐ-YAVUZ Hatice/SOFUOĞLU H. Emre, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianame Yerine Geçen Belge Kavramı", Yargıtay Dergisi, Cilt: 48, Sayı: 2, 2022, 435-532.
- MAHMUTOĞLU Fatih Selami/KARADENİZ Serra, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.
- TELEKİ Cristina, Due Process and Fair Trial in EU Competition Law, Brill/Nijhoff, Boston, 2021.
- TOROSLU Nevzat/FEYZİOĞLU Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt III, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- YOKUŞ Sevtap "Türkiye'den Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Başvuruda İç Hukuk Yolu Olarak Anayasa Mahkemesi", İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2, 2016, 33-50.
- YURTCAN Erdener, Ceza Muhakemesi Şerhi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.



### **Çevrimiçi Kaynaklar**

Reuters, "Turkey's top appeals court files complaint against constitutional court judges", 8 Kasım 2023, <https://www.reuters.com/world/middle-east/turkeys-top-appeals-court-files-complaint-against-constitutional-court-judges-2023-11-08/> Erişim Tarihi: 30.1.2024



## İcra ve İflâs Kanunu'nun Konutta Hacze İlişkin 79/A Maddesinin Değerlendirilmesi

### Bewertung des § 79/A des Exekutions- und Konkursgesetzes über die Beschlagnahme in der Wohnung

Doç. Dr. Nilüfer BORAN GÜNEYSU\*

#### ÖZ

*İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla İcra ve İflâs Kanunu'na 79. maddesinden sonra gelmek üzere 79/a maddesi eklenmiştir. İlgili maddede, konutta haczin nasıl yapılacağını düzenlenmiş ve konutta haciz yapılması icra mahkemesi kararına bağlanmıştır. İcra ve İflâs Kanunu'nda değişiklik öncesi, mahkeme kararı olmaksızın borçlunun konutuna girebilmekte hatta borçlunun bulunmaması halinde çilingir marifetiyle konuta girerek haciz işlemini gerçekleştirmekteydi. Mahkeme kararı olmaksızın borçlunun konutuna girilerek haciz yapılması, konut dokunulmazlığı hakkı ve özel hayatın gizliliğine açıkça aykırı olduğu belirtilerek eleştirilmekteydi. 05.04.2023 tarihinde Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla konutta haciz işleminin yapılması icra mahkemesi kararına bağlanmıştır. Bu çalışmada, İcra ve İflâs Kanunu'nda yer alan konutta haciz hükümleri ve bu hükümlerin yerinde olup olmadığı değerlendirilecektir.*

**Anahtar Kelimeler:** Konut Dokunulmazlığı, Konut, Haciz, Özel Hayatın Gizliliği, Anayasal Haklar.

---

\* Doçent Doktor, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı,  
E-Posta: nboran@anadolu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3268-3331.

## Evaluation of Article 79/A of the Execution and Foreclosure Law regarding Foreclosure on Residence

### ABSTRACT

*With the Law Amending the Enforcement and Bankruptcy Law and Certain Laws, Article 79/a has been added to the Enforcement and Bankruptcy Law following the 79. Article. The mentioned article regulates how the seizure at the residence will be made and the seizure at the residence was subjected to a decision of the execution court. Pursuant to the second paragraph of Article 80 of the Enforcement and Bankruptcy Law; if the debtor is not present at the place where the property is located at the time of seizure and it is not possible to have him present immediately, the seizure is made in the absence of the debtor. The execution office may enter the debtor's residence without a court order, and if the debtor is not present, the execution office may enter the residence with the help of a locksmith and carry out the seizure. Although the seizure by entering the debtor's residence without a court order is clearly contrary to the right to inviolability of the residence and the right to privacy, and has been criticised by the doctrine, it has not been subject to the decision of the Constitutional Court. On 05.04.2023, with the Law on the Amendment of the Enforcement and Bankruptcy Law and Certain Laws, which entered into force after being published in the Official Gazette on 05.04.2023, the seizure of the residence was subject to the decision of the execution court. In this study, the status of the seizure provisions in the Enforcement and Bankruptcy Law and whether this regulation is appropriate or not will be evaluated.*

**Keywords:** *The Right to Inviolability of the Residence, Residence, Enforcement, Right to Privacy, Constitutional Rights.*

## GİRİŞ

Konut dokunulmazlığı hakkı, Anayasa'nın 21. maddesinde düzenlenen temel haklardan biridir. İlgili maddede, kimsenin konutuna dokunulamayacağı ifade edilmiş ve hakkın nasıl sınırlandırılacağı düzenlenmiştir. Konut dokunulmazlığı hakkı, özel hayatın gizliliği ve korunması üst başlığının altında yer almaktadır. Bu nedenle konut dokunulmazlığı hakkı, özel hayatın gizliliği hakkı ile de bağlantılıdır. Cebrî icra hukukunda Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı mutlak anlamda geçerlidir. Anayasa'da temeli, kapsamı ve sınırlandırılması yer alan temel haklar, cebrî icra hukukunda da dikkate alınmalıdır. Konut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği hakkının, hem kanun hazırlama hem de kanunun uygulanmasında gözetilmesi gereken haklardandır.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 80. maddesinin ikinci fıkrası gereğince; borçlu, haciz sırasında malın bulunduğu yerde bulunmaz ve hemen bulundurulması mümkün olmazsa haciz borçlunun gıyabında yapılmaktaydı. İcra dairesi, mahkeme kararı olmaksızın borçlunun konuta girebilmekte hatta borçlunun bulunmaması halinde çilingir marifetiyle konuta girerek haciz işlemini gerçekleştirmekteydi. İcra ve İflâs Kanunu'nun konutta hacze ilişkin hüküm ve konutta haciz uygulamaları Anayasa'ya aykırı nitelikteydi ve öğretilerde de eleştirilmekteydi. İlgili eleştirileri dikkate alan kanun koyucu, 05.04.2023 tarihinde Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun<sup>1</sup> ile İcra ve İflâs Kanunu'na "Konutta Haciz" başlıklı madde eklenerek konutta haczin nasıl yapılacağını ve haczin icra mahkemesi kararı ile yapılacağını düzenlenmiştir. Konut olarak kullanılan yerde haciz yapılmasının icra mahkemesinin kararına bağlanması, konut dokunulmazlığı hakkı ve özel hayatın gizliliğinin korunması amacını taşımaktadır.

Bu çalışmada konutta hacze ilişkin hükümler değerlendirilerek, ilgili düzenlemenin yeterli olup olmadığı, yargıda iş yüküne ve

---

<sup>1</sup> 05.04.2023 tarihli ve 32154 sayılı Resmî Gazete (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/04/20230405-3.htm> ET: 06.12.2023).

tartışmalara yol açıp açmayacağı ile ilgili hükümlerin düzenleme amacına uygun olup olmadığı değerlendirilmeye çalışılacaktır.

## I. DEĞİŞİKLİK ÖNCESİ İCRA VE İFLÂS KANUNU'NDA KONUTTA HACİZ

05.04.2023 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'dan önce, konutta haciz işlemi mahkeme kararı aranmamaktaydı. İcra ve İflâs Kanunu'nun 80. maddesinin ikinci fıkrası gereğince; borçlu haciz sırasında malın bulunduğu yerde bulunmaz ve hemen bulundurulması mümkün olmazsa haciz borçlunun gıyabında yapılmaktaydı. İcra dairesi, mahkeme kararı olmaksızın borçlunun konuta girebilmekte hatta borçlunun bulunmaması halinde çilingir marifetiyle konuta girerek haciz işlemini gerçekleştirmekteydi. Özekes, diğer hukukî gerekçeleri yanında, uygulamada konutta haczin "taciz aracı" haline getirildiğini, alacağın tahsilden çok borçluyu zor durumda bırakıp rezil etmek amacını taşıdığını belirterek durumu haklı olarak eleştirmekte idi<sup>2</sup>.

Değişiklik öncesi İcra ve İflâs Kanunu'nda haczi yapan memurun yetkisi (İİK m. 80) ve haciz caiz olmayan mal ve haklara ilişkin hükümler bulunmaktadır (İİK m. 82, 83). Kanunda ev, konut veya yurt kavramlarına ilişkin olarak çeşitli hükümler yer almaktaydı; ancak ilgili hükümler, 7445 Sayılı Kanun'la getirilen düzenlenmeden farklı nitelikteydi. İcra ve İflâs Kanunu'nda borçlunun haline münasip evinin haczedilemeyeceği (İİK m. 82/I-12) düzenlenmiştir. Söz konusu bu düzenleme, haczi caiz olmayan mal ve haklar başlığında yer almaktadır. İlgili hükümde, borçlunun haline münasip evinin haczedilemeyeceğini; ancak evin kıymeti fazla ise bedelinden haline münasip bir ev alınabilecek miktarı borçluya bırakılmak üzere satılabileceği

---

<sup>2</sup> Muhammet Özekes, "Konutta Haciz ve Konut (Meskeniyet) Haczi Üzerine (Paket Paket Gelen Yargıya Eleştiri ve Değerlendirme)", 2023, <https://www.linkedin.com/in/muhammet-%C3%B6zekes-3b613b1a6/recent-activity/all/> (ET: 25.10.2023), s. 2.

düzenlenmiştir (İİK m. 82/III)<sup>3</sup>. İcra ve İflâs Kanunu'nda haline münasip ev, haczi caiz olmayan mal ve haklar kapsamında değerlendirilmektedir. Bu düzenleme, konutta haczin nasıl yapılacağını ilişkin hükümler içermemektedir. Burada, "konutun" (kanunun ifadesi ile haline münasip ev) haczedilip haczedilemeyeceği ile "konutta" haciz yapılıp yapılamayacağı sorununun ayrı şeyler olduğunu belirtmek gerekir. Konutun ya da Kanundaki ifade ile haline müsait evin haczedilememesi konusundaki tartışmalarla<sup>4</sup> konutta haciz yapılmasına ilişkin tartışmalar farklı şeylerdir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 137 ve 246'ncı maddeleri, aile yurtları hakkında Türk Medeni Kanunu hükümlerinin saklı olduğunu ifade etmektedir. Türk Medeni Kanunu gereğince, aile yurdu ve eklentileri hakkında, mahkeme eliyle yönetim hâli saklı kalmak kaydıyla, cebrî icra yoluna başvurulamaz (TMK m. 391). Aile yurdu ve eklentileri, maddî hukuka göre başkasına devri yasak olan mal ve haklardandır ve bu nedenle tamamı haczedilemeyen mal ve haklar kapsamında değerlendirilmektedir<sup>5,6</sup>. İlgili düzenlemeler, haczi caiz olmayan mal ve haklara yöneliktir. İcra ve İflâs Kanunu'nda 7445 Sayılı Kanun'dan önce

<sup>3</sup> Haline münasip evin haczine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Cenk Akil, "Yargıtay Kararları Işığında Haline Münasip Evin Haczedilmezliği (Meskeniyet) İddiası (İİK m. 82/12)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, Cilt 60, Sayı 4, s. 775 vd.; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin-Özkan/Muhammet Özokes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 173, Kn. 740-743.

<sup>4</sup> Bu konu da örneğin bkz. Muhammet Özokes, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2009 (İlkeler), 109 vd.

<sup>5</sup> Aile konutunun haczine ilişkin bkz. Murat Dönmez, "Aile Konutunun Haczi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2008, Sayı 77, s. 349 vd.; Muhammet Özokes/Pınar Çiftçi, "Anayasa Mahkemesinin Aile Konutunun Haczedilmezliği (Eşin Meskeniyet İddiası) Hakkındaki Kararı Çerçevesinde Tespit, Değerlendirme ve Eleştiriler", 2020, <https://blog.lexpera.com.tr/anayasa-mahkemesinin-aile-konutunun-haczedilmezligi-hakkındaki-karari-degerlendirme/> (ET: 25.11.2023).

<sup>6</sup> Aile konutunun haczine ilişkin bkz. Dönmez, s. 349 vd.; Özokes/Çiftçi, <https://blog.lexpera.com.tr/anayasa-mahkemesinin-aile-konutunun-haczedilmezligi-hakkındaki-karari-degerlendirme/> (ET: 25.11.2023).

konutta bulunan mal ve hakların haczinin mahkeme kararı ile yapılacağına ilişkin hüküm bulunmamaktaydı.

Türk İcra ve İflâs Kanunu gereğince mahkeme kararı aranmaksızın konutta girilebilmekte iken İcra ve İflâs Kanunu'nun mehazı olan İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda konutta hacze ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak İsviçre hukukunda borçluya en geç hacizden bir gün önce hacze gidileceği İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu'nun 91. maddesi gereğince bildirildiğini de unutmamak gerekir. İsviçre öğretisinde, mahkeme kararı olmaksızın konutta haciz işleminin açıkça Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına aykırılık teşkil ettiği ifade edilmektedir<sup>7</sup>.

İcra ve İflâs Kanunu'nun kaynağı olmamakla birlikte, hukuk sistemimize etkileri olan Alman hukukundaki duruma ayrıca bakılmasında yarar vardır. Alman Anayasası'nın 13. maddesi konut dokunulmazlığı hakkına ilişkindir, ilgili maddenin ilk fıkrasında "*konuta dokunulamaz*" ifadesiyle konut dokunulmazlığı açık olarak düzenlenmiştir. Maddenin devam eden fıkralarında konuta ancak mahkeme kararıyla girilebileceği ve bu durumun istisnaları düzenlenmiştir. Alman takip hukuku konusundaki düzenlemelerin yer aldığı Medenî Usûl Kanunu'nun 758. maddesine göre ise icra memuru, borçlunun evini ve kasasını arama yetkisine sahiptir. Bu kapsamda icra memurunun giriş kapılarını, oda kapılarını ve konteynerleri vs. açtırma yetkisi bulunmaktadır. İcra memurunun yetkisi değerlendirildiğinde aslında Almanya'daki anayasal düzenleme ile kanundaki hacze ilişkin icra memurunun yetkisine ilişkin düzenleme Ülkemizle hemen hemen aynıdır. Ancak 1979 yılında Alman Anayasa Mahkemesi, Alman Usûl Kanunu'nun 758. maddesinin borçlunun konut dokunulmazlığını ihlâl

---

<sup>7</sup> Isaak Meier, *Das Verwaltungsverfahren vor den Schuldbetreibungs- und Konkursbehörden Beschwerdeverfahren nach Art. 17ff. SchKG und Verfahren zum Erlass einer Verfügung*, Schulthess Juristische Medien, Züriche, 2002, s. 12; Isaak Meier/Claudia Wyss, "Aktuelle Probleme der Zwangsvollstreckung aus Sicht des schweizerischen und türkischen Rechts", *Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs*, 2010, Sayı 1, s. 22-23; Iqbal Yasmin, "SchKG und Verfassung-Dürfen die Grundrechte bei der Zwangsvollstreckung vernachlässigt werden?", *Aktuelle Juristische Praxis*, 2004, s. 627.



ettiğini, borçlunun konutuna ancak hâkim kararı ile girilmesi gerektiğine karar vermiştir<sup>8</sup>. Kararda, konutun kişi varlığının merkezi ve kişiliğin gelişmesi, şekillenmesi için özgür bir alan olduğu kabul edilmiştir. Kişinin kendi yaşam alanında huzurlu kalma hakkına sahip olduğu ve bu alana müdahalenin ağır bir müdahale teşkil ettiği ve mutlaka kanuna dayanması gerektiği ifade edilmiştir. Kanunî şartlarının bulunup bulunmadığı, ölçülülük ilkesinin dikkate alınıp alınmadığının ancak kanunî, tarafsız ve bağımsız bir hâkim kararı ile mümkün olacağı belirtilmiştir<sup>9</sup>.

İlgili değerlendirmelerden sonra Alman Medenî Usûl Kanunu'na 758/a maddesi eklenmiştir, Kanun'un 758/a maddesi gereğince, borçlunun konutuna ancak mahkeme kararı ile girilebilecektir. Kanun koyucu, konutta hacze ilişkin ana kuralını ve bu kuralın istisnalarını ayrıntılı olarak düzenlemiştir. İlgili maddede, icra memuruna geniş bir takdir yetkisi sağlamıştır. İcra memuru, borçlu ve borçluyla birlikte yaşayanlar için aşırı bir zorluk teşkil etmesi halinde veya sonuçla müdahale orantısızsa icra işlemini gerçekleştirmeyecektir<sup>10</sup>. Alman hukukunda borçlunun konutuna girilmesi mahkeme kararına bağlandığı gibi, üçüncü kişilerin durumu ve icra memurunun takdir yetkisi açıkça düzenlenmiştir. Alman hukukunda, konutta hacze ilişkin hükümlerin borçlu ve üçüncü kişiler bakımında ayrıntılı olarak düzenlenmesi, mahkeme kararının istisnalarına yer verilmesi dikkate değer niteliktedir. Kanun koyucunun alacaklı, borçlu ve üçüncü kişilerin menfaatlerini mümkün olduğunca dengelemeye çalıştığı görülmektedir.

---

<sup>8</sup> BVerfGE, 03.04.1979, 51, 97.

<sup>9</sup> Ramazan Arslan, "Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kararı: Bir Konutun Cebri İcra Araştırması İçin Hakim Kararı Koşulu", *Ankara Barosu Dergisi*, 1980, Sayı 3, s. 408-414; Özkes, *İlkeler*, s. 167-168.

<sup>10</sup> Rolf Lackmann, "ZPO § 758a Richterliche Durchsuchungsanordnung", (Hrsg.) Hans Joachim Musielak/Wolfgang Voit, *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar*, 20. Baskı, Verlag Franz Vahlen, München 2023, Rn. 1; Sabine Wesser, "Der Schutz der räumlichen Privatsphäre bei Wohnungsdurchsuchungen nach §§ 758, 758a ZPO", *Neue Juristische Wochenschrift*, 2002, s. 2138 vd.

## II. KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKI VE İCRA HUKUKU

Konut dokunulmazlığı hakkı, kişinin konut içerisinde huzur ve güven duygusuyla yaşamını sürdürme hakkı olarak ifade edilmektedir<sup>11</sup>. Konut dokunulmazlığı hakkı, Anayasa'nın 21. maddesinde yer alan temel haklardan biridir. Anayasa'nın 21. maddesinin ilk cümlesinde "*kimsenin konutuna dokunulamaz*" ifadesiyle konut dokunulmazlığı güvence altına alınmıştır. Anayasa'da kimsenin konutuna girilemeyeceği, arama yapılamayacağı ve burada eşyaya el konulamayacağı belirtilmiştir. İlgili maddede konut dokunulmazlığı hakkına müdahale de düzenlenmiştir. 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 usûlüne göre verilmiş hâkim kararı ile konuta girilebilecektir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde aynı sebeplere bağlı olarak kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri ile konuta girmek mümkündür. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulmak zorundadır. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklayacaktır; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkacaktır. Konut dokunulmazlığı hakkı, özel hayatın gizliliği ve korunması üst başlığı altında düzenlenmiştir. Konut dokunulmazlığı hakkı, özel hayatın gizliliği ve özel hayata saygı çerçevesinde değerlendirilmektedir<sup>12</sup>.

Anayasa'nın 11. maddesinin birinci fıkrası gereğince; Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları niteliğindedir. Hukuk diğer alanlarında olduğu gibi cebrî icra hukukunda da

<sup>11</sup> Suphan Olcay, "Konut Dokunulmazlığı Hakkı ve Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 6, Sayı 1, 2019, s. 225.

<sup>12</sup> Konut dokunulmazlığı hakkı için bkz. Tuncay Sümbül, *Anayasa ve Türk Ceza Kanunu Bakımından Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 15 vd.; Esra: Varol, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Konut Dokunulmazlığı Hakkı*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2008 (Konut Dokunulmazlığı), s. 10 vd.

Anayasa'nın üstünlük ve bağlayıcılığı mutlak anlamda geçerlidir. Bu nedenle temeli, kapsamı ve sınırlandırılması Anayasa'da yer alan temel hakların cebrî icra hukukunda da dikkate alınması gerekir. Temel haklara doğrudan müdahale eden hatta bazen zorlayan icra hukukunun uygulanması ve yorumlanmasında Anayasa'da düzenlenen temel hakların gözetilmesi zorunludur. İcra ve İflâs Kanunu'nun sadece yorumlanması veya uygulanmasında anayasal hakların dikkate alınması yeterli değildir. Anayasa'nın 11. maddesinin ikinci fıkrasında kanunların Anayasa'ya aykırı olamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Kanun koyucunun normlar hiyerarşisinde en üstte yer alan Anayasa'ya uygun kanunlar hazırlaması da gerekmektedir<sup>13</sup>.

Konut dokunulmazlığı uluslararası belgelerle de korunmaktadır<sup>14</sup>. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 12. maddesi gereğince; hiç kimse özel hayatı, ailesi, meskeni veya yazışması hususlarında keyfi karışmalara, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz bırakılamaz. Herkesin bu karışma ve tecavüzlere karşı kanun ile korunmaya hakkı bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması" başlıklı 8. maddesi, "*herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir*" ifadesi ile konut dokunulmazlığını koruma altına almıştır. Yine Birleşmiş Milletler Siyasal ve Medeni Haklar Sözleşmesi'nin 17. maddesi konut dokunulmazlığıya yöneliktir. Buna göre; hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfî veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz. Herkes bu tür saldırılara veya müdahalelere karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 14-15, Kn. 55-58; Özekes, İlkeler, s. 21-30. Mesut Köksoy, "Borçlunun Konutunda Haciz Yapılması (İİK m. 79/a)", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2024, Sayı 1, s. 336-337.

<sup>14</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Varol, Konut Dokunulmazlığı, s. 92 vd.; Olcay, s. 227-229.

<sup>15</sup> Çeşitli ülke anayasalarında konut dokunulmazlığı için bkz. Olcay, s. 229-233.

Mahkeme kararı olmaksızın konutta haciz uygulaması, Anayasa tarafından korunan konut dokunulmazlığı hakkına aykırıdır. Öğretide<sup>16</sup> de bu aykırılık ifade edilmekte idi<sup>17</sup>; ancak 7445 sayılı Kanun değişikliğine kadar konu, Anayasa Mahkemesi önüne soyut veya somut norm denetimi ile getirilmemiştir. Yine icra hukukunda konut dokunulmazlığı bireysel başvuru kararlarına da konu olmamıştır. Anayasa Mahkemesi, icra hukuku bakımından konut dokunulmazlığını değerlendirmemiştir<sup>18</sup>. Uygulamada konut dokunulmazlığı idare veya ceza hukukuna ait bir konu olarak görülmüş ve Anayasa Mahkemesi kararları da bu kapsamda yoğunlaşmıştır<sup>19</sup>.

Bu noktada Danıştay'ın 2007 yılında verdiği karar, konut dokunulmazlığı bakımından önem arz etmektedir. Kararda kolluk tarafından, kişilerin üstlerinin, eşyasının, araçlarının, özel kâğıtlarının, konut, işyeri ve eklentilerinin aranmasında uyulacak esas ve usûlleri kapsayan Adlî ve Önleme Aramaları Yönetmeliğin 8. maddesinde geçen

---

<sup>16</sup> Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar-Ayvaz/Emel Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 197; Özkes, *İlkeler*, s. 170-171; Arslan, s. 408 vd.; Mesut Köksoy, *İcra Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 198-199; Hakan Pekcanitez/Mehmet Emin Alpaslan, "Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mallarının Hacize İlişkin Sorunlar", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 20, Sayı 2, s. 298-299; Pınar Çiftçi, *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 103-104; Volkan Özçelik, *İcra Müdürünün Takdir Yetkisi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 167-169; Muhammet Özkes/Nilüfer Boran Güneysu, "KOVID-19 Salgınından Dolayı Alman Hukukunda Yargılama ve Takip Hukukuna İlişkin Hukukî Durum ile Özellikle İflâslar (Küllî İcra) Hakkındaki Düzenlemeye Genel Bakış", 2020, <https://blog.lexpera.com.tr/kovid-19-salginindan-dolayi-alman-hukukunda-yargilama-ve-takip-hukukuna-iliskin-hukuki-durum/> (ET: 29.11.2013); Sümeyye Hilal Üçüncü, *Medeni Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 76-80.

<sup>17</sup> Borçlunun konutuna zorla girilmesi ve hukukî güvenlik ilkesi için bkz. Köksoy, s. 196-200.

<sup>18</sup> Konut dokunulmazlığının önemi için bkz. Wesser, s. 2138.

<sup>19</sup> Özkes, *İlkeler*, s. 169.

“ilgilinin rızası” ifadesinin Anayasa’ya uygunluğu, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı çerçevesinde değerlendirilmiştir. Anılan karara göre, “...Anayasanın ‘Kişinin Hakları ve Ödevleri’ kısmında yer verilen ‘özel hayatın gizliliği’ ve ‘konut dokunulmazlığı’ dokunulamaz, devredilemez, vazgeçilemez kişiliğe bağlı temel haklardandır. Anayasa’nın 20’nci ve 21’inci maddelerinde bu hakkın hangi hallerde ve nasıl sınırlandırılabilirliği belirtilirken, anılan hakların ‘vazgeçilmez’ niteliği nedeniyle sınırlama usulleri içinde ‘ilgilinin rızası’na yer verilmemiştir. Gerek Anayasa’nın ilgili maddelerinde, gerek 5271 sayılı Yasada, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı ile kamu güvenliği arasında bir denge kurulmaya çalışırken, birey ile kolluk arasındaki güç dengesizliğinin, ilgilinin rızasını sakatlayabileceği endişesiyle, bu hakların, mümkün olduğunca yargı yerlerince verilen kararlarla sınırlanması esası benimsenmiştir. Anayasa’nın sıkı bir şekilde korumakla yetinmeyip, sınırlama ölçütlerini de sıkı kurallara bağladığı temel haklardan olan ‘özel hayatın gizliliği’ ve ‘konut dokunulmazlığı’ hakkından tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen ‘rıza’ müessesesinin bu hakların ihlâlini kolaylaştıracağı ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz kılabileceği açıktır” ifadesiyle devletin yetkili organlarının konuta müdahalesi için ilgilinin rızası yeterli görülmemiştir<sup>20</sup>.

İlgili karar, konut dokunulmazlığı, özel hayatın korunması ve hukuk devleti ilkesine Danıştay’ın bakış açısı bakımından önem arz etmektedir. Yargı örgütü kapsamında adlî-idarî yargı ayrımı bulunmakla birlikte, Anayasa ve Anayasa’da korunan temel haklar, tüm yargı organları için geçerlidir ve tüm yargı organlarını bağlamaktadır. İdarî yargıda rıza kavramının, konut dokunulmazlığı hakkından tümüyle vazgeçilmesi anlamına geleceği, rızanın ilgili hakların ihlâlini kolaylaştıracağı ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz kılabileceği tartışılırken; icra hukukunda konut dokunulmazlığına müdahalenin tartışılmaması dikkate değer niteliktedir.

<sup>20</sup> Danıştay, 10. D, T. 13.03.2007, E. 2005/ 6392, K. 2007/948 (Lexpera, ET: 29.11.2023).

### III. KONUTTA HACİZ

#### A. Konutta Hacze İlişkin Düzenleme

7445 sayılı Kanun'un 1. maddesi konutta hacze yöneliktir; ilgili madde gereğince, İcra ve İflâs Kanunu'na 79. maddesinden sonra gelmek üzere 79/a maddesinde konutta haciz düzenlenmiştir. Buna göre;

*“İcra müdürü, haciz yapılması talep edilen yerin konut olduğunu tespit ederse, bu yerde haciz yapılmasına karar verir ve bu kararı derhal icra mahkemesinin onayına sunar. Mahkeme, dosyanın tevdi edildiği tarihten itibaren en geç üç gün içinde dosya üzerinden yapacağı inceleme sonunda haciz yapılması talep edilen yerin konut olduğunun anlaşılması halinde kararın onaylanmasına kesin olarak karar verir. Bu kararın icra dairesine bildirilmesi üzerine haciz işlemleri yapılır. Haciz yapılması talep edilen yerin konut olmadığına anlaşılması halinde ise mahkeme, konutta haciz yapılmasına dair kararı kesin olarak kaldırır. Bu kararın icra dairesine bildirilmesi üzerine icra müdürü, mevcut haciz talebi hakkında yeniden karar verir. Mahkemenin onaylama kararı üzerine hacze gidilen yerin konut olmadığına anlaşılması halinde hacze devam olunur. Ancak konut olmadığı kabul edilen bir yerle ilgili verilen haciz kararı üzerine yapılan haciz işlemi sırasında, bu yerin konut olduğu anlaşılır ve borçlu da haczin yapılmasına rıza göstermez ise haciz işlemine son verilir ve müteakip işlemler hakkında birinci ve ikinci fıkra hükümleri uygulanır. İhtiyati haciz hakkında, bu madde hükmü uygulanmaz”.*

Bu düzenleme ile konutta haciz yapılması icra mahkemesi kararına bağlanmıştır. İlgili madde gerekçesinde “Konut, kişilerin temel insani ihtiyaçlarından olan barınma hakkının vücut bulduğu ve özel hayatını idame ettirdiği en önemli ve mahrem mekanıdır. 2002 sayılı Kanun uyarınca para ve ekonomik değeri bulunan malların haczi için borçlunun konutunda her türlü arama yapılabilmekte ve tespit edilen mallar haczedilerek muhafaza altına alınabilmektedir. Teklifte, haciz işlemi bakımından konut mahremiyetinin güçlendirilmesi amacıyla düzeltme yapılmakta ve konutta haciz yapılmasına ilişkin icra müdürü kararının, icra mahkemesinin onayıyla uygulanacağı hüküm altına alınmaktadır.” denilerek konutta yerde haciz yapılmasının icra mahkemesinin kararına bağlanması, temel insanî ihtiyaçlardan olan barınma hakkının vücut bulduğu ve özel hayatının idame ettirildiği en

önemli mahrem mekânlardan biri olan konutta haciz yapılması özel usûle tabi tutulduğu ve konut mahremiyetinin güçlendirilmesinin sağlandığı ifade edilmiştir.

### B. Koruma Altında Olan Konut Kavramı

Konutta haciz hükümlerinin değerlendirilebilmesi için öncelikle konut kavramının ne olduğunun tespit edilmesi gerekir. Türk Dil Kurumu konut kavramını; “*İnsanların içinde yaşadıkları ev, apartman vb. yer; mesken, ikametgâh*” şeklinde tanımlanmaktadır<sup>21</sup>. İcra ve İflâs Kanunu’nda genel olarak konut, ev, mesken gibi kavramlara ilişkin bir tanımlama bulunmamaktadır. Konut haczinin düzenlendiği İcra ve İflâs Kanunu’nun 79/a maddesinde de konut kavramı tanımlanmamıştır. Konut kavramı, çeşitli kanunlarda yer almakla birlikte ilgili kanunlarda da bir tanım yer almamaktadır. Örneğin Türk Borçlar Kanunu’nun çeşitli maddelerinde konut kavramı kullanılmakla birlikte (TBK m. 301, 315/II, 316/II vb.) bir tanımlama bulunmamaktadır<sup>22</sup>.

Türk Medeni Kanunu’nda da konut kavramı çeşitli maddelerde yer almaktadır (TMK m. 164, 186, 197/II vb.), ayrıca 194. ve 240. maddelerde, aile konutu ve ev eşyası başlığı ile düzenlemeler söz konusudur. Ancak Türk Borçlar Kanunu’nun aksine Türk Medeni Kanunu’nun gerekçesinde aile konutu kavramı “*eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir mekân*” şeklinde tanımlanmıştır<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> <https://sozluk.gov.tr/> (ET: 10.10.2023).

<sup>22</sup> Kanunun gerekçesinde de bir açıklama yer almamaktadır. “...Kiralanan taşınmazın niteliğine ilişkin olarak 6570 sayılı Kanun’un 1. maddesinde aranan musakkaf olma (çatılı, üstü örtülü ve duvarları bulunan) şartı da, 6098 sayılı Kanun’da konut ve çatılı işyeri olarak değiştirilmiştir. Ancak gerek konut kavramına gerekse çatılı işyeri kavramına ilişkin kanun maddesinde ve madde gerekçesinde herhangi bir açıklama getirilmemiştir...” Yargıtay, 12. HD, T. 11.11.2014, E. 2014/24460, K. 2014/26824 (Lexpera, ET: 10.10.2023).

<sup>23</sup> “...TMK’nın gerekçesinde aile konutu kavramı eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir mekân” şeklinde tanımlanmıştır. Aile konutu, eşlerin müşterek yaşamlarını sürdürmeleri için ayrılan ve aynı

Türk Ceza Kanunu 116. maddesinde konut dokunulmazlığının ihlali suç olarak düzenlenmiş; ancak konut kavramı açıklanmamıştır. Bu düzenlemelerden hareketle kanun koyucunun konut kavramını, yasal olarak tanımlamaktan kaçındığı ve bu kavramın içeriğinin uygulama tarafından oluşturulmasını istediği anlaşılmaktadır.

Kanunlarda yer alan bu bilinçli boşluğun yargı kararları ile doldurulmaya çalışıldığı görülmektedir. 2014 tarihli Ceza Genel Kurulu kararında konut kavramı, öğretide de dikkate alınarak “...kişinin ihtiyaçlarından bir veya bir kısmının yerine getirildiği, yani kişilerin yaşamsal faaliyetlerini geçirdikleri yer de (yemek yediği, misafirlerini ağırladığı yer) konut sayılır” (M.Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A.Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 12. bası, Ankara, Ekim 2012, s.323 vd); ‘Ceza hukukunda konut ile özel hukukta konut aynı anlama gelmezler. Ceza hukukunda konut kavramı daha geniştir. Ceza Hukukunda konut devamlı veya geçici olarak kalınan yerdir. Konutun yapısı, karakteri, şekli, genişliği önemli değildir. Önemli olan o yerin oturmaya veya aileye tahsis edilmesidir’ (Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınevi, 9 bası, Ankara, 2012 s. 281 vd); ‘Kanunun ev ya da ikametgah terimlerini kullanmamış olması bir tesadüf değildir. Ev terimi günlük dilde, etrafı çevrili ve üstü örtülü yerleri ifade eder. Bu anlamı ile kullanıldığında maddenin uygulama alanının daralacağı şüphesizdir. Yasa koyucu burada bilinçli olarak ikametgah terimini de kullanmış değildir. Zira ikametgah bir kişinin sürekli olarak yerleşmek niyetiyle ve fiilen bulunduğu yerdir. Böyle bir kabul de yine maddenin uygulama alanını daraltır. Buna karşılık konut terimi ise kişinin fiilen oturduğu yeri ifade eder. O halde konut teriminin kabulü dokunulmazlığının etki alanını mümkün olduğunca genişletmektedir...” şeklinde tanımlanmaya çalışılmış ve özel hukuktaki konut kavramı ile ceza hukukundaki konutun aynı anlama gelmediği ifade edilmiştir<sup>24</sup>.

---

konutta iki tarafın da yaşama hakkını güvenceye alan hukuksal bir kurumdur...” Yargıtay, 14. HD, T. 19.04.2021, E. 2020/3509, K. 2021/2907 (Lexpera, ET: 10.10.2023).

<sup>24</sup> Yargıtay, CGK, T. 20.05.2014, E. 2014/21 K. 2014/272. Benzer şekilde Yargıtay, 18. CD, T. 24.04.2018, E. 2017/7882, K. 2018/6022; Yargıtay, 18. CD, T. 04.03.2019, E. 2017/441, K. 2019/4172; Yargıtay, 2. CD, T. 17.01.2023, E. 2022/14093, K. 2023/177 (Lexpera, ET: 10.10.2023).



Aile konutunun değerlendirildiği 2011 yılında verilen Hukuk Genel Kurulu kararında konut, “...Konut, insanların kötü hava şartlarından, düşmanlarından, tehlikelerden korunduğu, dinlendiği, özel hayatını sürdürdüğü az veya çok kapalı ve güvenli barınaklardır. Kişinin barınmasına elverişli olan sürekli olmasa da, yerleşme amacıyla kullanılan taşınır veya taşınmaz bölümler de konut olarak nitelendirilebilir. Örneğin bir evin odası, otel odası, karavan, kulübe, gemi kamarası ve bunun gibi yerler de konut kavramı içinde değerlendirilebilir...” şeklinde açıklanmıştır<sup>25</sup>.

Anayasa Mahkemesi kararlarında konut kavramı, icra ve iflâs hukuku bakımından olmasa da tanımlanmaya çalışılmıştır. Anayasa Mahkemesi konut kavramını, “Konut kavramı genellikle özel yaşamın ve aile yaşamının geliştiği, maddi olarak belirlenmiş yer olarak tanımlanmaktadır. Öte yandan konut kavramı işyerlerini 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 değerlendirilmektedir. Bununla birlikte bütünüyle işe özgülümlenmiş yerler konut kavramı kapsamında görülemez” şeklinde değerlendirmektedir<sup>26</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında “konut” kavramını genellikle “özel yaşamın ve aile yaşamının geliştiği, maddî olarak belirlenmiş yer” olarak açıklanmaktadır<sup>27</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, konut kavramını iş yerlerini de kapsayacak şekilde görmektedir, bir kişinin mesleğini sürdürdüğü bürosunun, özel bir kişinin işlettiği şirketin faaliyetlerinin yürütüldüğü kayıtlı merkezin, tüzel kişilerin kayıtlı merkezlerinin, şubelerinin ve diğer iş yerlerinin bu kapsamda olduğunu ifade edilmiştir. Bununla birlikte bütünüyle işe

<sup>25</sup> Yargıtay, HGK, T. 28.09.2011, E. 2011/447 K. 2011/556; “...Öğreti ve uygulamada aile konutu kavramından; eş ve varsa çocukların sürekli olarak barınmak üzere kullanılan ve aile yaşamının yoğunlaştığı yerin anlaşılması gerekmektedir...” İstanbul BAM, 4. HD, T. 08.03.2018, E. 2017/1566, K. 2018/251(Lexpera, ET: 15.10.2023).

<sup>26</sup> AYM, Ayşegül Çengel Kömür ve Diğerleri, B. No: 2016/56228, T. 23.6.2020; AYM, Hasan Akboğa, B. No: 2016/10380, T. 27.03.2019 (Lexpera, ET: 15.10.2023).

<sup>27</sup> AİHM, *Giacomelli/İtalya*, B. No: 59909/00, T. 2.11.2006, § 76.

özgülenmiş yerlerin “konut” kavramı kapsamında olmadığı belirtilmiştir<sup>28</sup>.

İcra ve İflâs Kanunu’nda konut kavramı tanımlanmadığından diğer hukuk alanlarındaki konut tanımlaması dikkate alınabilir. Ancak yargı kararlarında da ifade edildiği gibi ceza hukukundaki konut ile özel hukuktaki konut, aynı anlama gelmemektedir. Kanımızca İcra ve İflâs Kanunu’nun 79/a maddesi gereğince konut kavramı değerlendirildiğinde, 2011 yılında verilen Hukuk Genel Kurulu kararında yer alan konut kavramı dikkate alınabilir. Buna göre konut; “insanların kötü hava şartlarından, düşmanlarından, tehlikelerden korunduğu, dinlendiği, özel hayatını sürdürdüğü az veya çok kapalı ve güvenli barınaklardır. Kişinin barınmasına elverişli olan sürekli olmasa da, yerleşme amacıyla kullanılan taşınır veya taşınmaz bölümler de konut olarak nitelendirilebilir. Örneğin bir evin odası, otel odası, karavan, kulübe, gemi kamarası ve bunun gibi yerler” konut kavramı içinde değerlendirilebilir. İcra ve İflâs Kanunu’nun 79/a maddesi gereğince konut, sadece meskeni ifade etmektedir, ilgili madde iş yerlerini kapsamamaktadır<sup>29</sup>.

Olması gereken hukuk bakımından, konut yanında işyerinde haciz yapılabilmesi için de mahkeme kararının aranması gerekir. Konutta haciz yapılmasında mahkeme kararının aranmasındaki temel düşünce, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkının korunmasıdır. Söz konusu haklar ve koruma, işyerleri bakımından da geçerlidir. Ayrıca temel bir hak olan konut dokunulmazlığı hakkının ceza, icra ve idare hukukunda farklı değerlendirilmesi, hukukî güvenlik ve belirlilik ilkesi ile çelişmektedir. Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında konut kavramı işyerlerini de kapsamaktadır. *Pekcanitez/Alpaslan* da konut dokunulmazlığının temel bir hak niteliğinde olduğunu, kişilerin konutları yanında iş yerlerinin de korunmasının gerektiğini belirtmektedir<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> AİHM, *Niemietz/Almanya*, B. No: 13710/88, T. 16.12.1992, § 30; AİHM, *Petri Sallinen/Finlandiya*, B. No: 50882/99, T. 27.12.2005, § 70.

<sup>29</sup> M. Ertan Yardım, “Konutta Haciz”, *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, 2023, Cilt 19, Sayı 56, s. 651.

<sup>30</sup> *Pekcanitez/Alpaslan*, s. 299. Ayrıca bkz. Özçelik, s. 162-163.

Bu nokta, özellikle pandemi döneminde sıklıkla karşılaşılan home-ofislerin de icra hukuku bakımından değerlendirilmesi gerekir. *Home office*, kendi işini yapan ya da bir şirkette çalışan kişilerin evlerinin bir bölümünü ofise çevirerek çalıştığı sisteme verilen isimdir. Yargı kararlarında home ofis kavramı kullanılmaktadır<sup>31</sup>. Ancak ilgili kararlar icra hukukuna ilişkin olmadığı gibi kararlarda da bu kavram tanımlanmamıştır. Öğretide home-ofisin varlığı halinde, ev ve ofis olarak kullanılan mekânın net olarak ayrılması halinde ofis olarak kullanılan kısımda haciz işlemi yapılabilmesi için mahkemeden karar alınmasına; ancak hem ev hem ofis olarak kullanılan mekân net bir şekilde ayıramayacak nitelikteyse, özel hayata ve mahremiyete saygı gereğince, mahkemeden onay alınmasının aranması gerektiğini ifade etmektedir<sup>32</sup>. Kanunun gerekçesinde temel insanî ihtiyaçlarından olan barınma hakkına ve özel hayatın gizliliği ilkesine dikkat çekildiği göz önünde tutularak, home-ofis niteliğindeki yerlerde de herhangi bir ayırım yapılmaksızın İcra ve İflâs Kanunu'nun 79/a maddesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz<sup>33</sup>.

Alman hukukunda konut kavramı, öncelikle bir evdeki olağan yaşam alanlarını içermektedir. Ancak konut kavramı aynı zamanda kiler, garaj, teras, balkon, merdiven ve koridor gibi yerleri de kapsamaktadır. Ayrıca yaşama amacıyla kullanılan otel odası, karavan, tekne, kalıcı çadır, konteynır, öğrenci yurtları ve huzurevlerindeki odalar da konut kapsamında değerlendirilmektedir<sup>34</sup>. Alman

<sup>31</sup> Bakırköy 3. Asliye Ticaret Mahkemesi, T. 10.09.2021, E. 2011/512, K. 2021/710; İzmir BAM, 9. HD, T. 10.11.2020, E. 2018/1288, K. 2020/1124; Yargıtay, 20. HD, T. 19.01.2016, E. 2015/14122, K. 2016/558; İstanbul BAM, 28. HD, T. 20.02.2020, E. 2017/3481, K. 2020/216 (Lexpera, ET: 15.10.2023).

<sup>32</sup> Seyhan Seyhan, "İcra ve İflâs Kanunu'nun 79/a Maddesi Uyarınca Konutta Haciz", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 14, Sayı 2, s. 416; Yardım, s. 652.

<sup>33</sup> Köksoy, Konutta Haciz, s. 350.

<sup>34</sup> Friedrich Schoch, "Die Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG", *Juristische Ausbildung*, 2010, Sayı 1, s. 23; Hans-Joachim Heßler, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 6. Baskı, Verlag C.H. BECK, München 2020, Rn. 4-7; Wesser, s. 2138.

hukukunda Anayasa'da yer alan konut dokunulmazlığı hakkından tüzel kişiler ve kişi birliklerinin de yararlanması gerektiği ifade edilmektedir. Alman Anayasa Mahkemesi'nin konut kavramı içine işyerlerini de dahil ettiği, bu nedenle Alman Medenî Usûl Kanunu'nun ilgili hükmünden tüzel kişiler ile kişi birliklerinin de yararlanacağı belirtilmiştir<sup>35</sup>.

Anayasa'da yer alan konut dokunulmazlığı hakkı, sadece borçluyu ve borçlunun konutunu koruyan bir hak niteliğinde değildir. Borçlunun üçüncü kişilerdeki mallarının haczi için üçüncü kişiye ait yerlere girilebilmesi gerekebilir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 79/a maddesi sadece borçluyu dikkate almış gibi görünmektedir. Öğretide, üçüncü kişilere ait yerlere girilebilmesi için de icra mahkemesi kararının alınması gerektiği ve buna ilişkin düzenlemenin isabetli olacağı belirtilmiştir<sup>36</sup>. Borçlunun borcu için, mahkeme kararı olmaksızın üçüncü kişilere ait yerlere girilmesinin daha da ağır bir ihlâl olduğu vurgulanmıştır<sup>37</sup>. Sadece alacaklının iddiası üzerine ve bir mahkeme kararı olmaksızın üçüncü kişilere ait yerlere girilmesi, icra hukukunda gözetilmesi gereken bir temel hak olan konut dokunulmazlığını ihlâl edeceği ifade edilmektedir<sup>38</sup>.

### C. Konutta Haciz Talebi ve İcra Dairesinin Yetkisi

İcra ve İflâs Kanunu'nu 79/a maddesinin ilk fıkrası "*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*" şeklindedir. Bu düzenleme gereğince, icra müdürü haciz talep edilen yerin konut olup olmadığını incelemek zorundadır<sup>39</sup>. *Pekcanitez, tasarruf*

<sup>35</sup> Heßler, Rn. 4; Lackmann, Rn. 2-3; Wesser, s. 2138.

<sup>36</sup> Pekcanitez/Alpaslan, s. 298-299.

<sup>37</sup> Fransız hukukunda üçüncü kişilerin konutunda bulunan borçluya ait malların haczi amacıyla konuta girebilmek, icra hâkiminin özel iznine bağlıdır. Bu konuda bkz. Mehmet Emin Alpaslan, *İcra Dairelerinin Özerkleştirilmesi: Fransız İcra Görevliliği Modeli*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 122.

<sup>38</sup> Pekcanitez/Alpaslan, s. 298-299.

<sup>39</sup> Hakan Pekcanitez, "Cumhuriyetin Yüzyılında Yapılan Son Değişikliklerden Birisi Olarak Konutta Haciz (İİK m. 79/a)", (Ed.) Hakan Pekcanitez/Muhammet Özkes, *Cumhuriyetin 100. Yılında Medenî Usûl ve İcra*

ve taraflarca getirilme ilkesi gereğince, haciz talep eden alacaklının eğer borçlunun evinde haciz yapılmasını talep ediyorsa, bunu doğrudan icra mahkemesinden istemesinin daha doğru olacağını ifade etmektedir<sup>40</sup>.

Uygulamada taşınmaz haczi talepleri, “Borçlu adına kayıtlı gayrimenkuller varsa bunların kaydına haciz konulması için TAKBİS ‘ten sorgulanmasını ve tespit edilenlerin kayden haczini talep ederim” şeklinde yapılmaktaydı. Ancak 03.05.2017 tarihinde Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, TAKBİS sorgularının avukatlara açılmasını uygun bulmuştur. Böylece TAKBİS sorgusu, avukatlar aracılığıyla UYAP üzerinden yapılabilmektedir. Alacaklı, kendini bir avukat aracılığıyla temsil ettirmekteyse avukat, borçlunun taşınmazlarını TAKBİS aracılığıyla görebilmekte ve bunlara haciz konulmasını talep edebilmektedir. Bu noktada, alacaklının hangi taşınmazın haczedileceği konusunda bilgisi bulunmamaktadır. Bu nedenle borçlunun tüm taşınmazlarını haciz talebinde göstermektedir. Konut haczine ilişkin ilgili düzenleme gereğince, alacaklının haciz talep ederken, bu yerin konut olduğunu bildirmesi, zamandan ve masraftan tasarruf edilmesini sağlayacaktır. Ancak haciz talebinde bulunulurken, alacaklı tarafından bu yerin konut olduğunun bildirilmemiş olması, haciz talebinin geçerliliğini etkilemeyecektir<sup>41</sup>.

Haciz talep edilen yerin konut olup olmadığını tespit etmek, icra müdürünün görev alanı içindedir. İcra müdürü, alacaklıdan açıklama talep edebileceği gibi kendisi de gerekli araştırmaları yaparak haciz talep edilen yerin konut olup olmadığını tespit edebilir<sup>42</sup>. Bu noktada icra müdürünün mahallinde soruşturma yapması akla gelebilirse de iş yükünün fazlalığı ve haciz işlemi için kanunda düzenlenen üç günlük süre dikkate alındığında, soruşturma yapmanın icra dairelerine önemli

---

*İflâs Hukukumuzun Gelişim ve Değişim Süreci*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 1016; Selçuk, s. 420.

<sup>40</sup> Pekcanitez, *Konutta Haciz*, s. 1016.

<sup>41</sup> Köksoy, *Konutta Haciz*, s. 345-346.

<sup>42</sup> Öğretide icra müdürünün haciz talep edilen yerin konut olmadığı yönündeki kararının tespit edici nitelikte olduğu belirtilmektedir. Cengiz Topel Çelikoğlu, *İcra Dairesi Kararı*, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2017, s. 131.

bir külfet yükleyeceği açıktır<sup>43</sup>. Alacaklının haciz talebi sırasında haczi istenen yerin konut olduğunu beyan etmesi, icra müdürünün de bu beyanı dikkate alarak karar vermesi, işlemleri hızlandıracaktır.

Hacizde icra takibinin yapıldığı yer icra dairesi yetkilidir. Ancak takibin yapıldığı yer icra dairesi, kendi yetki bölgesi içindeki mallar bakımından yetkilidir<sup>44</sup>. Bu noktada haczi talep edilen yerin konut olup olmadığının tespitinin hangi icra dairesi tarafından yapılacağına değerlendirilmesi gerekir. Kanımızca haczin yapılacağı konut, takibin yapıldığı yer icra dairesinin yetki çevresi içinde ise, taşınmazın konut olup olmadığı tespit etme yetkisi takibin yapıldığı yer icra dairesine aittir. Ancak haczin yapılacağı yer, takibin yapıldığı yer icra dairesinin yetki çevresi dışındaysa, konutun bulunduğu yer icra dairesinin istinabe edilmesi gerekecektir (İİK m. 79/II). Bu durumda taşınmazın konut olup olmadığı tespit etme, istinabe olunan yer icra dairesinin görevindedir<sup>45</sup>.

İcra müdürü, re'sen yaptığı araştırma veya alacaklının beyanları doğrultusunda haczi istenen yerin konut olduğunu belirlemesi, tek başına konutta haczin yapılması için yeterli değildir. İcra dairesince verilen bu kararın icra mahkemesinin onayına sunulması gerekmektedir. Böylece konutta haciz işlemi, şekli de olsa mahkeme kararına bağlanmış olmaktadır. Konutta haciz kararını vermeye yetkili icra mahkemesi, konutta haciz kararını veren icra dairesinin bağlı olduğu icra mahkemesidir. Konutta haciz kararı, takibin yapıldığı yer icra dairesince değil de konutun bulunduğu yer icra dairesince yapılmışsa, konutta haciz kararını da konutun bulunduğu yer icra mahkemesi tarafından yapılacaktır.

#### **D. Konutta Hacze İlişkin İcra Mahkemesinin İncelemesi ve Kararı**

İcra ve İflâs Kanunu'nun 79/a maddesinin ilk fıkrası gereğince icra müdürü, haciz yapılması talep edilen yerin konut olduğunu tespit

---

<sup>43</sup> Selçuk, s. 420.

<sup>44</sup> Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 193-195; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 299-300; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, S. 163-164, Kn. 698-699.

<sup>45</sup> Selçuk, s. 420; Yardım, s. 654; Köksoy, Konutta Haciz, s. 348.

ederse, bu yerde haciz yapılmasına karar verecek ve bu kararı derhal icra mahkemesinin onayına sunacaktır. İcra mahkemeleri, icra dairesi işlemlerinin yasaya uygun ve doğru olup olmadığını şikâyet başvurusu üzerine incelemek ve kanunla kendisine verilen diğer icra işlerine bakmak üzere kurulmuş özel mahkemelerdir. İcra mahkemesinde görülecek işlerde basit yargılama usulü uygulanır (İİK m. 18). Basit yargılama usulünde mahkeme mümkün olan hallerde tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar verir (HMK m. 320/1)<sup>46</sup>.

İcra dairesi tarafından konutta hacze ilişkin taleple ilgili olarak verilen karar üzerine dosya kendisine gönderilen icra mahkemesi, dosyanın tevdi edildiği tarihten itibaren en geç üç gün içinde dosya üzerinden inceleme yapacaktır. Kanun koyucu, konutta haciz kararının aciliyet ve önemini dikkate alarak en geç üç gün içinde, duruşma yapmadan dosya üzerinden karar verilmesi gerektiğini düzenlemiştir. Haciz kararına ilişkin üç günlük sürenin mahkeme için düzenlenen bir süre olduğu ve bu süre geçtikten sonra yapılan işlemin geçerliliğini koruduğunu belirtmek gerekir. İcra mahkemesi hâkiminin süreye uymaması, hâkim için disiplin cezasını gerektirebilir veya şartları oluşursa *“hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olması”* sebebiyle hâkimin yargılama faaliyetinden dolayı devletin hukukî sorumluluğuna yol açabilecektir<sup>47</sup>. İcra mahkemelerinin iş yükü ve bu mahkemelerde karar çıkması süresi<sup>48</sup> dikkate alındığında, üç günlük sürenin sadece bir

<sup>46</sup> İcra mahkemesinde yargılama usulü için bkz. Gökçe Varol, *“İcra Mahkemelerinde Yargılama Usulü”*, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Temmuz 2020, Cilt 6, Sayı 2, s. 437 vd.; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 42 vd.; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 75 vd.; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 54-56, Kn. 213-225.

<sup>47</sup> Ejder Yılmaz, *“Hukuk Muhakemeleri Kanununda Süreler”*, *Yaşar Üniversitesi E-Dergi*, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, 2013, Cilt 8, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan Özel Sayısı, s. 3184.

<sup>48</sup> 2022 yılı için icra mahkemelerinde dava sayısı 245.316’dır. İcra mahkemelerinde 2022 yılı için bir dosyanın ortalama görülme süresi, ortalama 124 gündür ([https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/29032023141410adalet\\_ist2022cal%C4%B1sma100kapakl%C4%B1.pdf](https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/29032023141410adalet_ist2022cal%C4%B1sma100kapakl%C4%B1.pdf), ET: 15.10.2023).

temenniden ibaret olacağı anlaşılmaktadır. Uygulamada, üç günlük süre dikkate alınarak icra mahkemelerinin gerçek bir değerlendirme yapmadan sadece şekli biçimde, konutta haciz için gerekli olan mahkeme kararının sağlanması amacıyla, icra dairesinin kararını onaylamaktadır.

İcra mahkemesi yaptığı şekli inceleme sonunda, haciz yapılması talep edilen yerin konut olduğunu belirlemişse, icra dairesi kararın onaylanmasına kesin olarak karar verir. Kanun koyucu, konutta haciz kararının onaylanması için süre ve dosya üzerinden inceleme yapılması düzenlemeleri ile paralel olarak, konutta haciz kararının onaylanması kararına karşı kanun yoluna başvurulamayacağını ifade etmiştir (İİK m. 79/a, II). İcra mahkemesinin konutta haciz kararının onaylanması kararına karşı kanun yolu kapalıdır. Kanun koyucu, kısa sürede karar verilmesi, duruşmasız karar verilmesi ve kanun yolunu kapatma gibi düzenlemelerle kötü niyetli borçlunun mal kaçırmasını önlemeye ve aynı zamanda alacaklının da alacağına zamanında kavuşmasını sağlamaya çalışmaktadır. Öğretide, konutta haciz kararı verilirken taraflara ve özellikle borçluya hukukî dinlenilme hakkı verilmesi, borçlunun itirazları dinlenmemesi, icra mahkemesi kararına karşı herhangi bir itiraz ya da kanun yoluna başvuru imkânı tanımamasının konut mahremiyetini sağlamadığı belirtilmektedir<sup>49</sup>.

Uygulamada, icra mahkemelerinin değişik iş dosyası üzerinden çoğunlukla matbu kararlar verdikleri ve icra mahkemelerinin onay kaşesi verdiklerine dair örneklerin olduğu ifade edilmektedir<sup>50</sup>. Kanundaki düzenleme dikkate alındığında icra mahkemesi, sadece onay

---

<sup>49</sup> Pekcanıtez, *Konutta Haciz*, 1010-1011; Köksoy, *Konutta Haciz*, s. 352; Özkes, *İlkeler*, s. 172; İcra 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 çıkma ihtimali de ifade edilmektedir. Köksoy, *Konutta Haciz*, s. 355-357.

<sup>50</sup> Yardım, s. 657.



makamıymış gibi görünmektedir<sup>51</sup>. Konutta haciz kararı bakımından icra mahkemesi, yargısal bir yetki kullanmaktadır. İcra mahkemesinin yapacağı inceleme, haciz yapılması talep edilen yerin konut olup olmadığına tespiti ile sınırlıdır<sup>52</sup>. Özeke, bu noktada ölçülülük ilkesinin dikkate alınması gerektiğini, örneğin içinde haczi kabil mal bulunmayan, boş olan veya borçluya ait olmadığı açık olan bir konuta girilmesinin hukuka uygun olmayacağı belirtmektedir. Elde edilmek istenen amaca uygun olmayan, borçlu ve yakınlarını zorlamaya yönelik bir işlemin ölçülülük ilkesine aykırı olduğu ifade edilmektedir<sup>53</sup>. Yine borçlunun diğer mallarının haczedilmesi ile alacaklının alacağının ödenebildiği durumlarda konutta haciz kararı, hacizden beklenen amaca uygun olmayacaktır<sup>54</sup>. Olması gereken hukuk bakımından icra mahkemesinin genel olarak hukuk kuralları, icra hukuku ve menfaatler dengesi bakımından bir değerlendirme yapması, şayet bunlara aykırı bir durumun varlığı halinde talebi reddedilmesi gerekir.

### E. Konutta Haczin İcrası

İcra mahkemesinin konut haczi kararının onaylanması kararını icra dairesine bildirir ve icra dairesi bu bildirim üzerine haciz işlemleri yapar. Konutta haciz kararı, yetkili icra dairesi tarafından icra edilecektir. Bu noktada hacze ilişkin genel kurallar konutta haciz bakımından da geçerlidir. Örneğin; icra memuru haczi kendi yapabileceği gibi yardımcı veya katiplerinden birine de yaptırabilir. Borçlu haciz sırasında malın bulunduğu yerde bulunmaz ve hemen bulundurulması mümkün olmazsa haciz, gıyabında yapılır (İİK m. 80/I-II). Haciz işlemleri sırasında, haciz yapılması talep edilen yerin konut olmadığına anlaşılması halinde ise, mahkemenin konutta haciz yapılmasına dair kararı kesin olarak kaldıracağı düzenlenmiştir. Bu kararın icra dairesine bildirilmesi üzerine icra müdürü, mevcut haciz talebi hakkında yeniden karar verecektir. Mahkemenin onaylama kararı üzerine hacze gidilen yerin konut olmadığına anlaşılması halinde hacze devam olunur. Kanun koyucu, borçlunun konut dokunulmazlığını

<sup>51</sup> Köksoy, Konutta Haciz, s. 352.

<sup>52</sup> Köksoy, Konutta Haciz, s. 351.

<sup>53</sup> Özeke, İlkeler, s. 172.

<sup>54</sup> Köksoy, Konutta Haciz, s. 354.

korumaya çalışırken alacaklının alacağını elde etme hakkını zarara uğratmaktan kaçınmak istemiştir.

Birden fazla alacaklı için aynı anda haciz işlemi yapılması halinde, tek bir kararın borçlunun konutuna girebilmek için yeterli olup olmadığı değerlendirilmelidir. Alman hukukunda birden fazla alacaklı için haciz işlemi gerçekleştirilecekse, tek bir mahkeme kararına dayanarak, mahkeme kararı olmayan diğer haciz işlemlerinin de uygulayabileceği ifade edilmektedir<sup>55</sup>. Türk hukuku bakımından da birden fazla alacaklı için aynı anda haciz işlemi yapılıyorsa, takip ekonomisi ve alacaklının mülkiyet hakkı dikkate alınarak, konutta hacze ilişkin bir kararın yeterli olacağı kanaatindeyiz.

Kanun koyucu "*borçlu da haczin yapılmasına rıza göstermezse*" ifadesiyle haczin yapılması sırasında borçlunun mahkeme kararı olmaksızın haciz yapılmasına rıza gösterebileceğini ifade etmiştir. Burada korunan menfaatin niteliği ve herkesin hukuk bilmek zorunda olmadığı dikkate alınarak, icra müdürünün borçluya durumu anlatması, borçlunun açık rızasının alınması ve bu durumun haciz tutanağına geçirilmesi gerekir. Zira bu hususların dikkate alınmaması ve tutanağa geçirilmemesi, haciz işlemine karşı şikâyet yoluna gidilmesi veya icra memurunun sorumluluğu gibi yeni uyuşmazlıklara neden olacaktır. Borçlunun mahkeme kararı olmaksızın haczin yapılmasına rıza göstermesi yalnız o icra takibi içindir. Borçlu, daha sonra yapılacak başka takipler bakımından mahkeme kararı olmaksızın konutta haciz yapılmasına rıza göstermek zorunda değildir. Borçlunun bu rızası, hacze iştirak etmek imkânına sahip olan alacaklılar bakımından sonuç doğurmaktadır. Borçlu, aynı konutta haciz yapılması talep eden diğer alacaklılara karşı mahkeme kararı olması gerektiğini ileri sürebilir<sup>56</sup>. Borçlunun mahkeme kararı olmaksızın konutta haciz yapılmasına rızasının tüm takipler bakımından geçerli olduğunu düşünmek, hükmün amacına uygun değildir.

Konut olmadığı kabul edilen bir yerle ilgili verilen haciz kararı üzerine yapılan haciz işlemi sırasında, bu yerin konut olduğu anlaşılır

<sup>55</sup> Lackmann, Rn. 8.

<sup>56</sup> Pekcanitez, Konutta Haciz, s. 1008.

ve borçlu da haczin yapılmasına rıza göstermez ise haciz işlemine son verilir ve müteakip işlemler hakkında birinci ve ikinci fıkra hükümleri uygulanır. Bu noktada konutta haciz kararına ilişkin mahkeme kararından önceden feragat edilip edilmeyeceğinin değerlendirilmesi gerekir. Bilindiği üzere, İcra ve İflâs Kanunu'nun 83a maddesinin kenar başlığı önceden yapılan anlaşmalar şeklindedir. Bu madde gereğince; 82 ve 83. maddelerde yazılı mal ve hakların haczolunabileceğine dair önceden yapılan anlaşmalar geçerli değildir<sup>57</sup>. Kanun koyucu, borçlunun hacizden önceki dönemde, haczi caiz olmayan bir malın haczedilebileceği hakkında alacaklı ile yapmış olduğu anlaşmaların geçerli olmadığını kabul etmiştir. Bu düzenlemenin amacı, borçlunun hacizden önceki bir dönemde feragatin sonuçlarını önceden tahmin edememesi, hacizden önceki aşamada borçlunun iradesinin baskı altında olduğu ve bir malın haczedilip haczedilemeyeceğinin ancak borçlunun haciz anındaki durumuna göre belirleneceği şeklinde açıklanmaktadır<sup>58</sup>.

Kanımızca konutta hacizde mahkeme kararından feragat, hacizden önce yapılamaz<sup>59</sup>. *Pekcanitez* de borçlunun henüz haciz aşamasına gelmeden veya takipten önce konutta haciz yapılmasına izin veremeyeceğini belirtmektedir<sup>60</sup>. Borçlunun mahkeme kararıyla konutta haciz yapılmasından önceden feragat etmesi, feragatin sonuçlarını önceden tahmin edememek ve hacizden önceki aşamada borçlunun iradesinin baskı altında olması tehlikelerini barındırmaktadır. Hatta konut haczinde mahkeme kararının amacının konut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliğinin korunmasını sağlamak olduğu düşünülürse, önceden feragatin temel haklara zarar verdiği anlaşılacaktır. Haczedilmezlikten feragat ile konutta hacizde mahkeme kararından feragat halinde korunan hukukî menfaatler birbirinden farklıdır. Haczedilmezlikten feragat halinde malvarlığı hakkından feragat söz

---

<sup>57</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İbrahim Özbay, "İcra ve İflâs Hukukumuzda Haczedilmezlikten Feragat (İİK m. 83/a)", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, Cilt 9, Sayı 1-2, s. 544 vd.

<sup>58</sup> Özbay, s. 546-548; Akil, s. 775 vd.

<sup>59</sup> Yardım, s. 660.

<sup>60</sup> *Pekcanitez*, Konutta Haciz, s. 1007.

konusu iken, konutta hacizde mahkeme kararından feragatta ise, konut dokunulmazlığının ve özel hayatın gizliliğinin korunmasından feragat edilmektedir. Bu nedenle konutta hacizde mahkeme kararından feragatin; açık, net ve tereddüte yer vermeyecek şekilde yapılması gerekir.

Alman hukukunda da mahkeme kararı olmaksızın konutta haciz işlemi için borçlunun izni aranmaktadır. İznin açık biçimde verilmesi gerekir, işleme itiraz edilmemesi veya hacze sessiz kalınması izin olarak kabul edilmemektedir. İşyerleri bakımından işyerinin kamuya açık olması, işyerinde mahkeme kararı olmaksızın haciz işlemi yapılabilmesine izin anlamına gelmemektedir. Mahkeme kararı olmaksızın konutta hacze, sadece borçlu veya borçlunun yetki verdiği kişi izin verebilir. Borçlu, bu izni her zaman geri alabilir; ancak haciz başladıktan sonra artık izin geri alınması mümkün değildir<sup>61</sup>. Olması gereken hukuk bakımından, borçlunun veya yetki verdiği kişinin iznini geri alması halinde, borçlunun hacze ilişkin masraflara katlanması ve bu masrafların alacaklıya yükletilmemesi gerekir.

Alman Medenî Usûl Kanunu ile sağlanan korumadan binada yaşayan borçlu yararlanmaktadır. Binanın hizmetlisi veya binada bulunan veya sadece orada çalışan bir kişinin bu korumadan yararlanması mümkün değildir<sup>62</sup>. Borçluyla birlikte konutta yaşayan kişiler bakımından konut dokunulmazlığının değerlendirilmesi gerekir<sup>63</sup>. Öğretide borçlunun konutuna girilmesinde, borçluyla birlikte yaşayan kişiler bakımından da konut dokunulmazlığı hakkının ihlal edildiği belirtilmektedir. Ancak bu müdahalenin anayasaya uygun olduğu, borçluyla birlikte yaşayan kişilerin konut dokunulmazlığı hakkı ile alacaklının mülkiyet ve etkili hukukî koruma hakkının dengelenmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Çatışan temel haklar bakımından, borçlu ile birlikte yaşayanlar için orantısız bir zorluğa neden olmadıkça alacaklının mülkiyet ve hukukî koruma hakkına daha fazla ağırlık

---

<sup>61</sup> Lackmann, Rn. 4.

<sup>62</sup> Heßler, Rn. 8.

<sup>63</sup> Medenî usûl hukukunda üçün kişilerin korunması için bkz. Ali Cem Budak, *Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000, s. 15 vd.

verileceği ifade edilmektedir<sup>64</sup>. Alman hukuku gereğince; ev arkadaşları odaları kendi aralarında münhasıran kullanmak üzere paylaşmışlarsa, borçlunun dairesi, yalnızca kendilerine tahsis edilen odadır. Ancak icra memuru, ev arkadaşlarının iradesi dışında daireye ortak girişten de girebilir<sup>65</sup>. Yaşlı bir kişiye veya çocuğa bakmak için konutta borçlu ile birlikte yaşayan kişiler bakımından konut dokunulmazlığı hakkının korunması gerekir. Alacaklının mülkiyet hakkını korumak için borçlunun konuta girilmekle birlikte, konut dokunulmazlığı hakkı ve özel hayatın korunması gereğince bu kişilere tahsis edilen alanlara girilmemesi gerekir.

#### IV. KONUTTA HACZE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN UYGULAMA ALANI VE İSTİSNASI

Konutta haczin diğer takip yollarında uygulanıp uygulanmayacağına değerlendirilmesi gerekir<sup>66</sup>. İcra ve İflâs Kanunu'nun 79/a maddesi, genel haciz yolu ile takip içinde düzenlenmiştir; ancak ilgili maddenin, ilâmlı takipler ile rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takiplerde uygulama alanı bulup bulamayacağı açık değildir. Kambiyo senetlerine özgü takiplerde uygulanacak diğer hükümlerde (İİK m. 170/b) 79/a maddesine yer verilmemiştir. Ancak hacze ilişkin hükümler kambiyo senetlerine özgü takiplerde de uygulanacağı için, 79/a maddesinin kambiyo senetlerine özgü takipler ve abonelik sözleşmelerinden kaynaklanan para alacaklarına ilişkin takip bakımından geçerli olacaktır<sup>67</sup>.

Kiralanan taşınmazın ilâmsız icra yoluyla tahliyesi bakımından kira bedelinin ödenmemesi nedeniyle tahliye ve kira süresinin sona

<sup>64</sup> Heßler, Rn. 14.

<sup>65</sup> Heßler, Rn. 17.

<sup>66</sup> Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 758a maddesi, konutun aranmasını mümkün kılan tüm icra türleri için uygulanmaktadır. İlgili hüküm, özellikle taşınır malların teslimi ve taşınır malların iadesi bakımından da geçerlidir. Kanun koyucu, mahkeme kararının istisnasını da düzenlemiştir. Buna göre; taşınmazların tahliyesine ilişkin ilâmlı takipler ile borçlunun tutuklanması kararı uygulanmasında ilgili hükümler geçerli olmayacaktır (Lackmann, Rn. 2).

<sup>67</sup> Pekcanitez, Konutta Haciz, s. 1004-1005.

ermesi nedeniyle tahliyeyi ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Kira süresinin sona ermesi nedeniyle taşınmazın tahliyesinde konutta haciz işlemi yapılmasını gerektiren bir durum söz konusu olmadığından için bu takip türünde konutta hacze ilişkin hükümlerin uygulanmaması gerektiği ifade edilmektedir<sup>68</sup>. Zira burada takibin konusu, doğrudan tahliye yani konutun içine girilmesidir, ayrıca bu karar da nihayetinde mahkemece verildiği için bir mahkeme denetiminden geçmektedir. Taşınmaza girilmesi ve borçlunun tahliye edilmesi, bu kararın doğal sonucudur. Bu nedenle konuta girilmesi için icra mahkemesinden 79/a maddesi gereğince karar alınmasına gerek yoktur.

Kira süresinin sona ermesi nedeniyle taşınmazın tahliyesinde itiraz söz konusu değilse, icra mahkemesi kararı aranmadan tahliye işlemi yapılacağından konut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliğinin korunması bakımından 79/a maddesinin dikkate alınması gerekir. Kira bedelinin ödenmemesine sebebine dayanan takipte, borçlu ödeme emrine itiraz etmez ve ödeme süresi içinde de kira borcunu ödemezse, alacaklı ihtar süresinin bitiminden itibaren süresi içinde icra mahkemesinden kiracının tahliyesine karar verilmesini istemektedir. (İİK m. 269/a). Öğretide<sup>69</sup> tahliye kararı konutta müdahaleyi ve bu bağlamda özel hayata ve konut dokunulmazlığına müdahaleyi de özünde barındırdığı için, tahliyeye gidildiğinde ödenmeyen kira bedeli bakımından konutta haciz yapılmasının da mümkün hale geleceği belirtilmektedir. Kanımızca icra mahkemesinin tahliye kararının varlığı halinde 79/a maddesi uygulanmayacaktır, zira tahliye kararı konutta müdahaleyi de içermektedir. Ancak takibe itiraz edilmemesi halinde icra mahkemesinden tahliye talep etmeden önce ödenmeyen kira bedeli için borçlunun mallarının haczedilmesi istenmişse, 79/a'daki usûl izlenmelidir.

Rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takipte haciz aşaması bulunmamaktadır, bu nedenle rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takipte konutta hacze ilişkin hükümler uygulanmayacaktır. Ancak öğretide de haklı olarak ifade edildiği üzere<sup>70</sup>; teslimsiz rehinde (TMK m. 940/II)

---

<sup>68</sup> Selçuk, s. 419.

<sup>69</sup> Selçuk, s. 419.

<sup>70</sup> Selçuk, s. 419.

takep gereğince borçlu rehinli malı icra dairesine teslimden kaçınırsa, icra dairesinin satışı gerçekleştirebilmesi rehinli mala el koyması gerekir. Olması gereken hukuk bakımından rehinli malın konutta bulunması halinde 79/a maddesine ilişkin hükümler uygulanmalıdır.

İlâmlı icra yoluyla takep yapabilmek için alacaklının elinde ilâm veya ilâm niteliğinde bir belge aranmaktadır. Öğretide *Selçuk*, ilâmın konusunun para veya paradan başka bir şey olabilmesine göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Buna göre; ilâm veya ilâm niteliğindeki belgeye bağlı para alacağı için takep başlatılır ve borçlu ilâmın gereğini yerine getirmese, alacaklının borçlunun mallarının hacedilmesini istemesi üzerine, 79/a maddesinin uygulanması gerekir. İlâm veya ilâm niteliğinde belgeye bağlı alacak para dışında bir şeye ilişkinse ve takibe konu yapılan şeyin konutta olduğunun anlaşılması halinde, 79/a'ya göre işlem yapılmalıdır. Ancak ilâmın konusunu konutun tahliyesinin oluşturması halinde 79/a'nın uygulanmaması gerektiği ifade edilmektedir<sup>71</sup>. Kanımızca ilâm niteliğinde bir belgeye dayalı olarak takep başlatılması halinde, takibin temelinde bir mahkeme kararı bulunmadığından konutta haciz işlemi gerçekleştirilmesi halinde icra mahkemesi kararı alınması gerekecektir. Ancak ilâma dayalı takibin temelinde esas itibariyle bir mahkeme kararı bulunmaktadır. Söz konusu ilâma dayanan takep nedeniyle borçlunun mallarının hacedilmesi gerekiyorsa 79/a maddesinin uygulanmalıdır. Ancak ilâmın konusu konutun tahliyesi ise, icra mahkemesi kararına gerek olmadığı kanaatindeyiz.

İcra hukukunda kesin haczin dışında tamamlama haczi (İİK m. 139), ilave haciz (İİK m. 100/II), geçici haciz (İİK m. 69/III) ve ihtiyatî haciz (İİK m. 257-268) de bulunmaktadır<sup>72</sup>. İcra ve İflâs Kanunu'nun 79/a maddesi sadece kesin hacze yönelik bir hüküm değildir. Haciz üst başlığını taşıyan üçüncü bölüm, haczi caiz olmayan mallar, taşınır veya taşınmaz haczi gibi genel düzenlemeleri içermektedir. Kanun koyucu, ihtiyatî haciz bakımından ihtiyatî hacizde ilgili madde hükümlerinin

<sup>71</sup> Selçuk, s. 418-419; Pekcanıtez, Konutta Haciz, s. 1005.

<sup>72</sup> Atalı/ErmeneK/Erdoğan, s. 188-189; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 296-297; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 161, Kn. 689.

uygulanmayacağını açıkça düzenlemiştir. İlave haciz, tamamlama haczi ve geçici hacze ilişkin istisnâ bir hüküm yer almamaktadır. Bu nedenle konutta hacze ilişkin 79/a maddesi, tamamlama haczi, ilave haciz ve geçici haciz bakımından da uygulanacaktır. Kanun koyucu, ihtiyatî haciz bakımından konutta haciz kararına gerek görmemiş ve 79/a maddesinin son fıkrasında ihtiyatî hacizde ilgili madde hükümlerinin uygulanmayacağını belirtmiştir. Kanunun gerekçesinde ihtiyatî haczin mahkeme kararı üzerine uygulandığı dikkate alınarak madde kapsamı dışında tutulduğu ifade edilmiştir. İhtiyatî haciz bakımından ilgili maddenin doğrudan uygulanması, geçici hukukî korumanın niteliği ile çelişecektir. Ancak ihtiyatî haciz, bir mahkeme kararına dayanmakla birlikte ihtiyatî haciz kararında haczedilecek malın ne olacağının belirtilmesi zorunlu değildir. Mahkeme, borçlunun mallarının ihtiyaten haczedilmesi kararı ile yetinebilir<sup>73</sup>. Kanımızca, ihtiyatî haciz kararında konutta haczine ilişkin açık ifadenin yer alması ileride doğabilecek sorunları engellemek bakımından önem arz etmektedir.

Alman Anayasası'nın 13. maddesinin ikinci fıkrası gereğince yakın bir tehlikenin söz konusu olması halinde, mahkeme kararı olmaksızın konutun aranmasına izin verilmektedir. Bu durum, mahkeme kararı alınması, haczin başarısını tehlikeye atacağı hallerde geçerlidir. Buna göre Alman Medenî Usûl Kanunu'nda yer alması da; icrayı engelleme niyeti veya borçlunun yakında yurt dışına taşınacağına dair somut göstergeler yakın bir tehlike riski oluşturabilir ve mahkeme kararı aranmadan haciz işlemi yapılabilir<sup>74</sup>. Türk kanun koyucusu, mahkeme kararının istisnası olarak sadece ihtiyatî haczi düzenlemiştir. *Pekcanitez*, tatil (İİK m. 51) ve talik hallerinde dahi (İİK m. 52-55) takip işlemleri yapılamasa da mal kaçırma ihtimâlinde haciz yapılmasına izin verildiğini, konutta haciz yapılmasında mal kaçırma tehlikesinin dikkate alınmamış olmasının önemli bir eksiklik olduğunu belirtmektedir<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> İhtiyatî haciz kararının içeriği için bkz. Muhammet Özkes, *İcra İflas Hukukunda İhtiyatî Haciz*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999, 238-242.

<sup>74</sup> Lackmann, Rn. 9; Wesser, s. 2139 vd.

<sup>75</sup> Pekcanitez, *Konutta Haciz*, s. 1008-1009.



## V. KONUTTA HACİZ HÜKÜMLERİNE AYKIRILIKLARA KARŞI BAŞVURU İMKÂN LARI

### A. Şikâyet

Konutta hacze ilişkin hukuka aykırılıkların varlığı halinde ilk akla gelen başvuru imkânı, şikâyettir (İİK m. 16). Şikâyet nedenleri işlemin kanuna aykırı olması, işlemin hadiseye uygun olmaması, hakkın yerine getirilmemesi ve hakkın sebepsiz sürüncemede bırakılması olarak dört başlık altında incelenmektedir<sup>76</sup>. Konutta hacizde şikâyet nedeni, işlemin kanuna aykırılığıdır, zira İcra ve İflâs Kanunu'nun 79/a maddesinde konutta haczin nasıl yapılacağı açıkça düzenlenmiştir. Konut olan bir yerde icra mahkemesi kararı alınmaksızın haciz işleminin gerçekleştirilmesi halinde kanuna aykırılık söz konusu olacaktır. Ancak bir yerin konut olup olmadığının değerlendirilmesinde icra dairesinin takdir yetkisi bulunmaktadır. Konut olan yerin konut olmadığı veya konut olmayan yerin konut olarak değerlendirilmesi halinde, takdir hakkının yanlış kullanımı söz konusu olacaktır. Bilindiği üzere icra mahkemesi, ileri sürülen şikâyet sebepleri ile bağlı değildir; şikâyet konusu yapılan işlemin tamamını değerlendirerek karar verme yetkisine sahiptir. Bu nedenle şikâyette bulunan, başka bir nedene dayansa bile, icra mahkemesi konutta haciz işlemini değerlendirerek bir inceleme yapacaktır. Şikâyet yoluna, icra dairesinin işleminden zarar gördüğünü iddia eden herkes başvurabilmektedir. Bu kişiler, ilgili işlem hakkında şikâyet yoluna başvurmakta hukukî yararı olan alacaklı, borçlu veya üçüncü kişilerdir. Şikâyete konu olan işlemi yapan icra-ıflâs dairesi kendi işlemi aleyhine şikâyet yoluna başvuramaz; ancak icra dairesi, yapmış olduğu işlemin yanlış olduğunu düşünüyorsa, şikâyet süresi içinde işlemi değiştirebilir veya iptal edebilir<sup>77</sup>.

<sup>76</sup> Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, Adalet Yayınları, Ankara 2013, s. 104-106; Hakan Pekcanitez/Cemil Simil, *İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 82 vd.; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 55-57; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 89-91; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 64-66, Kn. 263-266.

<sup>77</sup> Kuru, s. 106-107; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 52-54; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 91-93; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 66-68, Kn. 270-273.

Konutta haciz işlemindeki hukuka aykırılık bakımından öncelikle borçlu, şikâyet yoluna başvurabilir. İcra mahkemesi kararı olmaksızın konutta haciz yapılması veya borçlunun muvafakati bulunmamasına rağmen mahkeme kararı olmaksızın konutta haciz yapılmasına karşı borçlunun şikâyet yoluna başvurmakta hukukî yararı bulunmaktadır. Hacze konu olan yer konut olmamasına rağmen haciz işleminin konutta haciz hükümlerine göre yapılması veya borçlunun rızası olmasına rağmen konutta haciz için mahkeme kararı aranması halinde ise, alacaklının şikâyet yoluna başvurmada hukukî yararı söz konusudur. İcra dairesinin dosyayı icra mahkemesine tevdi edip onun kararından sonra konutta haciz yapmasında ise artık bu konuda bir icra mahkemesi kararı olduğu için bu yönde bir şikâyet ileri sürülemez. Ancak buna izin veren icra mahkemesi kararına karşı yukarıda açıklanan şekilde kanun yollarına başvurulabilir. Bu durumda sadece icra dairesinin konutta haciz uygularken ortaya çıkan bir hukuka aykırılık olursa bu çerçevede bir şikâyet olabilir; fakat bu da konutta hacze ilişkin değil, onun icrasına yönelik bir şikâyet olacaktır.

Konutta haciz işlemine karşı, borçlunun eşi veya ilgili konutta borçlu ile birlikte oturanların şikâyet bakımından hukukî yararının bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekir. Konutta hacze ilişkin 79/a maddesinde korunan temel haklar, konut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliğidir. Borçluyla birlikte aynı konutta yaşayan kişiler bakımından da konut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliğinin korunması gerekir. Mahkeme kararı olmaksızın konutta haczi halinde borçluyla aynı konutta yaşayan üçüncü kişilerin temel hakları cebrî icra organı tarafından ihlal edilmektedir. Bu nedenle konutta haciz hükümlerine aykırılık halinde hukukî yararı olan üçüncü kişilerin de şikâyet hakkı bulunmaktadır.

Şikâyet süresi kural olarak, yedi gündür ve bu süre, şikâyet edenin şikâyet konusu işlemi öğrendiği günden itibaren (İİK m. 19/I) işlemeye başlamaktadır (İİK m. 16/I). Kanun koyucu, bazen şikâyet süresinin başlama tarihini kendisi belirlemektedir. İhale tarihi (İİK m. 134/II), kıymet takdiri raporunun tebliğ tarihi (İİK m. 128/a) veya iflâsta sıra cetvelinin ilanı tarihi (İİK m. 235/I ve IV) gibi düzenlemeler bu duruma örnek gösterilebilir. Hakkın yerine getirilmemesi, sebepsiz yere

sürüncemede bırakılması (İİK m. 16/II) veya kamu düzenine aykırı olan işlemlerde şikâyet süresizdir. Süresiz şikâyet halleri<sup>78</sup>, hakkın yerine getirilmemesi, sebepsiz yere sürüncemede bırakılması veya kamu düzenine aykırı işlemlerdir. Kamu düzenine aykırılık konusunda açık bir düzenleme olmamakla birlikte, kamu düzenine aykırılık, “*takibin tarafları ve üçüncü kişiler lehine bir kamu yararı amacı ile konulmuş emredici hükümlerin açıkça ve ağır biçimde ihlali*” olarak ifade edilmektedir<sup>79</sup>. Konutta haczin nasıl yapılacağı, İcra ve İflâs Kanunu’nda açıkça düzenlenmiştir, konutta haciz işleminin ilgili maddelere aykırı yapılması halinde, ilgili hüküm açıkça ve ağır biçimde ihlal edilmektedir. Konutta haciz maddesiyle konut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliğinin korunması amaçlanmıştır. İlgili madde hükümlerine aykırılık halinde, Anayasal olarak korunan temel haklar ihlal edilmiş olacaktır. Bu nedenle konutta hacze ilişkin hükümlere uyulmaması, kamu düzenine aykırı niteliktedir ve süresiz şikâyete tâbi olmalıdır<sup>80</sup>. Hacze konu olan yer konut olmamakla birlikte icra müdürü, ilgili yeri konut olarak değerlendirerek haciz işlemi yapması nedeniyle alacaklının mülkiyet hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Alacaklı da, hukuka aykırı konutta haciz işlemine karşı süresiz şikâyet yoluna başvurabilecektir.

İcra mahkemesi, şikâyetin şartlarında eksiklik olması halinde, talebi usûlden reddeder. Şikâyet süresinin dolması veya şikâyet hakkı bulunmayan bir kişinin şikâyet yoluna başvurması usûlden red haline örnek gösterilmektedir. Mahkeme, şikâyete ilişkin şartlar bulunmasına rağmen, şikâyet sebeplerinin bulunmadığını tespit ederse, şikâyet talebini esastan reddedecektir. Şikâyetin esastan reddi ile şikâyet konusu işlemde şikâyete konu sebeplerin olmadığı tespit edilmektedir<sup>81</sup>. Şikâyet sebeplerinin haklı görülmesi halinde ise, mahkeme şikâyetin kabulüne

<sup>78</sup> Süresiz şikâyete ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez/Simil, s. 145 vd.

<sup>79</sup> Kuru, s. 108; Pekcanitez/Simil, s. 110 ve 115, Kn. 252 ve 258; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 57-58; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 94-96; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 69-70, Kn. 277-280

<sup>80</sup> Yardım, s. 661.

<sup>81</sup> Kuru, s. 114-115; Pekcanitez/Simil, s. 384-391; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 60; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 100; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 73, Kn. 293.

karar verecektir. Şikâyetin kabulü halinde ise mahkeme, işlemin bozulması, düzeltilmesi ya da yerine getirilmeyen veya sürüncemede bırakılan işlemin yerine getirilmesine karar vermektedir. İcra mahkemesi, şikâyete konu işlemin kanuna veya olaya aykırılığını tespit ederse, söz konusu işlemi iptal edecektir. İptal kararı geçmişse etkilidir ve ilgili işlem yapıldığı andan itibaren geçersiz hale gelmektedir. İptal kararı, sadece şikâyete konu işleme yöneliktir ve kural olarak, tüm takibin iptali söz konusu değildir. İcra mahkemesinin iptal kararı, sadece işlemin iptali ile sınırlıdır. İcra mahkemesi, konutta haciz işleminin kanuna aykırı yapıldığına karar verirse, konutta haciz işlemi iptal edecektir. İptal kararı geçmişse etkilidir ve ilgili işlem yapıldığı andan itibaren geçersiz hale gelmektedir. İptal kararı, şikâyete konu işleme yöneliktir ve kural olarak, tüm takibin iptali söz konusu değildir. İcra mahkemesinin iptal kararı, sadece işlemin iptali ile sınırlıdır. Aslında iptal edilen işlemin etkilerinin ortadan kaldırılması veya yeni bir işlem yapılması, icra mahkemesinin görev alanına girmemektedir. Gerekli işlemlerin yapılması şikâyete konu işlemi yapan icra organına aittir<sup>82</sup>. Ancak hukuka aykırı konutta haciz işleminin iptaliyle konu, konutta haciz kararı için yeniden icra mahkemesi önüne getirilecektir. Konut olmayan bir yer bakımından konutta haciz hükümlerinin uygulanması nedeniyle şikâyet yoluna başvurulmasında, işlemin iptal edilmesiyle yeniden haciz işlemi yapılması gerekecektir. Görüldüğü üzere, şikâyet yoluna borçlu da alacaklı da başvurursa şikâyetle sorunu ortadan kaldıran bir karar verilememektedir. Borçlunun şikâyet yoluna başvurması halinde, borçlunun konut dokunulmazlığı zaten ihlal edildiği için şikâyet geçmişte yapılan işlemin sonuçlarını ortadan kaldırmayacaktır. Alacaklı tarafından şikâyet yoluna başvurulması halinde ise, somut olay bakımından hukukî yarar unsurunun değerlendirilmesi gerekir. İcra dairesinin konutta haciz hükümlerini uygulaması nedeniyle alacaklının mülkiyet hakkı ihlal edilmişse iptal kararı alacaklının menfaatine uygun değildir.

---

<sup>82</sup> Kuru, s. 115; Pekcanitez/Simil, s. 392 V-vd.; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 60-61; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 100-102; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 73-74, Kn. 296-299.

## B. İcra Dairesinin Hukukî Sorumluluğu

Kanun koyucu, icra dairelerine geniş yetki ve ödevler yüklemiştir. İcra dairelerinin geniş yetki ve ödevlerinin yanı sıra, icra memurlarının hukukî, cezaî ve disiplin sorumluluğu bulunmaktadır. İcra ve İflâs Kanunu gereğince icra görevlilerinin disiplin sorumluluğu da söz konusudur (İİK m. 13). İcra dairesi görevlilerinin hukukî sorumluluğu, tazminat (İİK m. 5) ve zimmet sorumluluğu (İİK m. 6) şeklinde ikiye ayrılmaktadır. İcra dairesine tevdi veya bu dairece tahsil olunan veya muhafaza altına alınan paraların, ilgili memur tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezaî takibat sonucu beklenmeden ve tazmin yolunda bir hükme hacet kalmaksızın hazine tarafından derhal icra veznesine yatırılır. Devletin asıl sorumlulara rücu hakkı saklıdır (İİK m. 6)<sup>83</sup>. Konutta haciz işlemine karşı borçlu veya alacaklı, şikâyet imkânı (İİK m. 16) ile hukuka aykırılığı kural olarak, ortadan kaldırmaktadır. Ancak şikâyet yoluyla sadece ilgili işlemin iptali, düzeltilmesi veya değiştirilmesi söz konusudur; şikâyet, kişilerin uğramış oldukları zararın tazminini sağlamamaktadır<sup>84</sup>. Bu nedenle konutta haciz işleminde hukuka aykırılık halinde, icra dairesinin hukukî sorumluluğuna başvurmak daha yerinde bir çözüm olacaktır.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 5. maddesi gereğince, icra memurlarının görevleri sırasında ve görevleri nedeniyle verdikleri zararlardan devletin birinci derecede sorumluluğu bulunmaktadır<sup>85</sup>. İcra

<sup>83</sup> Atalı/Ermeneç/Erdoğan, s. 39 vd.; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 70 vd.; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 50 vd.

<sup>84</sup> İcra memurunun sorumluluğu kapsamında zarar görenin davranışına ilişkin bkz. Serpil Işık, "İcra İflas Dairesi Görevlilerinin Hukuki Sorumluluğu Kapsamında Zarar Görenin Kusurlu İşlemi İptal Ettirme İmkânını Kullanmamasının Etkisi", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2021, Cilt 79, Sayı 4, s. 1169 vd.

<sup>85</sup> Tazminat sorumluluğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. M. Necmeddin Berkin, "Cebri İcra Faaliyetlerinden Sorumluluk", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1971, Cilt 37, Sayı 1-4, s. 217; Sibel Demir-Saldırım, *İcra Müdürünün Davranış ve İşlemlerinden Doğan Hukukî Sorumluluk*, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 3; Talih Uyar, "İcra ve İflâs Dairelerinin İşlem ve

dairelerinin hukukî sorumluluğunda davacı, takip borçlusu veya alacaklısı; davalısı ise, idare yani Adalet Bakanlığı'dır (İİK m. 5). İcra memurunun sorumluluğu nedeniyle açılacak maddî tazminat davalarında görevli mahkeme, hukuk mahkemeleridir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 2. maddesi gereğince, maddî tazminat davasında görevli mahkeme, asliye hukuk mahkemesidir. Yetkili mahkeme ise, zarara neden olan işlemin yer, zararın meydana geldiği yer veya gelme ihtimalinin bulunduğu yer veya davacının yerleşim yeri, mahkemesi (HMK m. 16) veya davalı Adalet Bakanlığı'nın bulunduğu yer olan Ankara (HMK m. 6) mahkemeleridir. Tazminat davası, davacının zararı öğrendiği günden itibaren bir yıl ve herhalde zararı doğuran işlemin yapıldığı tarihten on yıl geçmesiyle zamanaşımına uğramaktadır (İİK m. 7/I). Bir yıllık süre, zararı doğuran işlem ve zararın öğrenilmesinden itibaren başlayacaktır; bu noktada sadece zararı doğuran işlem veya eylemin öğrenilmesi yeterli değildir.

İcra memurunun davranışı nedeniyle sorumluluk, İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen haksız fiil sorumluluğudur. Haksız fiil sorumluluğu için hukuka aykırı fiil, zarar, kusur ve illiyet bağı aranmaktadır. İcra memurunun hukukî sorumluluğunda kusur aranmaktadır. Bu kusur; kast, ağır ihmal veya hafif ihmal şeklinde olabilir. Öğretide, icra memurunun kanunun açık hükmüne aykırı olarak yaptıkları işlemlerde kusurlu olduğunu kabul etmektedir. *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes*, icra memurunun kanunun açık hükmüne aykırı olarak yaptıkları işlemlerde kusurlu olduğunu kabul etmektedir<sup>86</sup>. *Kuru*<sup>87</sup>, *Postacioğlu/Altay*<sup>88</sup>, *Atalı/Ermenek/Erdoğan*<sup>89</sup> ve *Uyar*<sup>90</sup>, normal niteliklere sahip bir icra memurundan beklenmeyecek şekilde işlem ve eylemin varlığı halinde kusurun söz konusu olduğunu

---

Eylemlerinden Dolayı Devletin Hukukî Sorumluluğu (İİK m. 5)", *Ankara Barosu Dergisi*, 2015, Sayı 2, s. 255 vd.

<sup>86</sup> Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 52, Kn. 197.

<sup>87</sup> Kuru, s. 100.

<sup>88</sup> E. İlhan Postacioğlu/Sümer Altay, *İcra Hukuku Esasları*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 44-45, Kn. 42.

<sup>89</sup> Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 41.

<sup>90</sup> Uyar, s. 257.

ifade etmektedir. İcra memurunun, İcra ve İflâs Kanunu'nun 79/a hükümlerine aykırı işlem yapması halinde kusurlu olduğu açıktır.

Konutta haciz nedeniyle tazminat sorumluluğu için davacının konutta haciz nedeniyle bir zararının ortaya çıkması gerekir. Zarar, tazminat sorumluluğunun unsurlarından biridir. Zararın olmadığı yerde hukukî sorumluluk bulunmamaktadır. Konutta haciz hükümlerinin hukuka aykırı uygulanmasında borçlunun maddî zararının olması pek mümkün değildir. Ancak alacaklı bakımından konutta haciz hükümlerinin hukuka aykırı uygulanması halinde, alacağın tahsil edilememesi veya geç teslim edilmesi nedeniyle maddî zararın ortaya çıkma ihtimali daha yüksektir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 5. maddesi, "sorumluluk" başlığını taşımaktadır; madde metninde de "tazminat" ibaresi yer almakta ve maddenin içeriğinde tazminatın türü belirtilmemekte, maddî-manevî tazminat ayrımı yapılmamaktadır. İcra dairesinin sorumluluğu nedeniyle manevî tazminat için hukuka aykırı işlemle kişilik haklarının ihlal edilmesi gerekir. Kişilik hakları, Türk Medeni Kanunu'nda tanımlanmamış, Kanununun 24. maddesinde kişilik haklarına saldırıya ilişkin genel ilke belirlenmiştir. *İşgüzar*, tahdidi olmamakla birlikte, hukuk düzeni tarafından korunan hayat, vücut bütünlüğü, ruh bütünlüğü, sağlık, şeref, hasiyet, isim, meslek unvanı, resim, mesken masuniyeti, vicdan, ekonomik faaliyet özgürlüğü, ölmüş yakınların anısı gibi değerlerin kişilik haklarını oluşturduğunu belirtmektedir. Kişilik hakkını oluşturan değerler, fiziki kişilik değerleri, duygusal kişilik değerleri ve sosyal kişilik değerleri olarak üçe ayrılmaktadır. Sosyal kişilik değerleri ise, şeref ve haysiyet ile kişinin özel hayatıdır. Şeref ve haysiyet kavramı, sadece genel anlamda şeref ve haysiyeti değil, meslekî, ekonomik ve toplumsal şeref ve haysiyeti de ifade etmektedir<sup>91</sup>. Konut dokunulmazlığı hakkının özel hayatın gizliliği ile yakın bağlantısı dikkate alındığında, konut dokunulmazlığının ihlali halinde sosyal kişilik değerlerinin ihlal edildiği açıktır. Bu nedenle konut haciz

---

<sup>91</sup> Hasan İşgüzar, "Kişilik Haklarının İhlali Nedeniyle Manevî Tazminat Davasının Şartları", *Ankara Barosu Dergisi*, 1990, Sayı 6, s. 857-859.

hükümlerin hukuka aykırı uygulanması halinde borçlu bakımından manevî tazminatın şartları oluşacaktır.

### C. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru

İcra hukuku ile Anayasa hukuku arasında önemli bir bağlantı bulunmaktadır. İcra memuru, devlet adına icra yetkisini kullanan kamu gücü niteliğindedir. İcra memurunun eylem ve işlemlerinin Anayasa'ya uygun olması ve bu işlemlerin Anayasa denetimine tâbi olması hukuk devletinin gereğidir<sup>92</sup>. İcra hukukuna ait meseleler, Anayasa Mahkemesi'nde bireysel başvuruya konu edilmiştir<sup>93</sup>. Anayasa Mahkemesi'nin icra hukuku bağlamında adil yargılanma, aile hayatına saygı, özgürlüğü kısıtlama yasağının ihlali ve mülkiyet hakkına ilişkin kararları bulunmaktadır<sup>94</sup>.

Kamu gücü tarafından gerçekleştirilen konutta haciz işlemine karşı, Anayasa Mahkemesi'ne şikâyet yoluna başvuru imkânı hukukî olarak mümkündür. Kanımızca şikâyet veya maddî-manevî tazminat gibi imkânlarının varlığı, bireysel başvuru yolundan önce ilgililerin haklarının korunmasını sağlamaktadır. Ancak bireysel başvurunun şartları ve amacı dikkate alındığında bu imkânın konutta hacizde kullanılması mümkündür. İcra ve İflâs Kanunu'nun 79/a maddesindeki düzenlemeden önce konutta haciz işlemi, bireysel başvuruya konu olmamakla birlikte yeni düzenlemeye yönelik hukuka aykırılıklar, bireysel başvuru kararlarına konu olabilecek niteliktedir.

<sup>92</sup> Nikolaj Fischer, "Die bundesverfassungsgerichtliche Kontrolle des Gerichtsvollziehers", *Deutsche Gerichtsvollzieher Zeitung*, 2004, Cilt 119, Sayı 7-8, s. 97.

<sup>93</sup> Bireysel başvurunun Türk hukukuna girişine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ramazan Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 49-53; Sevtap Yokuş, *Türkiye'de Anayasa Şikâyetini Hazırlayan Koşullar, Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 19 vd.

<sup>94</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Emsalgül Doğan, "Bireysel Başvuru Çerçevesinde Anayasa Mahkemesi'nin Verdiği İcra ve İflâs Hukukuna İlişkin Kararların Değerlendirilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 68, Sayı 1, s. 83 vd.



Bireysel başvuru bakımından korunan temel hak ve özgürlükler, Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türkiye’nin taraf olduğu ek protokolleri kapsamında bulunanlardır. Bireysel başvuruya konu edilen haklar hem Anayasa’da hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde hem de ek protokolde yer almalıdır. Sadece Anayasa’da veya sadece sözleşmede yer alan hakların ihlali iddiası ile bireysel başvuru yoluna gidilemez<sup>95</sup>. Konut dokunulmazlığı hakkı, Anayasa’nın 21. maddesinde yer alan temel haklardan biridir. Anayasa’nın 21. maddesinin ilk cümlesinde “*kimsenin konutuna dokunulamaz*” ifadesiyle konut dokunulmazlığı güvence altına alınmıştır. Bu hak, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 12. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin “Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması” başlıklı 8. maddesi ve Birleşmiş Milletler Siyasal ve Medeni Haklar Sözleşmesi’nin 17. maddesi ile korunmaktadır. Bu nedenle konut dokunulmazlığının ihlali nedeniyle bireysel başvuru imkânı açıktır.

Bireysel başvuru yoluna borçlu gibi alacaklı da başvurabilir; alacaklı, konut haciz işlemi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunabilir. Konutta haciz işlemlerinin hukuka aykırı uygulanması halinde, alacaklının ihlal edilen temel hakkı, mülkiyet hakkıdır. Mülkiyet hakkı, Anayasa’nın 35. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 1 Numaralı protokol 1’de düzenlenen bir haktır. Bu nedenle mülkiyet hakkı, bireysel başvuruya konu olabilecek niteliktedir. Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkı kapsamına taşınır veya taşınmazın girebileceği gibi alacak hakları veya yeterince icra edilebilir kılınmış alacak haklarının da girdiğini belirtmektedir. Bu kapsamda bir alacak hakkı ya da talebin, mülkiyet hakkı kapsamında korunması için mahkeme hükmü, hakem kararı veya idarî karar gibi yeterli derecede icra edilebilir kılınması halinde bir “mülk” teşkil

---

<sup>95</sup> Melek Acu, “Bireysel Başvuruya Konu Olabilecek Haklar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2014, Cilt 110, s. 407; Korkmaz, s. 236-244; Sibel İnceoğlu, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 134-137; Tolga Şirin, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 58-75.

edecektir<sup>96</sup>. Ancak bu noktada dikkatli davranmak gerekir. Zira borçlunun konut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği hakkı ile alacaklının mülkiyet hakkının çatıştığı durumlarda hakların dengelenmesi özellikle üstün yarar ve hakkın özüne dokunma kriterlerinin dikkatle uygulanması gerekir.

Konutta haciz nedeniyle bireysel başvuru için bu işlemle başvuruçunun temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesi gerekir. İhlal kavramı, temel hak ve özgürlüğün koruma alanına yapılan hukuka aykırı müdahaleyi ifade etmektedir. Bu müdahale; işlem, eylem veya ihmal şeklinde ortaya çıkabilir<sup>97</sup>. Borçlu bakımından, mahkeme kararı olmadan veya rızası bulunmadan konutta haciz işlemi gerçekleştirilmişse; alacaklı bakımından konut olmayan bir yerde icra mahkemesi kararı aranmış ve alacaklı alacağına kavuşmamış veya geç kavuşmuşsa icra dairesinin eylem ve işleminden söz edilmektedir. Temel hak ve özgürlük ihlalinin kamu gücü tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Kamu gücünden anlaşılması gereken yasama, yürütme, yargı organları ve bu organlara tâbi olan mercilerdir<sup>98</sup>. Cebri icrada devlet adına kamu gücünü kullanan icra dairesi tarafından yapılan konutta haciz işleminde kamu gücünün kullanıldığı açıktır.

Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince bireysel başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır. Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "Bireysel Başvuru Hakkı" kenar başlıklı 45. maddesinin ikinci fıkrası "*İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.*" şeklindedir. Hukuka aykırı biçimde yapılan konutta haciz işlemi bakımından, şikâyet ve icra dairesinin sorumluluğu söz konusudur. İcra mahkemesinin konutta haczi onaylanması kararına karşı kanun yolu

<sup>96</sup> Burak Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, Ankara, 2018 ([https://www.anayasa.gov.tr/media/3548/06\\_mulkiyet\\_hakki.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/3548/06_mulkiyet_hakki.pdf), ET: 04.12.2023).

<sup>97</sup> Korkmaz, s. 131-132.

<sup>98</sup> İnceoğlu, s. 185-186; Korkmaz, s. 133; Mustafa Kuş, *Örnek Uygulamalar Işığında Bireysel Başvuru ve Geleceği, Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 79.

imkânı bulunmamaktadır. Bu nedenle ilgililer öncelikle şikâyet ve icra dairesinin hukukî sorumluluğu yoluna başvurmalarıdır. Hukukî ve idarî başvuru imkânlarına rağmen konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği veya mülkiyet haklarına yönelik ihlal varlığını devam ettiriyorsa bireysel başvuru imkânı kullanılabilir.

## SONUÇ

05.04.2023 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'dan önce, konutta hacizde mahkeme kararına ilişkin İcra ve İflâs Kanunu'nda özel bir düzenleme bulunmamakta idi. İlgili Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu'na "Konutta Haciz" başlıklı madde eklenerek icra mahkemesi hâkimi kararı olmaksızın konutlarda haciz işleminin yapılamayacağı düzenlenmiştir.

Söz konusu düzenleme konut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliğinin korunması bakımından dikkate değer niteliktedir. Ancak hükmün tamamı değerlendirildiğinde; konutta haciz işleminde mahkeme kararının sadece şekli nitelikte kaldığı görülmektedir. İcra dairelerinin ve icra mahkemelerinin iş yükü dikkate alındığında icra mahkemesi, ölçülülük ilkesi gereğince bir değerlendirme yapmadan, borçlunun haczi caiz başka bir malvarlığı olup olmadığını incelemeyen sadece konutta haciz yapılmasına ilişkin mahkeme kararı şartını yerine getirecektir<sup>99</sup>.

İlgili düzenleme ile birlikte konutta haciz, tercih edilebilir bir haciz olmaktan çıkmıştır. Zira icra mahkemesi kararının alınması, borçluya mal kaçırmak için zaman kazandırmak, alacaklı taraf bakımından da alacağına zamanında kavuşamama tehlikesini içermektedir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 79/a maddesi, borçlunun konut dokunulmazlığını korumak gibi iyi niyetlerle hazırlanmıştır. Ancak söz konusu madde, alacaklı ve borçlu açısından hak ve menfaat dengesini sağlayamadığı gibi borçluya da istenen korumayı sağlayamamıştır. İcra mahkemesinin konutta haciz kararı verebilmesi için, borçluya en az zarar verecek ve alacaklıyı zarara sokmayacak ölçülülük ilkesini dikkate alarak bir değerlendirme yapması gerekir. Ancak düzenlemenin şu anki

<sup>99</sup> Pekcanitez/Alpaslan, s. 299-300; Özekes, s. 1-4.

hali ve icra mahkemelerinin iş yükü dikkate alındığında konutta haciz kararı sadece şeklî bir nitelik taşımaktadır. İcra mahkemesi, sadece şeklî bir karar verirken icra dairesi de icra mahkemesi kararını kural olarak mutlak bir şekilde uygulamaktadır. Bu ise, alacaklı veya borçlu menfaat dengesini, taraflardan biri aleyhine bozmaktadır<sup>100</sup>.

Anayasa'da yer alan konut dokunulmazlığı hakkı, sadece borçluyu ve borçlunun konutunu koruyan bir hak değildir. İcra ve iflâs hukuku gereğince, borçlunun üçüncü kişilerdeki mallarının haczi için üçüncü kişiye ait yerlere girilebilmesi gerekebilir. Üçüncü kişilere ait yerlere girilebilmesi için de icra mahkemesinden bir izin alınması gerekliliğinin düzenlenmesi gereklidir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 79/a maddesinden sadece borçlu yararlanmakla birlikte, borçluyla birlikte yaşayan kişilerin konut dokunulmazlığı hakkı da dikkate alınmalıdır. Kanunda düzenleme olmamakla birlikte uygulamada, borçluyla birlikte yaşayanların konut dokunulmazlığı hakkı ile alacaklının mülkiyet ve hukukî korunma hakkı arasında denge sağlamalıdır.

Söz konusu düzenleme, İcra ve İflâs Kanunu içinde yer almaktadır, kamu alacakları bu düzenlemenin kapsamı içinde değildir; yani kamu alacaklısı, borçlunun konutunda icra mahkemesi kararı olmaksızın haciz işlemini gerçekleştirebilecektir. Herhangi bir alacaklının mahkeme kararı olmaksızın konutta haciz işlemi yapması halinde konut dokunulmazlığı hakkı ihlal edilirken, kamunun bu haczi yapması halinde konut dokunulmazlığı ihlal edilmemiş olacaktır. Kanun koyucunun kamu alacaklılarını koruması, alacaklılar arasında eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi, borçlunun anayasal haklarının da ihlaline neden olmaktadır. Kanun yapma tekniği bakımından 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanun'da da benzer düzenlemeye yer verilmesi uygun olurdu. Konutta haciz yapılmasında mahkeme kararının aranmamasının tek istisnası, ihtiyatî hacizdir. Ancak borçlunun mal kaçırma ihtimalinin dikkate alınmaması, menfaat dengesi bakımından alacaklının aleyhine bir durum yaratmıştır.

---

<sup>100</sup> İcra hukukunda menfaat dengesinin hassas biçimde sağlanması için bkz. Çiftçi, s. 41. İcra müdürünün takdir yetkisi için bkz. Özçelik, s. 7 vd.

Konutta hacze ilişkin bu düzenleme, öğretilerde tartışılan ve olması gereken bir düzenlemedir. Ancak söz konusu düzenleme; kamu alacaklıların dahil edilmemesi, istisnâî durumlara yer verilmemesi, icra mahkemesine takdir yetkisi tanınmaması ve üçünü kişilerin durumunu düzenlememesi nedeniyle eleştirilere açıktır<sup>101</sup>.

---

<sup>101</sup> Özekes, s. 3.

## EXTENDED SUMMARY

*According to the Enforcement and Bankruptcy Law (Article 80/II of the EBL), if the debtor was not present at the place where the property was located at the time of seizure and it was not possible to have the debtor present immediately, the seizure was carried out in the absence of the debtor. The execution office could enter the debtor's residence without a court order, and if the debtor was not present, the execution office could enter the residence with the help of a locksmith and carry out the attachment process. This practice, a blatant violation of both the right to privacy and the inviolability of residence protected by the Constitution, was criticised in the doctrine. On 05.04.2023, with the Law on the Amendment of the Enforcement and Bankruptcy Law and Certain Laws, which entered into force after being published in the Official Gazette on 05.04.2023, an article titled "Seizure at the Residence" was added to the Enforcement and Bankruptcy Law and it was regulated how the seizure at the residence will be made and that the seizure will only be made following a decision of the enforcement court.*

*Pursuant to Article 79/a of the Enforcement and Bankruptcy Law, if the directing execution bailiff determines that the place requested to be seized is a residence, he/she decides to seize the place and immediately submits this decision to the approval of the enforcement court. The execution court decides definitively to approve the decision, if it is understood that the place requested to be seized is a residence at the end of the examination to be made on the file within three days at the latest. Upon notification of this decision to the enforcement office, seizure procedures shall be carried out. If it is understood that the place where the seizure is requested is not a residence, the court shall conclusively lift the decision on the seizure of the residence. Upon notification of this decision to the enforcement office, the enforcement manager shall make a new decision on the existing attachment request. If it is understood that the place of attachment is not a residence upon the court's approval decision, the attachment shall continue. However, during the seizure process carried out upon a seizure order issued in relation to a place that was accepted not to be a residence, if it is understood that this place is a residence and the debtor does not consent to the seizure, the seizure process is terminated. The legislator has regulated that Article 79/a shall not apply to precautionary attachment.*

*In the decisions of the Constitutional Court and the European Court of Human Rights, the concept of residence also includes workplaces. However, pursuant to Article 79/a of the Enforcement and Bankruptcy Law, the concept of residence refers only to living space and dwelling, and workplaces are not considered within the scope of the relevant article. In the opinion of this author, a court judgment must be relied upon in order to seize the workplace as well as the residence. Since the inviolability of residence is a fundamental right, it is necessary to protect the workplaces as well as the residences.*

*Article 79/a of the Enforcement and Bankruptcy Law aims to protect the debtor's residential immunity and private life. However, the current state and practice of the regulation shows that the seizure decision in the residence remains only formal. Considering the workload of the enforcement offices and the enforcement courts, the enforcement court makes decisions almost as mere approval authority without making an assessment in accordance with the principle of proportionality and without examining whether the debtor has other assets that can be seized.*

*The legislator has made a regulation by taking into consideration only the debtor and the debtor's residence; however, the right to inviolability of residence is not a right that protects only the debtor and the debtor's residence. Pursuant to the law on enforcement and bankruptcy, it may be necessary to enter third parties' premises for the seizure of the debtor's goods in third parties. In terms of the applicable law, the right of third parties to the inviolability of the residence should have been taken into consideration, as well.*

*The said regulation is included in the Enforcement and Bankruptcy Law, and public receivables are not within the scope of this regulation. In accordance with the law-making technique and the protection of the principle of equality among creditors, it would be appropriate to include a similar provision in the Law No. 6183 on the Procedure of Collection of Public Receivables. The only exception to the absence of a court order for seizure of a dwelling is precautionary seizure. However, not taking into account the possibility of the debtor's evasion of property has created a situation against the creditor in terms of the balance of interests.*

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

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

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

**Peer-Review:** Externes Peer-Review-Verfahren.

**Interessenkonflikt:** Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

**Finanzielle Unterstützung:** Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.



### KAYNAKÇA

- ACU Melek, "Bireysel Başvuruya Konu Olabilecek Haklar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2014, Sayı 110, s. 403-434.
- AKİL Cenk, "Yargıtay Kararları Işığında Haline Münasip Evin Haczedilmezliği (Meskeniyet) İddiası (İİK m. 82/12)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, Cilt 60, Sayı 4, s. 775-808.
- ALPASLAN Mehmet Emin, *İcra Dairelerinin Özerkleştirilmesi: Fransız İcra Görevliliği Modeli*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- ARSLAN Ramazan, "Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kararı: Bir Konutun Cebri İcrada Aranması İçin Hakim Kararı Koşulu", *Ankara Barosu Dergisi*, 1980, Sayı 3, s. 408-414.
- ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder/TAŞPINAR AYVAZ Sema/HANAĞASI Emel, *İcra ve İflâs Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- ATALI Murat/ERMENEK İbrahim/ERDOĞAN Ersin, *İcra ve İflâs Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- BERKİN M. Necmeddin, "Cebri İcra Faaliyetlerinden Sorumluluk", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1971, Cilt 37, Sayı 1-4, s. 217-241.
- BUDAK Ali Cem, *Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000.
- ÇELİKOĞLU Cengiz Topel, *İcra Dairesi Kararı*, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2017.
- ÇİFTÇİ Pınar, *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- DEMİR-SALDIRIM Sibel, *İcra Müdürünün Davranış ve İşlemlerinden Doğan Hukukî Sorumluluk*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- DOĞAN Emsalgül, "Bireysel Başvuru Çerçevesinde Anayasa Mahkemesi'nin Verdiği İcra ve İflâs Hukukuna İlişkin Kararların

- Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 68, Sayı 1, s. 83-126.
- DÖNMEZ Murat, “Aile Konutunun Haczi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2008, Sayı 77, s. 349-358.
- FISCHER Nikolaj, “Die bundesverfassungsgerichtliche Kontrolle des Gerichtsvollziehers”, *Deutsche Gerichtsvollzieher Zeitung*, 2004, Cilt 119, Sayı 7-8, s. 97-128.
- GEMALMAZ Burak, *Mülkiyet Hakkı*, Ankara, 2018 ([https://www.anayasa.gov.tr/media/3548/06\\_mulkiyet\\_hakki.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/3548/06_mulkiyet_hakki.pdf), ET: 04.12.2023).
- HEßLER Hans-Joachim, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 6. Baskı, Verlag C.H. BECK, München, 2020.
- İNCEOĞLU Sibel, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- İŞİK Serpil, “İcra İflas Dairesi Görevlilerinin Hukuki Sorumluluğu Kapsamında Zarar Görenin Kusurlu İşlemi İptal Ettirme İmkânını Kullanmamasının Etkisi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2021, Cilt 79, Sayı 4, s. 1169-1229.
- İŞGÜZAR Hasan, “Kişilik Haklarının İhlali Nedeniyle Manevî Tazminat Davasının Şartları”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1990, Sayı 6, s. 855-877.
- KORKMAZ Ramazan, *Medenî Usûl Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- KÖKSOY Mesut, *İcra Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- KÖKSOY Mesut, “Borçlunun Konutunda Haciz Yapılması (İİK m. 79/a)”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2024, Sayı 1, s. 327-367 (Konutta Haciz).
- KURU Baki, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, Adalet Yayınları, Ankara, 2013.

- KUŞ Mustafa, *Örnek Uygulamalar Işığında Bireysel Başvuru ve Geleceği, Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- LACKMANN Rolf, “ZPO § 758a Richterliche Durchsuchungsanordnung”, (Hrsg.) MUSIELAK, Hans Joachim / VOIT, Wolfgang: “Zivilprozessordnung mit Gerichtverfassungsgesetz Kommentar”, 20. Baskı, Verlag Franz Vahlen, München, 2023.
- MEIER Isaak, *Das Verwaltungsverfahren vor den Schuldbetreibungs- und Konkursbehörden Beschwerdeverfahren nach Art. 17ff. SchKG und Verfahren zum Erlass einer Verfügung*, Schulthess Juristische Medien, Züriche, 2002.
- MEIER Isaak/WYSS Claudia, “Aktuelle Probleme der Zwangsvollstreckung aus Sicht des schweizerischen und türkischen Rechts”, *Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs*, 2010, Sayı 1, s. 1-34.
- OLCAY Suphan, “Konut Dokunulmazlığı Hakkı ve Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 6, Sayı 1, s. 225-263.
- ÖZBAY İbrahim, “İcra ve İflâs Hukukumuzda Hacedilmezlikten Feragat (İİK m. 83/a)”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, Cilt 9, Sayı 1-2, s. 543-567.
- ÖZÇELİK Volkan, *İcra Müdürünün Takdir Yetkisi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- ÖZEKES Muhammet, “Konutta Haciz Ve Konut (Meskeniyet) Haczi Üzerine (Paket Paket Gelen Yargıya Eleştiri ve Değerlendirme”, 2023 (<https://www.linkedin.com/in/muhammet-%C3%B6zekes-3b613b1a6/recent-activity/all/> ET: 15.11.2023).
- ÖZEKES Muhammet, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009 (İlkeler).
- ÖZEKES Muhammet, *İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999.

ÖZEKES Muhammet/BORAN GÜNEYSU Nilüfer, “KOVID-19 Salgınından Dolayı Alman Hukukunda Yargılama ve Takip Hukukuna İlişkin Hukukî Durum ile Özellikle İflâslar (Küllî İcra) Hakkındaki Düzenlemeye Genel Bakış”, 2020 (<https://blog.lexpera.com.tr/kovid-19-salginindan-dolayi-alman-hukukunda-yargilama-ve-takip-hukukuna-iliskin-hukuki-durum/>, ET: 29.11.2023).

ÖZEKES Muhammet/ÇİFTÇİ Pınar, “Anayasa Mahkemesinin Aile Konutunun Haczedilmezliği (Eşin Meskeniyet İddiası) Hakkındaki Kararı Çerçevesinde Tespit, Değerlendirme ve Eleştiriler”, 2020 (<https://blog.lexpera.com.tr/anayasa-mahkemesinin-aile-konutunun-haczedilmezligi-hakkındaki-karari-degerlendirme/>, ET: 25.11.2023).

PEKCANITEZ Hakan, “Cumhuriyetin Yüzyılında Yapılan Son Değişikliklerden Birisi Olarak Konutta Haciz (İİK m. 79/a)”, (Ed.) PEKCANITEZ, Hakan/ÖZEKES, Muhammet: *Cumhuriyetin 100. Yılında Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukumuzun Gelişim ve Değişim Süreci*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.

PEKCANITEZ Hakan/SİMİL Cemil, *İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

PEKCANITEZ Hakan/ALPASLAN Mehmet Emin, “Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mallarının Haczine İlişkin Sorunlar”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 20, Sayı 2, s. 289-311.

PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral/ÖZEKES Muhammet, *İcra ve İflâs Hukuku*, 10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.

POSTACIOĞLU E. İlhan/ALTAY Sümer, *İcra Hukuku Esasları*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

SCHOCH Friedrich, “Die Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG”, *Juristische Ausbildung*, 2010, Sayı 1, s. 22-31.

- SELÇUK Seyhan, "İcra ve İflâs Kanunu'nun 79/a Maddesi Uyarınca Konutta Haciz", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 14, Sayı 2, s. 412-425.
- SÜMBÜL Tuncay, *Anayasa ve Türk Ceza Kanunu Bakımından Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.
- ŞİRİN Tolga, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- UYAR Talih, "İcra ve İflâs Dairelerinin İşlem ve Eylemlerinden Dolayı Devletin Hukukî Sorumluluğu (İİK m. 5)", *Ankara Barosu Dergisi*, 2015, Sayı 2, s. 255-269.
- ÜÇÜNCÜ Sümeyye Hilal, *Medeni Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- VAROL Esra, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Konut Dokunulmazlığı Hakkı*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2008.
- VAROL Gökçe, "İcra Mahkemelerinde Yargılama Usulü", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 6, Sayı 2, s. 435-446.
- WESSER Sabine, "Der Schutz der räumlichen Privatsphäre bei Wohnungsdurchsuchungen nach §§ 758, 758a ZPO", *Neue Juristische Wochenschrift*, 2002, s. 2138-2145.
- YARDIM M. Ertan, "Konutta Haciz", *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, 2023, Cilt 19, Sayı 56, s. 641-666.
- YASMIN Iqbal, "SchKG und Verfassung-Dürfen die Grundrechte bei der Zwangsvollstreckung vernachlässigt werden?", *Aktuelle Juristische Praxis*, 2004, s. 627-637.
- YILMAZ Ejder, "Hukuk Muhakemeleri Kanununda Süreler", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, 2013, Cilt 8, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan Özel Sayısı, s. 167-3190.
- YOKUŞ Sevtap, *Türkiye'de Anayasa Şikayetini Hazırlayan Koşullar, Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.



## Drei Urteile des Bundesverfassungsgerichts zum Kopftuch –Eine vergleichende Analyse–

### Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin Başörtüsüne İlişkin Üç Kararı –Karşılaştırmalı Bir Analiz–

Dr. iur. Berçin KUZU\*

#### ÖZ

*Almanya Anayasa Mahkemesi, 2003 yılından itibaren verdiği başörtüsüne ilişkin üç farklı kararında, din özgürlüğü temel hakkının sınırlanması ve güvence rejimleri açısından üç farklı sonuca ulaşmıştır. Üç kararın ortak noktası, dini inançları gereği başörtüsü takan başvuruçuların din özgürlüğünü koruma altına alınan Alman Anayasasının 4. maddesiyle korunan haklarının kamu gücü kullanan otoritelerce ihlal edildiği iddiasıdır. Mahkeme her bir kararında çatışan hakları üçüncü kişilerin din ve dünya görüşü özgürlükleri bağlamında tartma öğretisi ve devletin tüm dinlere karşı tarafsızlığı ilkesi açısından irdelemiştir. Özetle, mahkeme ilk kararında, din özgürlüğünün eyalet düzeyinde yasal bir dayanak olmaksızın sınırlandırılmayacağını, ikinci kararında, öğretmenler tarafından başörtüsü takmanın somut bir tehlike olmaksızın engellenemeyeceğini ve son kararında ise bir yargı mensubu olan hakime adayının dini gereği örtünmesinin temel hak ve özgürlükler açısından, devletin tarafsızlığı ve adalet sistemine olan toplumsal güvenin korunması amacıyla sınırlandırılabilmesine karar vermiştir.*

---

\* Öğr. Gör. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, bercin.kuzu@marmara.edu.tr. ORCID: 0000-0001-5607-3004.

**Anahtar Kelimeler:** *Din özgürlüğü, Alman Anayasa Mahkemesi, Anayasa şikâyeti, devletin tarafsızlığı, başörtüsü, temel hakların sınırlandırılması*

**German Federal Constitutional Court's Three Headscarf Decisions  
– A Comparative Analysis–**

**ABSTRACT**

*In three headscarf rulings since 2003, the Federal Constitutional Court has reached three different conclusions regarding the limits and guarantees of the fundamental right to freedom of religion. The common point of the three judgments is the assertion that the rights of the complainants, who wore headscarves for religious reasons protected by Art. 4 of the Basic Law, which guarantees freedom of religion, were violated by the authorities exercising public power. In each judgment, the Court analyzed the conflicting rights in light of the doctrine of balancing in the context of the freedom of religion and belief of third parties and the principle of state neutrality with respect to all religions. In summary, the Court held in its first judgment that freedom of religion cannot be restricted at the state level without a legal basis, in its second judgment that the wearing of the headscarf by female teachers cannot be prevented absent a concrete danger, and in its final judgment that the religious veiling of a female legal trainee, a member of the judiciary, can be restricted in light of fundamental rights and freedoms in order to protect the neutrality of the state and public confidence in the judicial system.*

**Keywords:** *Freedom of religion, German Constitutional Court, constitutional complaint, state neutrality, headscarf, limitation of fundamental rights*



## Einleitung

Im Unterschied zum Kreuz<sup>1</sup> handele es sich laut Bundesverfassungsgericht (BVerfG) beim Kopftuch nicht um ein genuin religiöses Symbol, sondern es erhalte diese Funktion erst in Verbindung mit einer Person, die es aus religiösen Gründen trage. Art. 4 Abs. 1 und 2 GG gewährleistet somit die Freiheit, einen Glauben oder eine Weltanschauung zu bilden, zu haben, zu äußern und entsprechend zu handeln, bedeutet dies, das Grundgesetz schützt jedes glaubens- oder weltanschaulich-motivierte Denken, Reden oder Handeln. Der Schutzbereich der grundrechtlichen Gewährleistung und die aus ihr ableitbaren Rechte und Freiheiten werden durch das Grundgesetz bestimmt. Welche Überzeugungen und Handlungen des Einzelnen und welche Ziele und Tätigkeiten von Gemeinschaften den Schutz der garantierten Religionsfreiheit genießen, ist Gegenstand des Verfassungsrechts. Nach der Rechtsprechung des BVerfG darf daher bei der Beurteilung, was im Einzelfall unter Religionsausübung und Weltanschauung zu verstehen ist, das eigene Verständnis der betroffenen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften nicht außer Acht gelassen werden. Dies lässt allerdings nicht den Schluss zu, dass jedes Verhalten einer Person als Ausdruck der Glaubensfreiheit zu werten ist, das allein auf ihrer subjektiven Entscheidung beruht. Die Rechtsprechungsorgane müssen von Fall zu Fall feststellen und entscheiden, ob hinreichend nachgewiesen ist, dass das Verhalten nach seinem geistigen Inhalt und seinem äußeren Erscheinungsbild eine Motivation hat, die vernünftigerweise als wirklich religiös angesehen werden kann und vernünftigerweise in den Schutzbereich von Art. 4 GG fällt. Es ist jedoch nicht angemessen, dass der Staat die religiösen Überzeugungen seiner Bürger bewertet und sie sogar als „richtig“ oder „falsch“ einstuft, insbesondere wenn innerhalb einer Religion unterschiedliche Ansichten vertreten werden. Das Grundgesetz gibt daher den jeweiligen Anhängern eines Glaubens die Freiheit, selbst zu

---

<sup>1</sup> BVerfGE 93, 1 – Kruzifix, in der viel diskutierten Kruzifix-Entscheidung des BVerfG von 1995 über Kreuze in Klassenzimmern wurde grundsätzlich ein Eingriff in den Schutzbereich der negativen Religionsfreiheit Betroffener angenommen.

bestimmen, was sie unter Glauben, Bekenntnis oder Religionsausübung verstehen und was sie als religiöse Pflicht ausüben wollen.<sup>2</sup> Die Ausprägung dieser Freiheit im gesellschaftlichen Leben und auch die von der Justiz beurteilten Fälle sind in Deutschland seit langem Gegenstand heftiger Debatten, sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur. Neben religiösen Gelübden, Schulgebeten, Kruzifixe in Gerichtssälen und Klassenzimmern ist ein weiteres wichtiges Thema das Kopftuch im öffentlichen Dienst. Das BVerfG hat in den letzten 20 Jahren in diesem Thema drei wichtige Urteile gefällt.

Die ersten beiden Kopftuch-Entscheidungen fokussieren in erster Linie auf die positive Religionsfreiheit<sup>3</sup> von Lehrkräften<sup>4</sup>, während die letzte Entscheidung im Gegensatz zu den ersten beiden die Rechtsreferendarin betrifft. Die Gerichte haben im Laufe der Jahre anerkannt, dass unterschiedliche Bereiche auch zu einer unterschiedlichen rechtlichen Bewertung führen sollten. Bei den öffentlichen Schulen wird vom Staat eine gesellschaftliche Sphäre berücksichtigt, d.h. es gibt keinen ausreichenden Grund für ein Kopftuchverbot für Lehrerinnen. Im Bereich der Justiz, die eine grundlegende Aufgabe des Staates ist, ist die Situation nach dem Urteil des Gerichtshofs ganz anders. Dort kann ein Kopftuchverbot gerechtfertigt sein, wenn eine Richterin im öffentlichen Dienst eingesetzt werden muss.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> Schwarz, NVwZ 2020, 265 (266); kritik *Papier*, RdJB 2015, 213 (214).

<sup>3</sup> Der zentrale Konflikt in der Debatte über das Verhältnis zwischen positiver und negativer Religionsfreiheit in Deutschland aber begann mit dem Kruzifix-Urteil des BVerfG. *Morlok, Dreier* (Hrsg.), Art. 4, Rn. 65; *Schmidt*, Grundrechte, Rn. 373, die positive Religionsfreiheit schützt das Recht des Einzelnen, sein gesamtes Verhalten an den Lehren seines Glaubens auszurichten und seiner inneren Glaubensüberzeugungen gemäß zu handeln, sowie zu verschweigen, dass und was er glaubt oder nicht glaubt.

<sup>4</sup> BVerfGE 108, 282; 138, 296; *Mückl*, Der Staat 2001, 96 (96 ff.); Kritik bei *Pofalla*, NJW 2004, 1218 (1218 ff.).

<sup>5</sup> *Häberle*, DVBl. 2018, 1263 (1263).

## I. Kopftuch I – BVerfGE 108, 282

Die erste Entscheidung des BVerfG im Jahr 2003 nimmt Bezug auf Fereshta Ludin: Die deutsche Muslimin afghanischer Abstammung hatte nach ihrem Lehramtsstudium 1997 in Baden-Württemberg ihren Vorbereitungsdienst für das Lehramt aufgenommen.<sup>6</sup> Bereits zu diesem Zeitpunkt stellte das von ihr getragene Kopftuch, welches für sie Ausdruck ihres muslimischen Glaubens ist, ein Problem dar, denn die zuständige Schulbehörde wollte die Muslimin gerade aufgrund ihres Kopftuchs nicht einstellen. Weiterhin fiel es ihr schwer, eine Schule zu finden, die sich bereit erklärte, eine kopftuchtragende Lehramtsanwärterin unterrichten zu lassen. So lehnten einige Schulen ab, die Muslimin auszubilden.<sup>7</sup> Gegen die ablehnenden Entscheidungen hatte Ludin im 1998 Widerspruch eingelegt, den das Oberschulamt zurückwies. Die Verwaltungsgericht Stuttgart gab der Ablehnung des Oberschulamtes statt und wies die Klage zurück. Ludins Berufung gegen diese Entscheidung wurde im 2001 vom Bundesverwaltungsgericht Baden-Württemberg zurückgewiesen. Auch die Revision zum BVerwG im 2002 blieb erfolglos. Und schließlich hat das BVerfG das Urteil des BVerwG nun aufgehoben und dorthin zurückverwiesen.<sup>8</sup> Das BVerfG hat dazu Folgendes festgestellt: „[D]ie Beschwerdeführerin [machte] geltend, das Tragen des Kopftuchs sei nicht nur Merkmal ihrer Persönlichkeit, sondern auch Ausdruck ihrer religiösen Überzeugung. Nach den Vorschriften des Islam gehöre das Kopftuchtragen zu ihrer islamischen Identität. Die Ablehnungsentscheidung von Vorinstanzen verletze das Grundrecht auf Religionsfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG. Trotz der Verpflichtung des Staates, in Glaubensfragen Neutralität zu bewahren, müsse er bei der Erfüllung des Erziehungsauftrags nach Art. 7 Abs. 1 GG nicht völlig auf religiös-weltanschauliche Bezüge verzichten, sondern habe einen

---

<sup>6</sup> Für die türkische Übersetzung der Entscheidung siehe *Kunig/Sözüer*, Alman Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin Temel Kararlarının Tercümesi Projesi, 2020, S. 257 ff.

<sup>7</sup> *Mager*, v. Münch/Kunig (Hrsg.), Art. 4, Rn. 50; *Oestreich*, Der Kopftuch-Streit, S. 36.

<sup>8</sup> BVerfGE 108, 282 (285 ff.).

schonenden Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen zu ermöglichen.“<sup>9</sup>

Dem Urteil zufolge musste das zuständige Bundesland eine gesetzliche Regelung erlassen, um Lehrerinnen das Tragen des islamischen Kopftuchs in der Schule und im Unterricht zu untersagen. Da in diesem Fall verschiedene Grundrechtsnormen miteinander konkurrieren, argumentierte das Gericht, dass die konkrete Ausgestaltung des Kopftuchverbots auf eine gesetzliche Grundlage gestellt werden sollte.

### 1. Begründung des Gerichts

Die seit Jahren unterrichtende Beschwerdeführerin Ludin war von den Schulbehörden, den drei vorangegangenen verwaltungsgerichtlichen Instanzen und dem Prozessvertreter des Landes vor dem BVerfG in Zweifel gezogen worden.<sup>10</sup> Das BVerfG hat im Kontext des Ämterzugangs nach Art. 33 Abs. 2 und 3, S. 2 GG festgestellt, dass ein Verbot für Lehrerinnen, in der Schule ihrer religiösen Überzeugung entsprechend ein Kopftuch zu tragen, einen Eingriff in die positive Religionsfreiheit darstelle. Jedenfalls hatte es aber das Fehlen einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage für ein Verbot beanstandet.<sup>11</sup> Ein Verbot des Tragens des islamischen Kopftuchs für Lehrer in der Schule und im Unterricht erfordert dem Beschluss zufolge einer Gesetzgebung im jeweiligen Bundesland.<sup>12</sup> Da hier

---

<sup>9</sup> BVerfGE 108, 282 (284); *Kästner*, Stern/Becker (Hrsg.), Art. 4, Rn. 68 ff.

<sup>10</sup> BVerwGE 116, 359; zuvor VGH Mannheim, NJW 2001, 2899 und VG Stuttgart NVwZ 2000, 969, in: *Czermak*, Religions- und Weltanschauungsrecht, Rn. 350.

<sup>11</sup> *Sachs*, JuS 2015, 571 (571).

<sup>12</sup> Baden-Württemberg, Niedersachsen, Saarland, Hessen und Bayern haben sofort, Berlin, Bremen und Nordrhein-Westfalen in den folgenden Jahren die Gesetze zum Kopftuchverbot verabschiedet; siehe zudem die Textdokumentationen, <https://www.uni-trier.de/index.php?id=24373#c48122> (letzter Zugriff am 10.02.2024); als ein Beispiel § 51 III und IV des SchulG für Niedersachsen vom 29. April 2004 (GVBl. S. 140-142, Nr. 12): „Das äußere Erscheinungsbild von Lehrkräften in der Schule darf, auch wenn es von einer Lehrkraft aus religiösen oder weltanschaulichen Gründen gewählt

unterschiedliche Grundrechtsnormen miteinander konkurrieren, muss die konkrete Ausgestaltung des Kopftuchverbots auf eine Rechtsgrundlage gestellt werden. Obwohl im Sondervotum die Notwendigkeit besonderer Gesetze abgelehnt wurde, wurden in der Folge in mehreren Ländern solche Gesetze erlassen. Dieses Urteil wurde also nicht nur in der Literatur, sondern auch durch das Sondervotum bzw. die abweichende Meinung von drei Richtern ausführlich erörtert (das Urteil wurde mit fünf zu drei Stimmen angenommen).<sup>13</sup> Im Mittelpunkt der Diskussion stand die Auffassung, dass sich die Neutralitätspflicht der Beamten unmittelbar aus der Verfassung ergibt und damit keiner weiteren landesgesetzlichen Regelung bedarf.<sup>14</sup> In diesem Sinne unterrichten die beamteten Lehrerinnen gerade nicht nur in Wahrnehmung der eigenen Freiheit, sondern auch im Namen der Allgemeinheit und damit in der Verantwortung des Staates. Wer im öffentlichen Dienst tätig ist, stellt sich in freier Willensentscheidung auf die Seite des Staates.<sup>15</sup> Deswegen steht die freiheitsichernde Wirkung seiner Grundrechte regelmäßig unter dem Funktionsvorbehalt des öffentlichen Dienstes.<sup>16</sup> Auch wurde verneint, dass von den Staatsdienerinnen getragene religiöse Symbole auch als Ausdruck eines staatlichen Selbstverständnisses verstanden werden könnten, das Religion hoch schätzt und die Religiosität des staatlichen Personals in seiner Vielfalt ausdrücklich zulässt.<sup>17</sup> Die abweichende Meinung der drei Richter geht hingegen davon aus, dass eine beamtete Lehrerin bezüglich

---

wird, keine Zweifel an der Eignung der Lehrkraft begründen, den Bildungsauftrag der Schule (§ 2) überzeugend erfüllen zu können.“

<sup>13</sup> Abweichende Meinung der Richter Jentsch, Di Fabio und Mellinghoff zum Urteil des BVerfG BVerfGE 108, 282, (340 ff.).

<sup>14</sup> BVerfGE 108, 282 (319); *Beaucamp/Beaucamp*, DÖV 2015, 174 (175); kritik bei *Pofalla*, NJW, 2004, 1218 (1219).

<sup>15</sup> So die abweichende Meinung der Richter Jentsch, Di Fabio und Mellinghoff, BVerfGE 108, 282 (314 f.)

<sup>16</sup> Der sog. Funktionsvorbehalt regelt den „Einsatzbereich“ von Beamten, denn nur diese stehen in dem benannten öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis, in: <https://www.dbb.de/lexikon/themenartikel/f/funktionsvorbehalt.html> (letzter Zugriff am 01.06.2022).

<sup>17</sup> *Unruh*, Religionsverfassungsrecht, Rn. 115.

ihrer subjektiven Rechtspositionen den Schülern und ihren Eltern als gleichberechtigte Grundrechtsträgerin gegenübertritt.<sup>18</sup> Das Gericht betonte auch die Bedeutung des negativen Rechts der Studenten und ihrer Familien auf Religionsfreiheit. Die negative Glaubensfreiheit gebe den Grundrechtsträgern indes kein Recht darauf, in der Öffentlichkeit von religiösen Symbolen und fremden Glaubensbekundungen verschont zu bleiben.<sup>19</sup> Sie erlaube keine generelle Religionsverhinderung oder richte sich, anders gefasst, nicht unmittelbar gegen andere Bürger.<sup>20</sup> Die religiös motivierte Bekleidung sei als Teil religiöser Vielfalt hinzunehmen.<sup>21</sup> Das Problem bestehe, so *Czermak*, darin, dass „Beamte zwar grundsätzlich ihre Grundrechte ausüben können, aber andererseits zu ihren Pflichten jedoch die Wahrung der religiös-weltanschaulichen Neutralität gehört und Schüler bzw. ihre Eltern einen grundrechtlichen Anspruch haben, nicht durch Verhaltensweisen, die dem Staat zuzurechnen sind, gezielt beeinflusst zu werden.“<sup>22</sup> Der Grundsatz der praktischen Konkordanz, auf den sich das BVerfG im Bereich der kollidierenden Grundrechte häufig beruft, wird in diesem ersten Kopftuch-Urteil außer Acht gelassen. Das BVerfG betonte, dass weder das Gebot der Toleranz noch der Grundsatz der praktischen Konkordanz<sup>23</sup> es gebieten, das Elternrecht und die Glaubensfreiheit der Eltern und Schüler einer öffentlichen Schule zugunsten einer Lehrerin, die ein Kopftuch trägt, zurückzudrängen. Es betonte auch, dass die Lehrer gemäß Art. 33 Abs. 5 GG die Einschränkungen ihrer positiven Religionsfreiheit hinnehmen müssen,

---

<sup>18</sup> *Pofalla*, NJW 2004, 1218 (1219 f.).

<sup>19</sup> BVerfGE 108, 282 (302); *Enders*, JZ 2012, 363 (365); *Kästner*, Stern/Becker (Hrsg.), Art. 4, Rn. 90.

<sup>20</sup> *Beaucamp/Beaucamp*, DÖV 2015, 174 (179).

<sup>21</sup> *Sacksofsky*, VVDStRL 68 (2009), 7 (33).

<sup>22</sup> *Czermak*, Religions- und Weltanschauungsrecht, Rn. 346.

<sup>23</sup> Praktische Konkordanz ist ein Grundsatz der Verfassungskonstruktion, der darauf abzielt, Normenkonflikte durch eine möglichst weitgehende Verwirklichung der einschlägigen Grundrechte zum Wohle der Allgemeinheit zu lösen, vgl. *Schladebach, Marcus*, Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip – Eine Verteidigung, Der Staat 2014, 53 (2).

die erforderlich sind, um einen Unterricht in einem Umfeld religiöser Neutralität zu gewährleisten.<sup>24</sup>

## 2. Stellungnahme

Diese Entscheidung wurde von Anfang an auf vielen Ebenen diskutiert, sowohl aus soziologischer als auch aus juristischer Sicht. Die eine Seite vertrat die Auffassung, dass die Entscheidung richtig und angemessen war, die andere, dass das BVerfG eine politische Entscheidung<sup>25</sup> getroffen hatte. Einer der wichtigsten Punkte, in denen sich die Befürworter des Gerichtshofs besonders einig waren, war die Tatsache, dass die Schüler an staatlichen Schulen nicht die Möglichkeit haben, den Lehrer ihrer Wahl zu wählen. Aufgrund der Schulpflicht und der Unfähigkeit der Schüler, ihre Lehrer zu wählen, gibt es für die Schüler keine Ausweichmöglichkeit. Daraus ergebe sich die Gefahr einer -auch ungewollten- Beeinflussung durch den als Respektsperson empfundenen Lehrer.<sup>26</sup> Der Staat ist vom GG zur weltanschaulich-religiösen Neutralität verpflichtet. Die Schüler sind daher im Unterricht alternativlos religiösen Symbolen ausgesetzt, wobei das Gebot der staatlichen Neutralität in erster Linie die negative Religionsfreiheit der andersgläubigen Schüler und das Recht der Eltern auf religiöse und weltanschauliche Erziehung ihrer Kinder schützt. Die Begriffe der *negativen Religionsfreiheit* und der *positiven Religionsfreiheit* weisen auf unterschiedliche Aspekte der Religionsfreiheit in einem rechtswissenschaftlichen Zusammenhang hin. Die negative Religionsfreiheit, die das Recht auf Nichtzugehörigkeit zu einer Religion und die Freiheit von religiöser Einmischung oder Zwang durch den Staat oder gesellschaftliche Institutionen garantiert, sei zugleich ein positives Recht auf eine Weltanschauung, da eine nichtreligiöse und/oder antireligiöse Haltung eine Weltanschauung ist.<sup>27</sup> Es bedeutet auch, dass Einzelpersonen das Recht haben, ihre religiösen Überzeugungen frei auszuüben, ohne dass der Staat oder andere

---

<sup>24</sup> BVerfGE 108, 282 (289).

<sup>25</sup> Als Beispiel <https://www.deutschlandfunk.de/das-karlsruher-urteil-zum-kopftuchstreit-100.html> (letzter Zugriff am 10.02.2024).

<sup>26</sup> BVerfGE 108, 282 (305 f.); *Unruh*, Religionsverfassungsrecht, Rn. 113.

<sup>27</sup> *Starck*, Religionsfreiheit in Deutschland, S. 4.

Individuen sie dazu zwingen oder beeinflussen. Die positive Religionsfreiheit hingegen bezieht sich auf das Recht des Einzelnen auf die aktive Ausübung und Erfüllung seiner religiösen Überzeugungen, einschließlich der Teilnahme an religiösen Versammlungen, Ritualen und Aktivitäten.<sup>28</sup> In diesem Urteil stellte das BVerfG fest, dass das Tragen eines Kopftuchs als Ausdruck des religiösen Bekenntnisses grundsätzlich vom Grundgesetz geschützt ist. Das Gericht betonte die positive Religionsfreiheit und wies darauf hin, dass die Freiheit, seine Religion zu bekennen und auszuüben, nicht nur das private Recht, sondern auch das Recht, seine Religion öffentlich zu bekennen, umfasst. Es wurde argumentiert, dass eine staatliche Einschränkung des Rechts, das Kopftuch zu tragen, einen Eingriff in die positive Religionsfreiheit darstellen würde. Der Gerichtshof schlägt vor, das unvermeidliche Spannungsverhältnis zwischen der positiven Religionsfreiheit der Lehrerin einerseits und dem Recht der Eltern auf Bildung und der negativen Religionsfreiheit der Schüler andererseits auf der Grundlage der Grundsätze der staatlichen Neutralität und gegenseitigen Toleranz zu lösen. Unseres Erachtens war es angemessen, dass das BVerfG den Grundsatz der staatlichen Neutralität auflöste, indem es die Vielfalt der religiösen und weltanschaulichen Anschauungen in den Schulen betonte. Man könnte auch argumentieren, dass das Gericht versucht, seine Neutralität gegenüber den beiden Hauptreligionen zu wahren, da es sich im Kruzifix-Urteil ähnlich geäußert hat.

Im Bereich Schule können nicht nur der Erziehungsauftrag des Staates und das Elternrecht einander gegenübergestellt werden, sondern hier kommt noch ein weiteres Spannungsverhältnis zum Tragen. Diese Frage wird seit langem sowohl von Juristen als auch von Organisationen der Zivilgesellschaft diskutiert. Mädchen muslimischen Glaubens, die, als Ausdruck der Gleichberechtigung, gegen den Willen ihrer Eltern ohne Kopftuch in die Schule kommen, dürften sich durch eine Lehrerin mit Kopftuch nicht gerade ermutigt fühlen.<sup>29</sup> *Sacksofsky* ist der Ansicht, dass auch eine befürchtete Beeinflussung eines muslimischen Mädchens „ambivalent“ zu beurteilen sei. Es könne sein, dass eine

---

<sup>28</sup> *Morlok, Dreier* (Hrsg.), Art. 4, Rn. 65.

<sup>29</sup> *Sacksofsky*, VVDStRL 68 (2009), 7 (37).



kopftuchtragende Lehrerin den elterlichen Druck, ein Kopftuch zu tragen, für ein Mädchen verstärkt.<sup>30</sup> Demnach könnte also die Gefahr bestehen, dass die Befreiungsbemühungen dieser Mädchen durch die Konfrontation mit einer weiteren kopftuchtragenden Autoritätsperson nicht unterstützt, sondern, im Gegenteil, sogar eingeschränkt werden. Es mag aber auch sein, dass eine Lehrerin mit Kopftuch islamischen Mädchen den Wert von Bildung gerade auch für sie selber vermitteln kann. Eine Lehrerin, die mit Kopftuch unterrichtet, könnte zudem eher bereit sein, Mädchen aus solchen Familien ein höheres Bildungsniveau zu bieten als muslimischen Familien, die ihren Töchtern Bildungschancen mit der Begründung verwehren wollen, sie seien unislamisch.<sup>31</sup>

Es gab diejenigen, die der Meinung waren, dass das Urteil des Zweiten Senats mit 5 zu 3 Stimmen im Lichte der praktischen Konkordanz ausgewogen war, aber es gab auch diejenigen, die mit dem Urteil unzufrieden waren, wenn man es in Verbindung mit dem Kreuzifix-Urteil betrachtet. Im Ergebnis hat das BVerfG die Verantwortung für die Gesetzgebung dem Gesetzgeber überlassen. Der Gesetzgeber wird sich entweder für die Gleichberechtigung der verschiedenen Weltanschauungen einsetzen und Lösungen finden, um die Integration in Deutschland zu gewährleisten, oder er wird die Verwendung religiöser Symbole verbieten. Als Reaktion auf die Aufforderung des Gerichts, die Verwendung religiöser Symbole in öffentlichen Schulen zu verbieten, haben 8 von 16 Bundesländern unverzüglich Gesetze zum Verbot der Verwendung religiöser Symbole in öffentlichen Schulen erlassen, nachdem das Gericht die Möglichkeit der Beeinflussung nicht-religiöser Schüler durch eine Lehrerin mit Kopftuch als abstrakte Gefahr erkannt hatte. Eine weitere Entscheidung im Jahr 2015 änderte den Fokus von einer abstrakten auf eine konkrete Gefahr.

---

<sup>30</sup> *Sacksofsky*, NJW 2003, 3297 (3299).

<sup>31</sup> *Sacksofsky*, NJW 2003, 3297 (3299); vgl. *Langenfeld*, Religiöse Freiheit – Gefahr oder Hilfe für die Integration?, 94 ff.

## II. Kopftuch II – BVerfGE 138, 296

Seit dem ersten Kopftuch-Urteil schien bei Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage ein Verbot des Einbringens religiöser oder weltanschaulicher Bezüge durch Lehrkräfte an öffentlichen Schulen, welche den in Neutralität zu erfüllenden staatlichen Erziehungsauftrag aus Art. 7 Abs. 1 GG, das elterliche Erziehungsrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG und die negative Glaubensfreiheit der Schülerinnen und Schüler aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG abstrakt gefährden, möglich zu sein.<sup>32</sup> Im Jahr 2015 hat das BVerfG (1. Senat)<sup>33</sup> seine Rechtsprechung dahingehend geändert, dass im verhältnismäßigem Ausgleich der eben genannten Verfassungsschutzgüter mit der kollidierenden Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG der Lehrkräfte für die Verfassungsmäßigkeit der die Religionsfreiheit einschränkenden Regelungen in den Schulgesetzen der Länder eine verfassungskonforme Auslegung notwendig ist, die im Einzelfall zur Rechtfertigung eines Kopftuches mindestens eine hinreichend konkrete Gefahr für die geschützten Verfassungsgüter verlangt.<sup>34</sup>

Diesem Beschluss lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die beiden Beschwerdeführerinnen sind türkischer Abstammung und muslimischen Glaubens mit deutscher Staatsangehörigkeit. Eine Beschwerdeführerin ist seit 1997 als Sozialpädagogin,<sup>35</sup> die andere seit 2001 als Lehrerin<sup>36</sup> an einer öffentlichen Gesamtschule des Landes Nordrhein-Westfalen angestellt. Nachdem sich die Beschwerdeführerinnen weigerten, das Kopftuch während des Dienstes abzulegen, sprach das Land zunächst eine Abmahnung und dann die Kündigung aus.<sup>37</sup> Die Verfassungsbeschwerden stellten zugleich mittelbar die in Nordrhein-Westfalen nach der o.g. Kopftuch-Entscheidung des BVerfG vom September 2003 erlassene gesetzliche

---

<sup>32</sup> Vgl. BVerfGE 102, 282 (303); *Enzensperger*, NVwZ 2015, 871 (871 f.). *Sachs*, JuS 6/2015, 571 (571); *Volkmann*, JURA 2015, 1083 (1085).

<sup>33</sup> BVerfGE 138, 296 – Kopftuchverbot Nordrhein-Westfalen

<sup>34</sup> *Enzensperger*, NVwZ 2015, 871 (872).

<sup>35</sup> Das Verfahren 1 BvR 471/10 (der Beschwerdeführerin zu I.).

<sup>36</sup> Das Verfahren 1 BvR 1181/10 (der Beschwerdeführerin zu II.).

<sup>37</sup> BVerfGE 138, 296 (308).

Regelung über die Zulässigkeit und die Grenzen religiöser Bekundungen durch im Schulwesen beschäftigte Personen zur verfassungsrechtlichen Prüfung.<sup>38</sup> Diese ist Grundlage der in den fachgerichtlichen Ausgangsverfahren überprüften arbeitsrechtlichen Maßnahmen.<sup>39</sup> Die dagegen gerichteten Klagen der Beschwerdeführerin blieben vor den Arbeitsgerichten ohne Erfolg.

Bezüglich des Ergebnisses der Entscheidung wurden kontroverse Meinungen ausgetauscht.<sup>40</sup> Die Mehrheit vertrat nämlich die Auffassung, dass es sich beim Tragen des Kopftuchs durch die Lehrkraft um eine individuelle Grundrechtsausübung handele.<sup>41</sup> Allerdings dürfe diese private Grundrechtsausübung der Lehrerin weder die negative Glaubensfreiheit der Eltern oder Schüler noch die staatliche Neutralität gefährden. Dies sei z.B. dann der Fall, wenn die Lehrkraft ihre Dienstpflichten verletzt, etwa indem sie die Autorität des ihr anvertrauten Amtes dazu missbraucht, missionarisch tätig zu werden, Schüler wegen ihres Glaubens diskriminiert oder aktiv Inhalte vermittelt, die mit den Erziehungszielen der Eltern nicht in Einklang stehen. Auch in diesem Falle bedürfe es aber keines speziellen Verbots religiöser Kleidung. Vielmehr wäre die Lehrkraft aufgrund des jeweiligen Verhaltens arbeits- bzw. beamtenrechtlich zur Verantwortung zu ziehen.<sup>42</sup>

---

<sup>38</sup> § 57 Abs. 4 des Schulgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen (SchulG NW) vom 15. Februar 2005 (GV.NRW, S. 102) in der Fassung des Ersten Gesetzes zur Änderung des Schulgesetzes vom 13. Juni 2006.

<sup>39</sup> BVerfGE 138, 296 (376 ff.).

<sup>40</sup> Pro *Neureither*, Über Kopftücher, Segelanweisungen und das Pech, zur falschen Zeit am falschen Ort und vor dem falschen Senat zu sein; *Rusteberg*, JZ 2015, 636 ff.; *Klein*, DÖV 2015, 464 ff.; *Muckel*, JA 2015, 476 ff.; Contra *Volkmann*, JURA 2015, 1083 ff.; *Ladeur*, JZ 2015, 633 ff.; *Enzensperger*, NVwZ 2015, 871 ff.; Kritik *Beaucamp/Beaucamp*, DÖV 2015, 174 ff.

<sup>41</sup> *Rusteberg*, JZ 2015, 636 (641).

<sup>42</sup> *Rusteberg*, JZ 2015, 636 (641 f.).

## 1. Begründung des Gerichts

Muslimische Lehrerinnen, die mit Kopftuch an öffentlichen Schulen unterrichten, waren über viele Jahre ein kontroverses Thema.<sup>43</sup> Die meisten Bundesländer haben das Kopftuch im Unterricht mittlerweile generell untersagt. Demgegenüber entschied das BVerfG, dass ein pauschales Kopftuchverbot für Lehrerinnen verfassungswidrig sei, weil es die Religionsfreiheit nicht ausreichend berücksichtige. An dieser von der Senatsmehrheit getragenen Lösung wurde seitens des Sondervotums und in Stellungnahmen seitens des Schrifttums Kritik geübt.<sup>44</sup> Der zentrale Kritikpunkt liegt darin, dass durch die Verlegung des Verbots auf den konkreten Einzelfall der Konflikt in die einzelne Schule hineingetragen werde. Dies führe zu Befunderhebungs- und Beweisführungsproblemen für Rechtsgüter in der Schulpraxis und verstärke eine dem Erziehungsauftrag eher abträgliche Personalisierung des Konflikts.<sup>45</sup> Hiervon ausgehend stellt sich die Frage, ob und wodurch man aus verfassungsimmanenten Religionsfreiheitschranken wie der negativen Religionsfreiheit, dem staatlichen, religiös-weltanschaulich neutral auszuführenden Bildungs- und Erziehungsauftrag und dem elterlichen Erziehungsrecht einen Schutz vor einer nur gefühlten Bedrohung ableiten kann.<sup>46</sup> Nach einer verfassungskonformen Auslegung müsse statt einer abstrakten Gefährdung der Neutralität des Staates gegenüber Schülerinnen und Schülern sowie deren Eltern oder einer abstrakten Gefährdung des politischen, religiösen und weltanschaulichen Schulfriedens eine hinreichend konkrete Gefahrensituation zu befürchten sein.<sup>47</sup> Richtet man den Blick zunächst jedoch auf das Schutzgut der Neutralität, so scheint das Kriterium der ‚Gefahr‘ dafür bedeutungslos, da sowohl religiöse Bekundungen einer einzelnen Lehrkraft nicht dem Staat

---

<sup>43</sup> Abweichende Meinung des Richters Schluckebier und der Richterin Hermanns zum BVerfGE 138, 296 (376).

<sup>44</sup> *Rusteberg*, JZ 2015, 636 (640).

<sup>45</sup> Sondervotum in BVerfGE 138, 296 (359 ff.).

<sup>46</sup> *Volkmann*, JURA 2015, 1083 (1085); *Klein*, DÖV 2015, 464 (468).

<sup>47</sup> *Enzensperger*, NVwZ 2015, 871 (872); *Klein*, DÖV 2015, 464 (468); *Beaucamp/Beaucamp*, DÖV 2015, 174 (177).

zugerechnet werden, als auch zwischen dem Staat und den Handlungen seiner Repräsentanten nicht bedeutungsvoll differenziert werden kann.<sup>48</sup> Zudem könnte sich denkbare aus der religiösen Bekundung eines Einzelnen auch keine Gefahr für die staatliche Neutralität ergeben. Durch das einseitige Bekenntnis zu einer bestimmten Religion wäre die Neutralität immer schon beeinträchtigt.<sup>49</sup> Die in manchen Bundesländern getroffenen Verbote stellen auf eine durch das Tragen von religiös konnotierten Kleidungsstücken oder Symbolen entstehende abstrakte Gefährdung der staatlichen Neutralitätspflicht und des Schulfriedens oder der religiösen und weltanschaulichen Empfindungen der Schülerschaft ab.<sup>50</sup> Bei der Auflösung der Kollisionslage steht den Landesgesetzgebern ein Einschätzungsspielraum zu.<sup>51</sup> Einerseits können religiöse und weltanschauliche Bezüge in die Schule aufgenommen werden, um der gewachsenen Vielfalt gerecht zu werden und Toleranz unter den Schülern zu fördern.<sup>52</sup> Andererseits kann dem gesteigerten Konfliktpotenzial dadurch begegnet werden, dass der staatlichen Neutralitätspflicht eine distanzierende Funktion zugeschrieben wird und religiöse bzw. weltanschauliche Bezüge von vornherein vermieden werden.<sup>53</sup> Insofern weisen die Bundesverfassungsrichter *Schluckebier* und *Hermanns* in ihrer Begründung zum Sondervotum darauf hin, dass der Senat den durchaus vorhandenen politischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers missachtet, wenn er die im Rahmen der kollidierenden Verfassungsgüter getroffene Abwägungsentscheidung des Landesgesetzgebers durch seine eigene Abwägungsentscheidung korrigiert bzw. sogar ersetzt.<sup>54</sup> „Die vom Senat geforderte einschränkende Auslegung [...], dass nur eine hinreichend konkrete Gefahr für den Schulfrieden und die staatliche Neutralität ein Verbot religiöser Bekundungen durch das äußere Erscheinungsbild von

---

<sup>48</sup> *Volkmann*, JURA 2015, 1083 (1085).

<sup>49</sup> *Volkmann*, JURA 2015, 1083 (1086).

<sup>50</sup> Kritik bei *Chahrokh*, Human Rights Watch, Diskriminierung im Namen der Neutralität, 2009.

<sup>51</sup> Vgl. EGMR, Aktas v. France, Urt. vom 30. Juni 2009, Appl. No. 43563/08.

<sup>52</sup> Näheres *Baer/Wrase*, KVfGR 2007, 401 (382).

<sup>53</sup> *Beaucamp/Beaucamp*, DÖV 2015, 174 (177).

<sup>54</sup> Sondervotum in BVerfGE 138, 296 (376); *Enzensperger*, NVwZ 2015, 871 (873).

Pädagogen zu rechtfertigen vermag, wenn es um die Befolgung eines imperativ verstandenen religiösen Gebots geht, misst den zu dem individuellen Grundrecht der Pädagogen gegenläufigen Rechtsgütern von Verfassungsrang bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu geringes Gewicht bei.<sup>55</sup> Zu Recht weist das Sondervotum darauf hin, dass es hauptsächlich Sache des Landesgesetzgebers ist, im Rahmen seiner weiten Gestaltungsfreiheit eine Regelung für das Schulwesen zu finden.<sup>56</sup> Dieser Anforderung wurde die Senatsmehrheit durch ihre einschränkende Auslegung der landrechtlichen Verbotsnormen nicht gerecht.<sup>57</sup>

Das Sondervotum erwähnt zudem einen einschlägigen Vergleich mit dem EGMR: „Das vom Gesetzgeber beabsichtigte Verständnis der Norm, das das Bundesarbeitsgericht mit seiner Auslegung in den Ausgangsverfahren aufgenommen hat und wonach schon eine abstrakte Gefahr für den Schulfrieden und die staatliche Neutralität für die Untersagung einer religiösen Bekundung genügt, steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.<sup>58</sup> Dieser hat den Mitgliedstaaten einen erheblichen Beurteilungsspielraum zugestanden und zu sogenannten Kopftuchverboten unterstrichen, aufgrund des besonderen Status einer Lehrperson als ‚representative of the state‘ komme deren Religionsfreiheit in der Abwägung ein geringeres Gewicht zu. Auch hat er es für nicht relevant befunden, ob aus der Situation des Einzelfalls heraus konkrete Anhaltspunkte für eine Gefährdung der Rechte der Schüler bestünden. Ausreichend sei vielmehr, dass sich solche Effekte nicht ausschließen ließen. Bezogen auf das Tragen religiöser Symbole könne dies dann angenommen werden, wenn es sich dabei um starke äußerliche Zeichen handele [...].“<sup>59</sup>

---

<sup>55</sup> BVerfGE 138, 296 (359); *Enzensperger*, NVwZ 2015, 871 (872).

<sup>56</sup> BVerfGE 138, 296 (362), Rn. 21.

<sup>57</sup> *Enzensperger*, NVwZ 2015, 871 (872).

<sup>58</sup> Vgl. nur EGMR, *Dahlab v. Schweiz*, Urt. vom 15. Februar 2001, Appl. No. 42393/98.

<sup>59</sup> Sondervotum in BVerfGE 138, 296 (376); EGMR, *Dahlab v. Schweiz*, Urt. vom 15. Februar 2001, Appl. No. 42393/98.

In einer Reihe von Urteilen, die zwar nicht direkt das Tragen von Kopftüchern durch Lehrerinnen betrafen, sich aber auf die religiöse Motivation bezogen, hat das EGMR den Beurteilungsspielraum von Staaten hervorgehoben. Der Gerichtshof hat im Zusammenhang mit Bekleidungs Vorschriften für Lehrkräfte, namentlich dem Verbot des Tragens des islamischen Kopftuchs, den Vertragsstaaten im Blick auf das in dem betreffenden Land geltende weltanschaulich-religiöse Neutralitätsprinzip und den Schutz der negativen Religionsfreiheit Dritter, die er der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und der öffentlichen Ordnung zugeordnet hat, einen erheblichen Spielraum eingeräumt.<sup>60</sup>

## 2. Stellungnahme

Die Senatsmehrheit erachtet als legitimes Ziel des Gesetzgebers, den Schulfrieden und die staatliche Neutralität zu wahren; zu diesem Zweck sei die Verbotsregelung auch geeignet.<sup>61</sup> Allerdings bestehe ein Dilemma darin, dass das Gesetz keine konkrete Gefährdung der genannten Schutzgüter verlange, sondern religiöse Bekundungen schon abstrakt als gefährlich betrachte.<sup>62</sup> Auf der Ebene der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne sieht der Erste Senat keinen triftigen Grund mehr für ein pauschales Verbot ohne konkrete Anhaltspunkte für eine Gefährdung oder Störung des Schullebens, die einer Abwägung mit den Grundrechten der Kopftuchträgerinnen

---

<sup>60</sup> BVerfGE 138, 296 (362); vgl. EGMR, *Dahlab v. Schweiz*, Urt. vom 15. Februar 2001, Appl. No. 42393/98; EGMR [GK], *Sahin v. Türkei*, Urt. vom 10. November 2005, Appl. No. 44774/98; EGMR, *Kurtulmus v. Turkey*, Urt. vom 24. Januar 2006, Appl. No. 65500/01; zu Grenzen des Spielraums vgl. EGMR, *Eweida u.a. v. UK*, Urt. vom 15. Januar 2013, Appl. No. 48420/10.

<sup>61</sup> Geeignetheit bedeutet, dass das verwendete Mittel den verfolgten Zweck wenigstens fördert, in: *Kingreen/Poscher*, StR II, Rn. 324; ‚Geeignet‘ kann ein Verbot, das den Schutz eines Rechts- bzw. Verfassungsguts bezweckt, also nur sein, wenn die von dem Verbot erfasste Verhaltensweise ihrerseits überhaupt geeignet ist, das zu schützende Gut zu gefährden, in: *Rusteberg*, JZ 2015, 636 (641).

<sup>62</sup> *Wrase*, Kopftuch revisited, <https://www.juwiss.de/15-2015/> (letzter Zugriff am 10.02.2024); *Enzensperger*, NVwZ 13/2015, 871 (872).

zugrunde gelegt werden können. Damit grenzt er sich von den Ausführungen zur ersten Kopftuch-Entscheidung ab, die es dem Gesetzgeber anheimgegeben hatten,<sup>63</sup> bereits eine abstrakte und nicht konkret belegbare Gefährdung des Schulfriedens zum Anlass zu nehmen, um das Kopftuch durch Regelungen zu verbieten.<sup>64</sup>

In seiner Entscheidung von 2003 vermied der Zweite Senat juristischen Aktivismus und verwies die Angelegenheit zur abschließenden Klärung an den Gesetzgeber zurück. Fragen wie die, ob das Kopftuch wegen der abstrakten Gefahr der Beeinträchtigung von Rechtsgütern zukünftig in Schulen verboten werden soll, welches Neutralitätskonzept ausschlaggebend sein soll und mit welchem Schulmodell auf den wachsenden religiösen Pluralismus reagiert werden soll, sollten dem politischen Prozess und dem demokratischen Gesetzgeber überlassen werden.<sup>65</sup>

### III. Kopftuch III – BVerfGE 153, 1

Das BVerfG hat in seiner letzten Entscheidung im Jahr 2020 entschieden, dass das Verbot des Tragens eines Kopftuchs durch eine Referendarin in der juristischen Ausbildung bei öffentlichkeitswirksamen Tätigkeiten verfassungsrechtlich zulässig ist. Der Gegenstand der Verfassungsbeschwerde ist das an die Beschwerdeführerin, die deutsche und marokkanische Staatsangehörige ist, gerichtete Verbot, während bestimmter Ausbildungsabschnitte ihres in Hessen abgeleiteten Rechtsreferendariats den islamischen Schleier zu tragen. Nach § 27 des hessischen Juristenausbildungsgesetzes gelten für Rechtsreferendare grundsätzlich die Bestimmungen des Hessischen Beamtengesetzes (HBG) vom 27. Mai 2013. § 45 dieses Gesetzes verpflichtet die Beamten, sich im Dienst religiös neutral zu verhalten

---

<sup>63</sup> BVerfGE 108, 282 (310 f.)

<sup>64</sup> *Wrase*, Kopftuch revisited, <https://www.juwiss.de/15-2015/> (letzter Zugriff am 10.02.2024); *Neureither*, Über Kopftücher, <https://verfassungsblog.de/ueber-kopftuecher-segelanweisungen-und-das-pech-zur-falschen-zeit-am-falschen-ort-und-vor-dem-falschen-senat-zu-sein/> (letzter Zugriff am 10.02.2024).

<sup>65</sup> *Volkmann*, JURA 2015, 1083 (1091).



und verbietet ihnen, Kleidungsstücke zu tragen, die objektiv geeignet sind, das Vertrauen in die Neutralität ihrer Amtsführung zu beeinträchtigen.<sup>66</sup>

Stellt man die Entscheidung in die Reihe der bisherigen Entscheidungen zum Kopftuchverbot, die sich im Kern immer mit dem Konflikt zwischen der Religionsfreiheit der Gläubigen und der Neutralität des Staates befassen, so bestätigt der Zweite Senat zunächst seine Eilentscheidung vom 27.6.2017 im selben Fall, als er eine einstweilige Anordnung zugunsten der Referendarin ablehnte - damals allerdings noch unter bloßer Abwägung der Folgen, die sich aus der Anordnung bzw. deren Ablehnung ergeben würden.

Seit längerem Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen und verfassungsrechtlicher Diskussionen ist das muslimische Kopftuch. Das BVerfG hatte bereits in zwei Senatsentscheidungen – wie oben erwähnt – über die Untersagung des Kopftuchs von Lehrerinnen befunden. Nun musste das BVerfG erstmals entscheiden, ob das Verbot des Tragens von Kopftüchern für Rechtsreferendarinnen bei bestimmten Tätigkeiten im Rahmen ihrer Ausbildung ihre Grundrechte verletzt. In der letzten Entscheidung vom 2020 wird hier deutliche Unterschiede zum Schulbereich gesehen, denn die Richter seien im Vergleich mit Lehrern stärker auf eine Rolle als Repräsentanten des Staates verpflichtet, was auch in der besonderen Amtstracht zum Ausdruck kommt.

### **1. Begründung des Gerichts**

Ein Verbot für Rechtsreferendarinnen, religiöse Symbole oder Kleidungsstücke wie das islamische Kopftuch bei Tätigkeiten zu tragen, bei denen sie als Repräsentantinnen des Staates wahrgenommen werden können, bewirkt einen Eingriff in ihre Religionsfreiheit von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, der durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden kann.<sup>67</sup> Das BVerfG sieht als kollidierendes Recht an: die

---

<sup>66</sup> BVerfGE 153, 1 (18); *Sachs*, JuS 2020, 992 (992).

<sup>67</sup> *Brosius-Gersdorf/Gersdorf*, NVwZ 2020, 428 (428).

weltanschaulich- religiöser Neutralität des Staates, die Funktionsfähigkeit der Justiz und die negative Religionsfreiheit Dritter.<sup>68</sup>

Das Gebot *weltanschaulich-religiöser Neutralität* ist ein Grundprinzip eines Rechtsstaates. Damit der Staat alle Bürger gleich behandeln muss, muss er absolut weltanschaulich- und religionsneutral sein. Diese Hinsicht fordert zwar keine strikte Trennung von Staat und Kirche, verbietet dem Staat aber, sich mit einer bestimmten Religion oder Religionsgemeinschaft zu identifizieren.<sup>69</sup> Das BVerfG betont jedoch, dass „die Verpflichtung des Staates auf Neutralität keine andere sein als die Verpflichtung seiner Amtsträger auf Neutralität kann, denn der Staat kann nur durch Personen handeln.“<sup>70</sup> Zwar sei das GG auf eine offene, die Glaubensfreiheit fördernde Haltung hin angelegt, vor Gericht gibt es aber einen Sonderfall, denn werde hier schon beim äußeren Auftreten der RichterIn die Einnahme einer distanzierende Rolle erwartet.<sup>71</sup> Zwar müsse sich der Staat die Ausübung des Grundrechts seiner Amtsträger nicht unter allen Umständen als eigene zurechnen lassen, doch sollte etwas anderes gelten, wenn der Staat „auf das äußere Gepräge einer Amtshandlung besonderen Einfluss“ nehme.<sup>72</sup>

Die *Funktionsfähigkeit der Rechtspflege* sieht sodann das BVerfG als weitere verfassungsimmanente Schranke der Religionsfreiheit an.<sup>73</sup> Nach dem Zweiten Senat werde die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege werde beeinträchtigt, wenn das gesellschaftliche Vertrauen nicht nur in die einzelne Persönlichkeit, sondern in die Rechtsprechung insgesamt erschüttere.<sup>74</sup> Das Gericht ergibt sich, dass dieses Vertrauen strenge formalisierte Bestimmungen erfordert. Der Staat darf daher Maßnahmen ergreifen, die die Neutralität der Justiz aus der Sicht eines objektiven Dritten betonen sollen. Das Verbot religiöser Bekundungen oder der

---

<sup>68</sup> *Classen*, JZ 2020, 417 (417); *Brosius-Gersdorf/Gersdorf*, NVwZ 2020, 428 (430).

<sup>69</sup> *Muckel*, JA 2020, 555 (557); *Brosius-Gersdorf/Gersdorf*, NVwZ 2020, 428 (428); *Hecker*, NVwZ 2020, 423 (423); *Kukuczka/Herbolsheimer*, DÖV 2020, 724 (725).

<sup>70</sup> BVerfGE 153, 1, Rn. 89 ff.

<sup>71</sup> BVerfGE 153, 1, Rn. 89; *Hecker*, NVwZ 2020, 423 (423).

<sup>72</sup> BVerfGE 153, 1, Rn. 89 ff.; *Hecker*, NVwZ 2020, 423 (423).

<sup>73</sup> BVerfGE 153, 1, Rn. 89 ff.

<sup>74</sup> *Muckel*, JA 2020, 555 (557).

Verwendung religiöser Symbole durch den Staat und seine Amtsträger kann legitimer Ausdruck einer solchen Konzeption sein, wenn es sich auf Gleichheit aller Äußerungen und Zeichen im Gerichtssaal bezieht.<sup>75</sup>

Eine andere Rechtfertigung für das Ergebnis der Entscheidung bildet die *negative Religionsfreiheit der Verfahrensbeteiligten*. Es stimmt, dass der Einzelne in einer multireligiösen Gesellschaft kein Recht auf Schutz vor fremden Glaubensbekundungen, Kulthandlungen und religiösen Symbolen hat. Davon zu unterscheiden ist aber eine vom Staat geschaffene Lage, in der Individuen dem Einfluss einer bestimmten Überzeugung unterliegen, die Handlungen, in denen sie sich manifestiert, und die Symbole, in denen sie dargestellt wird, ohne Entkommen hervortreten.<sup>76</sup>

Diskutiert wird ebenfalls, dass die verfassungsdogmatische Kopftuchfrage auf das Aufeinanderprallen der positiven Religionsfreiheit des jeweiligen Amtsträgers und der negativen Religionsfreiheit Dritter schrumpft.<sup>77</sup> Angesichts des im Sondervotum des Richters *Maidowski* ausgeführten Umstands hätte diese Kollision dabei zugunsten der Religionsfreiheit der Amtsträgerin aufgelöst werden müssen. Da die Wirkung einer das Kopftuch tragenden Amtsträgerin auf die negative Religionsfreiheit der Betroffenen kaum über den „Bereich des bloßen Konfrontationsschutzes“ hinausgehe, steht nämlich ein Verbot des Kopftuchtragens in keinem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Schutz negativer Religionsfreiheit.<sup>78</sup>

## 2. Stellungnahme

Zunächst einmal hat das BVerfG dieses Urteil auf der Grundlage einer "Rechtsreferendarin" gefällt. Ausgehend von der Argumentation des Gerichts zur Funktionsfähigkeit der Rechtspflege könnte dies auch

---

<sup>75</sup> *Kukuczka/Herbolsheimer*, DÖV 2020, 724 (727).

<sup>76</sup> BVerfGE 153, 1, Rn. 94; vgl. BVerfGE 93, 1 (15 f.); 108, 282 (301 f.); 138, 296 (336 Rn. 104); BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 18. Oktober 2016 - 1 BvR 354/11 - Rn. 64); *Hecker*, NVwZ 2020, 423 (424).

<sup>77</sup> *Kukuczka/Herbolsheimer*, DÖV 2020, 724 (729); *Brosius-Gersdorf/Gersdorf*, NVwZ 2020, 428 (428 f.).

<sup>78</sup> *Kukuczka/Herbolsheimer*, DÖV 2020, 724 (730);

bedeuten, dass es in Zukunft in seinen Auswirkungen auf die klassischen juristischen Berufe der Richterin, Staatsanwältin und sogar schließlich Rechtsanwältin treffen wird. Bei seinen Feststellungen zum Grundrechtseingriff hat das Gericht drei Verfassungsgrundsätze, die dem Staat zustehen, der individuellen Religionsfreiheit der Rechtsreferendarin gegenübergestellt. Es ist zu erwarten, dass eine ähnliche Abwägungsformulierung in Zukunft weitaus größere Auswirkungen auf das Grundrecht der Berufsfreiheit ausüben wird als ein Kopftuchverbot für Richterinnen und Staatsanwältinnen.<sup>79</sup> Es wäre wünschenswert, dass die Bundesländer die Beschäftigungsverhältnisse von Rechtsanwaltsanwärtinnen, Richterinnen und Staatsanwältinnen selber regeln. Mit Ausnahme der BVerfGE aus dem Jahr 2003 sind die letzten beiden Kopftuchentscheidungen in der Literatur stark kritisiert worden, weil das BVerfG seine Kompetenzen überschritten und sich an die Stelle des Gesetzgebers gesetzt habe. Obwohl von den Bundesländern erwartet wird, dass sie die religiöse Kleidung im öffentlichen Raum regeln, sollte dies nicht so verstanden werden, dass die Länder ein Verbot religiöser Kleidung unbedingt verhängen müssen. In diesen Zeiten des verschärften Personalwettbewerbs ist zu erwarten, dass sich die Bundesländer im Interesse der demokratischen Ordnung um die Einstellung qualifizierter Beamter mehr sorgen als um die Art der Bekleidung. Die immer wieder geäußerte Kritik, der BVerfG verhalte sich in dieser Hinsicht wie ein Gesetzgeber, wäre nicht unberechtigt.

### 3. Vergleich mit Kopftuch-Entscheidungen des BVerfG

Der Zweite Senat hat in seinem ersten Urteil aus dem 2003, das sich auf Lehrerinnen bezog, das Kopftuchverbot verboten, weil die Rechtsgrundlage nicht ausreichend definiert war.<sup>80</sup> Das Gericht hielt es für zureichend, dass der Gesetzgeber das Kopftuch verbietet, auch wenn nur eine abstrakte Gefahr für den Schulfrieden oder die religiöse und

---

<sup>79</sup> Ähnliche Kritik *Brosius-Gersdorf/Gersdorf*, NVwZ 2020, 428 (433); Gärditz, Klaus F., Ein Bundesverfassungsgericht des Ressentiments, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bverfg-2bvr1333-17-kopftuch-referendarin-islam-religion-neutralitaet-ressentiment> (letzter Zugriff am 10.02.2024).

<sup>80</sup> BVerfGE 108, 282 (307); *Sacksofsky* NJW 2017, 3072 (3072).

weltanschauliche Neutralität des Staates besteht.<sup>81</sup> Der Zweite Senat hat deutlich bekundet, dass in staatlichen Schulen auf Basis der Glaubensfreiheit dem Staat als Schulträger eine alle Bekenntnisse gleichermaßen fördernde Haltung nahegelegt werde.<sup>82</sup> Zudem hatte er bei seiner Entscheidung im Jahre 2003 ziemlich klar eine gesetzliche Grundlage – an der sich die verschiedenen Landesgesetzgeber zu orientieren hatten – nur für den Fall gefordert, dass einer bloß abstrakten Gefahr im Sinne einer theoretischen Möglichkeit der Beeinträchtigung der Schutzgüter vorgebeugt werden sollte.<sup>83</sup> In dem Fall im Jahre 2015 suchte er allerdings nach einer konkreten Gefahr für das Kopftuchverbot, sodass die Landesgesetze ausreichend waren, die bis dato gültig waren. In der Entscheidung wurde jedoch die folgende maßgebliche Auslegung vorgenommen, die die Begründung vom Beschluss des Ersten Senats von 2015, mit dem ein pauschales Kopftuchverbot für Lehrkräfte an öffentlichen bekenntnisoffenen Gesamtschulen als verfassungswidrig angesehen wurde,<sup>84</sup> enthält: „Die dem Staat gebotene religiös-weltanschauliche Neutralität ist [...] nicht als eine distanzierende im Sinne einer strikten Trennung von Staat und Kirche, sondern als eine offene und übergreifende, die Glaubensfreiheit für alle Bekenntnisse gleichermaßen fördernde Haltung zu verstehen. Art. 4 Abs.1 S. 2 GG gebietet auch in positivem Sinn, den Raum für die aktive Betätigung der Glaubensüberzeugung und die Verwirklichung der autonomen Persönlichkeit auf weltanschaulich-religiösem Gebiet zu sichern.“<sup>85</sup> Später in der zweiten Kopftuch Entscheidung hat das BVerfG eine gesetzliche Regelung nur in verfassungskonformer Auslegung gebilligt, die ihre Anwendung auf Fälle konkreter Gefahren für kollidierende Verfassungsgüter einschränkte. Eine bloß abstrakte Gefährdung des Schulfriedens reicht nicht aus, um den betroffenen Lehrerinnen ihr Grundrecht auf Religionsfreiheit in unangemessener Weise vorzuenthalten. Nur wenn es zu einer hinreichend konkreten Gefährdung oder Störung des Schulfriedens oder der staatlichen

---

<sup>81</sup> *Muckel*, JA 2020, 555 (555).

<sup>82</sup> *Ladueur*, JZ 2015, 633 (636).

<sup>83</sup> *Volkmann*, JURA 2015, 1083 (1085).

<sup>84</sup> BVerfGE 138, 296 (339).

<sup>85</sup> BVerfGE 108, 282 (300); *Leitmeier*, NJW 2020, 1036 (1036).

Neutralität käme, sei es den Pädagoginnen zumutbar auf das Kopftuchstragen zu verzichten, um eine geordnete, insbesondere die Grundrechte der Schüler und ihre Eltern sowie das staatliche Neutralitätsgebot wahrende Erfüllung des staatlichen Erziehungsauftrag aus Art. 7 Abs. 1 GG sicherzustellen.<sup>86</sup> In diesem Urteil vertritt das Gericht die Auffassung, dass die Religionsfreiheit von Lehrerinnen nicht durch ein Gesetz oder durch bloßen Vermutungen, die sich allein auf eine abstrakte Gefahr für den Schulfrieden stützen, abgeschafft oder sogar völlig ausgehöhlt werden darf. Bei der Bewertung der Neutralität des Staates und der positiven Religionsfreiheit der Beschwerdeführerin kam das Gericht zu folgendem Schluss: „Der Staat, der eine religiöse Aussage einer einzelnen Lehrerin oder pädagogischen Mitarbeiterin, die mit dem Tragen eines Kopftuchs verbunden ist, akzeptiert, macht sich diese Aussage nicht zu eigen und muss sie nicht als von ihm gewollt annehmen.“<sup>87</sup>

Schließlich hat es erstmalig entschieden, ob das Verbot des Tragens von Kopftüchern für Rechtsreferendarinnen bei bestimmten Tätigkeiten im Rahmen ihrer Ausbildung gegen ihre Grundrechte verstößt.<sup>88</sup> Insbesondere im Hinblick auf Richterinnen und Staatsanwältinnen bestätigte auf eine Popularklage hin der BayVerfGH in einer Entscheidung vom 14. März 2019 das in Bayern geltende gesetzliche Kopftuchverbot.<sup>89</sup> Es wurde argumentiert, dass das Kopftuch nicht vollständig in den privaten Bereich fallen würde und dass der Amtsausübung berücksichtigt werden müsse. Ausdrücklich heißt es im BVerfG auch: „Der Glaubensfreiheit der betroffenen Amtsträger kommt hierbei ein hoher Wert zu, zumal sie in enger Verbindung mit der Menschenwürde als dem obersten Wert im System der Grundrechte steht und wegen ihres Ranges extensiv ausgelegt werden muss.“<sup>90</sup> Das BVerfG lege „für den Staat als Heimstatt aller Staatsbürger [...] die

---

<sup>86</sup> Häberle, DVBl. 2018, 1263 (1264).

<sup>87</sup> BVerfGE 138, 296 (337).

<sup>88</sup> Sachs, JuS 2020, 992 (992);

<sup>89</sup> Vgl. auch BayVerfGH, Entscheidung vom 14. März 2019 - Vf. 3-VII-18 -, juris, Rn. 27 f.

<sup>90</sup> BVerfGE 153, 1, Rn. 101.

Pflicht zu weltanschaulich-religiöser Neutralität“<sup>91</sup> fest, gehöre die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege insgesamt zu den Grundbedingungen des Rechtsstaats und setze voraus, dass gesellschaftliches Vertrauen nicht nur in die einzelne Richterpersönlichkeit, sondern in die Justiz insgesamt existiere.<sup>92</sup> Es wurde vorgebracht, dass Maßnahmen ergriffen wurden, um die Neutralität der Justiz im Sinne einer objektiven Dritten zu unterstreichen. Das Gericht warnte davor, dass die Verwendung religiöser Symbole und religiöser Bekundungen durch den Staat und seine Beamten diese solche Konzeption legitimieren würde. Das BVerfG erklärte wie folgt; Auch wenn das religiöse Bekenntnis einzelner Amtsträger allein nicht gegen deren sachgerechte Amtswahrnehmung spricht [...], kann die erkennbare Distanzierung des einzelnen Richters und der einzelnen Richterin von individuellen religiösen, weltanschaulichen und politischen Überzeugungen bei Ausübung ihres Amtes zur Stärkung des Vertrauens in die Neutralität der Justiz insgesamt beitragen und ist umgekehrt die öffentliche Kundgabe von Religiosität geeignet, das Bild der Justiz in ihrer Gesamtheit zu beeinträchtigen, das gerade durch eine besondere persönliche Zurücknahme der zur Entscheidung berufenen Amtsträger geprägt ist.“<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> BVerfGE 153, 1, Rn. 87; *Leitmeier*, NJW 2020, 1036 (1037).

<sup>92</sup> BVerfGE 153, 1, Rn. 87; *Leitmeier*, NJW 2020, 1036 (1037).

<sup>93</sup> BVerfGE 153, 1, Rn. 87; *Leitmeier*, NJW 2020, 1036 (1038).

## ZUSAMMENFASSUNG

Abgesehen von möglichen Spannungsfeldern zwischen der Gleichberechtigung der Geschlechter einerseits und der staatlichen Neutralität (BVerfGE 108, 282 [334]) andererseits kann es auch zu Konflikten zwischen zwei Aspekten innerhalb des Rechts auf Religionsfreiheit kommen, nämlich zwischen der ‚positiven Religionsfreiheit‘ einer Lehrerin und der ‚negativen Religionsfreiheit‘ von Schülerinnen und Schülern, sowie ihre Eltern und auch bspw. Verfahrensbeteiligten in Gerichtssälen. Unter der positiven Religionsfreiheit versteht man das Recht, das eigene Leben nach den eigenen religiösen Vorstellungen auszurichten; die negative Religionsfreiheit umfasst demgegenüber das Recht, nicht zu religiösen Handlungen gedrängt oder gar gezwungen zu werden und sogar davon fernzubleiben. Hinzu kommt selbstverständlich das Erziehungsrecht der Eltern aus Art. 6, Abs. 2 GG, mit dem sie über die religiöse oder nicht-religiöse Erziehung ihrer Kinder entscheiden. In einer Situation wie der oben erwähnten (eine kopftuchtragende Lehrerin und ihre Schüler bzw. Schülerinnen, deren Eltern ihre Kinder von jedweden religiösen Einflüssen fernhalten wollen) steht das Grundrecht auf negative Religionsfreiheit der Eltern infrage (die religiöse und weltanschauliche Neutralität des Staates bildet eine weitere Säule dieses Konflikts im Hinblick auf die Schranken der sog. Grundrechte). In diesem Spannungsfeld von negativer und positiver Religionsfreiheit können die unterschiedlichen Rechtsansprüche aufeinanderprallen. Der gerechteste Weg zur Lösung des Problems ist die praktische Konkordanz. Die gerechteste Art, das Problem zu lösen, ist unserer Ansicht auch nach die Abwägungslehre, wie BVerfG. Denn jeder einzelne Fall muss im Kontext seines eigenen Sachverhalts bewertet werden. Ein pauschales Verbot religiös konnotierter Kleidungsstücke ist ebenso falsch wie eine verfassungskonforme Auslegung, die diese Stücke unter allen Umständen zulässt.

Das BVerfG entschied sich letztlich, zur Rechtfertigung eines Kopftuchverbots mindestens eine hinreichend konkrete Gefahr für die geschützten Verfassungsgüter zu verlangen; eine bloß abstrakte Gefahr



reiche nicht aus. Dennoch bleibt hier eine gewisse Unsicherheit darüber, wann genau die vom BVerfG geforderte konkrete Gefahr für den Schulfrieden oder die staatliche Neutralität in der Schule gegeben ist. Beim Sondervotum der zweiten Kopftuch- Entscheidung wird entschieden geäußert, dass die Lehrerinnen als vorbildliche Autoritätspersonen handelten, dass gerade jüngere Schülerinnen und Schüler besonders beeinflussbar und formbar seien und dass und dass der Verzicht auf das Kopftuch seitens der Lehrerinnen muslimischen Mädchen dabei helfen könnte, sich dem Zwang zum Kopftuch in ihrem streng religiösen Elternhaus zu widersetzen. Es wäre zu erwarten gewesen, dass diese eher soziologisch-psychologische Schlussfolgerung in der Prüfung der Begründetheit durch das Gericht näher untersucht wird. Allerdings hat das BVerfG bis zu seinem jüngsten Urteil das Kopftuch nicht ausdrücklich verboten. Während das Gericht religiöse Symbole in Gerichtssälen vollständig verbot, unterstrich es damit den Unterschied zwischen der Kopftuchfrage in der Schule und in Gerichtssälen. Anstatt die negativen Freiheiten anderer strikt zu betonen, wurde dieses Mal die Neutralität des Staates und die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege sorgfältig hervorgehoben. Der Schutz staatlicher Grundsätze gegenüber der Religionsfreiheit des Einzelnen ist in der Literatur viel diskutiert worden. Nach diesem vertretbaren Ansatz wäre die Einschränkung eines Grundrechts gegen den Grundsatz des Neutralitätsgebots mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unvereinbar.

## ÖZET

*Toplumsal cinsiyet eşitliği ile devletin tarafsızlığı ilkesi arasındaki olası gerilimlerin yanı sıra, din özgürlüğünün iki boyutu arasında da yani bir öğretmenin 'pozitif din özgürlüğü' ile öğrencilerin, onların ebeveynlerinin ve mahkeme salonlarındaki davaların taraflarının 'negatif din özgürlüğü' arasında da temel hak çatışması olabilir. Terminolojik açıdan kısaca pozitif din özgürlüğünden, kişinin kendi hayatını kendi dini inançlarına göre düzenleme hakkını; negatif din özgürlüğü ise, dini eylemler konusunda baskı görmeme ve bunlara zorlanmama ve hatta bunlardan uzak kalmayı isteme hakkını anlıyoruz. Buna ek olarak, Federal Almanya Temel Yasası'nın madde 6 ve fıkra 2 uyarınca ebeveynlerin çocuklarını dini veya dini olmayan bir şekilde yetiştirilmesine karar vermelerine olanak tanıyan yetiştirme hakkı da bulunmaktadır. Mahkeme, Başörtüsü I ve II kararında esasen (başörtülü bir öğretmen ve çocuklarını her türlü dini etkiden uzak tutmak isteyen ebeveynleri), bu iki temel hak öznesinin negatif-pozitif din özgürlüğünü tartmaktadır (devletin dini ve ideolojik tarafsızlığı temel hakların sınırlandırılması hususunda çatışmanın bir diğer boyutu olarak incelenmiştir). Negatif ve pozitif din özgürlüğü arasındaki bu gerilim alanında, farklı yasal talepler çatışabilir. Sorunu çözenin en adil yolunun pratik uyuşum ilkesidir (praktische Konkordanz). Sorunu çözenin en adil yolu kanımızca da Alman Anayasa Mahkemesi tespiti doğrultusunda dengeleme doktrininidir. Bunun nedeni, her bir vakanın kendi olay örüntüsü bağlamında değerlendirilmesi gerektiğidir. Dini çağrışımları olan kıyafetlerin topyekûn olarak yasaklanması ne kadar yanlışsa, bu kıyafetlere her koşulda izin veren bir anayasal yorum da o kadar yanlıştır.*

*Alman Anayasa Mahkemesi nihayetinde, bir başörtüsü yasağını haklı çıkarmak için korunan anayasal menfaatlere yönelik en azından yeterince somut bir tehlike (konkrete Gefahr) olması gerektiğine karar vermiştir; bir temel hakkın sınırlandırılması hususunda sadece soyut bir tehlikenin varlığı yeterli olmayacaktır. Bununla birlikte, mahkeme tarafından ortaya atılan bu savda okuldaki barış ortamına veya okullarda devletin tarafsızlığına yönelik somut tehlikenin tam olarak ne zaman mevcut olduğu konusunda bazı belirsizlikler devam etmektedir. İkinci başörtüsü kararının karşı oyunda, öğretmenlerin örnek otorite figürleri olarak hareket ettikleri, özellikle küçük yaştaki öğrencilerin daha etkilenebilir ve şekillendirilebilir oldukları ve öğretmenlerin başörtüsü takmama*

kararının Müslüman kızların katı dindar ebeveynlerinin evlerinde başörtüsü takma zorunluluğuna direnmelerine yardımcı olabileceği ve bunun toplumsal cinsiyet eşitliğine sekte vuracağı kesin bir dille ifade edilmiştir. Bu sosyolojik-psikolojik sonucun mahkemenin esas incelemesinde daha ayrıntılı olarak analiz edilmesi beklenirdi. Bununla birlikte Alman Anayasa Mahkemesi, son kararına değin başörtüsünü açıkça yasaklamamıştır. Anayasa Mahkemesi bahsi geçen son kararında, mahkeme salonlarında dini sembollerin kullanımını tamamen yasaklarken, okullardaki başörtüsü kullanımı ile mahkeme salonlarındaki başörtüsü sorunu arasındaki farkı vurgulamıştır. Mahkeme salonlarındaki dini sembol kullanımlarını adaletin gerçekleştirilmesindeki işlerlik (Funktionsfähigkeit der Rechtspflege), davanın taraflarının negatif dini özgürlükleri (negative Religionsfreiheit der Verfahrensbeteiligten) ve yargısal tarafsızlık gerekliliği (Gebot der richterlichen Unparteilichkeit) gerekçeleriyle sınırlandırılabilir görmüştür. Ancak burada, önceki kararlarından farklı olarak, başkalarının negatif özgürlüklerini katı bir şekilde vurgulamak yerine, bu kez devletin tarafsızlığı ve adaletin gerçekleştirilmesindeki işlerlik hususlarını dikkatle vurgulanmıştır. Bireysel özgürlükler karşısında devlete ait ilkelerin mahkemece öncelenmesi doktrinde çokça tartışılmıştır. Bu yaklaşıma göre, devlete özgülenmiş bir ilke karşısında temel bir hakkın sınırlandırılabilir olması ise orantılılık testinde temel haklara saygılı devlet ilkesiyle bağdaşmayacak sonuçlar yaratması muhtemeldir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

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

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

**Peer-Review:** Externes Peer-Review-Verfahren.

**Interessenkonflikt:** Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

**Finanzielle Unterstützung:** Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

**LITERATURVERZEICHNIS**

- BAER, Susanne/ WRASE, Michael: Zwischen Integration und „westlicher“ Emanzipation: Verfassungsrechtliche Perspektiven zum Kopftuch(-verbot) und der Gleichberechtigung, KritV 2006, 401–416.
- BARCZAK, Tristan: Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes, JURA 2015, 463–476.
- BEAUCAMP, Guy/ BEAUCAMP, Jakob: In dubio pro libertate – Überlegungen zur Kopftuch- und Burkaverbotsdebatte, DÖV 2015, 174–182.
- BROSIUS- GERSDORF, Frauke/ GERSDORF, Hubertus: Kopftuchverbot für Rechtsreferendarin: Unanwendbarkeit des Neutralitätsgebots, NVwZ 2020, 428– 432.
- CHAHROKH, Haleh: Diskriminierung im Namen der Neutralität: Kopftuchverbote für Lehrkräfte und Beamte in Deutschland, Human Rights Watch 2009.
- CLASSEN, Claus Dieter: Anmerkung zu einer Entscheidung des BVerfG, Beschluss vom 14.1.2020 (2 BvR 1333/ 17), JZ 2020, 417–419.
- CZERMAK, Gerhard: Religions- und Weltanschauungsrecht: Eine Einführung, Berlin 2018.
- ENDERS, Christoph: Islamische Gebete in der Schule, JZ 7/2012, 358–366.
- ENZENSBERGER, Daniel: Verfassungsmäßigkeit eines pauschalen Kopftuchverbots für Lehrkräfte an öffentlichen Schulen, NVwZ 2015, 871– 873.
- FRANZIUS, Claudio: VOM KOPFTUCH I ZUM KOPFTUCH II: Rückkehr zur Verhältnismäßigkeitsprüfung?, Der Staat 53 (2015), 435–452.

- HÄBERLE, Lothar: Vor einer »Kopftuch III«-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, DVBl. 2018, 1263– 1268.
- HECKER, Wolfgang: Das BVerfG, das Kopftuchverbot im Justizbereich und die Folgen für die öffentliche Verwaltung, NVwZ 2020, 423–427.
- HECKER, Wolfgang: Der Streit über das Kopftuchsverbot nachdem Berliner Neutralitätsgesetz, NVwZ 20/2019, 1476–1482.
- KÄSTNER, Karl-Hermann: in: Stern/Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 2. Auflage, München 2016, Art. 4.
- KLEIN, Tonio: Das Kopftuch im Klassenzimmer: konkrete, abstrakte, gefühlte Gefahr?, DÖV 2015, 464–470.
- KUKUCZKA, Christian/ HERBOLSHEIMER, Volker: Von der zunehmenden Dogmatisierung verfassungstheoretischer Postulate, DÖV 2020, 724– 730.
- KUNIG, Philip/ SÖZÜER, Adem: Alman Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin Temel Kararlarının Tercümesi Projesi, Istanbul 2020.
- LADEUR, Karl- Heinz: Das islamische Kopftuch in der christlichen Gemeinschaftsschule, JZ 2015, 633– 637.
- LANGENFELD, Christine: Religiöse Freiheit – Gefahr oder Hilfe für die Integration?, In: Bitburger Gespräche in München, Tübingen 2013.
- LEITMEIER, Lorenz: Das Kopftuchverbot für Rechtsreferendarinnen, NJW 2020, 1036– 1038.
- MICHAEL, Lothar: Kopftuch einer Lehrerin, JZ 2003, 254– 258.
- DREIER, Horst (Hrsg.): Grundgesetz, Kommentar, 3. Auflage, Tübingen 2018.
- MUCKEL, Stefan: Kopftuchverbot für Rechtsreferendarinnen verfassungsgemäß, JA 7/2020, 555–558.
- MÜCKL, Stefan: Religionsfreiheit und Sonderstatusverhältnisse – Kopftuchverbot für Lehrerinnen?, Der Staat 40 (2001), 96– 127.

- MÜNCH, Ingo von/ KUNIG, Philip: Grundgesetz Kommentar, 6., neubearbeitete Auflage, München 2012.
- OESTREICH, Heide: Der Kopftuch-Streit: das Abendland und ein Quadratmeter Islam, 1. Auflage, Frankfurt am Main 2004.
- PAPIER, Hans-Jürgen: Zur Kopftuch-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, RdJB 2/2015, 213– 216.
- POFALLA, Ronald: Kopftuch ja – Kreuzifix nein? Zu den Widersprüchen der Rechtsprechung des BVerfG, NJW 2004, 1218– 1220.
- RUSTEBERG, Benjamin: Kopftuchverbote als Mittel zur Abwehr nicht existenter Gefahren, JZ 2015, 636–644.
- SACHS, Michael: Grundrechte: Kein allgemeines Kopftuchverbot für Lehrerinnen in der Schule, JuS 6/2015, 571–574.
- SACHS, Michael: Grundrechte, Religionsfreiheit und staatliche Neutralitätspflicht, JuS 2020, 992– 994.
- SACKSOFSKY, Ute: Die Kopftuch – Entscheidung – von der religiösen zur föderalen Vielfalt, NJW 2003, 3297– 3301.
- SACKSOFSKY, Ute: Religiöse Freiheit als Gefahr?, VVDStRL 2009, 7–46.
- SACKSOFSKY, Ute: Kopftuch als Gefahr – ein dogmatischer Irrweg, DVBl 2015, 801–808.
- SACKSOFSKY, Ute: Lehrerin mit Kopftuch, Anmerkung zum BVerfG-Urteil v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02, NJW 2017, 3072–3073.
- SCHMIDT, Rolf: Grundrechte – sowie Grundzüge der Verfassungsbeschwerde, Hamburg 2019.
- SCHWARZ, Kyrill Alexander: Kopftuchverbote für Minderjährige unter 14 Jahren in schulischen und vorschulischen Einrichtungen, NVwZ 2020, 265– 271.
- SCHLADEBACH, Marcus: Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip – Eine Verteidigung, Der Staat 2014, 53 (2), 263– 283.

STARCK, Christian: Die Religionsfreiheit in Deutschland als positive und negative Freiheit, in: María Elósegui Itxaso (Coord.), *La neutralidad del Estado y el papel de la Religión en la Esfera pública en Alemania*, Zaragoza, 2012, S. 291–302 (Zit.: Starck, Religionsfreiheit in Deutschland).

STEINBERG, Rudolf: *Kopftuch und Burka: Laizität, Toleranz und religiöse Homogenität in Deutschland und Frankreich*, Berlin 2015.

STERN, Klaus/ BECKER, Florian (Hrsg.): *Grundrechte- Kommentar*, 2. Auflage, Köln 2016.

UNRUH, Peter: *Religionsverfassungsrecht*, 4. Auflage, 2018.

VOLKMANN, Uwe: Dimensionen des Kopftuchstreits, *JURA* 2015, 1083– 1094.

### **Web-Quellen:**

<https://www.uni-trier.de/index.php?id=24373#c48122>

<https://www.deutschlandfunk.de/das-karlsruher-urteil-zum-kopftuchstreit-100.html>

<https://www.juwiss.de/15-2015/>

<https://verfassungsblog.de/ueber-kopftuecher-segelanweisungen-und-das-pech-zur-falschen-zeit-am-falschen-ort-und-vor-dem-falschen-senat-zu-sein/>

<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bverfg-2bvr1333-17-kopftuch-referendarin-islam-religion-neutralitaet-ressentiment/>





## G. Radbruch: Kültürbilim Olarak Hukuk Bilimi

### G. Radbruch: Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft

Dr. Öğr. Üyesi Güneş ÇAP<sup>1</sup>

#### ÖZ

*Dar anlamda hukuk bilimi olan hukuk dogmatliğini saf bir kültür bilimi olarak nitelendirmek dogmatik hukukçunun bakış açısından oldukça uzaktır. Çünkü doğa bilimleri ile kültür bilimleri arasındaki ayrım esasen varlığın ampirik olarak incelenmesine atıfta bulunur. Ancak dogmatik hukukçunun faaliyeti her durumda hukuki gerçekliğin araştırılmasıyla sınırlı değildir. Dogmatik hukukçu aynı zamanda pozitif hukuk olarak toplumsal bir varlıkla ve dolayısıyla toplumsal gerçeklik atfedilebilecek bir normlar bütünüyle de ilgilenir. Bu mesele, hukukun bir kültürbilim olarak mı yoksa bir normbilim olarak mı sınıflandırılması gerektiği sorusunu gündeme taşır.*

*Güneybatı Alman Yeni-Kantçı hukuk felsefesi geleneğinin önemli bir temsilcisi olan Gustav Radbruch, hukuk bilimini bir kültürbilim olarak ortaya koyar. Yeni-Kantçı hukuk felsefesinin 20. yüzyıldaki önemli bir diğer ismi olan Hans Kelsen ise hukuk bilimini bir normbilim olarak niteler. Hukuk felsefelerinde olan ile olması gerekeni (gerçeklik ile değeri veya olgu ile normu) birbirinden ayırmak, Radbruch için olduğu kadar Kelsen için de vazgeçilmezdir. Bu ikilinin ortak bir Yeni-Kantçı mirası paylaşımlarına rağmen hukuku bir bilim olarak sınıflandırırken ayrı yollara gitmiş olmaları merak uyandırıcıdır.*

*Söz konusu bu çalışmada, Radbruch'un hukuk bilimi anlayışına odaklanmaktadır. Kelsen'in Radbruch'un hukuk bilimi anlayışına*

---

<sup>1</sup> Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (gunes.cap@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-8374-857X.

*yönelttiği eleştiriler, Radbruch'un Yeni-Kantçılığını sorgular nitelikte olduğundan önemlidir. Bu doğrultuda Radbruch'un hukuk felsefesini konumlandırmak için öncelikle Güneybatı Alman Yeni-Kantçılığının temel kabulleri sunulacak, ardından da Radbruch'un hukuk bilimine ilişkin görüşleri incelenecektir. Son olarak, Kelsen'in hukuk bilimi konusunda Radbruch'a yönelttiği eleştirilere yer verilecektir.*

**Anahtar Kelimeler:** *Hukuk bilimi, kültürbilim, normbilim, Yeni-Kantçılık, Hans Kelsen, Gustav Radbruch.*

### G. Radbruch: Legal Science as a Cultural Science

#### ABSTRACT

*To characterise legal dogmatics, which is the science of law in the narrow sense, as a pure science of culture is quite far from the dogmatic jurist's point of view. This is because the distinction between natural and cultural sciences essentially refers to the empirical study of being. However, the activity of the dogmatic jurist is not necessarily limited to the investigation of legal reality. The dogmatic jurist is also concerned with a body of norms which, as positive law, can be attributed at least a social existence and thus a social reality. This raises the question of whether law should be categorised as a cultural science or as a normative science.*

*Gustav Radbruch, a prominent representative of the Southwest German Neo-Kantian tradition of legal philosophy, presents the legal science as a cultural science. Hans Kelsen, another prominent figure of Neo-Kantian legal philosophy in the 20th century, characterises legal science as a normative science. In their legal philosophies, the distinction between "is" and "ought" (between reality and value or fact and norm) is as indispensable for Kelsen as well as for Radbruch. It is intriguing that these two, despite sharing a common Neo-Kantian heritage, took different paths in classifying law as a science.*

*This study focuses on Radbruch's conception of legal science. Kelsen's criticism of Radbruch's conception of legal science is*

*significant since it questions Radbruch's Neo-Kantianism. Accordingly, in order to position Radbruch's philosophy of law, first the basic assumptions of Southwest German Neo-Kantianism will be presented, and then Radbruch's views on legal science will be examined. Finally, Kelsen's criticism of Radbruch in the context of legal science will be addressed.*

**Keywords:** *Legal science, cultural science, normative science, Neo-Kantianism, Hans Kelsen, Gustav Radbruch.*

## GİRİŞ

Yeni-Kantçılık, 1870–1920 yılları arasında Almanya'daki en önemli felsefi akımı temsil eder.<sup>2</sup> Yeni-Kantçılığın pozitif bir tanımını yapmak oldukça zordur. Ancak özetle, Yeni-Kantçılığın Immanuel Kant'ın öğretilerini ele alma ve bunları felsefi tartışma için yeniden canlandırma düşüncesinden ortaya çıktığını söylemek ise yanlış olmaz. Yeni-Kantçılar kendilerini Kant'ın halefleri ve tamamlayıcıları olarak görürler. Yeni-Kantçılık esasında homojen bir hareket değildir. Aksine, birbirlerine en keskin muhalefeti gösterenler de dahil olmak üzere, çok çeşitli okullar bu hareketin içinde yer almıştır. Yeni-Kantçılık etiketi altında Kant'ın öğretisini farklı şekillerde yorumlayan yedi farklı okulun olduğu bilinmektedir:<sup>3</sup> Fizyolojik okul (Hermann Helmholtz, Friedrich Albert Lange), metafizik okul (Otto Liebmann, Johannes Volkelt), gerçekçi okul (Alois Riehl, Richard Hönigswald), görececi okul (Georg Simmel), psikolojik okul (Hans Cornelius), Marburg okulu (Hermann Cohen, Paul Natorp, Ernst Cassirer, Arthur Liebert, Rudolf Stammler) ve Güneybatı Alman okulu (Wilhelm Windelband, Heinrich Rickert,

<sup>2</sup> Yeni-Kantçı hukuk düşüncesi Türkiye'de de azımsanamayacak bir öneme sahiptir. Bu konuda bkz. Yasemin Işıқтаç, "Hukuk Felsefesi Açısından Yeni Kantçı Yaklaşımların Türkiye'deki Yansımaları", in: *HFSA* 11 (2005), s. 138–154.

<sup>3</sup> Josef Maria Bochenski, *Çağdaş Avrupa Felsefesi*, Serdar Rifat Kırkoğlu (Çev.), Fol, Ankara, 2020, s. 112; benzer şekilde Doğan Özlem, "Kant ve Yeni Kantçılık", in: Doğan Özlem, *Kant Üzerine Yazılar*, Notos, İstanbul, 2015, s. 98 (108).

Emil Lask). Yeni-Kantçı okulların en tanınmış olanları Marburg ve Güneybatı Alman okullarıdır.<sup>4</sup>

Görüldüğü gibi, Yeni-Kantçı felsefe kapsam olarak zengin bir düşünce ekolüdür.<sup>5</sup> Yeni-Kantçı hukuk felsefesi<sup>6</sup> de 20. yüzyılın Almanca konuşan dünyasının en çok tartışılan hukuk felsefecilerinden ikisi olan Gustav Radbruch<sup>7</sup> ve Hans Kelsen<sup>8</sup>'in bu felsefi düşünce ekolünün takipçileri arasında yer alması nedeniyle, hukuk felsefesinde haklı bir yere sahiptir.<sup>9</sup>

---

4 Ralf Dreier/Stanley L. Paulson, „Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs“, in: Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie* (Studienausgabe), 2. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg vd., 2003, s. 237 (239); Christian Krijnen, “Neukantianismus und neukantianische Rechtsphilosophie“, in: Michael Pawlik/Carl-Friedrich Stuckenberg vd. (Ed.), *Strafrecht und Neukantianismus*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2023, s. 1 (6).

5 Yeni-Kantçı felsefenin kapsam genişliği dikkate alınarak, bu çalışmada Yeni-Kantçı felsefeye Güneybatı Alman Okulu bağlamında sınırlı bir yer verilmiştir. Bkz. aşağıda A.

6 Friederike Wapler, hukukçu Yeni-Kantçıları, Yeni-Kantçı filozoflarla kişisel bir ilişkisi olan ve aynı zamanda genel olarak Yeni-Kantçılığı karakterize eden varsayımlara (olan ile olması gereken ayırımını ve nesne üreten bir bakış açısını benimseme ve bilimlerin bilişsel olanakları hakkında düşünme) sahip hukukçular ve/veya hukuk felsefecileri olarak tasvir eder. Friederike Wapler, *Werte und das Recht*, Nomos, Baden-Baden, 2007, s. 148.

7 Gustav Radbruch, 1902 ile 1908 yılları arasında, ceza hukuku dogmatığı alanındaki çalışmaları sırasında, natüralist pozitivizmin bir temsilcisi olan hocası Franz von Liszt'ten (1851-1919) güçlü bir şekilde etkilenmiştir. Radbruch'un hukuk felsefesindeki etkisi akademik alanla sınırlı kalmamış, hukuk pratiğine de uzanmıştır; ünlü “Radbruch formülü” Alman mahkemeleri tarafından da kabul görmüştür. Bu konuda bkz. Sevtap Metin/Altan Heper, *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü*, Tekin, İstanbul, 2014.

8 Hans Kelsen'in Türkçeye çevrilmiş temel eseri için bkz. Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, Ertuğrul Uzun (Çev.), 2. Baskı, Nora, İstanbul, 2020.

9 Stanley L. Paulson, “Einleitung”, in: Robert Alexy vd. (Ed.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, Nomos, Baden-Baden, 2002, s. 11 (11); Wapler, *Werte und das Recht*, s. 15; Sascha Ziemann, *Neukantianisches Strafrechtsdenken*, Nomos, Baden-Baden, 2009, s. 19. Ayrıca bkz. Ulfrid Neumann,

Radbruch'un Yeni-Kantçılığa ve özellikle de Güneybatı Alman Okulu'na yönelişi, Heidelberg'de öğretim görevlisi olarak çalıştığı yıllarda başlar.<sup>10</sup> Radbruch'un Yeni-Kantçılığı "Hukuk Felsefesi (*Rechtsphilosophie*)"<sup>11</sup> başlıklı eserinde en açık ifadesini bulur. Radbruch, Yeni-Kantçılığını şu ifadeyle ortaya koyar: "Aşağıdaki açıklamaların arka planında Windelband, Rickert ve Lask'ın felsefi öğretileri vardır; özellikle Lask'ın hukuk felsefesi [...] bu açıklamalar ve bu kitap için çığır açıcı olmuştur"<sup>12</sup>. Radbruch'un kitabının birinci dipnotunda sıraladığı bu filozofların tümü, Radbruch'un hukuk felsefesine açık bir şekilde damgasını vuran Güneybatı Alman Yeni-Kantçılarınıdır.<sup>13</sup>

Radbruch'un Güneybatı Alman Yeni-Kantçılığıyla ilişkisi ne kadar açıksa, Kelsen'in hukuk felsefesini sınıflandırmak bir o kadar zordur. Kelsen'in Hermann Cohen'e yakınlığını vurgulayan ve dolayısıyla onu Marburg Yeni-Kantçılığına dahil eden görüşlerin yanında, Stanley L. Paulson gibi bazı yazarlar Kelsen'in her şeyden önce

---

"„Methodendualismus“ in der Rechtsphilosophie des Neukantianismus", in: Michael Pawlik/Carl-Friedrich Stuckenberg vd. (Ed.), *Strafrecht und Neukantianismus*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2023, s. 111 (111); Hans Jörg Sandkühler, "„Natur“ des Rechts und Relativismus im Recht. Eine Studie zu Gustav Radbruch und Hans Kelsen im Kontext des Neukantianismus", in: Robert Alexy vd. (Ed.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, Nomos, Baden-Baden 2002, s. 127 (128).

<sup>10</sup> Radbruch'un 1945 öncesinde pozitivist olup olmadığı, Radbruch hakkında en çok tartışılan konulardan biridir. Bu konuda Türkçedeki bir çalışma için bkz. Melike Belkıs Aydın, "Gustav Radbruch Düşüncesinde Dönemsel Vurgu Değişimi", in: *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 73 (2015), No. 2, s. 7–28.

<sup>11</sup> Bu eser 1914 yılında "Hukuk Felsefenin Esasları (*Grunzüge der Rechtsphilosophie*)" adıyla basılmıştır. Kitap 3. baskıdan itibaren "Hukuk Felsefesi (*Rechtsphilosophie*)" adını almıştır. Bu çalışmada (önceki baskılara özgü bir açıklama yapılmadığı sürece) şu esere atıf yapılacaktır: Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 5. Aufl., K. F. Koehler, Stuttgart, 1956.

<sup>12</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 91, Dn. 1.

<sup>13</sup> Radbruch'un bir Kantçı değil, daha ziyade bir Yeni-Kantçı olduğu yönünde bir vurgu için bkz. Dietmar von der Pfordten, "Gustav Radbruch – Über den Charakter und das Bewahrenswerte seiner Rechtsphilosophie", in: *JZ* 21 (2010), s. 1021–1027.

Güneybatı Alman Yeni-Kantçılığından etkilendiğini dile getirir.<sup>14</sup> Kelsen'in çalışmalarını Yeni-Kantçı ekollerden tek bir tanesine dahil etmek zor olsa da Kelsen'in bir Yeni-Kantçı olduğunu söylemek elbette yanlış olmayacaktır.<sup>15</sup>

Yeni-Kantçı miras gerek Radbruch'un gerekse Kelsen'in hukuk bilimine ilişkin görüşlerinde merkezi öneme sahiptir. Her iki düşünürün de aynı ön kabullerle çıktıkları yolda farklı yönere savrulmuş olmaları esasında şaşırtıcıdır. Söz konusu bu çalışma, Radbruch'un öncelikle hukuk bilimi anlayışına odaklanmaktadır. Kelsen'in Radbruch'un hukuk bilimi anlayışına yönelttiği eleştiriler, Radbruch'un Yeni-Kantçılığını sorgular nitelikte olduğundan Radbruch'un düşünce akışını anlama noktasında önemlidir. Böylece bu çalışmada Radbruch ile Kelsen'in hukuk bilimi tartışmasında nerede ve nasıl yollarının ayrıldığı da dolaylı olarak açıklanmış olacaktır.

#### A. GÜNEYBATI ALMAN YENİ-KANTÇILIĞI

Heidelberg veya Baden Okulu olarak da anılan Güneybatı Alman Yeni-Kantçılığı değer-kuramsal bir felsefe anlayışıyla karakterize edilir. Kurucuları ve başlıca temsilcileri Wilhelm Windelband, Heinrich Rickert ve Emil Lask'tır. Güneybatı Alman Yeni-Kantçılığının teorik programı tek bir formda karşımıza çıkmaz. Bu durum hem okulun öncüleri Wilhelm Windelband ve Heinrich Rickert için hem de Emil Lask gibi ardıl temsilciler için geçerlidir. Windelband'ın ve Rickert'in ardından Güneybatı Alman Yeni-Kantçılığının kültür teorisini hukuka aktaran ve böylece kültürel bir hukuk felsefesi kuran kişi Emil Lask

<sup>14</sup> Stanley L. Paulson, "Faktum/Wert-Distinktion: Zwei-Welten-Lehre und immanenter Sinn. Hans Kelsen als Neukantianer", in: Robert Alexy vd. (Ed.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, Nomos, Baden-Baden, 2002, s. 223 (233).

<sup>15</sup> Kelsen'in saf hukuk öğretisinde gerek Marburg ekolünün gerekse Güneybatı Alman ekolünün izlerinin bulunduğunu belirten bir çalışma için bkz. Carsten Heidemann, "Geltung und Sollen: einige (neu-)kantianische Elemente der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens", in: Robert Alexy vd. (Ed.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, Nomos, Baden-Baden, 2002, s. 203 (205).

olmuştur. Lask tarafından kurulan kültürel hukuk felsefesi Radbruch üzerinde önemli bir etkiye sahiptir.

### I. Temel Kabuller

Güneybatı Alman Yeni-Kantçılığının epistemolojisi, Kant'ın Kopernikçi devrimini başlangıç noktası olarak alır. Temel varsayım, insan bilişinin nesnel olarak var olan bir gerçeklikten basitçe haritalandırmadığı, biliş nesnelinin<sup>16</sup> insanın bilişsel yetisi tarafından belirlendiğidir.<sup>17</sup> Bu doğrultuda anlama yetisi, tanıdığı yasaları kendisini çevreleyen doğadan almaz, onları doğanın kendisine yerleştirir. Gerçekliğin kavranması ise yalnızca yargı biçiminde gerçekleşir.<sup>18</sup> Rickert'e göre biliş yargılarla başlar, yargılarla ilerler ve ancak yargılarla sona erebilir.<sup>19</sup> Biliş yargısında kurulan bu bağlantı, gerçekliğin standardını oluşturur. Rickert bu standardı değer olarak adlandırır.<sup>20</sup> Yargılamak veya tanımak bir yönüyle değerlere ilişkin tavır almaktır.

Güneybatı Alman Yeni-Kantçıları için algılanabilir gerçeklik bireysel formların çokluğundan oluşur. Gerçeklik, düzensiz ve/veya heterojendir. İdrak eden özne onu bütünlüğü içinde inceleyemez. Bu

<sup>16</sup> Güneybatı Alman Yeni-Kantçılığında nesne, kavramların dışında kalan gerçek şeylere atıfta bulunmaz. Nesne kavramı hâlihazırda idrak edilen, yani insan tasavvurlarında verili olan şeyleri ifade eder.

<sup>17</sup> Heinrich Rickert, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 6/7 Aufl., C.B. Mohr Paul Siebeck, Freiburg vd., 1926, s. 28 vd.

<sup>18</sup> “[...][D]oğru ya da yanlış söz konusu olduğunda, anlamı bir soruya cevap olan ve dolayısıyla sadece bir olumlama veya olumsuzlama olarak anlaşılması gereken bir yargının mevcut olması gerekir.” Heinrich Rickert, “Der Gegenstand der Erkenntnis” (1928), in: Rainer A. Bast (Ed.), *Heinrich Rickert Sämtliche Werke*, B. 2, 6. Aufl., De Gruyter, Berlin/Boston, 2018, s. 215 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır].

<sup>19</sup> Rickert bu bakış açısını transandantal idealizm olarak adlandırır: “Terminolojiyi bir kez daha temellendirmek gerekirse, hem saf içkinlik veya öznel kavramsal idealizm bakış açısına hem de epistemolojik veya transandantal gerçekçilik bakış açısına karşıt olarak bu bakış açısını en iyi transandantal idealizm olarak adlandırabiliriz [...]” Rickert, *Der Gegenstand der Erkenntnis*, s. 405 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır].

<sup>20</sup> Rickert, *Der Gegenstand der Erkenntnis*, s. 217.

nedenle özne, gerçekliği basitçe olduğu gibi tasvir edemez.<sup>21</sup> Bu sorunun üstesinden gelmek için her bilim, bu düzensiz çeşitlilikten bir seçim yapmak zorunda kalır. Bu seçimde önemli olan, önemsiz olandan ayıklanır.<sup>22</sup> Rickert, genelleştiren ve bireyselleştiren olmak üzere iki farklı seçim yönteminden bahseder. Doğa bilimleri söz konusu olduğunda genelleştiren yöntemin, kültür bilimleri söz konusu olduğunda ise bireyselleştiren yöntemin işlediğini söyler. Rickert için bireyselleştirme teorik olarak değerle ilişkilendirmektir.

Kantçı transandantal yöntem Güneybatı Alman Yeni-Kantçıları en başta bilimlerin sınıflandırılması üzerine düşünmeye itmiştir. Windelband doğa bilimleri ile beşerî bilimler arasında ayırım yapmak için kriterler bulmaya çalışır. İki bilim türünün konularına göre değil, yöntemlerine göre ayrıştırılması gerektiğini savunur. Windelband'a göre doğa bilimleri *nomotetik* yasa bilimleriyle, beşerî bilimler *idiografik* olay bilimleridir.<sup>23</sup> Doğa bilimleri düzen kurmaya çalışır ve bu nedenle de genel ve sürekli olanla ilgilenir. Beşerî bilimler ise bireysel duruma, tikel olana odaklanır. Beşerî bilimlerin konusu "her zaman" olan değil, "bir zamanlar" olandır.

Rickert ise doğa bilimleri ile kültür bilimleri arasında ayırım yapar. Bu ayırım nesneye göre bir ayırım olmayıp yalnızca gözlemcinin tutumuna dayanır. Rickert'e göre iki bilim türü arasındaki temel fark, farklı değer ilişkilendirmelerinden ileri gelir. Doğa bilimleri yasalarla ilgiliyken, kültür bilimleri değerlerle ilgilidir.<sup>24</sup> Kültür ve tarih, değerlere atıfta bulunmalarıyla doğa bilimlerinden ayrılırlar. Rickert, kültür kavramını değerlerle ilgili şeyler veya süreçler olarak açıklar: "[...] [T]üm

<sup>21</sup> Bilişsel engellerin bir sonucu olarak, ampirik gerçekliğin kapsamlı bir şekilde tasvir edilmesi imkansızdır. Rickert gerçekliği irrasyonel, yani bilinemez olarak niteler. Rickert, *Kulturwissenschaft*, s. 31.

<sup>22</sup> Rickert, *Kulturwissenschaft*, s. 35.

<sup>23</sup> Wilhelm Windelband, "Geschichte und Naturwissenschaft" (1894), in: Wilhelm Windelband, *Präludien*, B. 2, 5. Aufl., Mohr, Tübingen, 1915, s. 136 (145).

<sup>24</sup> Rickert, *Kulturwissenschaft*, s. 20.



*kültürel süreçlerde, uğruna ortaya çıktıkları veya zaten ortaya çıkmışlarsa işlendikleri, insan tarafından tanınan bir değer vardır[...].”<sup>25</sup>*

Yeni-Kantçı düşüncede kültür kavramı doğa kavramıyla karşılaştırılarak somutlaştırılır. Rickert'e göre doğa, kendi kendine ortaya çıkan ve kendi büyümesine bırakılan şeyin özü olarak tanımlanırken, kültür ya doğrudan üretilir ya da değerli amaçlara göre hareket eden bir insan tarafından kasıtlı olarak yetiştirilir.<sup>26</sup> Doğanın zıttı bir kavram olan kültür, insan faaliyetinin bir ürünüdür. Doğal alandan ayrı olan kültürel alan, her şeyden önce değerlerle ilgilidir. Dolayısıyla değerler, doğa ile kültür arasındaki ayrımın temel belirleyicisidir. Böylece kültür “değerle ilişkili”<sup>27</sup>, doğa ise “değerden bağımsız” bir kavram olarak karşımıza çıkar.<sup>28</sup> Bu ayrım, değer (değerle ilişkililik) ile gerçeklik (değerden bağımsızlık) düalizminin temelini oluşturur.

Kültür kavramı, Güneybatı Alman Yeni-Kantçılığının çeşitli alanlarında uygulama alanı bulmuştur. Kültür kavramı, doğa bilimleri ile kültür bilimleri arasındaki bilimsel-teorik ayrımın gelişiminde önemli bir rol oynar. Kültür çalışmalarının ayırt edici özelliği, değer temelli bir yöneme dayanmalarıdır. Rickert'e göre kültür çalışmaları, ampirik varlığın bireyselliğini ifade etseler bile alana özgü kavramlar genel bir içeriğe sahip olabilirler ve böylece evrensel olarak geçerli olan bilimsel bilgiyi sunabilirler.<sup>29</sup>

Güneybatı Alman Yeni-Kantçılığı; din, bilim, ekonomi, hukuk, ahlak, sanat gibi kültürün farklı alanlarını birbirinden ayırır. Bu kültürel

<sup>25</sup> Rickert, *Kulturwissenschaft*, s. 18 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır].

<sup>26</sup> Rickert, *Kulturwissenschaft*, s. 18.

<sup>27</sup> Değerle ilişkilendirme, değerlendirme nesnesi ile değerlendirme standardı arasındaki ilişkiyi niteler. Bu yüzden hem değer hem de değer yargısından ayırt edilmelidir. Rickert, değerle ilişkilendirmenin tarihsel kavramsallaştırmanın keyfiliğini ortadan kaldırmaya ve bireysel ve tarihsel kavramların nesnelliğini sağlamaya yarayacağını belirtir. Rickert, *Kulturwissenschaft*, s. 95 vd.

<sup>28</sup> Rickert, *Kulturwissenschaft*, s. 18.

<sup>29</sup> Rickert, *Kulturwissenschaft*, s. 132 vd.

alanların değerleri, birer kültür nesnesidir.<sup>30</sup> Bu değerlerin gerçeklikteki görünüşleri ise “kültür varlıkları (*Kulturgüter*)” olarak adlandırılır.<sup>31</sup>

Güneybatı Alman Yeni-Kantçılığında değer kavramı, felsefeyi saf pozitivizmin ötesine taşır: Pozitivizm, bilimsel araştırmanın olası nesnelere olarak yalnızca ampirik olarak tespit edilebilir olguların geçerli olmasına izin verirken, Güneybatı Alman Yeni-Kantçılığı değer geçerliliğinin gerçek dışılığını ortaya koymaya çalışır ve değerleri “olan” olarak değil, “uygulanan” olarak betimlerler. Dolayısıyla geçerlilik, ampirik olarak tanınabilir gerçeklikten kavramsal olarak sınırlandırılabilen, gerçek olmayan bir şey olarak tasvir edilir. Geçerlilik kavramı, Güneybatı Alman Yeni-Kantçılığında değer ilk belirleyici özelliğinin ne olduğunu açıkça ortaya koyar: değerler geçerlidir ve bu da onların var olduğu anlamına gelmez.<sup>32</sup> Bu, değeri ampirik olarak algılanabilir olan gerçeklikten kesin bir şekilde ayırır. Gerçeklik şeylerin varlığını, değer ise geçerli olmayı ifade eder. Güneybatı Alman Yeni-Kantçılığının değer teorisi, değerleri maddi veya gerçek olarak anlayan tüm teorilerden bu nedenle ayırt edilmelidir.<sup>33</sup> Değer ile gerçeklik arasındaki bu düalizm Yeni-Kantçı hukuk felsefesini de önemli ölçüde şekillendirmiştir.

## II. Hukuk Bilimi Üzerine Düşünceler

Güneybatı Alman Yeni-Kantçılığı ekolünden gelen Emil Lask, kendisini Rickert ve Windelband geleneğine yerleştirir ve onlar

<sup>30</sup> Rickert, *Kulturwissenschaft*, s. 22.

<sup>31</sup> Rickert, *Kulturwissenschaft*, s. 22.

<sup>32</sup> “Değerler ne fiziksel ne de psikolojik gerçekliklerdir. Özleri fiili varlıklarından değil, geçerliliklerinden ibarettir.” Rickert, *Kulturwissenschaft*, s. 86 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır].

<sup>33</sup> “Bu nedenle terminolojik olarak, sadece kavramsal gerçekçilikle ilgili olarak değil, aynı zamanda tüm değer gerçekçiliğiyle ilgili olarak pozitivist gerçeklik kavramına bağlı kalıyorum ve fiziksel ve psikolojik varlığın ampirik gerçek bilimlerinin doğasına karşılık geldiği için tüm ‘empatik’ anlamları salt gerçek olandan uzak tutmaya çalışıyorum.” Heinrich Rickert, “Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung” (1929), in: Rainer A. Bast (Ed.), *Heinrich Rickert Sämtliche Werke*, B. 3, 5. Aufl., De Gruyter, Berlin/Boston, 2023, 3. ve 4. Baskı için Önsöz, S. 18 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır].

tarafından geliştirilen kültür teorisini hukuka aktarır. Lask'ın hukuk felsefesinin çıkış noktası gerek hukuki pozitivizme gerekse doğal hukuk düşüncesine yönelttiği eleştirilerdir. Lask, doğal hukukçuları, deneyüstü değerleri şeyleştirmeyle suçlar.<sup>34</sup> Ona göre doğal hukukçu gelenek, hukuk değerini hukuk gerçekliği haline getirir.<sup>35</sup> Fakat doğal hukukçulara yönelik bu temel eleştirisi Lask'ı hukuki pozitivizme götürmez. Lask'a göre hukukun sadece tek bir dünyası vardır, o da ampirik hukuki gerçekliktir. Ancak hukuki gerçekliğin, bir yandan gerçekliğin bir parçası olarak diğer yandan da bir değer referansı olarak ayrılması ontolojik değil, tamamen yöntemseldir.<sup>36</sup> Hukuk bir yandan felsefi olarak öte yandan da ampirik olarak incelenebilir. Hukuk aynı zamanda kültürel bir olgudur. Kültürel bir olgu olarak, hukukun gerçekliği, aynı zamanda bir değer referansına sahiptir. Bu yöntemsel ayırım, farklı akademik disiplinlerin konularına da yansır. Hukukun (bir değer olarak) değerlendirilmesi hukuk felsefesinin göreviyken, hukuki gerçekliğin değerlendirilmesi ampirik hukuk biliminin konusunu oluşturur.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> Emil Lask, "Rechtsphilosophie", in: Wilhelm Windelband (Ed.), *Festschrift für Kuno Fischer*, Bd. 2, 1. Aufl., Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1905 (Separatabdruck), s. 5.

<sup>35</sup> "Bu anlamda, her doğal hukuk metafiziksel rasyonalizmdir; hukuki değerleri hukuki gerçeklikler olarak varsayar." Lask, *Rechtsphilosophie*, s. 5 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır].

<sup>36</sup> Lask, *Rechtsphilosophie*, s. 3. "Platoncu ikili dünya teorisinin aksine, eleştirel değerler teorisi hukuk felsefesinin ampirik gerçekliğini tek gerçeklik türü olarak görür, ama aynı zamanda deney-üstü değerleri, evrensel olarak geçerli anlamların sergilenme alanı veya substratı olarak niteler.

*Bu nedenle tek bir hukuk dünyası teorisine izin verir. Buna göre sadece tek bir tür hukuk vardır: hukukun ampirik gerçekliği. Ancak değer ile ampirik değer substratının zorunlu ayırımından, temel yaklaşımın iki boyutluluğu, felsefi yöntem-ampirik yöntem düalizmi ortaya çıkar. Felsefe gerçekliği yalnızca mutlak değer içeriği açısından, ampirizm ise yalnızca gerçek içeriği açısından ele alır. Bu görüşe göre hukuk felsefesi hukuk değerinin, ampirik hukuk bilimi ise hukuk gerçekliğinin ele alınması olmalıdır."* Lask, *Rechtsphilosophie*, s. 2 vd. [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır].

<sup>37</sup> Lask, *Rechtsphilosophie*, s. 3.

Lask, hukuk bilimini ampirik kültürel bilimlerin bir dalı olarak sınıflandırır.<sup>38</sup> Lask, Georg Jellinek'i takip ederek "sosyo-bilimsel" ve "hukuki" olmak üzere iki farklı bilimsel yaklaşım arasında ayırım yapar: Bir yandan, hukuk tarihsel olarak karakterize edilmiş sosyal bir olgu, gerçek bir kültürel faktör olarak anlaşılabilir.<sup>39</sup> Bu durumda hukuk, somut bir sosyal gerçeklik olarak incelenir ve bu nedenle genel sosyal bilimlere dâhildir. Bu bakış açısına göre hukuk bilimi bir sosyal hukuk teorisidir ve diğer işlevlerinin dışında hukukun gelenekten, alışkanlıktan ve sosyal yaşamın diğer görünümünden ayrılmasını sağlar.<sup>40</sup> Diğer yandan hukuk bilimi, toplumsal veya tarihsel olanın ötesine geçmeyi amaçlar. Bu perspektiften bakıldığında hukuk, bir norm anlamları bütünü olarak görünür ki bunun kendisi gerçek kabul edilmez.<sup>41</sup> Lask için hukuk biliminin konusu kültürel bir gerçeklik olarak hukuk değil, daha ziyade hukukun tarihselliğinden koparılmış saf anlamıdır. Lask'ın sistematik bir kültür bilimi olan hukuk bilimi, konusu bakımından Jellinek'in ve Kelsen'in normatif bilim olarak adlandırdığı şeye karşılık gelir. Normatif anlamlar, dayandıkları kültürel olgulardan koparılmış, izole; yani saf bir şekilde incelenir. Ama hukuk bilimi yine de pozitif hukuk tarafından oluşturulmuş kültürle ilişkilidir. Bu yüzden hukuk bilimini normatif bir bilim olarak tanımlamak, onu felsefe alanında konumlandırmak anlamına gelmez. Olması gereken karakteri, yasa koyucu tarafından oluşturulan ampirik hukuktan ileri gelir.<sup>42</sup>

Lask'a göre bir kültür bilimi, substratı ampirik kültürel anlamla ilişkilendirmesinden dolayı değerle ilişkilidir. Bir bilim olarak ampirik hukuk, hukuk öncesi bir substratı geçerli hukuk normlarının anlamlarıyla ilişkilendirir.<sup>43</sup> Ancak Lask'ın hukuk öncesi substratla neyi

---

<sup>38</sup> Lask, Rechtsphilosophie, s. 27.

<sup>39</sup> Lask, Rechtsphilosophie, s. 31.

<sup>40</sup> Lask, Rechtsphilosophie, s. 33.

<sup>41</sup> Lask, Rechtsphilosophie, s. 31.

<sup>42</sup> Lask, Rechtsphilosophie, s. 34.

<sup>43</sup> Lask, Rechtsphilosophie, s. 33.

kastettiği tam olarak açık değildir.<sup>44</sup> Bu bağlamda Friederike Wapler, substrat ile hukuki anlam arasındaki bu ilişkide, mutlak geçerli değerler düzeyine geçilmediği ve Lask'ın, Rickert'ten farklı olarak, olgusal kültürel anlamların zorunlu olarak zaten mutlak geçerli değerlerle bir ilişkisi olduğunu varsaymadığını vurgular.<sup>45</sup>

Lask hukukun üç farklı formunu ortaya koyar: “sosyal teori olarak pozitif hukuk”, “hukuk bilimi olarak varlık” ve “saf anlamlar sistemi”. Pozitif hukuk, hukuk değerinin etik gerekliliklerine yönelir. Lask, ampirik anlamları ve amaçları mutlak değerlerden ve amaçlardan ayırarak hukuk ile felsefeyi ayırır. Olan ile olması gereken düalizmine sadık kalarak da hukukun iki farklı normatif yönünü ortaya koyar. Sosyal bir olgu olarak hukuk ve onun pozitif normatifiği “olan”ı, hukuk değerinin pozitif-üstü geçerliliği ise “olması gereken”i ifade eder.

Lask, dogmatik hukuk ile hukuk değerinin geçerliliği arasındaki bağlantıyı tamamen reddederek bu türden bir birlikteliği oluşturmaktan kaçınır.<sup>46</sup> Aşağıda değinileceği gibi, Radbruch<sup>47</sup> ise hukuku doğrudan hukukun pozitif-üstü idesiyle ilişkilendirerek tanımlar: “*Hukuk kavramı, hukuk idesini gerçekleştirme amacını taşıyan bir verili olandan başka bir şekilde belirlenemez.*”<sup>48</sup> Dolayısıyla hukukun ne olduğu, ancak gerçekliğe hukuk idesinin perspektifinden bakılırsa, hangi koşulların hukuk idesine hizmet ettiği veya hukuk idesini gerçekleştirebileceği incelenirse, anlaşılabilir.<sup>49</sup>

---

<sup>44</sup> Wapler Lask'ın, hukuk öncesi substrat (*vorjuristisches Substrat*) kavramını, hukukun ele aldığı yaşamsal koşullar ve ön kabuller anlamına gelecek şekilde kullandığını dile getirir. Wapler, *Werte und das Recht*, s. 188.

<sup>45</sup> Wapler, *Werte und das Recht*, s. 188.

<sup>46</sup> “*Hukuk biliminin yöntemsel düalizmi şu gerçeğe dayanır, hukuk ya gerçek bir kültürel faktör, sosyal bir yaşam süreci olarak ya da bir anlamlar kompleksi olarak, daha doğrusu ‘dogmatik içeriği’ açısından normatif anlamlar olarak incelenebilir.*” Lask, *Rechtsphilosophie*, s. 31 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır].

<sup>47</sup> Bkz aşağıda B.

<sup>48</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 95 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır].

<sup>49</sup> Wapler, *Werte und das Recht*, s. 195. Wapler, Rickert'in ve aynı zamanda Lask'ın kültürbilim anlayışıyla karşılaştırıldığında, Radbruch'un kavrayışında gerçekliğin değerle ilişkisini kuranın özne olmadığına vurgu

## B. GUSTAV RADBRUCH'UN HUKUK BİLİMİ ANLAYIŞI

Yukarıda özetlenmeye çalışıldığı gibi Lask, hukukun pozitif geçerliliği ile pozitif-üstü geçerliliği arasında keskin bir ayırım yapar. Pozitif geçerlilik dogmatik hukukun, pozitif-üstü geçerlilik ise hukuk felsefesinin konusudur. Hukukun pozitif-üstü geçerliliği, pozitif hukuk için bir değerlendirme standardı sağlar. Aynı zamanda pozitif hukuk da hukuki gerçeklik için bir değerlendirme standardıdır. Bu Lask'ın düşüncesinde sosyal teori, kültürbilim ve hukuk felsefesi ayrımıyla tasvir edilir. Radbruch'a göre hukuki olgular, geçerli hukuk normlarıyla ilişkiliyken, hukuk normları hukukun en yüce değeri olan hukuk idesiyle ilişkilidir. Radbruch bu üçlü yapıyı sırasıyla "sosyal hukuk teorisi", "sistemik veya dogmatik hukuk" ve "hukuk felsefesi" olarak betimler. Ancak Lask'tan farklı olarak Radbruch, ampirik düzey ile felsefi düzey arasında bir kültür ve anlam alanının aracılık ettiği bir bağlantıya vurgu yapar. Buna geçmeden önce Radbruch'un kültür teorisi yaklaşımını ele almak faydalı olacaktır.

### I. Kültür ve Kültür Bilimleri

Radbruch, biliş malzemesini içinde değer ve gerçekliğin birbirine karıştığı bir verili olan olarak tanımlar.<sup>50</sup> Bilinç, önce kendini bu düzensiz verili olandan ayırır ve bilişin nesnelereyle yüzleşir. Radbruch'a göre bilinç bu eylemle gerçeklik ile değeri birbirinden ayırır.<sup>51</sup> Eğer özne verili olanın kaosuna değer körü bir şekilde bakarsa, o

---

yapar. Wapler'e göre Radbruch'ta gerçekliğin kendisi, değerleri gerçekleştirme anlamına sahiptir. Hukukun hukuki değer referansı, verili olan ile anlam arasında hukukun herhangi bir bağlantı elde etmek zorunda olması açısından teorik değildir. "Hukukun hukuk idesinin gerçekleştirilmesine yöneldiği tözsel bir moment hukuka eklenir." [Wapler, *Werte und das Recht*, s. 195.]

<sup>50</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 91.

<sup>51</sup> Radbruch'a göre nesnelere bu şekilde ayrılan bilinç, verili olana "değere kapalı (*wertblind*)", "değerlendiren (*wertend*)", "değerle ilişkilendiren (*wertbeziehend*)" veya "değeri aşan (*wertüberwindend*)" olmak üzere dört farklı tutumla bakabilir [Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 91 vd.]. Böylece verili olan, bilinç tarafından dört türde şekillendirilir: varlık (*Sein*), değer (*Wert*), anlam (*Sinn*) veya öz (*Wesen*) haline gelir [Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 94.].

zaman Radbruch'un "kendisini yanlışlayıcı değerlendirmelerden arındırılmış olarak sunduğu şekliyle verili olan" olarak tanımladığı doğa alanı yaratılmış olur.<sup>52</sup> Dolayısıyla değere kapalı gözlemin nesnesi "değerden bağımsız gerçeklik" veya basitçe "varlık (*Sein*)"tır. Öte yandan, özne verili olanla değerlendirme yaparak yüzleşirse, yaratılmış olan doğanın alanı değil, değerlerin alanı olacaktır.<sup>53</sup> Burada söz konusu olan gerçekliği olmayan değerler veya basitçe olması gerektirir. Değere kapalı tutum doğa bilimlerine, değerlendirici tutum ise üç farklı dalıyla (mantık, etik ve estetik) değer felsefesine karşılık gelir.<sup>54</sup> Radbruch, değere kapalı ve değerlendirici tavrın yanına bir başka tavrı, değerle ilişkilendirme tavrını ekler. Değerle ilişkilendirme eylemi, bir ara alan açar. Bu alan ne doğa alanı ne de değerler alanıdır. Varlıklar arasında yer alan ve aralarında aracılık eden bu alan, kültür alanıdır.<sup>55</sup> Radbruch'a göre, değerlerden bağımsız olmalarına rağmen yine de değerlerle bir ilişkisi olan varlık olguları vardır. Bu kültürel olgular, kendileri değer olmasalar da belirli bir değere doğru yönelirler. Radbruch, özneyi biliş nesnelere ayırırken neden gerçeklik ile değer arasında ayırım yaptığını ise tam olarak açıklamaz. Bu bağlamda Radbruch'un Güneybatı Alman Yeni-Kantçılarından farklı bir kavrayışı benimsediğini belirtmek gerekir. Sözgelimi Rickert'e göre doğa ve kültür, aşkın değerler alanından ayrılan, gerçekliğe ait şeylerdir. Gerçeklik ile değer arasındaki köprü, biçimlenmemiş içeriği geçerli değer formuna bağlayarak tanıyan özne tarafından inşa edilir.<sup>56</sup> Radbruch'ta ise değerler, bilişsel bilincin dört ögesinden biri olarak

---

Radbruch varlığı doğayla, değeri idealle, anlamı kültürle, özü de inançla ilişkilendirir. [Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 94.] Windelband ve Rickert gibi Radbruch da öznenin farklı bakış açılarından gördüğü ve böylece farklı bilimsel nesnelere geliştirdiği bölünmemiş bir gerçeklikten yola çıkar. Ancak Radbruch, bilginin maddesi ve formu arasında net olmayan bir ayırım yapar. Verili olanın dört katmanlı formülasyonu bilincin, dört (varlık, değer, anlam ve öz) bilgi alanını yarattığını öne sürer.

<sup>52</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 91.

<sup>53</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 91.

<sup>54</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 91 vd.

<sup>55</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 92.

<sup>56</sup> Rickert, *Kulturwissenschaft*, s. 24 vd.

karşımıza çıkar. Bu konuda Wapler, Radbruch'un kültür kavramının öznel ve nesnel bir epistemolojik temel arasında gidip geldiğini belirtir: *"Bir yandan, idrak eden öznenin tutumu verili olanı şekillendirirken, diğer yandan verili olanın kendisi değerleri gerçekleştirmeye çalışır."*<sup>57</sup>

Rickert'in kültürbilim teorisi<sup>58</sup> Radbruch ile birlikte belirgin bir değişime uğrar. Radbruch kültür ve tarihi doğaya karşıt kavramlar olarak değil, değerler olarak ortaya koyar.<sup>59</sup> Kültür, köklerini doğadan alan ancak değerlere doğru yönelerek doğa ile değer arasında bir köprü kurar.<sup>60</sup> Radbruch, kültür ile anlam alanını bir araya getirir ve bunlardan doğa ile değer arasında duran ayrı bir alan yaratır. Bu şekilde kültür, duyu, varlık ve değer arasındaki ilişkide belirsizleşir. Radbruch her beşerî eseri değerle ilişkili olarak tanımlar. Bir insan ürünü, örneğin bir masa, ancak o ürünün idesine, örneğin bir masa idesine, atıfla kavranabilir.<sup>61</sup> Radbruch değerle ilişkilendirme tutumunu kültüre bağladığı için, Radbruch'ta bir insan ürünü olan masanın da kültürel bir nesne olarak görülmesi gerekir. Bunun yanında Radbruch kültürü, idenin gerçekleşmesine hizmet eden gerçeklik olarak da tanımlar.<sup>62</sup> Bu tanım sadece masa gibi nesnel şeylere değil, varlık ile doğa arasında yer alan özel bazı duyuusal durumlara (vicdan, ahlak, zevk, estetik, zihin, mantık ideleriyle ilişkili kültürel varlıklara) da işaret eder. Böylece Radbruch'ta kültürün, bir varlığa mı yoksa sadece bir duyuya mı karşılık geldiği ise tam olarak açıklanmadan kalır.

<sup>57</sup> Wapler, *Werte und das Recht*, s. 197 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır.].

<sup>58</sup> Rickert, *Kulturwissenschaft*, s. 25 vd.

<sup>59</sup> *"Kültür, değerlerin gerçekleştirilmesi olmasa da yine de değerlerin gerçekleştirilmesi anlamını taşıyan verili olandır [...]"*. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 92 vd. [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır.].

<sup>60</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 94.

<sup>61</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 95.

<sup>62</sup> *"İdelere hizmet etme amacını taşıyan gerçeklikler, değerlendirmelerin ve taleplerin psikolojik doğasına sahiptir ve bu nedenle özel bir gerçeklik türünü, ide ile diğer gerçeklikler arasında bir ara varlığı temsil ederler. Psikolojik gerçekler olarak gerçekliğin kendisine aittirler ama aynı zamanda standartlar uygulayarak ve taleplerde bulunarak diğer gerçekliklerin üzerine çıkarlar. Vicdan, ahlak, zevk, estetik, zihin, mantık ideleriyle ilişkili kültürel varlıklar bu türdendir."* Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 128 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır.].



Radbruch'ta kültürel nesnelere anlamının özne tarafından mı konulduğu yoksa nesnel olarak mı mevcut olduğu konusu da açık değildir. Değerlere hizmet etme, nesnel olarak söz konusu gerçekliklerin bir özelliği veya arzusu olarak yorumlanabileceği gibi, kültürü yaratan insanların niyetleri ve değer yargıları tarafından da üretilebilir.<sup>63</sup> Değerle ilişkili olmanın da farklı anlamları vardır: Eğer insanlar bir nesneye belirli bir anlam yükleyerek nesnenin anlamını kendileri yaratıyorsa, değer referansı öncelikle yönetsel bir işleve sahiptir. İnsanların olgusal değerlendirmelerine veya niyetlerine dayanarak hangi nesnelere belirli bir alana ait olduğu, hangilerinin olmadığı belirlenebilir. Sözgelimi hukuk, insanların hukuk olma anlamını yükledikleri şey olabilir. Radbruch, hukuk idesine atıfta bulunarak *a priori* bir hukuk kavramı oluşturur ve bu kavram olmaksızın hukukun bilinmesi mümkün değildir.<sup>64</sup> Radbruch, Rickert'in aksine, değerle ilişkilendirmeyi belirlerken insanların olgusal değerlendirmelerine ve niyetlerine başvurmaz; daha ziyade, nesne ile değer arasında duyu aracılığıyla doğrudan bir ilişki olduğunu varsayar.<sup>65</sup>

Gerçeklik ile değer arasında nesnel bir etkileşim olduğu düşüncesi idenin öz belirleyiciliğinin kabulü olarak yorumlanabilir. Radbruch da her idenin uygulandığı madde tarafından belirlendiğini iddia eder.<sup>66</sup> Radbruch, hukuk kavramı bağlamında, hukuki gerçekliğin özünün hukuk kavramının anlamından çıkartılabileceğini iddia eder.<sup>67</sup> Bu noktada Radbruch, ideden onun uygulandığı maddeye doğru sonuçlar çıkarmanın mümkün olduğunu dile getirir. Radbruch'un

<sup>63</sup> Bu yorum için bkz. Wapler, *Werte und das Recht*, s. 198.

<sup>64</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 123.

<sup>65</sup> Bu tespit için bkz. Wapler, *Werte und das Recht*, s. 198.

<sup>66</sup> "İde belirli bir madde için geçerlidir, bu maddeye doğru yönlendirilir – ve bu nedenle hakim olmak istediği madde tarafından belirlenir." Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 98 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır].

<sup>67</sup> "Adalet hizmet etmesi amaçlanan şeyin ne tür bir gerçeklik olduğunu bilmeyi talep ediyoruz ve gerçekten de bu hukuki gerçekliğin anlamından onun özüne ilişkin sonuçlar çıkartabiliyoruz. Adalet, hukukla ilişkisi içinde doğruluk anlamına gelir ve idenin maddeyi belirlemesi sayesinde, uygulandığı madde için ideden sonuçlar çıkartabiliriz." Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 127 vd. [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır].

hukuku nasıl kavramlaştırdığını ayrıca ele almak, hukuk bilimi anlayışını anlamayı kolaylaştıracaktır.

## II. Hukuk Kavramı

Radbruch öncelikle, hukuku değerle ilişkili kültürel bir olgu olarak tanımlar:<sup>68</sup> “*Hukuk, hukuki değere, hukuki ideye hizmet etme anlamını taşıyan gerçekliktir*”<sup>69</sup>. Radbruch için hukuk idesi adaletle özdeştir.<sup>70</sup> Bu yüzden hukuk, aynı zamanda adaletle hizmet etme anlamına sahip gerçekliktir.<sup>71</sup> Başka bir deyişle, hukukun değeri olan adaletle bir şekilde ilişkili olan şey ancak hukuk olabilir. “*Hukuk adaletsiz olabilir [...], ancak sadece adil olduğunda anlamına sahip olacağı için hukuk olacaktır.*”<sup>72</sup> Hukuk idesine hizmet edecek anlamdaki gerçekliğin tam olarak hangi gerçeklik olduğu sorusunun yanıtı, idenin madde belirleyiciliğinde gizlidir. Bir hukuk idesi olarak adalet, hukukla olan ilişkide doğruluğa karşılık gelir.<sup>73</sup> Aynı zamanda insanların sosyal birlikteliğinde eşitlik talep eder. Bu nedenle, Radbruch’a göre, adaletle hizmet etme anlamına sahip olan gerçeklik, yalnızca insanların sosyal birlikteliğine genel bir şekilde yönelen bir düzen karakterine sahip olabilir.<sup>74</sup> Adaletle hizmet etme amacını taşıyan gerçeklik, böylece idenin maddi belirleyiciliğiyle şu tanıma dönüşür: “*Hukuk, insanların bir arada yaşamasına yönelik genel düzenlemelerin özüdür.*”<sup>75</sup>

Radbruch, dogmatik hukuku sadece normatif bir yönetime sahip bir varlık bilimi olarak değil, aynı zamanda değerle ilgili bir yönetime sahip bir kültürbilim olarak tanımlayarak hukukta olan ile olması gereken arasındaki ilişkiyi karmaşıklaştırır. Pozitif hukuk böylece

<sup>68</sup> Radbruch’un *Rechtsphilosophie* (Hukuk Felsefesi) adlı eserinin “*Der Begriff des Rechts* (Hukuk Kavramı)” başlıklı bölümünün Türkçe çevirisi için bkz. Gustav Radbruch, “Hukuk Kavramı”, Melike Belkıs Aydın (Çev.), in: *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1 (2015), s. 144–150.

<sup>69</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 123 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır].

<sup>70</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 124.

<sup>71</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 127.

<sup>72</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 95 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır].

<sup>73</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 127.

<sup>74</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 128.

<sup>75</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 128 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır].

“olanın olması gerekliliğine” ve normatif anlamın yanı sıra kültüre ve değere de atıfta bulunur. Yukarıda değinildiği gibi Lask’ın sistematik bir kültürbilim olan hukuku, hukuki gerçekliği pozitif hukukun saf anlamlarıyla ilişkilendirir.<sup>76</sup> Pozitif hukuk, deneyüstü kültürel değerlerden kesin olarak ayırt edilmesi gereken kültürel anlamlara atıfta bulunur. Bu nedenle Lask için dogmatik hukuktan hukuk felsefesinin deneyüstü kültürel değerlerine giden bir yol yoktur. Radbruch için ise pozitif hukuk normları hukuki gerçeklikle ilgili değildir, hukuk normlarının kendisi değerle ilişkilidir ve bu ilişki pozitif-üstü bir hukuk idesidir.<sup>77</sup> Pozitif hukukun, pozitif-üstü olan hukuk değeriyle ve dolayısıyla etik değer standartlarıyla zorunlu bir bağlantısı vardır.

### III. Kültürbilim Olarak Hukuk Bilimi

Radbruch, nesnesi hukuk olan tüm bilimleri hukuk bilimleri olarak adlandırır.<sup>78</sup> Lask gibi Radbruch da öncelikle kültürbilim olarak hukuk bilimini, hukukun kültürel felsefesi olan hukuk felsefesinden ayırır. Hukuk biliminin nesnesi kültürel bir olgu olarak hukukken, hukuk felsefesinin nesnesi hukukun yüce bir değeri olan hukuk idesidir.<sup>79</sup> Radbruch, hukukun yönteminin normatif ve “değerle ilişkili”, hukuk felsefesinininkinin ise “değerlendirici” olduğunu söyler.<sup>80</sup> Buna göre hukuk felsefesinin görevi hukuk değerinin değerlendirilmesidir. Değerlerle ilişkili inceleme, hukukun kültürel bir değer olarak değerlendirilmesini de içerir.<sup>81</sup> Hukuk felsefesi, hukuki değer yargısının, yani hukuki değerlendirmenin nihai ideolojik önkoşullarını ortaya koymaktır.<sup>82</sup> Bu, mümkün olan önkoşulları ve dolayısıyla hukuki değerlendirmenin tüm başlangıç noktalarını sistematik olarak geliştirmeyi sağlar. Amaç, olası dünya görüşleri çerçevesinde olası bir hukuki görüşler topolojisi ortaya koymaktır.<sup>83</sup>

<sup>76</sup> Bkz. yukarıda A. II.

<sup>77</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 209.

<sup>78</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 209.

<sup>79</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 98.

<sup>80</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 209.

<sup>81</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 96.

<sup>82</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 101.

<sup>83</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 101.

Radbruch, Jellinek'in anladığı anlamda bir sosyal hukuk teorisi ile gerçek dogmatik hukuk bilimi arasında ayırım yapar. Radbruch'a göre, sosyal hukuk teorisi hukukun varlığı ile ilgili olup hukuk tarihi, karşılaştırmalı hukuk ve hukuk sosyolojisini içerir.<sup>84</sup> Radbruch'un hukuk modeline göre hukuk bilimi bir yandan bir kültür bilimidir.<sup>85</sup> Radbruch bu noktada Rickert ve Lask ile hemfikirdir. Hukukun varlığını, hukukun gerçeklik üzerinde nedensel etkileri olan bir olgu olmasıyla açıklar. Hukuku yaratanların düşünceleri, onların öznel amaçları ve hukuk uygulayıcılarının yorumları gibi olgusal düşünce içerikleri olan olarak hukuku oluşturur.<sup>86</sup> Dogmatik veya sistematik hukuk ise pozitif hukuki düzenlemelerin nesnel anlamıyla ilgilidir.<sup>87</sup> Radbruch'un hukukun nesnel anlamından anladığı, Lask'ın normun saf anlamı olarak adlandırdığı şeye karşılık gelir. Lask, Jellinek ve Kelsen için olduğu gibi Radbruch için de dogmatik hukuk; nesnesi normatif bir varlık olan, pozitif olarak belirlenmiş "olması gereken" olarak hukuktur. Bununla birlikte, Radbruch için pozitif hukuk aynı zamanda "olanın" bilimidir. Bu noktada Radbruch'un teorisi, Lask'ın<sup>88</sup> ve Kelsen'in<sup>89</sup> teorilerinden ayrılır.

---

<sup>84</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 210.

<sup>85</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 95.

<sup>86</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 210.

<sup>87</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 209.

<sup>88</sup> Lask hukuku bir varlık bilimi olarak değil, ampirik bir bilim olarak tasvir eder. Çünkü dogmatik hukuk tarafından incelenen hukuk, onun için gerçek olmayan, varlık olmayan anlamlar kompleksidir. Lask, *Rechtsphilosophie*, s. 31 vd.

<sup>89</sup> Kelsen, yasanın parlamentodan geçmesi gibi olgusal hukuki eylemleri hukukun anlamından ayırır. Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, s. 5 vd. Bu anlam, normun normatif içeriğidir ve dolayısıyla bir olması gerektir. Ancak bir olması gereken asla bir olan olamaz. Dolayısıyla, hukuki olması gerekenle ilgilenen hukuk bilimi bir varlık bilimi değil, bir normlar bilimidir. Kelsen için hukuki anlamda normatifik her zaman pozitif hukukun normatifiğidir. Bu nedenle ampirik normatifik ile etik normatifik veya pozitif normatifik ile pozitif-üstü normatifik arasında ayırım yapmak zorunda değildir. Ona göre olası bir pozitif-üstü normatifik tamamen farklı bir normlar sisteminde, yani etikte söz konusudur. Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, s. 23-27.

Radbruch'a göre hukuk, yöntemi bakımından normatif bir bilimden ayırt edilemez. Çünkü onun görevi yürürlükteki hukukun normatif yorumudur.<sup>90</sup> Radbruch, hukuku normatif bir yöneme sahip bir varlık bilimi olarak görür.<sup>91</sup> Bunu, buyruk ile norm arasındaki ayrımla gerekçelendirir: Radbruch'a göre buyruk, olgusal olarak belirlenmiş bir niyet, bir olgudur.<sup>92</sup> Yasa koyucu tarafından öznel olarak pozitif hukukla düzenlenmek istenen, hukukun varlığına aittir.<sup>93</sup> Hukukun nesnesi bu olgular olduğu için hukuk bir varlık bilimidir. Radbruch, norm koyucunun öznel iradesinden bağımsız olan bu içeriği norm olarak adlandırır.<sup>94</sup> Norm koyucunun iradesinin nesnel anlamı bu haliyle bir olması gerekeni ifade eder. Bu nedenle hukuk bilimi ampirik, kültürel bir bilimin nesnesine, ancak bir norm biliminin yöntemine sahiptir.<sup>95</sup>

Lask'ta olduğu gibi Radbruch'ta da hukukun gerçekliğine ampirik (sosyal-teorik hukuk görüşü) ve normatif (hukuksal-dogmatik) olmak üzere iki açıdan bakılabilir. Radbruch'a göre hukuka yönelik bu iki yönlü yaklaşım,<sup>96</sup> bilimsel-teorik açıdan hukuk biliminin ampirik kültür bilimi ile normatif norm bilimi arasında bir konumda yer alması sonucunu doğurur. Bir yandan, hukuk bilimi çıkış noktası olan yasalarla ve geleneklerdeki olgusal hukuki zorunluluklarla ilgilenir ve bu açıdan ampirik bir kültür bilimidir. Öte yandan, dogmatik hukukçu hukuk düzeninin olgusalılığına değil, anlamına, yani hukuk normlarına odaklanır.<sup>97</sup> Hukukçu bir şeyin istenmesiyle veya emredilmesiyle değil, neyin istendiği veya emredildiği ile ilgilenir.<sup>98</sup> Bu nedenle hukuk bilimi – Radbruch'un özetlediği gibi – “*ampirik [...] bir kültür biliminin nesnesine,*

---

<sup>90</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 174.

<sup>91</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 220.

<sup>92</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 174.

<sup>93</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 210.

<sup>94</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 220.

<sup>95</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 220.

<sup>96</sup> Hukuk biliminin nesnesi ile yöntemi arasındaki ayrımın çıkış noktası yine gözlem olanaklarının ikiliğidir.

<sup>97</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 174.

<sup>98</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 210.

*ancak bir norm biliminin yöntemine*"<sup>99</sup> sahiptir. Rickert'i izleyen Radbruch, bu yaklaşımı hukuk dogmatığının kültür-bilimsel yöntemi olarak adlandırır.<sup>100</sup>

Radbruch'un normatif bilim kavramlaştırmasının Kelsen'den farklı bir anlamda kullandığını vurgulamak gerekir. Kelsen için normatif bilimler normları tanımak ve kavramak zorunda olmalarına rağmen onları yaratmazlar.<sup>101</sup> Radbruch'un normatif bilim faaliyetinden anladığı ise yaratıcı, üretici ve yapıcı bir faaliyettir.<sup>102</sup> Radbruch'un hukuk biliminin yöntemini norm-bilimsel bir yöntem olarak betimlemiş olması hukukun nesnesini de norm olarak gördüğü anlamına gelmez. Böylesi bir yorum, Radbruch'un sadece hukukun (nesnesine göre) bir kültürbilim olduğu iddiasıyla değil, aynı zamanda hukukun normbilim yöntemine sahip olduğu tezine getirdiği açıklamalarla da çelişecektir.<sup>103</sup> Radbruch, normbilim yöntemini filolojik yorum ile hukuki dogmatik yorum arasında ayırım yaparak açıklar. Filolojik yorum yalnızca hâlihazırda düşünülmüş bir şey üzerine düşünmekken, hukuki yorum yaratıcı bir faaliyettir.<sup>104</sup>

---

<sup>99</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 220 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır.].

<sup>100</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 221 vd.

<sup>101</sup> Hans Kelsen, "Die Rechtswissenschaft als Norm oder als Kulturwissenschaft", in: Matthias Jestaedt (Ed.), *Hans Kelsen Werke, C. 3, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, s. 551 (554)* [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır.].

<sup>102</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 211.

<sup>103</sup> Bu vurgu için bkz. Ulfrid Neumann, "Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft bei Hans Kelsen und Gustav Radbruch. Zwei „neukantianische“ Perspektiven", in: Ulfrid Neumann, *Recht als Struktur und Argumentation*, Nomos, 2005, s. 294 (302 vd.). Neumann ayrıca doğru bir hukuk doktrini olarak hukukun nesnesi bakımından normatif bir bilim olduğunu kabul etmiş olsaydı bile, Radbruch'un modelinin Kelsen'in normbilim modeliyle örtüşmeyeceğini söyler. Bunun sebebini de Kelsen'in normatif bilimin işlevini bir otorite tarafından belirlenen pozitif normların bilgisiyle sınırlamış olmasıyla açıklar. Buna ilişkin olarak bkz. Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, s. 42.

<sup>104</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 211 vd.

Radbruch'a göre, hukuk biliminin kültürel bir bilim olarak sınıflandırılması, hukuk kavramının<sup>105</sup> varsayılan yapısından kaynaklanmaktadır. Bu kavram, sadece nesne alanını yapılandırmakla kalmayan, onu aynı zamanda kuran *a priori* bir kavram olarak ortaya koyar.<sup>106</sup> Dolayısıyla hukuk kavramı aşkın bir karaktere sahiptir. Sadece hukuk kavramının bakış açısından, bazı eylemler ve durumlar hukuki bir anlam kazanır.

Radbruch'a göre hukuk kavramı deneyime dayanmasa da pozitif hukuk bir varlıktır ve dolayısıyla hukuk ampirik bir bilimdir. Bu sınıflandırmanın arka planında ise olan-olması gereken düalizmi yer alır. Fakat hukuk ne sadece doğa alanına tahsis edilebildiğinden ne de pozitif hukuk olarak yalnızca değerler ve amaçlar alanına yerleştirilebildiğinden olan-olması gereken düalizmi, hukukun sınıflandırılmasında yetersiz kalır. Bu nedenle Radbruch için hukukun yeri, üçüncü bir alan olan kültür dünyasıdır. Kültür dünyası, verili olana yönelik değerlerle ilişki kuran eylemleri içerir.<sup>107</sup>

Radbruch'a göre değer temelli yöntem, doğa ile değerler ve amaçlar alanı arasında üçüncü bir alan oluştursa da olan-olması gereken düalizmini ortadan kaldırmaz.<sup>108</sup> Bir bütün olarak kültür gibi hukuk da doğal bir olgu değil, bir olandır, gerçekliğin bir bileşenidir.<sup>109</sup> Kültürel bir olgu, bir yargının nesnesi haline getirilebildiği ölçüde, bir değer veya değersizliğin dayanağı olduğu ölçüde bir varlıktır. Hukuk, hukuk değerine, hukuk idesine hizmet etme anlamını taşıyan gerçekliktir. Bu yüzden, değerle ilişkilendirme yönteminin dâhil edilmesiyle ortaya

---

<sup>105</sup> Bkz. yukarıda B. II.

<sup>106</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 129.

<sup>107</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 95. Radbruch'un Yeni-Kantçılığını değerlendirme ile değerle ilişkilendirme arasında ayırım yapmasında da görmek mümkündür. Radbruch'a göre kültür sadece erdemleri değil, aynı zamanda erdemsizlikleri de kapsar. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 92.

<sup>108</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 118.

<sup>109</sup> Bu noktada, olanın ve gerçekliğin doğaya eş tutulmadığının altını da çizmek gerekir.

çıkan yöntemsel düalizm bir karşıtlık olarak değil, yöntemsel düalizmin bir çeşidi olarak görülmelidir.<sup>110</sup>

Radbruch'un hukuk biliminin norm-bilimsel yöntemine ilişkin tezi, olan ile olması gereken arasında, bir olan olarak hukuk ile hukuk biliminin norm koyma işlevi arasında bir köprü kurmaya çalışır. Bu köprü, olan olarak buyruk ile olması gereken olarak norm arasındaki ilişki aracılığıyla inşa edilir. Hukuk normu normatif bir anlama sahipken, buyruk olması gerekene değil iradeye (*Wollen*) karşılık gelir.<sup>111</sup> Buna göre pozitif hukuk, olması gerekenin özü olarak anlaşılmalıdır.<sup>112</sup> Nihayetinde "olgusal hukuki olması gerekenlerle" ilgilendiği için hukuk, bir olgu bilimidir. Bununla birlikte hukukun aynı zamanda olması gerekenlerin anlamıyla da ilgilenmesi zorunlu olduğundan, yöntemi bakımından bir norm bilimi olarak nitelendirilmesi gerekir. Buyruktan norma geçiş, hukuki geçerlilik kurallarıyla, bir buyruğun bağlayıcı bir norm olarak yorumlanması yoluyla, gerçekleşmez. Bu geçiş, buyruk olgusunun içeriğiyle, yalnızca bir olması gereken olarak formüle edilebilen nesnel anlamı arasında var olan zorunlu bir bağlantıyla kurulur. Bu açıklama, Kelsen için yöntem düalizmi ilkesinin ihlalidir.

### C. HANS KELSEN'İN ELEŞTİRİSİ

Ulfrid Neumann, Kelsen'in saf hukuk öğretisi ile Yeni-Kantçı felsefe arasındaki ilişkinin rahatsız edici derecede belirsiz olduğunu ve fakat saf hukuk öğretisinin bilimsel-teorik temelini, olan ile olması gereken arasındaki keskin ayırım bakımından inkâr edilemez bir şekilde Yeni-Kantçı olduğunu belirtir.<sup>113</sup>

Kelsen'in 1916 tarihli "Normbilim veya Kültürbilim Olarak Hukuk Bilimi (*Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft*)"<sup>114</sup>

<sup>110</sup> Neumann, *Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft*, s. 304.

<sup>111</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 174.

<sup>112</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 174.

<sup>113</sup> Neumann, *Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft*, s. 294.

<sup>114</sup> Hans Kelsen, "Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft", in: Matthias Jestaedt (Ed.), *Hans Kelsen Werke*, C. 3, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, s. 551–606.



adlı makalesi, Windelband, Rickert ve özellikle Lask ve Radbruch gibi Yeni-Kantçı düşünülerin kültürel bir fenomen olarak açıkladığı hukuk kavramıyla sert bir hesaplaşmadır. Kelsen, özetle bu çalışmasında hukuk biliminin saf bir normlar bilimi olduğunu, çünkü hukukun varlık alanına değil, olması gereken alanına ait olduğunu savunur. Kelsen'in eleştirisi, onun Yeni-Kantçılarla savaşmak için Yeni-Kantçılığın argümanlarını kullandığını da gösterir.

Kelsen'in eleştirisi, aynı zamanda, Kelsen ile onun eleştirilerini yönelttiği Güneybatı Alman Yeni-Kantçıları arasındaki farklılıklar, öncelikle Kantçı miras olarak nitelenebilecek ortak kabullerle birlikte incelenmelidir. En önemli ortaklık, olan ile olması gereken arasında keskin bir ayırımın kabul edilmesi, yani yöntemsel monizmin reddedilmesidir.<sup>115</sup> Güneybatı Alman Yeni-Kantçılığı ile Kelsen arasındaki bir diğer temel ortaklık ise ampirik disiplinler modeline göre yapılandırılmış birleşik bir bilim kavramının reddedilmesidir.<sup>116</sup> Hukuk felsefesi açısından bu, hukuki realizmin, yani hukukun ampirik bir olguya indirgenmesinin reddidir. Başka bir ortaklık ise gerçekliği verili olarak değil, kategorik bir sentezin ürünü olarak kavranmasıdır.<sup>117</sup>

Güneybatı Alman Yeni-Kantçıları ile Kelsen arasındaki temel anlaşmazlık, hukukun yalnızca olması gerekenlerin alanına ve dolayısıyla norm bilimlerinin sorumluluk alanına ait olup olmadığı sorusuyla ilgilidir. Kelsen'in yönelttiği eleştiriler ana hatlarıyla şu şekilde sınıflandırılabilir:

### **I. Kültür ve Kültürbilim Kavramları Hakkındaki Eleştirileri**

En başta, değerle ilişkili bilimsel bir kavram olarak kültür kavramı, metodolojik düalizme sıkı sıkıya bağlı kalmaya niyetli Kelsen

---

<sup>115</sup> Radbruch ve Kelsen bu temel noktada esasen uzlaşırlar. *“İncelemenin amacının fiili olayların varlığı, yani gerçeklik, veya ahlaki, hukuki ya da başka bir olması gereken, yani bir ideal olup olmadığına bağlı olarak dünyayı – bilişimizin bir sonucu olarak (hislerimizin veya arzularımızın değil) – bir şekilde birbirine bağlı olmayan iki aleme bölen biliş alanı, temelde iki farklı gruba ayrılır.”* Kelsen, *Die Rechtswissenschaft*, s. 553 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır].

<sup>116</sup> Neumann, *Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft*, s. 298.

<sup>117</sup> Neumann, *Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft*, s. 299.

için sorunludur. Rickert'in temsil ettiği şekliyle kültür kavramı, doğal olmayan gerçekliğin parçasıdır. Oysa Kelsen'e göre Rickert'in kendisi tek bir gerçeklik olduğunu söyler.<sup>118</sup> Radbruch'un da gerçeklik ile değer arasında kültürü bir ara alan olarak betimlediğine işaret eder. Kelsen'e göre kültür bilimlerinin bir varlık bilimi olarak kavranmasının, kültürün ne olan ne de olması gereken ne doğa ne de gerçeklik olarak görülebilmesiyle ve dolayısıyla hiçbir şekilde bir varlık olarak değerlendirilemeyen bir üçüncü alan olarak karakterize edilmesiyle uyumludur.<sup>119</sup>

Kelsen'in Yeni-Kantçı kültür felsefesine karşı dile getirdiği önemli bir itiraz, kültür bilimleri kavramlaştırmasında belirleyici olan değerle ilişkilendirme yöntemi hakkındadır. Kelsen, değerle ilişkilendirme yönteminin değerlendirici yöntemden ayırt edilmesinin zor olduğunu ve bu nedenle de kültür bilimlerinin bağımsız bir bilim dalı olarak kabul edilemeyeceğini iddia eder. Kelsen, değerle ilişkili olma durumunun yalnızca doğayı kültürden değil, aynı zamanda özsel olanı özsel olmayandan ayırmayı, böylece değerle ilişkilendirme yöntemi ile değerlendirici yöntem arasında bir sınır çizmeyi imkânsız kıldığını belirtir. Kelsen'e göre, değerle ilişkilendirme esasında değerlendirmeye eşittir; bu nedenle değerle ilişkilendirme yöntemi gereksizdir: *"Bir 'erdem' iddiası kadar, 'ahlaksızlık' tespiti de tek başına bir değer yargısıdır ve Radbruch'ta 'değerle ilişkilendirme', verili olandan yalnızca 'değer kavramları altında toplanabilecek' bileşenlerin okunması olarak karakterize edildiğinde, nesnel bir değer yargısından hiçbir şekilde farklı değildir; 'değer biçmek' bir değer kavramı altında toplamaktan başka ne anlama gelir ki?"*<sup>120</sup> Kelsen'in bu itirazı aslında bir yanlış anlamaya dayanır. Verili olanın bir parçasının erdem mi yoksa erdemsizlik mi olduğunu belirlemek değerle ilişkilendirmek değil, değerlendirmektir. Kültür bilimlerinin görevi ise yalnızca söz konusu verili parçanın değerle ilişkili bir nesne olup olmadığını göstermektir. Kültür bilimci erdemlerle, anlayışlarla, zevklerle olduğu kadar ahlaksızlıklarla, hatalarla, zevksizliklerle de ilgilenir. Radbruch'a göre birini diğerinden ayırmak kültür tarihçesine

<sup>118</sup> Kelsen, Die Rechtswissenschaft, s. 556.

<sup>119</sup> Kelsen, Die Rechtswissenschaft, s. 594 vd.

<sup>120</sup> Kelsen, Die Rechtswissenschaft, s. 595 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır].

düşmez.<sup>121</sup> Bu itiraz bağlamında Neumann, değerle ilişkilendirme ile değerlendirme arasındaki farkı şöyle örnekler: “*Barok bir trombon meleşinin güzellik yönünden değerlendirilebileceğini belirtmek, onun güzel olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorusunu açıkta bırakır.*”<sup>122</sup> Kelsen’in bu eleştirisine katılmak pek mümkün görünmemektedir. Bunun sebebi, Güneybatı Alman Yeni-Kantçılarının ve Radbruch’un değerle ilişkilendirmekten bahsettiklerinde, altta yatan bir standarda değil, sadece değerle ilişkili olma durumuna işaret etmeleridir.

Ancak, gerçeklik ile değer (veya değerlendirme) arasındaki ilişkinin kültürbilim modelinde kesin hatlardan yoksun olduğunu vurgulamak gerekir. Kelsen’in haklı olarak işaret ettiği gibi, bunun nedeni Güneybatı Alman kültür felsefesinin değer, anlam ve duyu kavramları arasında kurduğu belirsiz ilişkidir. Gerçeklik ile değer arasındaki bu ilişkinin bir başka yönü de bilimsel yöntemin nesne-kurucu işlevinin kapsamıyla ilgilidir. Kelsen’in bu bağlamda sorunlu gördüğü nokta, yöntemin nesneyi oluşturma gücüdür. Yönetim nesneyi oluşturma gücü gerçeklik ve değer verili olarak var olmadığı, ancak şeylere bakış açısı ikiliğinin bir sonucu olduğu düşüncesine dayanır. Buna göre bakışın yönü, bakılan şeyin gerçekliğin mi yoksa değer mi bir parçası olacağını belirler. Kelsen’e göre, bir şey ya gerçeklik ya da değer olarak nitelenir. Bu nedenle, Radbruch’un “değer yüklü gerçeklik” kavrayışı bir çelişkiyi ortaya koyar.<sup>123</sup> Radbruch’ta gerçeklik ve değer verili olan olarak kaotik bir birliktelik içinde var olur ve öznenin bakışı verili olanı bazen gerçeklik, bazen de değer olarak belirler. Verili olanın aynı anda hem gerçeklik için hem de değer için bir dayanak olup olamayacağı konusunda Kelsen şöyle der: “*Değer veya*

<sup>121</sup> Kelsen’in Radbruch’tan alıntıladığı pasaj şudur: “*Kültürü verili durumdan soyup çıkaran bakış açısı, esasen değerlendiren bir bakış açısı değildir. Bir halkın veya bir zamanın kültürü, kültür tarihinin konusunu oluşturduğu için, bu halkın, bu çağın yalnızca erdemlerini, anlayışlarını, zevklerini değil, aynı zamanda ahlaksızlıklarını, hatalarını, zevksizliklerini de kapsar. Birini diğerinden ayırmak kültür tarihçisine düşmez*”. Gustav Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Quelle und Meyer, Leipzig, 1914, s. 38 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır].

<sup>122</sup> Neumann, *Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft*, s. 308 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır].

<sup>123</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 91; ayrıca bkz. yukarıda B. I.

*olması gereken hiçbir zaman gerçekliğe veya varlığa yaklaştırılmaz, hiçbir zaman her ikisi de birbiriyle ilişkilendirilemez, yani tek ve aynı bakış açısı altında kavranamaz. Gerçek bir değer var olması kadar değerli bir gerçekliğin var olması da kendi içinde çelişkilidir.”<sup>124</sup>*

## II. Hukuk Kavramı ve Hukuk Bilimi Hakkındaki Eleştirileri

Kelsen, Radbruch'un bilimsel-teorik hukuk modelinde hukuk kavramını *a priori* bir kavram olarak ortaya koyarken hukuku nesnesi olarak ampirik bir verili olan olarak sunmasını tutarsız bulur: *“Radbruch'un hukukun ampirik bir bilimin nesnesi olması gerektiği yönündeki araştırmalarının sonucu göz önünde bulundurulursa, bu araştırmaların çıkış noktasını oluşturan varsayım insanı meraklandırır: Bu, hukuk kavramının – ki bu, her şeyden önce hukuk biliminin nesnesini oluşturur – deneyime dayandırılmayacağı, a priori olarak çıkarılması gerektiğidir.”<sup>125</sup>* Kelsen'in bu eleştirisi hakkında Neumann, ampirik gerçeklik alanlarını *a priori* kavramlar altında bağımsız alanlar olarak oluşturmanın esasında bir çelişki oluşturmayacağını söyler.<sup>126</sup>

Kelsen'in Radbruch'un hukuk bilimi anlayışına yönelttiği bir diğer eleştiri ise buyruk ile norm arasındaki ilişkinin varlıkbilim ile normbilim arasındaki boşluğu dolduramayacağıdır. Çünkü buyruğun salt olgusalığından hukuk biliminin yöntemi için kurucu olan normun olması gerekenine mantıksal bir geçiş mümkün değildir.<sup>127</sup>

Kelsen'in hukuk biliminin değerle ilişkili bir kültür bilimi olarak yorumlanmasına yönelik temel itirazlarından biri, nesnenin kurucu unsuru olarak yöntemin işlevine, yani gerçeklik ile değer arasındaki ilişkiye dair kavrayışa ilişkindir. Hem Radbruch hem de Lask hukuku, değerle ilişkili bir gerçeklik olarak, bir değer (adalet değerinin) substratı olarak anlar. Gerçeklik ile değer arasında böyle bir bağlantının olması Kelsen için tartışmalıdır. Bu bağlamda sorulması gereken soru, hukukun aynı anda hem gerçeklik hem de bir değerlendirme nesnesi olarak anlaşılıp anlaşılamayacağıdır. Bu soru, Kelsen tarafından

<sup>124</sup> Kelsen, Die Rechtswissenschaft, s. 579 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır].

<sup>125</sup> Kelsen, Die Rechtswissenschaft, s. 594 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır].

<sup>126</sup> Neumann, Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft, s. 306.

<sup>127</sup> Kelsen, Die Rechtswissenschaft, s. 600.

olumsuz şekilde yanıtlanır. Gerçeklik değerlendirilemez, çünkü gerçeklik ve değer şeylere bakmanın biçimsel olarak farklı iki yolunun sonucudur.<sup>128</sup> Yeni-Kantçı yöntem düalizminin katı bir yorumuna dayanan bu itiraz esasında yalnızca hukukun bir kültürbilim olarak yorumlanmasına değil, aynı zamanda Güneybatı Alman Yeni-Kantçı kültürbilimleri modelinin temeline yönelir.<sup>129</sup> Buradaki kilit soru, bir yanda değer diğer yanda gerçekliğin oluşturulmasının birbirlerini dışlayan iki seçenek olarak anlaşılıp anlaşılmayacağı ya da gerçekliğin oluşturulmasının değer değerlendirilmesinden önce gelip gelemeyeceğidir. Eğer soru Kelsen'ninki gibi bir yanıtla yanıtlanırsa o zaman farklı algı biçimleri tarafından bazen gerçeklik, bazen de değer olarak oluşturulan bir substrat sorun teşkil edecektir. Neumann'a göre gerçekliğin ve değer ortak bir substratı olarak soyut bir verili olan modeli değerlendirilebilir bir gerçekliğin imkânının bir gerekçesi olarak da okunabilir. Bu şekilde okunduğunda, olan-olması gereken düalizmine rağmen, fiili bir olayın değerlendirilmesinin neden mümkün olduğu açıklanmış olacaktır.<sup>130</sup>

Kelsen'in gerçeklik-değer/olan-olması gereken düalizmini katı bir şekilde yorumlaması, norm bilimleri ile gerçeklik bilimleri arasında bir karşıtlık kurmasına yol açar. Norm bilimleri, normları tek tip bir bakış açısına göre düzenler. Buna göre yalnızca hukuk bilimi değil, etik ve dilbilgisi gibi başka disiplinler de norm bilimlerine dâhildir.<sup>131</sup> Gerçeklik bilimleri ise nedensel bilimlerle özdeş görülür.<sup>132</sup> Bu nedenle

---

<sup>128</sup> "Bir içeriğin gerçek olduğu iddia ediliyorsa, artık değerlerden söz edilemez ve eğer bir şeyi değerlendiriyorsam, onu gerçek olarak, yani varlık olarak kabul etmemeli, onu bir olması gerekenin içeriği olarak düşünmeye çalışmalıyım." Kelsen, Die Rechtswissenschaft, s. 578 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır].

<sup>129</sup> Ancak, çalışmamızın kapsamı dikkate alınarak konunun sadece hukuk bilimini ilgilendiren kısmına odaklanılacaktır.

<sup>130</sup> Neumann, Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft, s. 310.

<sup>131</sup> Kelsen, Die Rechtswissenschaft, s. 554. Normu konu eden bilimleri norm koyan otoritelerle (tanrı veya vicdan gibi) eş tutmak Kelsen'e göre bir hatadır.

<sup>132</sup> Kelsen, Die Rechtswissenschaft, s. 554.

de Kelsen, Rickert'in kültür bilimleri kavramlaştırmasının olan-olması gereken düalizmini ihlal ettiğini söyler.<sup>133</sup>

Kelsen'in hukuk bilimine ilişkin itirazları gerek Lask'a gerekse Radbruch'a karşı yönelir.<sup>134</sup> Daha önce de belirtildiği gibi, Radbruch'a göre hukuk, fiili varlığına veya anlamına göre incelenebilir. Eğer hukuka varlığı yönünden bakılırsa buyruklarla, anlamı yönünden bakılırsa normlarla karşı karşıya kalınır.<sup>135</sup> Ancak hukuki yaklaşımın özü hukuku anlam yönünden ele almaktır. Hukukçu buyruklarla değil, normlarla ilgilenir; bu nedenle hukukun yöntemi norm-bilimsel bir yöntemdir. Buyruk bir iradenin, norm ise bir olması gerekenin ifadesidir. Bu bağlamda Kelsen, bir normun bir olgudan (yani bir buyruktan), başka bir deyişle, bir olması gerekenin bir olandan nasıl çıkartılabileceğini sorar. Hukuku bir yandan bir olgu, diğer yandan bir norm olarak ortaya koymanın mantıksal olarak imkânsız olduğunu belirtir: *"Gerçekte birbirinden tamamen farklı iki nesne var: zihinsel bir süreç ve onun içeriği. Hukuku düşünmek, hissetmek, istemek, deneyimlemek, hukukun kendisinden başka bir şeydir. Hukuk sadece norm ve olması gerekendir, diğeri onu taşıyan zihinsel eylem varlık, güdülenmiş ve harekete geçirici gerçeklik ve böylelikle iktidardır."*<sup>136</sup> Kelsen özellikle buyruk ve normun karşıtlık içindeki kullanımını sorunlu bulur. Genel kabul gören kullanımda buyruğun bir olana değil, bir olması gerekene, yani bir norma karşılık geldiğini belirtir. Örnek olarak Kant'ın kategorik buyruğunu verir.<sup>137</sup> Ancak Kelsen'in zaman içinde bu düşüncesini değiştirdiğinin altını çizmek gerekir. Sözgelimi, *"Doğal Hukuk Öğretisinin ve Hukuki Pozitivizmin Felsefi Temelleri (Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus)"* başlıklı makalesinde Kelsen, hukukun düalizmini kabul ettiğini açıkça ortaya koyar: *"Çünkü pozitif hukuk; doğal hukukla olan ilişkisinde yapay bir şey olarak, yani fiili olaylar alanında ilerleyen ampirik, varlık alanında insan iradesiyle 'yasallaştırılan' bir şey olarak, bir olan*

<sup>133</sup> Kelsen, Die Rechtswissenschaft, s. 560 vd.

<sup>134</sup> Fakat çalışmanın kapsamı dikkate alınarak bu kısımda sadece Radbruch'a yöneltilen itirazlara yer verilecektir.

<sup>135</sup> Bkz. yukarıda B. III.

<sup>136</sup> Kelsen, Die Rechtswissenschaft, s. 600 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır.].

<sup>137</sup> Kelsen, Die Rechtswissenschaft, s. 601.

olarak, [...] görünür. Öte yandan bir norm olarak pozitif hukuk; kendi için bakış açısından bir olması gereken, bir değerdir ve bu nedenle insanın fiili davranışının gerçekliğiyle yüzleşir, onu yasal veya yasadışı olarak değerlendirir. Hukukun pozitifliği sorunu tam olarak şundan ibarettir: Bu iki kategori mantıksal olarak birbirini dışlamasına rağmen, hukuk aynı anda hem olması gereken hem de olandır.”<sup>138</sup>

Kelsen, ayrıca Radbruch’un hukukun nesnesi ile yöntemi arasında yaptığı ayrımı tartışır. Bunu yaparken Radbruch’un şu ifadesine işaret eder: “Ancak hukukçu, hukuk düzeninin olgusalılığıyla değil, anlamıyla ilgilenir.”<sup>139</sup> Kelsen’in bu ifadeden çıkardığı sonuç şudur: Eğer hukukçuyu meşgul edecek olan anlam ise ve anlam normdan başka bir şey ifade etmiyorsa, o zaman hukuk saf bir norm bilimidir.<sup>140</sup> Radbruch, kültür kavramını feda etmeden hukuku, norm bilimi yöntemine sahip bir olgu bilimi olarak niteler.<sup>141</sup> Kelsen’e göre bu yaklaşım, yöntemin kurucu gücünü varsayan Yeni-Kantçı ilkeye uymaz. Bu ilkeye göre bilimsel bir yöntemin seçimi aynı zamanda o bilimin nesnesini de belirler.<sup>142</sup> Dolayısıyla, Radbruch’un nesne ile yöntemi birbirinden ayıran hukuk bilimi kavramlaştırması Kelsen için kabul edilemez.

## SONUÇ YERİNE

Güneybatı Alman Yeni-Kantçılığı pozitivist olmadan ve bir tarih metafiziğine yol açmayı amaçlamayan tarih ve kültür teorileri tasarlar. Güneybatı Alman Yeni-Kantçılığı katı pozitivistin ötesine geçen, doğal olmayan, metafizik karşıtı bir felsefe arayışındadır. Bu bağlamda pozitif

<sup>138</sup> Hans Kelsen, “Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus”, in: Hans Klecatsky/René Marcic vd. (Ed.), *Wiener Rechtstheoretische Schule*, Europa, Wien vd., 1968, s. 281 (285) [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır].

<sup>139</sup> Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, s. 161 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır].

<sup>140</sup> “[Radbruch] [h]ukukçunun bir olması gereken olarak hukuk düzeninin anlamıyla ilgilenmesi gerektiğini söyler, hukukun nesnesi bir olması gereken veya norm olan hukuk düzeni olduğunu değil. Ama sonuçta ikisi de aynı kapıya çıkar.” Kelsen, *Die Rechtswissenschaft*, s. 604 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır].

<sup>141</sup> Bkz. yukarıda B. III.

<sup>142</sup> Kelsen, *Die Rechtswissenschaft*, s. 604 vd.

hukukun ötesine uzanan ideal bir hukuk tasarlamadan pozitif hukukun değerlendirilmesine çalışır. Radbruch'un hukuk bilimi tasviri, Güneybatı Alman Yeni-Kantçılığını hukuk alanında bazı özgün dokunuşlarla bir adım öteye taşıma çabası olarak yorumlanabilir.

Hukukun bilim teorisi bağlamında Radbruch'un ve Kelsen'in görüşleri, Yeni-Kantçılığın farklı okumalara izin veren bir felsefi yaklaşım olduğunun açık bir kanıtı olarak görülebilir. Hukuk bilimi yaklaşımları arasındaki görüş farklılığı, esasında tüm Yeni-Kantçılar tarafından temelde kabul edilen yöntem düalizmi ilkesinin kapsamı üzerindeki bir anlaşmazlığa dayanır. Radbruch için hukuk bilimi ampirik, kültürel bir bilimin nesnesine, ancak bir norm biliminin yöntemine sahipken, Kelsen için hukuk bilimi saf bir normlar bilimidir. Hukuku yalnızca olması gerekenler alanına ait gören normatif indirgemeciliğin karşısında Radbruch'un Yeni-Kantçılığı, hukukun normatif boyutunu yadsımadan, hukukun kültürel varoluşuna hukukun konu alanında bir yer açmaya çalışır. Windelband'ın ve Rickert'in değerle ilişkili disiplinleri karakterize eden kültür bilimleri modellerini bu gerekli alan için kılavuz kabul eder. Bu modellerde doğa bilimlerinin değere kapalı yaklaşımının karşısında, konusu değer yüklü gerçeklikler olan kültür bilimleri yer alır.

Esasında gerek Radbruch gerekse Kelsen yöntem düalizmi ilkesini kayıtsız şartsız kabul eder. Anlaşmazlık esasen bu ilkenin içeriğinin nasıl doldurulması gerektiği sorusuna verilen yanıtlarda gizlidir. Kelsen'in Radbruch'un hukuk bilimi yaklaşımına yönelik eleştirisi, olan-olması gereken düalizmi tartışması ekseninde zihinsel bir egzersiz sunar ve Radbruch'un mu yoksa Kelsen'in mi daha çok Yeni-Kantçı olduğu sorusuyla okuyucuyu baş başa bırakır.



## ZUSAMMENFASSUNG

*Die neukantianische Rechtsphilosophie hat einen berechtigten Platz in der Rechtsphilosophie, da zwei der bekanntesten Rechtsphilosophen des 20. Jahrhunderts im deutschsprachigen Raum, Gustav Radbruch und Hans Kelsen, zu den Anhängern dieser philosophischen Strömung gehörten. Während Radbruchs Beziehung zum südwestdeutschen Neukantianismus klar ist, ist es schwierig, Kelsens Werke in eine einzige neukantianische Schule einzuordnen.*

*Das neukantianische Erbe ist sowohl für Radbruchs als auch für Kelsens Ansichten über die Rechtswissenschaft von zentraler Bedeutung. Es ist überraschend, dass beide Denker von denselben neukantianischen Annahmen ausgingen, und zwar unterschiedliche Wege einschlugen. Die vorliegende Arbeit konzentriert sich auf Radbruchs Konzeption der Rechtswissenschaft. In diesem Rahmen stellt Kelsens Kritik an Radbruchs Konzeption der Rechtswissenschaft Radbruchschen Neukantianismus in Frage.*

*Der südwestdeutsche Neukantianismus, auch als Heidelberger oder Badische Schule genannt, ist durch eine werttheoretische Konzeption der Philosophie gekennzeichnet. Die von Emil Lask begründete kulturelle Rechtsphilosophie hat Radbruchs rechtswissenschaftliche Auffassungen maßgeblich beeinflusst. Radbruch verkompliziert aber das Verhältnis von „Sein“ und „Sollen“ im Recht, indem er die Rechtswissenschaft nicht nur als Seinswissenschaft mit einer normativen Methode, sondern auch als Kulturwissenschaft mit einer wertbezogenen Methode definiert. Positives Recht bezieht sich nach Radbruch sowohl auf Kultur und Wert als auch auf das „Sollen“ und den normativen Sinn. Radbruchs These von der normwissenschaftlichen Methode der Rechtswissenschaft versucht, eine Brücke zu schlagen zwischen „Sein“ und „Sollen“.*

*Kelsens Aufsatz von 1916 „Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft“ ist eine scharfe Kritik an der von neukantianischen Denkern wie Windelband, Rickert, Lask und Radbruch vertretenen Auffassung vom Recht als Kulturphänomen. In seinem Werk argumentiert Kelsen, dass die Rechtswissenschaft eine reine Normwissenschaft sei, denn das Recht gehöre nicht zum Bereich des „Sein“, sondern zum Bereich des „Sollen“. Kelsen kritisiert, dass Radbruchs Ansatz nicht mit dem neukantianischen Prinzip (der*

*konstitutiven Kraft der Methode) übereinstimme. Diesem Prinzip zufolge bestimmt die Wahl der Methode auch den Gegenstand der Wissenschaft. Ein weiterer Kritikpunkt Kelsens an Radbruchs Verständnis von Rechtswissenschaft ist, dass das Verhältnis von Imperativ und Norm die Lücke zwischen Seinswissenschaft und Normwissenschaft nicht ausfüllen könne. Der Grund dafür ist, dass ein logischer Übergang von der bloßen Faktizität des Imperativs zur Sollhaftigkeit der Norm, die für die Methode der Rechtswissenschaft konstitutiv ist, nicht möglich ist.*

*Radbruchs rechtswissenschaftliche Position, die zwischen dem Gegenstand und der Methode unterscheidet, hält Kelsen für inakzeptabel. Kelsens Kritik an Radbruchs Konzeption der Rechtswissenschaft bietet uns eine lebhaftige Debatte zum Dualismus von „Sein“ und „Sollen“ im Recht. Diese vergleichende Analyse von Radbruchs und Kelsens rechtswissenschaftstheoretischen Ansichten zeigt auch die Mehrstimmigkeit der neukantianischen Interpretation der Rechtswissenschaft.*

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

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

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

**Peer-Review:** Externes Peer-Review-Verfahren.

**Interessenkonflikt:** Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

**Finanzielle Unterstützung:** Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

### KAYNAKÇA

- Aydın, Melike Belkis: "Gustav Radbruch Düşüncesinde Dönemsel Vurgu Değişimi", in: *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 73 (2015), No. 2, s. 7–28.
- Bochenski, Josef Maria: *Çağdaş Avrupa Felsefesi*, Kırkoğlu, Serdar Rifat (Çev.), Fol, Ankara, 2020.
- Dreier, Ralf/Paulson, Stanley L.: „Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs“, in: Radbruch, Gustav, *Rechtsphilosophie* (Studienausgabe), 2. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg vd., 2003, s. 237–253.
- Heidemann, Carsten: "Geltung und Sollen: einige (neu-)kantianische Elemente der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens", in: Alexy, Robert vd. (Ed.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, Nomos, Baden-Baden, 2002, s. 203–222.
- Işıқтаç, Yasemin: "Hukuk Felsefesi Açısından Yeni Kantçı Yaklaşımların Türkiye'deki Yansımaları", in: *HFSA* 11 (2005), s. 138–154.
- Kelsen, Hans: "Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus", in: Klecatsky, Hans/Marcic, René vd. (Ed.), *Wiener Rechtstheoretische Schule*, Europa, Wien vd., 1968, s. 281–350.
- Kelsen, Hans: "Die Rechtswissenschaft als Norm oder als Kulturwissenschaft", in: Jestaedt, Matthias (Ed.), *Hans Kelsen Werke*, C. 3, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, s. 551–606. (Kısaltma: Kelsen, Die Rechtswissenschaft)
- Kelsen, Hans: *Saf Hukuk Kuramı*, Uzun, Ertuğrul (Çev.), 2. Baskı, Nora, İstanbul, 2020
- Krijnen, Christian: "Neukantianismus und neukantianische Rechtsphilosophie", in: Pawlik, Michael/Stuckenberg, Carl-Friedrich vd. (Ed.), *Strafrecht und Neukantianismus*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2023, s. 1–36.

- Lask, Emil: "Rechtsphilosophie", in: Windelband, Wilhelm (Ed.), *Festschrift für Kuno Fischer*, Bd. 2, 1. Aufl., Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1905 (Separatabdruck).  
**(Kısaltma:** Lask, Rechtsphilosophie)
- Metin, Sevtap/Heper, Altan: *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü*, Tekin, İstanbul, 2014.
- Neumann, Ulfrid: "Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft bei Hans Kelsen und Gustav Radbruch. Zwei „neukantianische“ Perspektiven", in: Neumann, Ulfrid, *Recht als Struktur und Argumentation*, Nomos, 2005, s. 294–317 **(Kısaltma:** Neumann, Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft).
- Neumann, Ulfrid: „„Methodendualismus“ in der Rechtsphilosophie des Neukantianismus“, in: Pawlik, Michael/Stuckenberg, Carl-Friedrich vd. (Ed.), *Strafrecht und Neukantianismus*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2023, s. 111–130.
- Özlem, Doğan: "Kant ve Yeni Kantçılık", in: Özlem, Doğan, *Kant Üzerine Yazılar*, Notos, İstanbul, 2015.
- Paulson, Stanley L.: "The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law", in: *Oxford Journal of Legal Studies* 12 (1992), No. 3, s. 311–332.
- Paulson, Stanley L.: "Einleitung", in: Alexy, Robert vd. (Ed.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, Nomos, Baden-Baden, 2002, s. 11–21.
- Paulson, Stanley L.: "Faktum/Wert-Distinktion: Zwei-Welten-Lehre und immanenter Sinn. Hans Kelsen als Neukantianer", in: Alexy, Robert vd. (Ed.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, Nomos, Baden-Baden, 2002, s. 223–251.
- Radbruch, Gustav: *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Quelle und Meyer, Leipzig, 1914
- Radbruch, Gustav: *Rechtsphilosophie*, 5. Aufl., K.F. Koehler, Stuttgart, 1956.

- Radbruch, Gustav: "Hukuk Kavramı", Aydın, Melike Belkıs (Çev.), in: *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1 (2015), s. 144–150.
- Rickert, Heinrich: *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 6/7 Aufl., J.C.B. Mohr Paul Siebeck, Freiburg v.d., 1926. (**Kısaltma:** Rickert, *Kulturwissenschaft*)
- Rickert, Heinrich: "Der Gegenstand der Erkenntnis" (1928), in: Bast, Rainer A. (Ed.), *Heinrich Rickert Sämtliche Werke*, B. 2, 6. Aufl., De Gruyter, Berlin/Boston, 2018.
- Rickert, Heinrich: "Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung" (1929), in: Bast, Rainer A. (Ed.), *Heinrich Rickert Sämtliche Werke*, B. 3, 5. Aufl., De Gruyter, Berlin/Boston, 2023.
- Sandkühler, Hans Jörg: "„Natur“ des Rechts und Relativismus im Recht. Eine Studie zu Gustav Radbruch und Hans Kelsen im Kontext des Neukantianismus", in: Alexy, Robert v.d. (Ed.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, Nomos, Baden-Baden, 2002, s. 127–156.
- Wapler, Friederike: *Werte und das Recht*, Nomos, Baden-Baden, 2007.
- Windelband, Wilhelm: "Geschichte und Naturwissenschaft" (1894), in: Windelband, Wilhelm, *Präludien*, B. 2, 5. Aufl., J.C.B. Mohr, Tübingen, 1915, s. 136–160.
- Von der Pfordten, Dietmar: "Gustav Radbruch – Über den Charakter und das Bewahrenswerte seiner Rechtsphilosophie", in: *JZ* 21 (2010), s. 1021–1027.
- Ziemann, Sascha: *Neukantianisches Strafrechtsdenken*, Nomos, Baden-Baden, 2009.



## Baskı Feshi ve Türk İş Hukuku'nda Uygulanabilirliği

### Die Druckkündigung und ihre Anwendbarkeit im türkischen Arbeitsrecht

Dr. Öğr. Üyesi İrem YAYVAK NAMLI\*

Arş. Gör. Halil Mert ÖZEL\*\*

#### ÖZ

*Baskı feshi, bir işçinin işten çıkarılması amacıyla üçüncü kişiler tarafından yapılan baskı sonucunda iş sözleşmesinin feshedilmesidir. Türk İş Hukuku'nda baskı feshi kavramından, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi için işverence yapılan baskı sonucu, işçi tarafından gerçekleştirilen fesih anlaşılmaktadır. Diğer taraftan Alman İş Hukuku'nda baskı feshi, gerçek olmayan baskı feshi ve gerçek baskı feshi olarak ikiye ayrılır. Gerçek olmayan baskı feshinde, üçüncü kişiler tarafından işverene yapılan baskı, işçiden kaynaklanabilecek geçerli ya da haklı bir nedene dayanmaktadır. Üçüncü kişilerin yaptığı baskı, işverenin kararını etkileyen bir unsur olmakla birlikte tek başına feshin nedeni değildir. Gerçek baskı feshinde ise üçüncü kişiler tarafından işverene yapılan baskı, feshin nedenini oluşturmaktadır. Bu baskı dışında, fesih için bir neden yoktur. İşveren, sadece üçüncü kişinin baskısı sonucunda feshi gerçekleştirmektedir. Gerçek baskı feshinin birtakım şartları bulunmaktadır. Bu şartlar şu şekilde sıralanabilir: işverene yapılan baskının ciddi olması, işverenin baskıyı ortadan*

---

\* Doktor Öğretim Üyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı, irem.yayvak@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1669-6826.

\*\* Araştırma Görevlisi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı, halilmert.ozel@bau.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1640-7804.

*kaldırabilmek için gerekli çabayı göstermesi, baskının ciddi bir ekonomik zarar doğurabilecek olması ve işverenin son çare (ultima ratio) olarak fesih yoluna başvurmasıdır. Üçüncü kişinin ciddi baskısını ve oluşabilecek ciddi ekonomik zararı ortadan kaldırabilecek hiçbir yol kalmamışsa iş sözleşmesi feshedilmelidir. Türk Hukuku'nda gerçek baskı feshinin, Alman Hukuku'ndaki görüşlerden hareketle işletme gereklerine dayanılarak yapılan bir fesih olduğu kabul edilebilir. Zira işverenin baskıya karşı gelmesi hâlinde yaşayabileceği ekonomik zarar, işletmesinin geleceğini etkileyebilir. Baskı feshi geçerli nedene dayanan bir fesih olarak ele alınırsa, işçinin iş sözleşmesi sona erdirildiğinde şartları oluşmuşsa ihbar ve kıdem tazminatı alacağı kabul edilmelidir. Ayrıca işçiye ek bir menfaatin sağlanması gerekip gerekmeyeceği tartışılabilir. Son olarak, baskı feshinde ise fesih bildirimini için süre, baskıya başka bir şekilde karşı konulamayacağı andan itibaren başlamalıdır.*

**Anahtar Kelimeler:** İş sözleşmesinin feshi, baskı feshi, baskıyla fesih, gerçek olmayan baskı feshi, gerçek baskı feshi

## Pressure Termination and Applicability in Turkish Labor Law

### ABSTRACT

*Pressure termination is the termination of an employment contract as a result of pressure from third parties for the purpose of dismissal of an employee. In Turkish Labor Law, the concept of pressure termination is understood as termination by the employee due to pressure brought by the employer to terminate the employment contract. On the other hand, in German Labor Law, pressure termination is divided into two types: unreal pressure termination and real pressure termination. Within the scope of unreal pressure termination, the pressure exerted on the employer by third parties is based on a valid ground or a just cause that may originate from the employee. Although the pressure by third parties is a component that affecting the employer's decision, it is not the cause of the termination on its own. In real pressure termination, the pressure imposed on the employer by third*



*parties constitutes the reason of the termination. Apart from this pressure, there is no ground for termination. The employer performs the termination only as a consequence of the third party's pressure. There are certain conditions for real pressure termination. These conditions can be stated as follows: the pressure on the employer must be substantial, the employer must make the reasonable effort to prevent the pressure, the pressure must be likely to cause serious economic damage and the employer must terminate the contract as ultima ratio. If there is no way to eliminate the substantial pressure of the third party and the serious economic damage that may occur, the employment contract should be terminated. In Turkish Law, accordance with the arguments in German Law, real pressure termination can be accepted as a termination based on exigencies of the enterprise. As a matter of fact, the economic damage that the employer may experience in case he/she resists the pressure may affect the future of his/her organization. If the pressure termination is considered as a termination based on a valid ground, it should be accepted that the employee will receive notice and severance pay when the contract is terminated. It is also questionable whether an additional benefit should be provided to the employee. Ultimately, in case of pressure termination, notice period should start from the time when the pressure can no longer be resisted.*

**Keywords:** *Termination of employment contract, pressure termination, termination by pressure, unreal pressure termination, real pressure termination*

## Giriş

İş hukukuna dair uyuşmazlıklar çoğunlukla iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkindir. İş sözleşmesi; ikale, işçinin ölümü veya belirli süreli iş sözleşmesinde sürenin dolması ile fesih dışındaki sebeplerle sona erebileceği gibi, taraflardan birinin fesih iradesiyle de sona erebilir. Belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshi, süreli fesih ve haklı nedenle fesih olmak üzere iki şekilde gerçekleşebilir. Süreli fesih, belirsiz süreli iş sözleşmesinin taraflarına sözleşmeyi sona erdirme yetkisi veren bir

haktır. İş güvencesine tâbi ve iş güvencesinin kapsamı dışındaki işçiler açısından süreli fesih ikiye ayrılarak incelenebilir.

İş güvencesi dışında kalan belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinde, işverenin herhangi bir fesih nedenine dayanması gerekmemeyle birlikte, şartları oluşmuşsa ancak kötüniyet tazminatı işverenden talep edilebilir (*İŞK m. 17/f. 6*). Fakat iş güvencesine tâbi işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde işveren, geçerli bir nedene dayanmalı (*İŞK m. 18/f. 1*), fesih bildirimini yazılı olarak yapmalı, fesih nedenini açık ve kesin bir şekilde belirtmeli (*İŞK m. 19/f. 1*) ve fesih için Kanun'da aranan usule uymalıdır (*İŞK m. 19/f. 2*). Aksi takdirde işçinin işe iade davası açması mümkündür (*İŞK m. 20-21*).

İş güvencesi kapsamındaki bir işçinin iş sözleşmesinin feshinde, işverenin dayanması gereken nedenler; işçinin yeterliliğinden, davranışlarından veya işletme gereklerinden kaynaklanabilmektedir. Bu nedenler ışığında, işverenin fesih iradesi oluşabilmektedir. Diğer taraftan iş sözleşmesinin feshine yönelik işverenin bir düşüncesi yokken, üçüncü kişiler iş sözleşmesinin feshini baskı yoluyla işverenden talep edebilmektedir. Bu çalışmanın konusu da üçüncü kişilerin işverene yapabilecekleri baskının feshi geçerli kılıp kılamayacağıdır. Fakat Türk Hukuku'nda baskı feshi kavramı, Karşılaştırmalı Hukuk'a göre farklı bir anlam taşır.

Bu çalışmada, ilk olarak Türk Hukuku'ndaki baskı feshine ilişkin anlam farklılığı incelenecektir. İkinci olarak Alman Hukuku'ndan hareketle yapılacak olan değerlendirmelerde, baskı feshinin şartları ele alınacaktır. Son olarak, Alman Hukuku açısından ele alınan baskı feshinin Türk İş Hukuku'nda uygulanabilirliği tartışılacaktır.

### **I. Türk İş Hukuku'nda Baskı Feshi Kavramı**

Türk İş Hukuku'nda baskı feshi kavramından, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi için işverence yapılan baskı sonucu, işçi tarafından gerçekleştirilen fesih anlaşılmaktadır<sup>1</sup>. Yargıtay'ın bu konuda önüne

<sup>1</sup> Sarper Süzek, *İş Hukuku*, Beta Yayıncılık, 21. bası, İstanbul, 2021, s. 588-591; Ali Güzel, "İş Sözleşmesinin "Eylemli" Feshi ve Uygulama Sorunları", *Çalışma ve Toplum*, C. 4, S. 75, Y. 2022, 2485-2507, s. 2491; Hasan Kayırgan,

gelen uyuşmazlıklar, işçinin “(...) istifa dilekçesinin baskı altında alınıp alınmadığı, istifa iradesinin gerçeği yansıtıp yansıtmadığı noktasında toplanmaktadır (...)”<sup>2</sup>.

Yargı kararları ve bu kararları inceleyen yazarlar, işçinin istifaya zorlanıp zorlanmadığını somut olayın özelliklerine göre değerlendirmektedir<sup>3</sup>. Yargıtay’a göre, “(...) İşverenin tazminatların derhal ödeneceği sözünü vererek ve benzeri baskılarla işçiden yazılı istifa dilekçesi vermesini talep etmesi ve işçinin buna uyması hâlinde, gerçek bir istifa iradesinden söz edilemez. Bu hâlde feshin işverence gerçekleştirildiği kabul edilmelidir (...)”<sup>4</sup>.

---

“Eşi Sağlık Çalışanı Olan Bir İşçinin Diğer İşçiler Tarafından İstenmemesi Hali: Baskı Feshi”, *İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar V*, ed. Kübra Doğan Yenisey, Seda Ergüneş Emrağ, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, 47-81, s. 75; Aslıhan Kayık Aydınalp, “Baskı Feshine İlişkin Alman Federal İş Mahkemesi Kararının İncelenmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 2, Y. 2018, 211-236, s. 228.

<sup>2</sup> Yargıtay 9. HD, T. 12.9.2017, E. 2016/17896, K. 2017/12955; Yargıtay 9. HD, T. 28.11.2017, E. 2016/798, K. 2017/19292 (Lexpera).

<sup>3</sup> Tankut Centel, “İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ile Kıdem Tazminatına İlişkin 2018 Yılı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi -2018-*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, 165-206, s. 169-170; Nurşen Caniklioğlu, “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, *Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi -2017-*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, 185-368, s. 365-368; Saim Ocak/Barış Duman/Dursun Yılmaz/Hatice Duygu Özer, *Geçerli Sebep Feshe İlişkin İşçi Davranışları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 375, 443. İşçinin gerçek fesih iradesinin tespiti konusunda detaylı bilgi için bkz. Hande Heper, *İş İlişkisinde İşçinin İradesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 306-314.

<sup>4</sup> Yargıtay 9. HD, T. 9.11.2023, E. 2023/16894, K. 2023/17084; Yargıtay 9. HD, T. 17.1.2023, E. 2023/30, K. 2023/558; Yargıtay 9. HD, T. 12.1.2023, E. 2022/16293, K. 2023/353; Yargıtay 9. HD, T. 16.3.2022, E. 2022/2041, K. 2022/3526; Yargıtay 9. HD, T. 21.12.2021, E. 2021/11217, K. 2021/16732 (Lexpera). İşçinin baskı sonucu iş sözleşmesini feshettiği durumlarda, Yargıtay’ın yaklaşımının isabetli olduğu yönünde bkz. Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat/Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, Beta Yayıncılık, 36. bası, İstanbul, 2023, s. 511, 479.

Yargıtay, yakın tarihli bir kararında “işverenin baskı feshi” ifadesini kullanmaktadır<sup>5</sup>. Nispeten eski kararlarında örnek olarak; çalışma koşullarında esaslı değişikliğe gidilmesi<sup>6</sup>, ücret ödeme şeklinde değişiklik<sup>7</sup>, işyerini terk etmeye zorlamak<sup>8</sup> gibi eylemler de baskıyı oluşturan davranışlar arasında sayılmıştır. Doktrinde, Yargıtay kararlarının baskı feshine değil, aslında “baskıyla fesih” kavramına yer verdiği haklı olarak ifade edilmektedir<sup>9</sup>.

## II. Alman İş Hukuku’nda Baskı Feshi Kavramı

Baskı feshi kavramı ilk olarak Alman Hukuku’nda ortaya çıkmıştır<sup>10</sup>. Esasında Alman İş Hukuku’nda baskı feshi, Türk Hukuku’na göre farklı anlamda kullanılan bir kavramdır. Söz konusu hukuk sisteminde baskı feshi (*die Druckkündigung*) kavramı, bir işçinin işten çıkarılması amacıyla üçüncü kişiler tarafından yapılan baskı sonucu, işverenin ilgili işçinin iş sözleşmesini feshetmesi anlamında

<sup>5</sup> Yargıtay 9. HD, T. 28.11.2017, E. 2016/798, K. 2017/19292 (Lexpera).

<sup>6</sup> Yargıtay 9. HD, T. 10.12.2010, E. 2010/22895, K. 2010/37240: “(...) işveren iş şartlarında esaslı değişikliğe giderek baskı feshi sonucu işçiyi iş sözleşmesini sona erdirmeye yöneltmeye çalışmıştır (...)” (Legalbank).

<sup>7</sup> Yargıtay 9. HD, T. 2.7.2010, E. 2008/26792, K. 2010/21578: “(...) taraflar arasında itiraz edilmeyen şirket kaşesini içeren belgede ihbar ve kıdem tazminatı ödeneceği vaat edilmiştir. Sözü edilen bu vaat güven prensibi gereğince işvereni bağlar. Öte yandan işçinin ücret ödeme şeklindeki değişiklik bir anlamda işçiyi baskı feshi sonucu iş sözleşmesini sona erdirmeye yönelten bir davranıştır (...)” (Legalbank).

<sup>8</sup> Yargıtay 9. HD, T. 3.6.2010, E. 2008/28671, K. 2010/15992: “(...) davacı servis şoförü olarak işyerinde çalışmaktayken işveren davaya cevabında da kabul ettiği gibi bir başka şoförü eğitmesinin istenmesi üzerine karşı çıkınca işverence mutfakta tutularak işyerini terk etmeye zorlanmıştır. Başka bir deyişle baskı feshine işçinin yönlendirilmesi söz konusudur (...)” (Lexpera).

<sup>9</sup> Canan Ünal Adınır, “Müşteri Talebi Sonucu İşveren Feshinin Baskı Feshi Kapsamında Değerlendirilmesi”, *İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar V*, ed. Kübra Doğan Yenisey, Seda Ergüneş Emrağ, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, 177-201, s. 188.

<sup>10</sup> 10.10.1957 tarihli Alman Federal İş Mahkemesi kararında baskı feshi kavramına ilk kez yer verilmiştir. Bu karar için bkz. BAG, 10.10.1957, 2 AZR 32/56 (beck-online).

kullanılmaktadır<sup>11</sup>. İşçinin iş sözleşmesinin feshine yönelik yapılan baskı ise çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin, işyerinde çalışan diğer işçilerin iş durdurma veya toplu olarak istifa tehdidi, müşterilerin sipariş iptali, işverenle olan ticari ilişkinin sonlandırılması, bankaların kredi başvurularını reddetmesi gibi tehditler, işveren üzerinde baskı aracı olarak kullanılabilir<sup>12</sup>.

Doktrinde, baskı feshinin kabul edilebilirliği açısından ilk tartışma konusu, baskı feshinin bağımsız bir fesih türü olarak tanınmasının gerekip gerekmediği sorusundan kaynaklanmaktadır<sup>13</sup>. Bağımsız bir fesih türü olarak kabul edilmemesi hâlinde, baskı feshinin Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda (*Kündigungsschutzgesetz-KSchG*) yer alan fesih türlerinden birine mi dâhil olduğu, yoksa Alman Medeni Kanunu'nun (*Bürgerliches Gesetzbuch-BGB*) 626. maddesi uyarınca haklı nedenle feshin alt türü olarak mı sınıflandırılacağı halen tartışmalıdır<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Jan-Malte Niemann, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, C.H. Beck, 24. Auflage, München, 2024, n. 185; Reiner Ascheid/Ulrich Preis/Ingrid Schmidt, *Kündigungsrecht*, C.H. Beck, 7. Auflage, München, 2024, n. 504; Curt Wolfgang Hergenröder, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB*, C.H. Beck, 9. Auflage, München, 2023, n. 299; Heinz-Peter Mansel, *Jauernig BGB Kommentar*, C.H. Beck, 19. Auflage, München, 2023, n. 26; Hans Brox/Bernd Rütters/Martin Henssler, *Arbeitsrecht*, Kohlhammer, 20. Auflage, Stuttgart, 2020, n. 652.

<sup>12</sup> Christian Rolfs, *BeckOK Arbeitsrecht Kommentar*, 2022, n. 421. Baskı feshi ile üçüncü kişilerin taleplerinin daha yoğun olarak dikkate alındığı otel, restoran, çağrı merkezi gibi alanlarda veya ihale ile görülen işlerde ihale makamının isteğinin önemli olduğu durumlarda karşılaşılması olasılığının yüksek olduğu yönünde bkz. Cemre Toprak, *İş Sözleşmesinin Üçüncü Tarafların Etkisiyle Feshi: Baskı Feshi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa, 2023, s. 26.

<sup>13</sup> Bu soruya olumlu cevap veren yazarlar için bkz. Wolfgang Däubler/Olaf Deinert, *KSchR - Kündigungsschutzrecht*, Bund, 6. Auflage, 2004, n. 168; Staudinger/Preis, *BGB*, Neubearb. 2002, § 626, n. 235.

<sup>14</sup> Alman Hukuku'nda baskı feshinin haklı nedenle fesih olarak sınıflandırılması gerektiği yönünde bkz. Frank Rahmstorf, *Die Druckkündigung des Arbeitsverhältnisses*, Utzverlag, München, 1997; Marius

Alman Hukuku'nda bir görüş tarafından baskı feshinin, KSchG § 1 II'de sayılı fesih türleri arasında kolaylıkla sınıflandırılmasının mümkün olmadığı vurgulanmaktadır<sup>15</sup>. Bununla birlikte diğer bir görüşe göre, işverenin işyerinin ciddi zarara uğramasını önlemedeki menfaati göz önünde bulundurularak, baskı feshine izin verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>16</sup>. Buna karşılık baskı feshinin geçerliliği için aranan şartlar ile hukuki sonuçlar mevzuatta doğrudan bulunmamaktadır. Ancak baskı feshinin şartlarına ve hukuki sonuçlarına ilişkin uyuşmazlıklarda mahkeme kararları ile doktrinde çözüm bulunmaya çalışılmaktadır<sup>17</sup>.

Alman Hukuku'nda baskı feshi, yargı kararlarından yola çıkarak doktrinde, gerçek olmayan baskı feshi (*unechte Druckkündigung*) ve gerçek baskı feshi (*echte Druckkündigung*) olarak ikiye ayrılır<sup>18</sup>.

### A. Gerçek Olmayan Baskı Feshi

Gerçek olmayan baskı feshinde, üçüncü kişiler tarafından işverene yapılan baskı, geçerli ya da haklı bir nedene dayanmaktadır<sup>19</sup>. Bir sendikanın, bir denetim makamının, bir sponsorun, alacaklıların veya müşterinin; işverenle olan ilişkisini dezavantajlı duruma düşürme tehdidi ile işverenden, bir işçi ile olan iş ilişkisini bitirmesini talep etmesi halinde, bu tür bir baskı haklı neden veya geçerli neden oluşturabilir<sup>20</sup>.

---

Breucker, "Die Druckkündigung im Sport- Arbeitsrechtliche Beurteilung von Trainerentlassungen", NZA 2008, 1046-1050, s. 1047-1048.

<sup>15</sup> Dörner, NZA 1993, s. 875.

<sup>16</sup> Breucker, s. 1047; Alexander Stöhr, "Verdachtskündigung und Druckkündigung", JuS 2010, 1052-1056, s. 1055.

<sup>17</sup> Stöhr, s. 1056.

<sup>18</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Kiel, n. 504; Hergenröder, n. 299; Niemann, n. 185. Bu ayrımı esas alan örnek kararlar için bkz. BAG 18.7.2013 – 6 AZR 420/12, NZA 2014, 109, n. 38; BAG 28.3.2017 – 2 AZR 551/16, NZA 2017, 985 n. 24.

<sup>19</sup> Mansel, n. 26; Kayık Aydınalp, s. 220-221. Gerçek olmayan baskı feshini "eksik baskı feshi" olarak adlandıran yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Kayırgan, s. 52. Farklı biçimde "sahte baskı feshi" adlandırması için bkz. Ünal Adınır, Baskı Feshi, s. 184, 189.

<sup>20</sup> Niemann, n. 185; Hergenröder, n. 299.

Görüldüğü üzere burada fesih nedeni üçüncü kişinin yarattığı baskıdan değil, bizzat işçiden kaynaklanmaktadır<sup>21</sup>. Buradaki baskı yalnızca işverenin eyleme geçmesi için ek motivasyon sağlar. Ancak işten çıkarmanın tek veya baskın nedeni değildir. Bu neden, somut olaya göre geçerli veya haklı olabilir<sup>22</sup>.

Gerçek olmayan baskı feshine bir örnek vermek gerekirse, işçinin işyerine uyuşturucu madde almış olarak gelmesi haklı nedenle fesih nedenidir (*İŞK m. 25/III/d*). İşyerinde çalışan diğer işçiler, uyuşturucu kullanan işçinin sözleşmesinin feshedilmesi için işverene baskı yapabilir. İş sözleşmesi, işveren tarafından bu sebeple feshedilirse gerçek olmayan baskı feshi söz konusu olacaktır. Zira bu fesih, kanunda haklı fesih olarak zaten sınıflandırılmaktadır.

İşçinin davranışına dayanan geçerli fesih nedeni bulunan gerçek olmayan baskı feshine örnek olarak, işten çıkarılma talebinin söz konusu işçinin otoriter liderlik tarzından kaynaklanması verilmektedir. Nitekim diğer işçilerin yaptığı baskının ardından iş sözleşmesinin feshi; personel yönetme becerisi eksikliğinden, diğer bir deyişle işçinin davranışından kaynaklanmaktadır<sup>23</sup>.

Gerçek olmayan baskı feshinin geçerliliği ve hukuki sonuçları genel ilkelere göre, yani Alman Hukuku bağlamında KSchG § 1 II' de yer alan fesih türlerine bağlı olarak değerlendirilmelidir<sup>24</sup>. Aksi takdirde baskı feshi ile olağan fesih arasındaki sınırların bulanıklaşacağı ileri sürülür<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Martin Henssler, *Münchener Kommentar zum BGB*, C.H. Beck, 9. Auflage, München, 2023, n. 346; Hergenröder, n. 299; Ascheid/Preis/Schmidt/Kiel, n. 504; Ulaş Baysal, *İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebeple İş Sözleşmesinin Feshi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 162.

<sup>22</sup> Niemann, n. 185; Erfurter Kommentar /Müller-Glöge, 8. Auflage, 2007, § 626 BGB, n. 221; Breucker, s. 1048; Süzek, s. 590; Ocak/Duman/Yılmaz/Özer, s. 374; Ünal Adınır, Baskı Feshi, s. 184; Fatih Köşeli, *Geçerli Fesih Nedeni Olarak İşçinin Yetersizliği*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 219.

<sup>23</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Kiel, n. 504.

<sup>24</sup> Niemann, n. 185; Hergenröder, n. 299-300; Breucker, s. 1048.

<sup>25</sup> Breucker, s. 1048; Insam, DB 2005, s. 2298-2299.

Türk Hukuku'nda ise gerçek olmayan baskı feshi, COVID-19 pandemisi sebebiyle de tartışmalara konu olmuştur. Örneğin, pandemi önlemlerine uymayan ve işyerinde huzuru bozan işçinin işten çıkarılması adına diğer işçiler tarafından yapılan baskının gerçek olmayan baskı feshine neden olabileceği belirtilmektedir<sup>26</sup>. Keza hastane ve bakım evlerinde veya yiyecek dağıtım işlerinde çalışıp aşı olmayı reddeden işçilerin işten çıkarılması için yapılan baskı da bu kapsamda değerlendirilebilir<sup>27</sup>. Sadece aşığı reddetmenin fesih nedeni oluşturmayacağı, aşığı reddeden işçinin mesleğini gereği gibi ifa edemeyeceği durumlarda iş sözleşmesinin feshedilebileceği kabul edilmektedir<sup>28</sup>. Nitekim Alman Hukuku'nda da bir işyerinin müşterilerinin korona aşısı olmayan çalışanlarla temas kurmayı reddetmesi ve dolayısıyla işçinin görevini yerine getirmesinin imkânsız hale gelmesi durumunda, iş sözleşmesinin feshine yönelik yapılan baskı hukuka uygun bulunmaktadır<sup>29</sup>.

Sonuç olarak, gerçek olmayan baskı feshinde sözleşmenin sonlandırılması, mevzuatta öngörülen bir fesih hâline dayandırılabilir. Buradaki baskı, tek başına fesih nedenini oluşturmamakla birlikte, işverenin kararını etkileyen bir unsurdur<sup>30</sup>. Türk Hukuku bakımından da gerçek olmayan baskı feshinde, iş sözleşmesinin feshinin ya işçinin

<sup>26</sup> Kayırgan, s. 53.

<sup>27</sup> Pandemi döneminde aşı olmayan işçiler açısından baskı feshi konusunda bkz. Canan Ünal Adınır, "Covid-19 Aşısının İş İlişkilerine Etkileri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 27, S. 1, Y. 2021, 693-715, s. 704, dn. 64'teki yazarlar.

<sup>28</sup> Ünal Adınır, Baskı Feshi, s. 194-197; Ünal Adınır, Covid-19 Aşısı, s. 704. Krş. Özgür Oğuz, "Covid-19 Tedbirleri Kapsamında Aşı Yaptırmama ve Maske Takmama Bir Fesih Sebebi midir?", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 18, S. 70, Y. 2021, 545-568, s. 560.

<sup>29</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Kiel, n. 505; Fuhlrott/Fischer, *NJW* 2021, s. 660.

<sup>30</sup> Niemann, n. 185; Hergenröder, n. 299; Kayırgan, s. 52-53. Fesihten önce üçüncü kişinin baskısının bulunmasının feshi geçersiz kılmadığı yönünde bkz. Süzek, s. 590; Baysal, s. 162; Mustafa Kılıçoğlu/Kemal Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 115; Hakan Keser, *İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 141.



kişiliğinden veya davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenle fesih ya da haklı nedenle fesih hükümlerine dayandırılması mümkündür.

## B. Gerçek Baskı Feshi ve Şartları

Gerçek baskı feshinde üçüncü kişiler tarafından işverene yapılan baskı, feshin nedenini oluşturmaktadır<sup>31</sup>. Bu baskı dışında, fesih için KSchG§ 1 II'den kaynaklanan bir fesih nedeni mevcut değildir<sup>32</sup>. İşveren, sadece üçüncü kişinin baskısı sonucunda feshi gerçekleştirmektedir. Bu noktada üçüncü kişinin söz konusu baskıya katkısı olsa da fesih işçinin davranışına dayanmaz<sup>33</sup>.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla Türkiye'deki yargı kararlarında, böyle bir baskının fesih nedeni olabileceği konusu değerlendirilmemektedir. Fakat Alman Hukuku'nda, işverene yapılan baskının bazı şartlarla geçerli nedenle fesih hâlini oluşturabileceği kabul edilmektedir. Aşağıda bu şartlar ayrı başlıklar hâlinde ele alınacaktır.

### 1. Üçüncü Kişi Tarafından Baskı Yapılması

Baskı feshinin gerçekleşebilmesi için ilk olarak, bir işçinin iş sözleşmesinin sona erdirilmesi üçüncü kişiler tarafından talep edilmelidir<sup>34</sup>. İşverenin üçüncü kişinin baskısından önce iş sözleşmesini

<sup>31</sup> Hergenröder, n. 299; Ascheid/Preis/Schmidt/Kiel, n. 505; Breucker, s. 1048; Baysal, s. 162; Kayık Aydınalp, s. 221. Gerçek baskı feshini "*Tam baskı feshi*" olarak adlandıran yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Kayırgan, s. 55.

<sup>32</sup> Breucker, s. 1048; Ascheid/Preis/Schmidt/Kiel, n. 505; Süzek, s. 590; Ünal Adınır, Baskı Feshi, s. 184; Kayırgan, s. 55-56.

<sup>33</sup> Hergenröder, n. 301; Ascheid/Preis/Schmidt/Kiel, n. 505; Breucker, s. 1048; Ocak/Duman/Yılmaz/Özer, s. 374; Keser, s. 141.

<sup>34</sup> Stöhr, s. 1052; Niemann, n. 185; Şükran Ertürk, "İş Arkadaşlarının Baskısı Sonucu İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin Talep Hakları ve Hukuki Dayanakları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Turhan Tûfan Yüce'ye Armağan Sayısı*, 2001, 59-78, s. 62; A. Eda Manav, *İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 242.

feshe yönelik bir kararı veya iradesi bulunmamalıdır<sup>35</sup>. Söz konusu üçüncü kişilerden kastedilen; işverenin diğer işçileri, müşteriler, işverenin sponsorları, idari makamlar veya sendikalar olabilir<sup>36</sup>. Bu hâlde işveren, fesih nedeninden çok, baskıya boyun eğip eğmeme konusunda karar vermelidir. Zira işyerinin varlığının ve faaliyetlerinin devamının sağlanması bu karara bağlıysa, fesih yönündeki kararı uygun kabul edilir<sup>37</sup>. Dolayısıyla bu baskının ciddi olması gerekir<sup>38</sup>. Örneğin, bir bankanın, bir şirkete, yalnızca belirli bir -üst düzey- işçinin işine son verilmemesi halinde aralarındaki ilişkide sorunlar çıkabileceği yönündeki tehdidi, işçinin herhangi bir kusurlu hareketi olmasa bile, baskı altında fesih işlemini haklı gösterebilir<sup>39</sup>.

Başka bir örnek olarak, işyerinde çalışan işçiler, işten ayrılmasını istedikleri işçiyle çalışmayacaklarını veya toplu olarak istifa edeceklerini işverene bildirerek baskı yaratabilirler<sup>40</sup>. Benzer şekilde, işçinin sözleşmesi feshedilmezse işverenle artık çalışılmayacağı, yeni sipariş verilmeyeceği bir müşteri tarafından belirtilebilir<sup>41</sup>. Keza işyeri devirlerinde, işyerini devralan işverenin bazı işçilerin sözleşmelerinin sona erdirilmesine yönelik talepleri söz konusu olabilir<sup>42</sup>. Aynı şekilde işçinin eşinin işverene baskı yapması örnek olarak sayılabilir<sup>43</sup>.

<sup>35</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Kiel, n. 505; Şükran Ertürk, *İş İlişkisinde Temel Haklar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 187-188; Bektaş Kar, *İş Güvencesi ve Uygulaması*, Yetkin Yayınları, 3. bası, Ankara, 2017, s. 250; Keser, s. 140.

<sup>36</sup> Niemann, n. 185; Henssler, Münchener Kommentar, n. 286; Brox/Rüthers/Henssler, n. 652; Süzek, s. 590; Ocak/Duman/Yılmaz/Özer, s. 373; Ertürk, Baskı Feshi, s. 62; Ünal Adınır, Baskı Feshi, s. 183; Kayırgan, s. 57, 66; Köşeli, s. 217.

<sup>37</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Kiel, n. 505.

<sup>38</sup> Rolfs, BeckOK Arbeitsrecht Kommentar, n. 423.

<sup>39</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Kiel, n. 505.

<sup>40</sup> Mansel, n. 26; Brox/Rüthers/Henssler, n. 652.

<sup>41</sup> Mustafa Kılıçoğlu/Kemal Şenocak, "Baskı Feshi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 5, Y. 2007, 47-49 s. 47; Ünal Adınır, Baskı Feshi, s. 192. Müşterilerin taleplerinin baskı feshine sebep olabileceği konusunda detaylı bilgi için bkz. Ünal Adınır, Baskı Feshi, s. 178 vd.

<sup>42</sup> Baysal, s. 163. İşyeri devirlerinde işyerini devralan işverenin talebi üzerine yapılan fesihlerin baskı feshi açısından değerlendirmesi için ayrıca bkz.

Spor kulüplerinin antrenörleri ile olan iş sözleşmelerini baskı üzerine feshettiklerini ileri sürmeleri de muhtemeldir. Şöyle ki kulüp yönetimleri bu feshi genellikle "dış baskının" onlara başka seçenek bırakmadığını söyleyerek geçerli göstermeye çalışır<sup>44</sup>.

## 2. İşverenin Baskıyı Önlemeye Çalışması

Baskı feshinin hukuka uygun kabul edilebilmesi için işveren, kendisine yapılan baskıyı ortadan kaldırabilmek için gerekli gayreti göstermelidir<sup>45</sup>. İşverenin işçiyi gözetme borcu gereği yapılan baskıya karşı işçisini koruması gerekir<sup>46</sup>. Fakat bu gereklilik, somut uyuşmazlığa bağlıdır. İşveren her durumda, işten çıkarma talebine boyun eğmemeli, üçüncü kişinin baskısı kendi kararına göre "doğru" olsa bile, gerekli tüm çabayı göstermelidir<sup>47</sup>. Burada işverenin aktif bir davranışta bulunması, bu davranışının ise ciddi olması beklenmektedir<sup>48</sup>.

---

Gülsevil Alpagut, *İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 138-141.

<sup>43</sup> Olgu Özdemir, *İş Sözleşmesinin Feshinde Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 306. Baskı oluşturabilecek diğer örnekler için bkz. Toprak, s. 29-31.

<sup>44</sup> Breucker, s. 1046; Stöhr, s. 1055.

<sup>45</sup> Niemann, n. 215; Brox/Rüthers/Henssler, n. 652; Henssler, Münchener Kommentar, n. 287; Ertürk, Baskı Feshi, s. 65-66; Ocak/Duman/Yılmaz/Özer, s. 374; Baysal, s. 164; Kayık Aydınalp, s. 221-222; Kayırgan, s. 59; Köşeli, s. 219.

<sup>46</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Kiel, n. 507; Mansel, n. 26; Kılıçoğlu/Şenocak, Baskı Feshi, s. 48; Kar, s. 115; Manav, s. 243; Keser, s. 142. Alman Hukuku'nda LAG Nürnberg'in bu unsuru aradığı bir karar için bkz. LAG Nürnberg, NZA-RR 2004, s. 301.

<sup>47</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Kiel, n. 507.

<sup>48</sup> Hergenröder, n. 299; Ascheid/Preis/Schmidt/Kiel, n. 507; Ünal Adınır, Baskı Feshi, s. 185-186. Sporcuların sözleşmelerinin sona erdirilmesine yönelik basın ya da seyirci baskısına karşılık spor kulübünün sporcuyla desteklemesi gerektiği yönünde bkz. Oğuz Sadık Aydos, "Sporcu Sözleşmesinin Feshi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 62, S. 3, Y. 2013, 643-689, s. 653-654.

İşveren, üçüncü kişilerin baskısını önleyebilmek adına işçi hakkında ileri sürülen iddiaları aydınlatmalıdır<sup>49</sup>. İşverenin göstermesi gereken bu çaba, dürüstlük kuralı kapsamında iş ilişkisini korumaya yönelik olmalıdır<sup>50</sup>. İşveren, baskı durumunun oluşmasına sebep olmuş ise baskı feshi geçerli kabul edilmemelidir<sup>51</sup>. Örneğin, bir işçisinin HIV virüsü taşıdığını üçüncü kişilere duyurması, üçüncü kişilerden gelebilecek baskıyı önlemek için gerekli çabayı göstermediğine işaret eder<sup>52</sup>. Bu durumda işveren, virüsü taşıyan işçiyle çalışılmasından dolayı diğer işçilerin hasta olmayacağı konusunda bilgi vermelidir<sup>53</sup>.

İşverenin göstereceği çabanın karşısında, işçinin de baskı durumunu ortadan kaldıracı için işverene yardımcı olması gerekir<sup>54</sup>. Bu kapsamda örneğin, işyerinin değiştirilmesi gerekiyor ise işverenin değişiklik teklifini kabul edebilir<sup>55</sup>. Belirtilmelidir ki İŞK m. 22'ye göre işçi, çalışma koşullarında esaslı değişiklikleri kabul etmek zorunda değildir. Fakat baskı feshini engellemeye yönelik değişiklik talepleri karşısında işçinin tutumu önem arz edebilir. İşverenin baskıyı önleme çabasının takdirinde ve feshin son çare olması ilkesinin değerlendirilmesinde bu husus yol gösterici olabilir.

<sup>49</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Kiel, n. 507; Kılıçoğlu/Şenocak, İş Güvencesi, s. 116; Kayırgan, s. 61; Toprak, s. 42.

<sup>50</sup> Holbeck/Schwindl, n. 448, dn. 22; Özdemir, s. 307.

<sup>51</sup> Mansel, n. 26; Holbeck/Schwindl, N. 448, dn.22; Ascheid/Preis/Schmidt/Kiel, n. 507; Ertürk, Baskı Feshi, s. 66; Ocak/Duman/Yılmaz/Özer, s. 375; Baysal, s. 164-165; Ünal Adınır, Baskı Feshi, s. 187; Kayırgan, s. 65.

<sup>52</sup> HIV virüsü ile ilgili olarak Berlin İş Mahkemesi'nde görülen bir dava da baskı feshi açısından önemlidir. Bu kararda işyerinde çalışan diğer işçiler, HIV taşıyan işçi ile çalışmayı reddederek, aksi halde toplu halde iş bırakacakları yönünde işverene baskı yapmışlardır. Bu karar için bkz. ArbG Berlin, 16/06/1987, 24 Ca 319/86, NZA 1987, N.637 (beck-online). Ayrıca bkz. Toprak, s. 40.

<sup>53</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Kiel, n. 507; Deinert, RdA 2007, s. 281 Kılıçoğlu/Şenocak, Baskı Feshi, s. 48.

<sup>54</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Kiel, n. 507.

<sup>55</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Kiel, n. 507; Kılıçoğlu/Şenocak, Baskı Feshi, s. 48; Keser, s. 142.

Alman Hukuku'nda işverenin baskıyı önleme çabasına örnek olarak, işyeri dışında yüz kızartıcı suç işleyen ve cezasını çektikten sonra işe geri dönen bir işçinin bu işyerinde çalışmasını istemedikleri için kanun dışı grev yaparak işverenlerine baskı yapan işçiler verilmektedir. İşçilerin bu talepleri yerine getirilmeden önce, işverenin bu eylemlerinin kanun dışı olduğunu ve gerekirse mevzuattaki yaptırımların uygulanacağını hatırlatması gerektiği belirtilmektedir. Eğer işverenin bu girişimi başarısız olursa, artık söz konusu işçinin iş sözleşmesinin sona erdirilmesinin baskı feshi olarak geçerli kabul edilebileceği savunulmaktadır<sup>56</sup>.

### 3. Fesih Gerçekleşmezse Ciddi Ekonomik Zararın Doğacak Olması

İşverene yapılan baskı, ciddi bir ekonomik zararın doğmasına neden olabilecek nitelikte olmalıdır<sup>57</sup>. İş sözleşmesinin feshi bu yönde bir baskı altında gerçekleşmelidir<sup>58</sup>. Alman Hukuku'nda bazı yazarlar, baskıyı işveren adına dezavantaj tehdidi (*Androhung von Nachteilen für den Arbeitgeber*) olarak da nitelendirmektedir<sup>59</sup>.

Örnek olarak, müşteri çevresinin kaybıyla birlikte büyük bir ekonomik zararın yaşanacak olması bu kapsamda değerlendirilebilir<sup>60</sup>. Şayet işçinin çalışmaya devam etmesi hâlinde işverenin ticari faaliyetlerinde önemli bir düşüş meydana gelecektirse baskı feshi gerçekleştirilebilir<sup>61</sup>.

---

<sup>56</sup> Bir Federal Mahkeme kararından yola çıkılarak oluşturulan bu örnek ve karar için bkz. BAG 15.12.2016 – 2 AZR 431/15, NZA 2017, 500 N. 13; Ascheid/Preis/Schmidt/Kiel, n. 507.

<sup>57</sup> Mansel, n. 26; Ascheid/Preis/Schmidt/Kiel, n. 505, 507; Henssler, Münchener Kommentar, n. 288.

<sup>58</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Kiel, n. 505; Kayık Aydınalp, s. 223; Ünal Adınır, Baskı Feshi, s. 185; Kayırgan, s. 67; Ocak/Duman/Yılmaz/Özer, s. 374; Manav, s. 243; Keser, s. 142; Köşeli, s. 219.

<sup>59</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Kiel, n. 505; Niemann, n. 185.

<sup>60</sup> Niemann, n. 185; Ünal Adınır, Baskı Feshi, s. 192-193.

<sup>61</sup> Kayırgan, s. 69.

Bu başlık altında Türkiye'deki kadın cinayetleri üzerinden de bir örnek verilebilir. Özellikle küçük şehirlerde bir kadının öldürülmesinden sonra faille aynı soyadı taşıyan akrabaları da dışlanmaktadır. Bu kişilerin çalıştığı işyerleri, o bölgede yaşayan halk tarafından boykot edilebilmektedir. Her ne kadar cezaların şahsiliği ilkesi geçerli olsa da failin yakınlarını istihdam eden işveren, ciddi ekonomik kayıplarla karşılaşabilmektedir. Söz konusu işçilerin çalıştırılmaması yönünde yapılan baskı, baskı feshinin ciddi ekonomik zarar şartı bakımından yeterli görülebilir.

#### 4. Feshin Son Çare Olması

Baskı feshinin geçerli olabilmesi için işverenin son çare (*ultima ratio*) olarak fesih yoluna başvurması gerekir<sup>62</sup>. Baskıyı ve oluşabilecek ciddi ekonomik zararı ortadan kaldıracak hiçbir yol kalmamışsa sözleşme feshedilmelidir<sup>63</sup>. Dolayısıyla geçerli veya haklı fesih nedeni olup olmadığına bakılmaksızın, işveren üzerindeki baskı o kadar güçlü olmalıdır ki; işverene kalan tek seçenek, tüm engelleme çabalarına rağmen işyerinin daha fazla ekonomik zarara uğramaması için baskı feshini kabul etmektir. Örnek olarak, işçilerin işi durdurması nedeniyle büyük ekonomik kayba uğrayacak olması karşısında işverenin alternatif bir yolunun kalmaması gösterilebilir<sup>64</sup>.

Fesih yoluna gidilmeden önce söz gelimi çalışma koşullarında değişikliklerle feshi önlemek mümkün ise baskı feshini geçersiz kabul etmek gerekir<sup>65</sup>. Ya da işçinin yıllık ücretli izinleri kullanılarak işyerinden uzak tutulup, üçüncü kişilerin baskısı azaltılmaya çalışılabilir. Yahut imkân varsa uzaktan çalışma yaptırılması veya

<sup>62</sup> Mansel, n. 26; Hergenröder, n. 299; Ascheid/Preis/Schmidt/Kiel, n. 507; Stöhr, s. 1055; Kılıçoğlu/Şenocak, Baskı Feshi, s. 48; Keser, s. 142.

<sup>63</sup> Brox/Rüthers/Henssler, n. 652; Ünal Adınır, Baskı Feshi, s. 187; Kayırgan, s. 60, 64-65; Ocak/Duman/Yılmaz/Özer, s. 374; Özdemir, s. 307; Köşeli, s. 219. Feshi önleyici tedbirlere örnekler ve bu konuda detaylı bilgi için bkz. Ş. Esra Başkan, *İş Sözleşmesinin Feshinde Son Çare (Ultima Ratio) İlkesi*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 156 vd.; Artür Karademir, *İş Güvencesinde Son Çare İlkesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 181 vd.

<sup>64</sup> Hergenröder, n. 300.

<sup>65</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, Baskı Feshi, s. 48; Baysal, s. 164; Kayık Aydınalp, s. 223.

baskıyı oluşturan kişilerle işyerinde ilişki kurulmayacak bir alanda işçinin çalıştırılması düşünülebilir. Fakat işçinin işyerinde tamamen izole edilmemesine dikkat edilmelidir. Tüm bu önlemlere rağmen baskı devam ediyorsa fesih yoluna gidilebilir.

Bu noktada belirtmek isteriz ki fesih, yakın zamanda meydana gelebilecek zararları önlemenin tek uygun yolu olabilir<sup>66</sup>. Bu duruma bir denetim makamının işçiye yaptırım uygulamak amacıyla, iş sözleşmesinin feshini işverenden talep etmesi örnek gösterilebilir<sup>67</sup>. Bu durumla özellikle rüşvet, güveni kötüye kullanma suçları gibi durumlarda karşılaşılabılır. Zira bu hallerde, fesihten önce diğer önlemlerin alınmasının beklenmesi gerçekçi olmayabilir. Keza alınması beklenen önlemler, işverenin ticari itibarına verilebilecek olası zararların telafisi için yeterli de olmayabilir<sup>68</sup>.

### III. Baskı Feshinin Türk Hukuku'nda Uygulanabilirliği

Baskı feshinin Türk Hukuku'nda uygulanabilirliği konusunda yargı kararı tespit edilememiştir. Dolayısıyla kaynağını Alman Hukuku'nda bulan baskı feshi konusunda yine Alman İş Hukuku doktrininden yararlanılarak, Türk Hukuku bakımından bir değerlendirme yapılabilir. Aşağıdaki açıklamalar, iş sözleşmesinin feshinde en azından geçerli bir neden bulunması gereken iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından dikkate alınmalıdır.

#### A. Baskı Feshinin İşletme Gereklere Dayanması

Alman Hukuku'nda baskı feshinin sınıflandırılması tartışmalıdır. Bu konuda iki görüş ileri sürülmektedir. İlk görüşe göre, gerçek baskı feshi, işletme gereklerine (*işletmesel nedenlere*) dayalı olarak yapılan bir fesih olarak sınıflandırılmaktadır<sup>69</sup>. Baskı feshi durumunda, işçi genellikle baskıdan doğrudan sorumlu değildir. Buna karşılık eğer

<sup>66</sup> BAG, 19.7.2016 – 2 AZR 637/15, NZA 2017, s. 116.

<sup>67</sup> Hergenröder, n. 300.

<sup>68</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Kiel, n. 504.

<sup>69</sup> Mansel, n. 26; Ascheid/Preis/Schmidt/Kiel, n. 505; Brox/Rüthers/Henssler, n. 652. Alman yargı kararlarında da baskı feshinin işletmesel nedenlere dayanan fesih olduğu yönünde değerlendirme yapılmaktadır: BAG, 18.7.2013 – 6 AZR 420/12, NZA 2014, 109 n. 38.

baskı, işverenin bir hatasından kaynaklanıyorsa, baskı feshini ileri sürmek feshi geçersiz hale getirir<sup>70</sup>. İkinci görüşe göre ise gerçek baskı feshinin temelinde işçinin davranışı bulunmaktadır. Nitekim burada sadece tek bir işçinin iş sözleşmesi feshedildiğinden sosyal seçim ilkesinden de söz edilemez. Sonuçta burada, liderlik vasfının eksikliği örneğinde olduğu gibi, işçinin kişisel davranışına dayanan bir nedenle üçüncü kişiler işverene baskı yapmaktadır<sup>71</sup>.

Türk Hukuku'na baktığımızda, İŞK m. 18, iş güvencesi kapsamında olan işçilerin iş sözleşmesini fesheden işverenin "*işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan*" geçerli bir nedene dayanması gerektiğini belirtmiştir<sup>72</sup>. İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan

<sup>70</sup> Hergenröder, n. 302; Holbeck/Schwindl, n. 448, dn. 22.

<sup>71</sup> Anno Hamacher, NZA 2014, s. 135; Berkowsky, Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung, § 13, n. 18; Hueck/Hoyningen-Huene, n. 205. Alman Hukuku'nda bazı hallerde, çalışanın kendi davranışları nedeniyle önleyemeyeceği bir baskı nedeniyle işini kaybetmemesi gerektiği gerekçesiyle, baskı feshi tamamen reddedilmektedir. Aksi halde İş Hukuku'nun baskı yoluyla haksız taleplerin hayata geçirilmesi olasılığının önünü açacağı ileri sürülmektedir. Bkz. Hamacher, NZA 2014, s. 134. Bu görüşe karşı doktrinde, esasında Alman Federal Mahkemesi'nin baskı feshini işletmesel nedenlere dayandırmasının bir gerekçesinin de doktrindeki bu eleştiri olduğu, üçüncü kişinin baskısı haksız bile olsa işverenin işletmesinin ekonomik varlığını korumak için harekete geçebilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu yorum için bkz. Ascheid/Preis/Schmidt/Kiel, n. 506.

<sup>72</sup> Maddenin gerekçesi ise geçerli nedeni şu şekilde açıklamıştır: "*(...) Bu madde bakımından geçerli sebepler 26 ncı maddede belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. Bu nedenle, geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepler, işçinin iş görme borcunu kendisinden kaynaklanan veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olabilecektir. Sonuçta, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir (...)*".



nedenlere genel olarak işletmesel nedenler denilmektedir<sup>73</sup>. Bu kavramlardan ne anlaşılması gerektiği ise Kanun'un gerekçesinde ikili bir ayırımla açıklanmaya çalışılmıştır. İŞK m. 18'in gerekçesinin ilgili kısımları şu şekildedir:

*"(...) İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Sebepler: İşyerinden kaynaklanan geçerli sebepler işyerinin dışından veya içinden kaynaklanan sebepler olarak iki yönde değerlendirilebilir. İşyeri dışından kaynaklanan sebepler; sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması; enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, ham madde sıkıntısı gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi. İşyeri içi sebepler ise; yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması; işyerinin daraltılması; yeni teknolojinin uygulanması; işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi; bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler olabilir. Bu uygulamaya giderken işveren beklenen feshe en son çare olarak bakmalıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihden kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır (...)"*

Gerekçeden de anlaşılabilceği üzere işletme gerekleri, işçinin kişiliğiyle ilgisi bulunmayan, ekonomik olarak işçilerin çalışma imkânının ortadan kalkmasına sebep olabilecek nedenlerdir<sup>74</sup>. Yargıtay'a

<sup>73</sup> Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 557-558; Tankut Centel, *İş Güvencesi Hukuku*, Legal Yayıncılık, 2. bası, İstanbul, 2020, s. 133; Murat Engin, "İşletme Gerekleri ile Fesih ve Ücretsiz İzin", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 1, S. 2, Y. 2004, 537-544, s. 538.

<sup>74</sup> Ömer Ekmekçi/Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 5. bası, İstanbul, 2023, s. 683; Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, *İş Hukuku*, Lykeion Yayınları, 7. bası, Ankara, 2022, s. 1048; Kadir Arıcı, *Türk İş Hukuku-I Ferdi İş İlişkileri Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2022, s. 272; Halûk Hâdi Sümer, *İş Hukuku Uygulamaları*, Seçkin Yayıncılık, 7. bası, Ankara, 2019, s. 220; Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, Beta Yayıncılık, 5. bası, İstanbul, 2014, s. 515; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, "İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri ile Fesih", *Prof. Dr. Turhan Esener II*.

göre, “(...) işletme içi ya da işletme dışı nedenlerden dolayı istihdam fazlası ortaya çıktığında işçinin işinin ortadan kalkması, çalışmaya devam olanağının kalmaması nedenleri iş sözleşmelerinin feshini gerekli kılabilir (...)”<sup>75</sup>.

Yukarıdaki açıklamalardan hareketle, Türk Hukuku’nda da gerçek baskı feshinin işletme gereklerine dayanarak yapılan bir fesih olduğu kabul edilebilir. Nitekim Alman Hukuku’nda da ileri sürüldüğü gibi, işverenin baskıya karşı gelmesi hâlinde yaşayabileceği ekonomik zarar (veya diğer bir deyişle dezavantaj), iş kaybına ve iş gücünün azalmasına sebep olabilir<sup>76</sup>. Dolayısıyla iş sözleşmesinin devamı, işletmesel hedeflere ulaşılmasının önüne geçebilir<sup>77</sup>. Üçüncü kişinin baskısının engellenmesi, işletmenin devamı için bir gereklilik oluşturabilir<sup>78</sup>. Bu nedenle baskı feshinde, işçinin kişiliğinden ya da davranışından kaynaklanan geçerli bir sebep ile iş sözleşmesinin sona erdirildiğinden söz etmek yerine, feshin esas sebebinin işverenin maruz kaldığı baskının işletmesi açısından ortaya çıkarabileceği ekonomik sonuçlar olduğu ifade edilebilir. Buna karşılık Türk İş Hukuku’nda iş sözleşmesinin feshinin iş güvencesine tâbi işçiler için geçerli ya da haklı nedenle fesih olarak iki kategori altında düzenlendiği dikkate alındığında, baskı feshinin bunlar dışında kalan özel bir fesih türü olduğunun savunulması ise isabetli değildir<sup>79</sup>.

Bu noktada son olarak, üçüncü kişinin baskısının altında yatan nedenin ayrımcı olmaması gerektiği de belirtilmelidir<sup>80</sup>. Örneğin işçinin, engelli olması<sup>81</sup>, ırkı veya dini gibi sebeplerle yapılan baskı geçerli bir neden olarak kabul edilmemelidir. Söz gelimi, bir işyerinde Orta Doğu kökenli bir işçinin çalışması hâlinde işveren ile ticari ilişkilerin

---

*İş Hukuku Kongresi*, ed. Ender Demir, Beste Gemici Filiz, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, 301-342, s. 301-302; Süzek, s. 616; Engin, s. 538-539.

<sup>75</sup> Yargıtay 9. HD, T. 18.3.2021, E. 2021/1681, K. 2021/6382 (Lexpera).

<sup>76</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Kiel, n. 506.

<sup>77</sup> Kayırgan, s. 67.

<sup>78</sup> Ünal Adınır, Baskı Feshi, s. 184-185; Köşeli, s. 220.

<sup>79</sup> Baskı feshinin özel bir fesih türü olduğunu savunan görüş için bkz. Toprak, s. 32-33.

<sup>80</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Kiel, n. 507.

<sup>81</sup> Ascheid/Preis/Schmidt/Kiel, n. 507.

kesileceğine yönelik üçüncü kişi tarafından yapılan baskı, geçerli bir neden oluşturmaz. Benzer şekilde işyerinde çalışan Hristiyan veya Musevi bir işçinin dininin öğrenilmesiyle birlikte, diğer işçilerin işverene yapacakları baskı da geçerli bir neden olarak kabul edilmemelidir<sup>82</sup>. Zira İŞK m. 18/f. 3/d bendine göre “ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler” fesih için geçerli neden oluşturmaz. Fakat bu hususta 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu<sup>83</sup> m. 7’ye de dikkat edilmelidir<sup>84</sup>.

Örneğin 7. maddenin d bendine göre “Bir dine ait kurumda, din hizmeti veya o dine ilişkin eğitim ve öğretim vermek üzere sadece o dine mensup kişilerin istihdamı” ayrımcılık değildir. Dolayısıyla yukarıdaki örnekte, Hristiyan ve Musevi işçilerin Diyanet İşleri Başkanlığı’na bağlı bir yerde çalışmasının işveren üzerinde yaratabileceği baskı geçerli neden olarak kabul edilebilir.

---

<sup>82</sup> Müşteri taleplerine dayalı fesihler bakımından ayrımcılığa dayanan baskıların değerlendirilmesi konusunda bkz. Ünal Adınır, Baskı Feshi, s. 179-182.

<sup>83</sup> RG, T. 20.4.2016, S. 29690.

<sup>84</sup> Bu Kanun kapsamında ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği hâller ve istisnalar şunlardır: a) İstihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı hâlinde amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele. b) Sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlar. c) İşe kabul ve istihdam sürecinde, hizmetin zorunlulukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması, gereklilik ve amaçla orantılı olması şartıyla yaşa dayalı farklı muamele. ç) Çocuk veya özel bir yerde tutulması gereken kişilere yönelik özel tedbirler ve koruma önlemleri. d) Bir dine ait kurumda, din hizmeti veya o dine ilişkin eğitim ve öğretim vermek üzere sadece o dine mensup kişilerin istihdamı. e) Dernek, vakıf, sendika, siyasi parti ve meslek örgütlerinin, ilgili mevzuatlarında veya tüzüklerinde yer alan amaç, ilke ve değerler temelinde üye olacak kişilerde belli şart ve nitelik aramaları. f) Eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik, gerekli, amaca uygun ve orantılı farklı muamele. g) Vatandaş olmayanların ülkeye giriş ve ikametlerine ilişkin şartlarından ve hukuki statülerinden kaynaklanan farklı muamele.

## B. Baskı Feshinin Sonuçları

Baskı feshi sonucunda kuşkusuz ortaya bir zarar çıkacaktır. Bu zarar, özellikle işçinin iş sözleşmesinin feshi dolayısıyla doğan zarardır<sup>85</sup>. Baskı feshi geçerli nedene dayanan bir fesih olarak ele alırsa, işçinin iş sözleşmesi sona erdirildiğinde şartları oluşmuşsa kıdem tazminatı alacağı kabul edilmelidir (1475 sayılı Kanun<sup>86</sup> m. 14/f. 1). Bununla birlikte işveren ihbar sürelerine uygun bir şekilde bildirimde bulunmamışsa ihbar tazminatı da ödemelidir (İŞK m. 18/f. 3).

Baskı feshine dair tartışılabilecek diğer bir konu ise işçiye ek bir menfaat sağlanmasının gerekip gerekmeyeceğidir. İşçiye ek bir menfaat sağlanması, mevcut işe iade sisteminde değişikliğe gidilmedikçe savunulması güç bir görüş olsa da bu konu, işe iade davasında mahkemenin vereceği karara göre ikiye ayrılarak değerlendirilebilir. Nitekim feshin geçerli nedene dayandığı kabul edildiğinde; işçiden kaynaklanan bir sebep bulunmamakla birlikte, işveren baskı feshi yoluna giderek ciddi bir ekonomik zarardan kurtulmaktadır<sup>87</sup>. Baskı sonucu yapılan işletmesel nedenlerle fesih mahkemece geçerli kabul edildiğinde, işçi sadece ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Bu hâlde işçiye ek bir tazminat verilmesi görüşünde olan bir yazara göre, işe iade davasında öngörülen işe başlatmama/iş güvencesi tazminatı (İŞK m. 21/f. 1) ile dört aylık ücret (İŞK m. 21/f. 3) bu tazminatın miktarının belirlenmesinde esas alınmalıdır<sup>88</sup>. Diğer yandan baskı sonucu yapılan işletmesel nedenle fesih mahkemece geçersiz kabul edildiğinde, işçiye ek bir tazminat ödenmesi ise İŞK m. 21/son hükmünün mutlak emredici niteliği gereğince mümkün olmayacaktır.

<sup>85</sup> Breucker, s. 1050.

<sup>86</sup> RG, T. 1.9.1971, S. 13943.

<sup>87</sup> Alman Hukuku'nda esasında burada işçinin, işverenin menfaati için fedakârlık yaptığından dahi söz edilmektedir. İşçinin fedakârlığından işverenle birlikte baskı yapan kişilerin de sorumlu olacağı ancak birinci derecede sorumlunun aralarındaki iş ilişkisi nedeniyle işveren olduğu ileri sürülmektedir. Bu değerlendirme için bkz. Otto Palandt/Peter Bassenge, *Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, C.H. Beck, 70. Auflage, 2010, § 904, n. 1; Stöhr, s. 1056.

<sup>88</sup> Kayırgan, s. 73-74; 78-79.

### C. Fesih Bildiriminin Özellikleri

Fesih bildirim, bozucu yenilik doğuran bir hak olup karşı tarafa yöneltilmesiyle sonuç doğurur<sup>89</sup>. Fesih hakkının kullanılma süresi konusunda ise İş Kanunu, haklı nedenle fesih bakımından özel bir düzenlemeye yer vermiştir (İŞK m. 26). Fakat geçerli nedenle feshin hangi zaman dilimi içinde kullanılacağı mevzuatta düzenlenmemiştir. Yargıtay, işverenin “(...) feshine konu geçerli nedeni öğrendikten sonra, fesih hakkını makul süre içinde kullanması gerektiğini, bu süre geçtikten sonra yapılan feshin geçersiz olacağını (...)” belirtmektedir<sup>90</sup>.

Baskı feshinde ise fesih bildirim için süre, baskıya başka bir şekilde karşı konulamayacağı andan itibaren başlamalıdır<sup>91</sup>. Başka bir ifadeyle, işverenin baskıyı önlemeye yönelik çabalarının devam ettiği zaman diliminde süre başlamaz<sup>92</sup>. Diğer taraftan İŞK m. 19/f. 1’e göre, “işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır”. Fakat baskı feshinde İŞK m. 19/f. 2’ye göre işçinin savunmasının alınması gerekmemektedir. Zira işçiden kaynaklanan bir davranış, gerçek baskı feshinde bulunmamaktadır<sup>93</sup>. İşçinin fesihten önce dinlenilmesi, sadece işverenin baskıyı önleme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilebilir<sup>94</sup>.

---

<sup>89</sup> Özer Seliçi, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s. 115; Gaye Baycık, *İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 232-233, 246; Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 193; YHGK, T. 2.11.2022, E. 2021/373, K. 2022/1425 (Lexpera).

<sup>90</sup> Yargıtay 9. HD, T. 22.1.2018, E. 2016/35051, K. 2018/768; Yargıtay 9. HD, T. 27.9.2017, E. 2016/22383, K. 2017/14275; Yargıtay 9. HD, T. 12.9.2005, E. 2005/24429, K. 2005/29361 (Lexpera).

<sup>91</sup> Niemann, n. 215; Kayırgan, s. 67.

<sup>92</sup> Henssler, Münchener Kommentar, n. 346; Niemann, n. 215.

<sup>93</sup> Alman Hukuku’nda da baskı feshinde işçinin savunmasının alınmasına gerek olmadığı kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. Hergenröder, n. 300.

<sup>94</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, İş Güvencesi, s. 116.

## Sonuç

Türk Hukuku'nda baskı feshi, işverenin işçiye yaptığı baskı sonucu, işçinin iş sözleşmesini sona erdirmesi anlamında kullanılmaktadır. Oysaki Alman Hukuku'nda baskı feshi farklı bir anlamda kullanılır. Buna göre baskı feshi, işçinin sözleşmesinin sona erdirilmesi için üçüncü kişiler tarafından yapılan baskı sonucu işverenin sözleşmeyi feshetmesidir. Üçüncü kişinin baskısı sonucu gerçekleşen fesihler ise gerçek olmayan ve gerçek baskı feshi olmak üzere ikiye ayrılır. Gerçek baskı feshinde, üçüncü kişiler tarafından işverene yapılan baskı, feshin nedenini oluşturur. Gerçek olmayan baskı feshinde ise baskı, işçiden kaynaklanan geçerli veya haklı bir fesih nedenine dayanmaktadır. Dolayısıyla işveren, sadece üçüncü kişinin baskısı sebebiyle iş sözleşmesini sona erdirmemektedir. Bu feshin temelinde mevzuatta yer alan geçerli veya haklı nedenlerden biri yer alır.

Gerçek baskı feshinin geçerli nedenle fesih olarak nitelendirilebilmesi için Alman yargı kararları ile doktrinde oldukça sıkı şartlar belirlenmiştir. Bunlar; üçüncü kişi tarafından yapılan bir baskının bulunması, işverenin baskıyı önlemeye çalışması, feshin gerçekleşmemesi hâlinde ciddi ekonomik bir zararın doğacak olması ve feshin son çare olmasıdır.

Bu çalışma kapsamında Türk Hukuku bakımından Alman Hukuku'ndaki baskı feshinin uygulanabilirliği tartışılmıştır. Fakat gerçek baskı feshinin Türk Hukuku'nda uygulamaya konu olması kanaatimizce güç olabilir.

Öncelikle Türkiye'deki iş güvencesi sistemi ve işe iade davasının işleyişi, işçinin mutlak bir şekilde işe dönmesini sağlamamaktadır. İşveren; işçinin çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücretini, işe başlatmama tazminatını, şartları oluşmuşsa ihbar ve kıdem tazminatını ödemeyi göze alıyorsa bir daha o işçiyi çalıştırmayabilir. Böyle bir sistemde, üçüncü kişiler tarafından yapılan baskıya karşı, işverenin karşılaşılabileceği ciddi ekonomik bir zararı önleyen işçinin korunması oldukça zordur. Dolayısıyla iş güvencesi sisteminde değişiklik yapılmadan baskı feshinin amacının anlaşılması zaman alabilecektir.

İkinci olarak, Türk Hukuku'nda iş güvencesine tâbi işçiler için iki temel fesih türü mevzuatta yer alır: geçerli nedenle fesih ve haklı nedenle fesih. Bunlar dışında bir fesih kategorisi yaratmak, mevzuat değişikliği olmadıkça farklı hukuki sorunlara yol açabilir. Bu nedenle gerçek baskı feshinin ancak işletme gereklerine dayalı olarak yapılan bir fesih olduğu kabul edilebilir. Nitekim baskıya rağmen iş sözleşmesinin devamı, iş gücünün azalmasına veya ekonomik açıdan işletmesel hedeflere ulaşamamasına neden olabilir.

Son olarak belirtelim ki, Türk Hukuku'nda gerçek baskı feshinin işletme gereklerine dayalı fesih olarak mahkemece geçerli olduğu yönünde karar verilmesi hâlinde, işçinin ek bir tazminata hak kazanması tartışılabilir. Zira işveren, işletmenin ekonomik geleceğini korumak için doğrudan işçiden kaynaklanan bir neden olmamasına karşın, baskı üzerine iş sözleşmesini feshetmiştir. İşçiye ek bir menfaat sağlanması, mevcut işe iade sisteminde değişiklik yapılmadıkça savunulması güçtür. Öte yandan fesih geçersiz kabul edildiğinde ise böyle bir ek tazminatın uygulanabilirliği İŞK m.21/son gereği mümkün olmayacaktır.

## ZUSAMMENFASSUNG

*Unter Druckkündigung versteht man die Beendigung eines Arbeitsvertrags aufgrund des Drucks, den ein Dritter auf den Arbeitnehmer ausübt, um ihn zu entlassen. Im türkischen Recht bezeichnet der Begriff "Druckkündigung" die Beendigung des Arbeitsvertrags aufgrund des Drucks, den der Arbeitgeber auf den Arbeitnehmer ausübt. Im deutschen Recht wird der Begriff der Druckkündigung jedoch in einem anderen Sinne verstanden. Danach ist eine Druckkündigung die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber auf Grund des von Dritten ausgeübten Drucks zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses des Arbeitnehmers.*

*In dieser Arbeit wird zunächst der Unterschied in der Bedeutung der Druckkündigung im türkischen Recht analysiert. Anschließend werden die Voraussetzungen der Druckkündigung unter Bezugnahme auf das deutsche Recht untersucht. Schließlich wird die Anwendbarkeit der im deutschen Recht beschriebenen Druckkündigung im türkischen Arbeitsrecht erörtert.*

*Im deutschen Recht wird die Druckkündigung in "unechte Druckkündigung" und "echte Druckkündigung" unterteilt. Bei einer echten Druckkündigung ist der Druck, der von Dritten auf den Arbeitgeber ausgeübt wird, der Grund für die Kündigung. Bei der unechten Druckkündigung beruht der Druck auf einem berechtigten oder gerechtfertigten Kündigungsgrund, der vom Arbeitnehmer ausgeht. Daher kündigt der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag nicht nur aufgrund des Drucks eines Dritten.*

*Im deutschen Recht sind strikte Voraussetzungen dafür festgelegt, dass eine Kündigung aufgrund von echtem Druck als Kündigung aus gültigem Grund gilt. Dazu gehören der Druck von dritter Seite, das Bemühen des Arbeitgebers, den Druck zu vermeiden, die Tatsache, dass die Nichtdurchführung der Kündigung zu einem schweren wirtschaftlichen Schaden führen würde, und dass die Kündigung die ultima ratio darstellt. In der türkischen Rechtsprechung wird ein solcher Druck nicht als Kündigungsgrund angesehen. Daher kann eine Bewertung im Hinblick auf das türkische Recht unter Anwendung der Lehre des deutschen Arbeitsrechts vorgenommen werden. Nach türkischem Recht kann die Beendigung des Arbeitsvertrags im Falle einer unechten Druckkündigung entweder auf einen in*



der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers liegenden Grund, auf einen betriebsbedingten Grund oder auf eine außerordentliche Kündigung gestützt werden.

Das türkische Recht sieht in Artikel 18 des Arbeitsgesetzes Nr. 4857 vor, dass der Arbeitgeber, der den Arbeitsvertrag eines Arbeitnehmers kündigt, einen Grund angeben muss, der auf verhaltensbedingten, personenbedingten oder betriebsbedingten Gründen beruht. Im türkischen Recht kann davon ausgegangen werden, dass eine echte Druckkündigung eine Kündigung ist, die auf betrieblichen Gründen beruht. Der wirtschaftliche Schaden, der dem Arbeitgeber entstehen kann, wenn er dem Druck widersteht, kann zum Verlust des Arbeitsplatzes führen. Die Vermeidung von Druck durch Dritte kann eine Notwendigkeit für die Fortführung des Unternehmens sein. In Anbetracht der Tatsache, dass das türkische Arbeitsgesetz die Beendigung des Arbeitsvertrags in zwei Kategorien einteilt, ist es nicht gerechtfertigt zu argumentieren, dass die Druckkündigung eine besondere Art der Kündigung ist, die nicht in diese Kategorien fällt.

Wenn die Druckkündigung als Kündigung aus betrieblichen Gründen betrachtet wird, sollte akzeptiert werden, dass der Arbeitnehmer eine Abfindung erhält, wenn die Bedingungen bei Beendigung des Arbeitsvertrags erfüllt sind. Es ist auch umstritten, ob dem Arbeitnehmer eine zusätzliche Entschädigung gewährt werden sollte. Wenn angenommen wird, dass die Kündigung auf einem betrieblichen Grund beruht, obwohl kein vom Arbeitnehmer zu vertretender Grund vorliegt, kann der Arbeitgeber durch eine Druckkündigung einen erheblichen wirtschaftlichen Schaden abwenden. Wird die Kündigung aus betrieblichen Gründen aufgrund des Drucks vom Gericht als wirksam anerkannt, kann es nicht als gerecht angesehen werden, wenn sich der Arbeitnehmer nur mit der auf die Kündigung bezogenen Entschädigungen zufriedengibt. In diesem Fall kann eine zusätzliche Entschädigung in Betracht gezogen werden. Wird die Kündigung aus betrieblichen Gründen aufgrund von Druck, durch das Gericht für unwirksam erklärt, kann dem Arbeitnehmer keine zusätzliche Entschädigung gezahlt werden, da der letzte Absatz von Artikel 21 des Arbeitsgesetzes Nr. 4857 zwingend ist.

Im Rahmen dieser Studie wurde die Anwendbarkeit der Druckkündigung im deutschen Recht in Bezug auf das türkische Recht

*diskutiert. Unserer Meinung nach dürfte es jedoch problematisch sein, die echte Druckkündigung im türkischen Recht anzuwenden.*

*Erstens darf der Arbeitgeber in der Türkei, wenn er nach einem Rechtsstreit bereit ist, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zu zahlen, den Arbeitnehmer nicht wieder einstellen. In einem solchen System ist es sehr schwierig, das Opfer des Arbeitnehmers zu schützen, das den Arbeitgeber vor erheblichen wirtschaftlichen Schäden bewahrt. Ohne eine Änderung des türkischen Systems kann es daher einige Zeit dauern, bis der Zweck einer Druckkündigung verstanden wird.*

*Zweitens gibt es nach türkischem Recht zwei Hauptarten der Kündigung. Die Schaffung einer weiteren Kündigungskategorie könnte zu weiteren rechtlichen Problemen führen, sofern das Gesetz nicht geändert wird. Daher kann nur davon ausgegangen werden, dass es sich bei einer echten Druckkündigung um eine Kündigung aus betrieblichen Gründen handelt. Die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses trotz des Drucks kann nämlich dazu führen, dass die wirtschaftlichen und betrieblichen Ziele nicht erreicht werden.*

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

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

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

**Peer-Review:** Externes Peer-Review-Verfahren.

**Interessenkonflikt:** Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

**Finanzielle Unterstützung:** Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

### KAYNAKÇA

- ALPAGUT Gülsevil, *İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- ARICI Kadir, *Türk İş Hukuku-I Ferdi İş İlişkileri Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2022.
- ASCHEID Reiner/PREIS Ulrich/SCHMIDT Ingrid, *Kündigungrecht*, C.H. Beck, 7. Auflage, München, 2024.
- AYDOS Oğuz Sadık, "Sporcu Sözleşmesinin Feshi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 62, S. 3, Y. 2013, 643-689.
- BASKAN Ş. Esra, *İş Sözleşmesinin Feshinde Son Çare (Ultima Ratio) İlkesi*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- BAYCIK Gaye, *İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- BAYSAL Ulaş, *İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep İle İş Sözleşmesinin Feshi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU Yeliz, "İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri ile Fesih", *Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Kongresi*, ed. Ender Demir, Beste Gemici Filiz, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, 301-342.
- BREUCKER Marius, "Die Druckkündigung im Sport- Arbeitsrechtliche Beurteilung von Trainerentlassungen", *NZA* 2008, 1046-1050.
- BROX Hans/RÜTHERS Bernd/HENSSLER Martin, *Arbeitsrecht*, Kohlhammer, 20. Auflage, Stuttgart, 2020.
- BUZ Vedat, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- CANIKLIOĞLU Nurşen, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi -2017-*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, 185-368.
- CENDEL Tankut, "İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ile Kıdem Tazminatına İlişkin 2018 Yılı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi",

*Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi -2018-, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, 165-206.*

CENTEL Tankut, *İş Güvencesi Hukuku*, Legal Yayıncılık, 2. bası, İstanbul, 2020.

ÇELİK Nuri/CANIKLIOĞLU Nurşen/CANBOLAT Talat/ÖZKARACA Ercüment, *İş Hukuku Dersleri*, Beta Yayıncılık, 36. bası, İstanbul, 2023.

DÄUBLER Wolfgang/DEINERT Olaf, *KSchR - Kündigungsschutzrecht*, Bund, 6. Auflage, 2004.

EKMEKÇİ Ömer/YİĞİT Esra, *Bireysel İş Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 5. bası, İstanbul, 2023.

ENGİN Murat, "İşletme Gereklere ile Fesih ve Ücretsiz İzin", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 1, S. 2, Y. 2004, 537-544.

ERTÜRK Şükran, "İş Arkadaşlarının Baskısı Sonucu İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin Talep Hakları ve Hukuki Dayanakları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Turhan Tüfan Yüce'ye Armağan Sayısı*, 2001, 59-78.

ERTÜRK Şükran, *İş İlişkisinde Temel Haklar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.

GÜZEL Ali, "İş Sözleşmesinin "Eylemli" Feshi ve Uygulama Sorunları", *Çalışma ve Toplum*, C. 4, S. 75, Y. 2022, 2485-2507.

HENSSLER Martin, *Münchener Kommentar zum BGB*, C.H. Beck, 9. Auflage, München, 2023.

HEPER Hande, *İş İlişkisinde İşçinin İradesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

HERGENRÖDER Curt Wolfgang, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB*, C.H. Beck, 9. Auflage, München, 2023.

KAR Bektaş, *İş Güvencesi ve Uygulaması*, Yetkin Yayınları, 3. bası, Ankara, 2017.

- KARADEMİR Artür, *İş Güvencesinde Son Çare İlkesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- KAYIK AYDINALP Aslıhan, “Baskı Feshine İlişkin Alman Federal İş Mahkemesi Kararının İncelenmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 2, Y. 2018, 211-236.
- KAYIRGAN Hasan, “Eşi Sağlık Çalışanı Olan Bir İşçinin Diğer İşçiler Tarafından İstenmemesi Hali: Baskı Feshi”, *İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar V*, ed. Kübra Doğan Yenisey, Seda Ergüneş Emrağ, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, 47-81.
- KESER Hakan, *İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.
- KILIÇOĞLU Mustafa/ŞENOCAK Kemal, “Baskı Feshi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 5, Y. 2007, 47-49.
- KILIÇOĞLU Mustafa/ŞENOCAK Kemal, *İş Güvencesi Hukuku*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007.
- KÖŞELİ Fatih, *Geçerli Fesih Nedeni Olarak İşçinin Yetersizliği*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- MANAV A. Eda, *İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- MANSEL Heinz-Peter, *Jauernig BGB Kommentar*, C.H. Beck, 19. Auflage, München, 2023.
- MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi/ASTARLI Muhittin/BAYSAL Ulaş, *İş Hukuku*, Lykeion Yayınları, 7. bası, Ankara, 2022.
- NARMANLIOĞLU Ünal, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, Beta Yayıncılık, 5. bası, İstanbul, 2014.
- NIEMANN Jan-Malte, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, C.H. Beck, 24. Auflage, München, 2024.
- OCAK Saim/DUMAN Barış / YILMAZ Dursun/ÖZER Hatice Duygu, *Geçerli Sebep Feshe İlişkin İşçi Davranışları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- OĞUZ Özgür, “Covid-19 Tedbirleri Kapsamında Aşı Yaptırmama ve Maske Takmama Bir Fesih Sebebi midir?”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 18, S. 70, Y. 2021, 545-568.

ÖZDEMİR Olgu, *İş Sözleşmesinin Feshinde Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

PALANDT Otto/BASSENGE Peter, *Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, C.H. Beck, 70. Auflage, 2010.

RAHMSTORF Frank, *Die Druckkündigung des Arbeitsverhältnisses*, Utzverlag, München, 1997.

ROLFS Christian, *BeckOK Arbeitsrecht Kommentar*, 2022.

SELİÇİ Özer, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977.

STÖHR Alexander, "Verdachtskündigung und Druckkündigung", *JuS* 2010, 1052-1056.

SÜMER Halûk Hâdi, *İş Hukuku Uygulamaları*, Seçkin Yayıncılık, 7. bası, Ankara, 2019.

SÜZEK Sarper, *İş Hukuku*, Beta Yayıncılık, 21. bası, İstanbul, 2021.

TOPRAK Cemre, *İş Sözleşmesinin Üçüncü Tarafların Etkisiyle Feshi: Baskı Feshi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa, 2023.

ÜNAL ADINIR Canan, "Covid-19 Aşısının İş İlişkilerine Etkileri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 27, S. 1, Y. 2021, 693-715.

ÜNAL ADINIR Canan, "Müşteri Talebi Sonucu İşveren Feshinin Baskı Feshi Kapsamında Değerlendirilmesi", *İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar V*, ed. Kübra Doğan Yenisey, Seda Ergüneş Emrağ, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, 177-201.

### **İnternet Kaynakları:**

[www.beck-online.beck.de](http://www.beck-online.beck.de)

[www.legalbank.net](http://www.legalbank.net)

[www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)



## Çekte Düzenleme Tarihi ve Düzenleme Tarihinde Tahrifat Yapılmasının Sonuçları

### Das Ausstellungsdatum des Schecks und die Folgen der Fälschung hinsichtlich des Ausstellungsdatums

Dr. Öğr. Üyesi Safiye Nur BAĞRIAÇIK SİMİL\*

#### ÖZ

*Çekte düzenleme tarihinin bulunması çekin zorunlu unsurlarından birisidir. Tahrifat ise, düzenleyen tarafından doldurularak tedavüle çıkarılan bir çekteki imza veya beyanların, ilgililerin rızası dışında sonradan değiştirilmesi, silinmesi, düzeltilmesi, çizilmesi veya ekleme yapılması anlamına gelir. Türk Ticaret Kanunu'nun 748 inci maddesine göre bir poliçe metni değiştirildiği takdirde, değiştirmeden sonra poliçe üzerine imza koymuş olan kişiler, değişmiş metne ve ondan önce imzasını koyanlarsa eski metne göre sorumlu olur. Türk Ticaret Kanunu'nun 818 inci maddesinin 1 inci fıkrasının ö bendinin atfı sebebiyle bu hüküm çeklere de uygulanmaktadır. Şayet düzenleyen başta olmak üzere tüm sorumluların rızasının alınması suretiyle değişiklik yapılmışsa bunun tahrifat olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Çalışmamız kapsamında uygulamada görülen hâllerden birisi olan çekin düzenleme tarihinde tahrifat yapılması görünüm şekilleri incelenmiş olup cezai sonuçları kapsam dışında tutulmuştur.*

*Anahtar Kelimeler: Çek, düzenleme tarihi, tahrifat, sorumluluk.*

---

\* T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (sn.bagriacik@iku.edu.tr). ORCID: 0000-0002-4399-1102.



## Date of Issuance of Cheque and Consequences of Falsification Regarding Issuance Date

### ABSTRACT

*The date of issue is one of the mandatory elements of a cheque. On the other hand, falsification means any alteration, erasure, correction, crossing out or addition to the signatures and declarations on a cheque which has been filled out by the issuer and put into circulation, without the consent of those concerned. Pursuant to Article 748 of the Turkish Commercial Code, if the text of a policy is amended, the persons who put their signatures on the policy after the amendment shall be liable according to the amended text and those who put their signatures before the amendment shall be liable according to the former text. Due to the attribution of subparagraph ö of paragraph 1 of Article 818 of the Turkish Commercial Code, this provision is also applicable to cheques. If the amendment has been made by obtaining the consent of all responsible parties, especially the issuer, it is not possible to characterize this as falsification. Within the scope of our study, falsification of the date of issue of the cheque, which is one of the cases seen in practice, has been examined in its forms of appearance, and its penalty consequences have been excluded from the scope.*

**Keywords:** *Cheque, date of issue, falsification, liability.*

## I. GENEL OLARAK DÜZENLEME TARİHİ VE TAHRİFAT KAVRAMLARI

### A. Düzenleme Tarihi

Kambiyo senetlerinde zorunlu ve ihtiyari unsurlar bulunur. Çekte zorunlu unsurlar Türk Ticaret Kanunu'nun 780 inci maddesinde "çek" kelimesi, kayıtsız ve şartsız belirli bir bedelin ödenmesi için havale, muhatabın ticaret unvanı, ödeme yeri, düzenlenme tarihi ve yeri, düzenleyenin imzası, banka tarafından verilen seri numarası, karekod şeklinde belirtilmiştir. Görüldüğü üzere düzenleme tarihi çekte zorunlu

unsurlardan biridir<sup>1</sup>. Bununla beraber Türk Ticaret Kanunu'nun 781 inci maddesinin 1 inci fıkrasında, 780 inci maddedeki unsurlardan birisini içermeyen senedin çek sayılmayacağı da açıkça ifade edilmiştir<sup>2</sup>.

Düzenleme tarihi, çekin zorunlu unsurlarından olması yanında ibraz süreleri, ehliyet, temsil ve tasarruf yetkisi, caymaya ilişkin hükümler, protesto çekilmesi ve karşılıksızdır işlemine ilişkin süreler bakımından da büyük önem taşır<sup>3</sup>.

Çekte düzenleme tarihi koşulunun yerine getirilmiş sayılması için, çekte düzenleme tarihi olarak bir tarihin yazılmış olması yeterlidir<sup>4</sup>. Çekin geçerli olabilmesi için düzenleme tarihinin mutlaka gün, ay ve yıl

---

<sup>1</sup> Adolf Baumbach/Wolfgang Hefermehl/Matthias Casper, *Wechselgesetz, Scheckgesetz, Recht des Zahlungsverkehrs mit AGB-Banken/Scheckbedingungen und einer Einführung in das Wertpapierrecht*, C. H. Beck Verlag, München, 24. Auflage, 2020, ScheckG Art. 1, Rn. 6. Keşide günü ifadesi yerine düzenleme tarihi ifadesinin daha isabetli olduğu yönünde bkz. Ali Bozer/Celal Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021, s. 254.

<sup>2</sup> Alman hukukunda da Baumbach/Hefermehl/Casper, ScheckG Art. 1, Rn. 6.

<sup>3</sup> Turgut Kalpsüz/Faruk Erem/Gürkan Çelebican, *Hukuki Yönden Çek*, Ankara, 1974, s. 63; Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Dora Kitabevi, 2019, s. 151; Hans Kuhn, (Hrsg. Heinrich Honsell), *Obligationenrecht Kurzkommentar*, 2014, 1. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Art. 1100, Rn.7; Ernst A. Widmer, (Hrsg: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter) *Basler Kommentar Wertpapierrecht*, Helbing Lichtenhahn Verlag, 1. Auflage, 2012, OR Art. 1100 Rn. 12; Jörg Schwartz, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), *OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht*, Orell Füssli Verlag AG, 4. Auflage, 2023, Art. 1100, Rn.9; Mehmet Bahtiyar, "Yargıtay Kararları Işığında Kambyo Senetlerinde Keşide Tarihi ve İmkansızlığı", *Batider*, Y. 1999, C. 20, S.1, s. 41; Hayri Domaniç, *TTK Şerhi IV Kıymetli Evrak Hukuku*, Eskin Matbaası, İstanbul 1990, s. 551; Mustafa Eser Cinbaş, *Kambyo Senetlerinde Senet Metninde Değişiklikler ve Sahtecilik*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 226; Erol Ertekin/ İzzettin Karataş, *Uygulamada Ticari Senetler*, Yetkin Yayıncılık, 1996, s. 224.

<sup>4</sup> Oğuz İmregün, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Filiz Kitabevi, 2007, İstanbul, s. 126.

olarak gösterilmesi gerekir<sup>5</sup>. Gün ve ayın gösterildiği ancak yılın belirtilmemiş olduğu senedin çek vasfı kazanması mümkün değildir<sup>6</sup>. Bazen yılın kısaltılarak veya gün ve ayın yerlerinin değiştirilerek yazıldığı çeklerle de karşılaşmaktadır. Bu durumda çekin geçerli olup olmadığı hususunda doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre tarihin şüpheye yer vermeyecek şekilde belirli olması halinde çek geçerli sayılır<sup>7</sup>. Bir başka görüş ise, gün ve ayın yerleri değiştirilerek düzenlenmiş çekler bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 797 inci maddesinin uygulanmasının zor olduğu gerekçesiyle bu şekilde düzenlenen çeklerin geçersiz sayılmasının daha uygun olacağını ifade etmektedir<sup>8</sup>.

Düzenleme tarihinin belirli bir tarih olması dışında ayrıca mümkün bir tarih de olması gerekir<sup>9</sup>. Örneğin, "30 Şubat 2023" gibi imkânsız tarihler takvimde bulunmamaları sebebiyle çekin geçersiz olmasına yol açıyordu<sup>10</sup>. Ancak sonraki yargı kararlarına bakıldığında

<sup>5</sup> Abuzer Kendigelen, *Çek Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 111; Bozer/Göle, s. 254; Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Arslan Kaya/Fusun Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, s. 288; Cinbaş, s. 227; Asuman Yılmaz, *Kambiyo Senetlerinde (Çek-Bono-Poliçe'de) Def'iler*, 2017, Aristo Yayınevi, s. 247.

<sup>6</sup> Bozer/Göle, s. 254; Kendigelen, s.111; Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Turhan Kitabevi, 1997, s. 1052.

<sup>7</sup> Kendigelen, s. 111, Öztan, s.1053, Seza Reisoğlu, *Çek Hukuku*, Ankara, 2011, s. 66; Kaya (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan), s. 289.

<sup>8</sup> Bozer/Göle, s.254 vd.

<sup>9</sup> Mehmet Bahtiyar/Nihat Taşdelen/Levent Biçer/Esra Hamamcıoğlu, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022, s.144. TTK m. 795 ile Çek K. m. 3/8' göre, düzenleme tarihinin gerçeğe aykırı bir şekilde yazılmasına bile imkân olduğu yönünde bkz. Bilgili/Demirkapı, s. 151.

<sup>10</sup> Yargıtay CGK 31.01.1994 T., E. 1993/10-334, K. 1994/413 sayılı kararında, "...keşide gün ve yeri" çekin asli unsuru olarak kabul edilmiştir. Maddede yazılı unsurlardan birinin eksikliği halinde senedin çek olarak kabul edilemeyeceği Yasanın 693. maddesinde belirtilmiştir. Çekte, keşide tarihi duraksamaya meydan vermeyecek şekilde açık ve yıl içinde var olan bir günün tarihi olmalıdır. Çekin; zaman ölçü birimi olan takvimde mevcut olmayan bir tarihte düzenlendiğinin belirtilmesi halinde, imkansız olan bu tarih "keşide tarihi" olarak kabul edilemez ve çekin yasal bu unsurunun varlığı ileri sürülemez. Maddi olayda, sanık tarafından

örneğin “29 Şubat 2023”, “30 Şubat 2023” ve “31 Şubat 2023” veyahut “31 Nisan 2023”, “31 Haziran 2023” şeklinde düzenlenen çeklerin o ayın son günü olarak düzenlendiği ve çek vasfını taşıdığı kabul edilmektedir<sup>11</sup>.

---

*düzenlenen çek 30.2.1991 tarihlidir. 30 Şubat mümkün olmayan bir tarih olduğundan, çekin yasal unsurları gerçekleşmemiştir...” şeklinde hükmü tesis edilmiştir (Kazancı İċtihat Bankası, Erişim Tarihi: 01.12.2023)*

- <sup>11</sup> “... takip dayanağı bonolarda tanzim tarihinin 30.2.1997 olarak yazılı olması nedeniyle gerçeği yansıtmadığı ve bunun TTK.nun 688/6. maddesine aykırı bulunduğundan bahisle takibin iptal edildiği görülmektedir. Tanzim tarihinin 30.2.1997 olarak yazılmış olması hâlinde bu durumun belgenin bono olma özelliğini ortadan kaldıracakını kabul etmek aşırı bir şekilcilik olup, hakkın zayiine neden olur. Her ne kadar Şubat ayının 30. günü söz konusu olamaz ise de, tanzim tarihinin bu şekilde gösterildiği hallerde bunun yanlışından kaynaklandığının ve bu eksikliğin bononun niteliğini etkilemediğinin ve tanzim tarihinin Şubat ayının son günü olarak yazıldığı kabulü gerekir. O hâlde borçlunun esasla ilgili itirazlarının incelenip hasil olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.” YHGK, E. 2000/12-1011, K. 2000/1076, T. 21.6.2000. “...Dairemizce oluşturulan ve Hukuk Genel Kurulu’na da benimsenen içtihatlar doğrultusunda 30.02.2002 tanzim tarihi imkansız bir tarih olmayıp Şubat ayının son gününde tanzim edildiğinin kabulü gerekir. Özellikle birbirini takip eden bonolarda açıklanan biçimde tarihin yazılı olması kambyo senedi olma özelliğini etkilemez. Aksinin düşünülmesi aşırı şekilcilik olup, hak zayiine sebebiyet vereceğinden mercice keşidecinin lehdar ciranta imzasına itiraz edemeyeceği de nazara alınarak itirazın reddine karar vermek gerekirken yazılı şekilde karar tesisi isabetsizdir.”12. HD, 6.10.2003, 15511/19297 (Kazancı İċtihat Bankası, Erişim Tarihi: 11.11.2023). “Takip konusu çeklerden ikisi 31.04.2009 ve 31.06.2009 tarihlerini taşımaktadır. Mahkemece bu iki keşide tarihinin geçerli tarihler olmadığı, bu nedenle çeklerin TTK. 692. maddesindeki zorunlu unsurları taşımamaları nedeniyle takibin iptaline karar verilmiştir. Ancak çeklerdeki tanzim tarihlerinin 31.04.2009 ve 31.06.2009 olarak yazılmaları halinde bu durumun belgenin çek olma niteliğini ortadan kaldıracakını kabul etmek aşırı bir şekilcilik olup, hakkın zayiine neden olur. Her ne kadar Nisan ve Haziran aylarının 31. günü söz konusu olamaz ise de keşide tarihinin bu şekilde gösterildiği hallerde, bunun yanlışından kaynaklandığının ve bu eksikliğin çekin niteliğini etkilemediğinin ve keşide tarihlerinin Nisan ve Haziran aylarının son günü olarak yazıldığı kabulü gerekir. (HGK.nun 21.06.2006 tarih, 12/1011-1076 K.)” 12. HD, 06.07.2009, 6765/14741 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 15.11.2023).

Doktrinde Öztan<sup>12</sup>, çekte “31 Nisan 1996” veya “29 Şubat 1996” tarihlerinin çekte düzenleme tarihi olarak gösterilmesi durumunda düzenleme tarihinin “30 Nisan 1996” veya “28 Şubat 1996” olarak kabul etmek gerektiğini, böylelikle senedin çekin geçersiz olmadığını kabul etmenin faydalı olduğunu; ancak “30 Şubat 1996” veya “32 Nisan 1996” gibi açıkça mantığa aykırı düzenleme tarihinin gösterildiği hâllerde senedin çek olarak geçerli olmaması gerektiğini ileri sürerken; Pulaşlı ise, “30.02.2020” veya “31.04.2021” gibi tarihlerin unutkanlıkla veya düzenleyen tarafından kötü niyetli bir şekilde yazılmış olması hâlinde çekin geçersiz sayılması yaptırımını aşırı şekilcilik ve kötü niyetli düzenleyeni ödüllendirmek olduğunu belirtmiştir<sup>13</sup>. Şayet, “32.02.2023” veya “22.14.2023” şeklindeki tarihler yazılmışsa böyle bir günün veya ayın takvimde yer alması imkânsız olduğu için çek geçersiz olur<sup>14</sup>.

Türk Ticaret Kanunu’nda düzenleme tarihinin yeri ile ilgili olarak belirlenmiş bir kural bulunmamakla birlikte<sup>15</sup> çekin ön yüzünde yer alması gerektiği kabul edilir. Düzenleme tarihinin çekin üst köşelerine veya imzanın yanına atılmış olmasının bir önemi yoktur<sup>16</sup>. Uygulamada bankalar tarafından matbu olarak bastırılan çek yapraklarında düzenleme tarihinin yazılması için çekin sağ üst köşede

---

Doktrinde de bkz. Bozer/Göle, s.255; Reisoğlu, s. 65; Bilgili/Demirkapı, s. 152; Bahtiyar, s. 48. 30 Şubat gibi olmayan bir tarihin düzenleme tarihi olarak yazılmasında senedin geçersizliğine yol açtığı yönünde görüşler olmakla birlikte Yargıtay’ın aksi görüşte olduğu ve bu konu ile ilgili kararlar için bkz. Mahmut Bilgen, “Kambiyo Senetlerinde Tahrifat (Değişiklik Yapılması)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, Özel S. 2009, (Basım Yılı: 2010), s. 997; Cinbaş, s. 229.

<sup>12</sup> Öztan, s.1053.

<sup>13</sup> Hasan Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, Adalet Yayınevi, 2021, §27 N. 46. Aynı yönde bkz. Ali Ayli/Didem Yardımcıoğlu, “Çekte Düzenleme Tarihi ve Önemi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan)*, Y. 2014, C.16, Özel Sayı, s. 3211; Yılmaz, s.247.

<sup>14</sup> Bozer/Göle, s.255; Reisoğlu, s. 65; Kendigelen, s. 115; Öztan, s. 1053; Pulaşlı, §27 N. 46.

<sup>15</sup> Abuzer Kendigelen/İsmail Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, N.365; Cinbaş, s. 227.

<sup>16</sup> Öztan, s. 467; Kendigelen/Kırca, N.365; Bahtiyar, s. 46.

düzenleme tarihi için yer ayrıldığı görülmekte, düzenleme tarihi de genellikle ayrılan bu yere yazılmaktadır<sup>17</sup>.

Çekteki yazılar veya imza ile düzenleme tarihinin farklı fiziki özelliklere sahip olan kalemlerle yazılmış olması o senedin çek olma niteliğini etkilemez<sup>18</sup>. Nitekim bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında dava konusu 30.03.2010 düzenleme tarihli çekte bu tarihin ilk yazılış hâlinde yer alan ay ve yıl hanelerinin sonradan düzeltildiği ve değişikliklerin altında paraf olduğu, düzenleme tarihinin ay hanesinde değişiklik yapan kalem ile parafı yapan kalemin benzer özelliklere sahip olmasına rağmen, yıllar hanesindeki düzeltmenin yapıldığı kalemin farklı nitelikte olsa bile atılan parafın düzenleme tarihinin ay ve yıl bölümlerinde yapılan iki ayrı değişikliği de kapsadığı yönünde karar vermiştir<sup>19</sup>.

## B. Tahrifat Kavramı

Tahrifat kavramı senette mevcut olan bazı imza veya beyanların kazınarak yahut herhangi bir şekilde hukuka aykırı olarak değiştirilmesi

<sup>17</sup> Ayli/Yardımcıoğlu, s. 3212.

<sup>18</sup> Öztan, s. 470; Reisoğlu, s.163 vd.

<sup>19</sup> Yargıtay HGK T.06.03.2013, E. 2012/12-862, K. 2013/319 (Legalbank, Erişim Tarihi: 01.04.2023). Kararda karşı oy bulunmaktadır. Karşı oy özetle "... Yüksek Kurulca yapılacak iş, parafın iki değişikliği de kapsayıp kapsamadığını açıklığa kavuşturmaktan ibarettir. Değişikliğin birisinin kimyasal maddeyle diğerinin ise kalemle yapılmış olması karşısında hayatın olağan koşulları gereği tek parafın farklı yöntemle yapılan iki değişikliği kapsamadığı ve bu sebeple yerel mahkeme direnme kararının onanması gerektiği görüşünde olduğumdan..." şeklindedir. Bir başka Yargıtay kararında da, borçlunun çekin keşide tarihinde ay bölümünde yapılan tahrifatı kabul edip paraf ettiğini ve yıla ilişkin yapılan değişikliğin bilgisi dışında yapıldığını ileri sürdüğü bir uyuşmazlıkta mahkeme borçlunun parafının çekin ay ve yıl açısından yapılan değişikliği kapsayacağını aksini iddia edilmesi hâlinde borçlunun mahkemeye başvurabileceğini belirterek itirazın reddine karar vermiştir. Yargıtay 12 HD. 12809/13770, T. 08.11.1999. (Erdoğan Moroğlu/ Abuzer Kendigelen, *İçtihatlı Notlu Türk Ticaret Kanunu*, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s.721)

veya silinmesidir<sup>20</sup>. Bu anlamda çekteki tahrifat, düzenleyen tarafından doldurularak tedavüle çıkarılan bir çekteki imza ve beyanların, ilgililerin rızası dışında sonradan değiştirilmesi, silinmesi, düzeltilmesi, çizilmesi veya ekleme yapılması anlamına gelir<sup>21</sup>. Bir başka ifadeyle tahrif edilmiş çekteki beyanlarla, senet metninde mevcut olan düzenleyenin asli beyanlarıyla uyumlu olmaması hâlidir<sup>22</sup>. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında tahrif edilmiş çeki “çek üzerinde elle

<sup>20</sup> Kalpsüz/Erem/Çelebican, s. 138; Nurkut İnan, *Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1981, s. 34. Ömer Teoman, *Yaşayan Ticaret Hukuku Cilt 1, Hukuki Mütalaalar, I Kitap*, 1989-1991, İstanbul, 1992, s. 19 vd.; Ertekin/Karataş, s. 822.

<sup>21</sup> Domaniç tahrif edilmiş çeki şu şekilde tanımlamıştır: Düzenleyenin gerçek imzasını taşıyan bir çekin, düzenleyen veya bankaya zarar verecek, lehtar veya hamile fazla haklar sağlayacak şekilde çek metninde değişiklikler yapılmasıdır. Domaniç, s. 840. Benzer şekilde: Müge Tekil, *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, İstanbul, 1997, s. 81; Ersin Çamoğlu, *Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri*, Vedat Kitapçılık, 2020, N. 347; Sami Karahan/Zekeriya Arı/Hayri Bozgeyik/Tahir Saraç/ Mücahit Ünal, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Mimoza Yayıncılık, 2015, s. 408; Ebru Tüzemen Atik, *Açık Kambiyo Senetleri*, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 242; Hanife Aydın/Zehra Badak, “Çekin Ödeme İçin İbrahimde Muhatap Bankanın Yükümlülükleri”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 2021, C. 20, S. 41, s. 914; Hilal Yener Tanın, “Sahte veya Tahrif Edilmiş Çekin Ödenmesinden Kaynaklanan Sorumluluk”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 16, S. 2, Y. 2017, s. 813; Ekrem Törüner, “Ticaret Yasamız Açısından Çekte Sahtekarlık ve Tahrifat”, *ABD*, 1980, S. 1, s. 211; Funda, Özdin, *Muhatabın Keşideciye Karşı Sahte veya Tahrif Edilmiş Çekten Doğan Sorumluluğu*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006, s. 3 vd.

<sup>22</sup> Thomas C. Hippele, (Honsell/Vogt/Watter) *Basler Kommentar OR Art. 1132*, Rn. 3; Pulaşlı, §30 N. 3. Düzenleyen belgeyi imzaladığında ancak içeriği orijinal beyanına karşılık gelmeyecek şekilde değiştirilmişse tahrifat meydana gelmiş olur. Hans Kuhn, (Honsell), *KUKO OR, Art.1132*, Rn.2. Çeke sonradan gerçek dışı unsurların eklenmiş olması hâlinde sahte değil tahrif edilmiş bir çek söz konusu olur. Bozer/Göle, s. 402.

*doldurulan kısımlarda çeki düzenleyen rızası dışında yapılan değişiklikleri ifade etmektedir” şeklinde tanımlamıştır<sup>23</sup>.*

Tahrifat, kambiyo senedinin lehtara verilmesinden sonra senet metninde yapılan değişikliklerdir<sup>24</sup>. Senedin içeriğini teşkil eden düzenleyen tarafından imzalanan metin değiştirildiğinde Türk Ticaret Kanunu'nun 812 nci maddesi anlamında tahrif edilmiş çek söz konusu olur<sup>25</sup>. Ancak düzenleyen yaptığı değişikliklerle birlikte, düzenleyen başta olmak üzere tüm sorumluların rızası alınarak yapılan değişikliklerin tahrifat olarak nitelendirilmesi mümkün değildir<sup>26</sup>.

Geçerli bir kambiyo senedinde senetten sorumlu olanların rızası alınmadan değiştirilmesine ilişkin olarak, Türk Ticaret Kanunu'nun 748 inci maddesi *“Bir poliçe metni değiştirildiği takdirde, değiştirmeden sonra poliçe üzerine imza koymuş olan kişiler, değişmiş metne ve ondan önce imzasını koyanlar ise eski metne göre sorumlu olurlar.”* şeklinde kabul edilmiştir<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> 19. CD., E. 2019/35817, K. 2020/415, T. 27.1.2020. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi:12.12.2022)

<sup>24</sup> Mahmut Coşkun, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 120.

<sup>25</sup> Schwartz (Kren Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser), Art.1132 Rn. 1.

<sup>26</sup> Teoman, s. 21; Bozer/Göle, s. 402; Yener Tanın, s. 813; Aydın/Badak, s.914; Tekil, s. 81; Törüner, s.210; Paslı, Ali, Sahte ve Tahrif Edilmiş Çek, İstBD., Y. 2000, C. 74, S. 7-8-9, s. 650; Öztan, s. 864; Coşkun, s.120; Marco Athos Rizzi, (in: Kren Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser), Art.1068 Rn. 8. *“.... çekin keşide tarihindeki paraf imzaların, keşidecinin (HLC Müh...Tic. Ltd. Şti.) eli ürünü olup olmadığı, eli ürünü değilse çekin keşide tarihinde tahrifat yapıp yapılmadığı, tahrifat var ise, keşide tarihinin tahrifattan önceki gerçek haliyle bankaya ibrazın süresinde olup olmadığı belirlenmek suretiyle oluşacak sonuca göre karar verilmesi için mahkeme kararının bozulması cihetine gidilmiştir.”* Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 04.03.2021 tarihli ve 2021/1391 E., 2021/2475 K. sayılı kararı (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 18.07.2023)

<sup>27</sup> İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1068 inci maddesinde de değişiklikten önce kambiyo senedini imzalayan kişi, imzaladığı metne göre, sonradan imzalayan kişi ise değişiklikten sonraki haliyle sorumludur. Michele Bernasconi, (Honsell/Vogt/Watter) Basler Kommentar OR Art.1068 Rn. 2; Hans Kuhn, (Hrsg. Vito Roberto/Hans Rudolf Trüeb), CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Art. 772-1186 OR und BEG, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, OR. Art. 1068, Rn 1-6. Ayrıca



Senet metnindeki değişikliklerin ne şekilde gerçekleştirileceği hususunda Türk Ticaret Kanunu'nda hüküm bulunmamağaysa da geçerli değişikliklerin etkisi Türk Ticaret Kanunu'nun 748 inci maddesinde düzenlenmiştir<sup>28</sup>. Bu hüküm Türk Ticaret Kanunu'nun 818 inci maddesinin 1 inci fıkrasının ö bendinin atfı sebebiyle çeklere de uygulanmaktadır<sup>29</sup>.

Türk Ticaret Kanunu'nun 748 inci maddesi çerçevesinde verilen rıza değişikliğin imzalanması veya paraflanması ile gerçekleştirilir<sup>30</sup>. Çek üzerinde yapılan değişiklik imza veya parafla onaylanmamakla birlikte inkâr da edilmemiş ise kendilerine karşı ileri sürülür<sup>31</sup>. Düzenleyen çeki usulüne uygun bir şekilde doldurup teslim ettikten sonra tahrifat gerçekleşirse, eylem düzenleyenin kendi hâkimiyet (etki)

---

yapılan değişikliğin senet metnini etkilemesi gerektiği yönünde bkz. Bernasconi, (Honsell/Vogt/Watter) Basler Kommentar OR Art.1068 Rn.4.

<sup>28</sup> Tüzemen Atik, s. 243.

<sup>29</sup> Mehmet Köle/Fatma Görgülü, "Son Düzenlemeler Işığında Çekin Şekil Şartları ve Çeke Dayalı Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2016, C. 21, S. 35, s. 85; Merve Kandıralı Karadayı, *Çekte Düzenleyenin Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 185.

Ayrıca 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 660 inci maddesinin kenar başlığı da "*senet metninde değişiklikler*"dir. Ancak metin içindeyse "*tahrifat*" ibaresi kullanılmıştır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 758 inci maddesinde ise madde kenar başlığı aynı kalmış ancak metin içindeki tahrifat ibaresi kaldırılmıştır. Çalışmanın ileriki bölümlerinde değineceğimiz üzere senet üzerinde değişiklikler sadece tahrifat şekilde oluşmayabileceği için bu değişiklik kanaatimizce yerinde olmuştur.

<sup>30</sup> Yargıtay vermiş olduğu bir kararında davaya dayanak yapılan keşide tarihi 31.05.2006 olan bir çekin daha sonra 31.03.2006 olarak değiştirildiğini ve bu değişikliğin paraf edilmemiş olduğunu, bu nedenle görüşte tahrif edilmiş bir çek olduğunu ve bu çek istianeden dava açılmasının mümkün olmadığını bu nedenle de hamilin keşideciye karşı açtığı alacak davasının reddine karar verilmesi gerektiğini belirterek kararı davalı yararına bozmuştur. (Bkz. Yargıtay 11 HD. E.2012/952, K. 2013.1458, T. 23.01.2013, Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 01.03.2023)

<sup>31</sup> Domaniç, s. 389.

alanı dışında meydana geldiği için kusuru yoktur<sup>32</sup>. Senet metnine tahrif edilmeden önce imza koyanlar tahrif edilmemiş metinden, tahrifattan sonra imza koyarlarsa, tahrif edilmiş metinden sorumlu olur<sup>33</sup>.

Türk Ticaret Kanunu'nun 748 inci maddesinde ifade edilen "*senet metninde*" ibaresiyle anlaşılması gereken sadece düzenleyenin iradesini yansıtan hususlar değil, senedin bütünüdür. Bu nedenle metin dışına yazılan düzenleme tarihi, yeri de olmak üzere, ciro, aval gibi kayıtlarda yapılan değişiklikler de Türk Ticaret Kanunu'nun 748 inci maddesi kapsamında değerlendirilmelidir<sup>34</sup>.

Tahrifat eyleminin hukukî niteliği haksız fiildir<sup>35</sup>. Bu nedenle, tahrifat eylemini gerçekleştiren kimse şartları mevcutsa Türk Borçlar Kanunu'nun 49 uncu vd. maddelerinden düzenlenen haksız fiil hükümlerine göre de sorumlu tutulabilmesi mümkündür<sup>36</sup>.

Çek üzerinde birçok şekilde tahrifat yapılabilir. Konumuz çekin düzenleme tarihi üzerinde yapılan tahrifattır. Bu nedenle sadece çekin düzenleme tarihindeki değişikliğin somut görünümüleriyle sınırlı tahrifatın tespiti ve ispatına ilişkin değerlendirilecektir.

---

<sup>32</sup> Hipple, (Honsell/Vogt/Watter), Basler Kommentar, Art.1132, Rn. 5.

<sup>33</sup> Alman hukukunda da aynı yönde bkz. Baumbach/Hefermehl/Casper, WG Art. 69, Rn. 8.

<sup>34</sup> Çamoğlu, N. 62. Poliçe metni ibaresi içine "*keşidecinin imzası*" ve poliçenin şekil şartlarında olup da poliçe metni dışına yazılmış hususların da girdiği yönünde bkz. İmregün, s. 60. Maddedeki metin ibaresinin senetteki sadece borç vadini içeren kısmı değil aksine ön ve arka yüzündeki kambiyo taahhütlerinin tamamını içine aldığı yönünde bkz. Naci Kınacıoğlu, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Gazi Büro Kitabevi, 1993, s. 157.

<sup>35</sup> Bilgen, s.988; Nuri Erdem, *Kambiyo Senet Metninde Değişiklikler (Tahrifat)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 48; Kendigelen/Kırca, N.421.

<sup>36</sup> Bu konu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. III. Bölüm Hukuki Sonuçlar A. Tahrifat Fiilini Gerçekleştirenin Sorumluluğu başlığı.

## II. ÇEKİN DÜZENLEME TARİHİNDE DEĞİŞİKLİĞİN SOMUT GÖRÜNÜMLERİ İLE TAHRİFATIN TESPİTİ VE İSPATI

Çek metni düzenlendikten sonra çekte eksiklik veya yanlışlık yapıldığının fark edilmesi gibi çeşitli nedenlerden dolayı çekte değişiklik yapılmasına ihtiyaç duyulabilir. Bu değişiklikler çizilme, silinme kazınma vb. yöntemlerle çıkarılma şeklinde olabileceği gibi bazı hâllerde ekleme yapılması şeklinde de gerçekleşebilir<sup>37</sup>.

Şüphesiz çek üzerinde yapılan bu değişikliklerin kimin tarafından yapıldığı, gerekli prosedürün izlenip izlenmediği, yapılan değişikliğe ilgililerin rızasının olup olmadığı gibi birçok husus çekten doğan sorumluluk bakımından farklı sonuçlar doğurur.

Çalışma özelinde düzenleme tarihinde tahrifat yapılması durumu uygulamada sık karşılaşılan bir durum olmakla birlikte farklı görünüm şekilleriyle karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda uygulamada daha sık görülen şekilleri değerlendirilecektir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 812 nci maddesindeki "*tahrif edilmiş çek*" ifadesi bilinçli olarak kullanılmış olmakla birlikte kasıtlı olarak yapılan değişiklikleri belirlemek için kullanıldığı kabul edilmektedir<sup>38</sup>. Türk Ticaret Kanunu'nun 812 nci maddesinde getirilen hüküm mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1132 inci maddesinden alınmış olup İsviçre hukukunda da bu hükmün her türlü tahrifat eylemi için uygulandığı ifade edilmiştir<sup>39</sup>.

### A. İradi Değişiklik

Çeki değiştiren kişinin, bilerek ve isteyerek kendi iradesine dayanarak yaptığı değişikliğe iradi değişiklik denir. Bu tür değişiklikler bazen çek ilgililerinin tamamının bazen bir kısmının bazense hiçbirinin muvafakati olmadan gerçekleşebilir. Bu bağlamda değişikliği ilgililerin rızasına dayanarak tüm ilgililerin muvafakatiyle yapılması (rızaî

<sup>37</sup> Yılmaz, s. 416-417; Bilgen, s. 986, Erdem, s.17; Cinbaş, s.115.

<sup>38</sup> Erdem, s. 23.

<sup>39</sup> Hipple, (Honsell/Vogt/Watter), Basler Kommentar, Art.1132, Rn.1.

değişiklik) ve çekte tahrifat yapılması (rıza dışı değişiklik) hâli olarak ikiye ayırabiliriz.

### 1. Çekin Düzenleme Tarihinde Tüm İlgililerin Muvafakatiyle Değişiklik Yapılması (Rızaî Değişiklik)

Çek metninin ilgililerin tamamının muvafakatiyle değiştirilmesi durumunda Türk Ticaret Kanunu'nun 748 inci maddesi uygulama alanı bulmaz. Ancak bunun için tüm ilgililerin değişikliğe muvafakati ve bu değişikliğe muvafakatin senet metnine işlenmiş olması gerekir. Bu iki şartın varlığı hâlinde çekin üzerinde yapılan değişiklikler tahrifat olarak nitelendirilemez<sup>40</sup>. Çekin düzenlenme tarihi de ilgililerin muvafakati ile

<sup>40</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 207 nci maddesinde ise; "*Senetteki çıkıntı, kazıntı veya silinti ayrıca onanmamışsa, inkâr halinde göz önünde tutulmaz. Bu tür çıkıntı, kazıntı veya silinti mahkemece senedin geçerliliğine ve anlamına etkili olacak nitelikte görülürse, senet kısmen veya tamamen hükümsüz sayılabilir.*" şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 207 nci maddesi uyarınca da yapılan değişikliklerin düzenleyen tarafından onaylanması hâlinde çekteki değişiklikler geçerli kabul edilecek ve çek tahrif edilmiş çek sayılmayacaktır. Bozer/Göle, s. 402; Bilgen, s. 987; Kendigelen, s. 338. "HMK'nun 207. maddesi hükmü gereğince senetteki düzeltmelerin borçlu (keşideci) tarafından paraf edilmesi gereklidir. Yani, senette mevcut olan çıkıntı veya senet metni altındaki hak ve silinti ayrıca tasdik edilmemiş ise; inkâr halinde yok hükmündedir. Bu nedenle, senet üzerinde yapılan değişikliklerin geçerli olabilmesi için, düzenleyen tarafından imza veya paraf edilmek suretiyle onaylanması gerekir. İmzaya veya paraf imzasına itiraz halinde ise, mahkemece, yönteminde imza incelemesi yapılmalıdır. Düzeltmenin onaylı olmaması veya imzanın keşideciye ait olmadığına anlaşılması halinde, düzeltme yok hükmünde olup, senedin düzeltme öncesi durumuna göre değerlendirme yapılır.

Somut olayda, borçlular vekili, takibe konu çekin keşide tarihinin 15.06.2013 iken 15.06.2014 olarak değiştirildiğini, çek bedelinin rakamla "25.000" TL yazılı iken önüne "3" rakamının eklendiğini, çek bedeli yazı ile "yirmibeşbin" yazılı iken üzeri karalanarak yanına "üçyüzyirmibeşbin" yazılmak suretiyle değiştirildiğini belirtmiştir. Takibe konu çekin, düzenlenme tarihi ve çek bedeline ilişkin "üçyüzyirmibeşbin" yazısının yanında paraf imzaların bulunduğu görülmüştür. Borçlular vekilinin, çekteki, paraf imzalarının keşideciye ait olmadığı yönünde açık bir itirazı olmadığından çekin düzenlenme tarihinin 15.06.2014, çek bedelinin yazı ile

değiştirilebilir; bu değişiklik tüm ilgililer bakımından sonuç doğurur. İlgililer, değişikliğin yanını veya altını imzalamaları yahut paraflamaları ile değişikliğe muvafakat etmiş olurlar<sup>41</sup>.

## 2. Çekin Düzenleme Tarihinin Tahrif Edilmesi (Rıza Dışı Değişiklik)

Çekin düzenleme tarihinin tahrif edilmesi Türk Ticaret Kanunu'nun 748 inci maddesi anlamında bir senet metninde değişiklik hâlidir. Çekin düzenleme tarihinde tahrifata çoğunlukla ibraz süresini geçiren hamilin başvurduğu görülmektedir<sup>42</sup>. Hamil herhangi bir nedenle ibraz süresini geçirdikten sonra başvurma hakkını koruyabilmek için, düzenleme tarihini öne alarak ibraz süresinin geçirilmediği görünümü yaratmak, çek bedelinin ödenmesi veya karşılıksız çek keşide etmenin yaptırımını düzenleyene karşı bir baskı aracı olarak kullanmak gibi amaçlarla bunu yapabilir<sup>43</sup>.

---

yazılan “üçyüzyirmibeşbin” olduğunun kabulü gerekir. Diğer taraftan mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda, çekin, rakamla değerinin belirtildiği hanedeki rakamların sol baş tarafına farklı mürekkep tonundaki kalemle "3" rakamı yazıldığı tespit edilmiş ise de bu eklemenin keşideci dışında farklı bir kişi tarafından yapıldığı iddia edilmemiş olduğundan, bu durum başlı başına çekte tahrifat yapıldığı manasına gelmez. Dolayısıyla, takibe konu çekin, paraflanmış düzenlenme tarihi dikkate alındığında süresi içinde bankaya ibraz edildiğinin kabulü gerekir.” 12. HD, 20.11.2017, 5435/14344 (Erişim Tarihi: 10.12.2023, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

<sup>41</sup> Rızaî değişiklik hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Cinbaş, s.116 vd., Erdem, s. 18 vd. Yapılan değişiklikler senedin kambiyo senedi olma vasfını etkilemiyorsa yapılmamış sayılır. Senet üzerinde onaylanamamış değişiklikler ise her hamile karşı ileri sürülebilir. Tüzemen Atik, s. 243-244; Bilgen, s. 987.

<sup>42</sup> Törüner, s. 212; Sema Aydın, “Sahte ve Tahrif Edilmiş Çekin Ödenmesinden Doğan Sorumluluk”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2010, C. 5, S. 1-2, s. 81.

<sup>43</sup> Törüner, s. 212; Aydın, s. 81; Orhan Sekmen, “Sahte ve/veya Tahrif Edilmiş Çek”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Y. 2010, C. 84, S. 6, s. 3756.

Çek üzerinde yapılan tahrifata yönelik ileri sürülen defiler senet metninden anlaşılan mutlak nitelikte defilerdendir<sup>44</sup>. Bu nedenle herkese karşı ileri sürülebildiği gibi muhatap bankaya karşı da ileri sürülebilir<sup>45</sup>. Eğer tespit edilebiliyorsa, değişikliğin yapılmasından önce ve sonra senedi devralanlar arasında farklı biçimde ileri sürülebilir<sup>46</sup>.

### a. İbraz Sürelerinin Geçirilmesi Hâlinde Tahrif Edilmesi

Çekin düzenleme tarihinin değiştirilmesi, genellikle ibraz süresinin geçirilmesi nedenine dayanmaktadır. Ancak bununla da sınırlı değildir. Örneğin uygulamada, temel ilişkiden kaynaklanan bir uyuşmazlık sırasında verilen ihtiyati tedbir kararının sonuçlarından kurtulmak isteyen hamilin çekteki düzenleme tarihini değiştirerek çek bedelinin ödenmesini sağladığı görülmektedir<sup>47</sup>. Böylece hamil, ihtiyati tedbirin konusu olmasına rağmen çekin düzenleme tarihini tahrif ederek, bankayı yanıltıp çek bedelinin tahsili yoluna gidebilir<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> Yılmaz, s. 426; Ertekin/Karataş, s. 835; Özgür Doğan, *Kambiyo Senetlerinde Geçersizlik Defileri*, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 40. Borçlunun hamil/alacaklıya karşı senet metninde tahrifat iddiası mutlak defidir ve mahkemece bu iddia incelenmelidir. HGK, T. 04.03.2015, E. 2013/19-1746, K.2015/896. (Legalbank, Erişim Tarihi: 13.09.2023)

Ayrıca Tahrifat defisinin geçersizlik defi olduğu ve bunların mutlak ve nispi defi olarak ayrıldığı ve bu yöndeki tartışmalar için bkz. Doğan, s. 58 vd.

<sup>45</sup> Pulaşlı, §7 N.19. Ayrıca tahrifat defi hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Doğan, s.110 vd.

<sup>46</sup> Helvacı, (Ülgen/Kaya/Nomer Ertan), s. 73.

<sup>47</sup> Özdin, s. 73.

<sup>48</sup> Özdin, s. 73. Bu konuda Yargıtay tarafından verilen bir karar ile ilgili olarak bkz. "... Davacı Akbank vekili, çekte muhatap banka olduklarını, keşideci ve ilk lehtar arasındaki uyuşmazlık nedeniyle keşidecinin bu çek i.in ihtiyati tedbir kararı aldığı, çek lehtar davalı Altınyıldız Ltd. Sti. çeki, davalı Kırçay AŞ.'ye ciro ettiğini, davalı Kırçay AŞ.'de çekteki keşide tarihini değiştirerek, bu çeki davalı Çaybank AŞ.'ye tahsile verdiğini, bu bankanın Rize Şubesi de tahrifatı söylemeksizin davacı bankanın İzmir Şubesinden provizyon olarak çek bedelini ödediğini ve müvekkili bankanın zarara uğradığını ileri sürerek çek bedelinin tahsiline karar verilmesini istemiştir." 11. HD., 20.09.1994, E. 1010, K. 6613. (Gönen Eriş, *Uygulamalı Çek Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 323.

Bununla birlikte çoğunlukla çeki süresi içinde muhatap bankaya ibraz etmeyen hamil, düzenleme tarihinde tahrifat yaparak ibraz süresi geçirilmiş olan bir çeke henüz ibraz süresi geçirilmemiş bir çek görüntüsü yaratmak istemektedir. Böylelikle hem bankanın hesapta para olmasına rağmen ödeme yapmama riskini ortadan kaldırmak hem müracaat hakkını yeniden kazanmak hem de daha önce de belirttiğimiz üzere Çek Kanunu “karşılıksız çek” yaptırımını düzenleyene karşı bir baskı aracı olarak kullanmak amaçlanmaktadır<sup>49</sup>.

Düzenleme tarihinde tahrifat yapılması, düzenleyenin süresi içinde çekten caymamış olması hâlinde ne tür bir sonuç doğuracağı konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bilindiği üzere çekin ibraz süresi geçirilmiş olsa da şayet çekten cayılmamışsa Türk Ticaret Kanunu’nun 799 uncu maddesinin 2 inci fıkrası uyarınca muhatap bankanın ödeme yapması mümkündür. Burada muhatap bankanın çek bedelini ibraz süresinin geçirilmesinden sonra ödeyip ödememesi kendi takdirindedir<sup>50</sup>. Ancak bu yönde bir ödeme şüphesiz tahrif edilmemiş çekler bakımından mümkün olur. Bu anlamda muhatap banka çekten cayılmamış olması durumunda tahrif edilmiş bir çeki ödeyemez. Zira doktrinde ifade edildiği gibi muhatap bankanın ödeme sorumluluk ya da yetkileri ancak bütün unsurları tamam olan, tahrif edilmemiş çekler içindir; çekten cayılmamış olsa da tahrif edilmiş bir çeki ödeyemez. Aksi takdirde ortaya çıkan zarardan özen gösterme yükümlülüğüne aykırı davranan muhatap banka sorumlu olur<sup>51</sup>. Zira, ibraz süresi geçmiş olmasına rağmen çekten

<sup>49</sup> Törüner, s. 212, Paslı, s.652, Özdin, s.70; Ali Ayli, *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 106.

<sup>50</sup> Şafak Narbay, *Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1999, s. 52; Özdin, s. 71; Kandıralı Karadayı, s. 187. Bu durumda ödeme yapmanın yasal olduğu yönünde bkz. Domaniç, s. 843.

<sup>51</sup> Yasan da çekin düzenleme tarihinde tahrifat yapılarak değiştirilmişse ve banka kanuni ibraz süresi geçmediği kanısıyla çek bedelinin ödenmesi hâlinde Türk Ticaret Kanunu’nun 812 nci maddesi kapsamında sorumluluğun doğacağını belirtilmiştir. Bkz. Mustafa Yasan, “Çek Kanunu Geçici m.3.f.1 Uyarınca Üzerinde Yazılı Düzenlenme Tarihinden Önce İbrazı

cayılmamış olması muhatap bankanın özen gösterme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz<sup>52</sup>. Hatta uygulamada tahrifat hiç gerçekleşmemiş olsa bile, bankalar bu konuda yükümlülük altında olmadığı hâlde, düzenleyenle irtibata geçerek çekin ödenmesi hususunda aldıkları talimata göre davranmaktadırlar<sup>53</sup>.

Doktrinde bazı yazarlarca ibraz süresi geçmiş olmasına rağmen düzenleyenin cayma hakkını kullanmamış ve bu arada düzenleme tarihi tahrif edilerek ibraz süresinin henüz geçmediği izlenimi yaratılması üzerine çek bedelini ödeyen muhatap bankanın, Türk Ticaret Kanunu'nun 812 nci maddesine dayanan bir sorumluluğu doğmayacağı ifade edilmektedir<sup>54</sup>. Bir başka deyişle, düzenleyen çekten caymamışsa çek bedelinin Türk Ticaret Kanunu'nun 799 uncu maddesinin ikinci fıkrasınca muhatap banka tarafından ödenmesinin mümkün olduğu, bu nedenle Türk Ticaret Kanunu'nun 812 nci maddesi kapsamında değerlendirilebilecek bir zararın ortaya çıkmayacağı kabul edilmektedir<sup>55</sup>.

Burada düzenleyenin cayma beyanında bulunmasına rağmen muhatap bankanın tahrif edilmiş düzenleme tarihini esas alarak cayma beyanı kabul etmeyerek ödemedede bulunduğu ihtimali de değerlendirmek gerekir. Bu ihtimalde muhatap bankanın çekin düzenleme tarihi üzerindeki tahrifatı fark etmeyerek, düzenleyenin geçerli olan cayma beyanını kabul etmeyerek çek bedelini ödemesi, düzenleyenin zarara uğramasına neden olur. Bu durumda da ödeme

---

Geçersiz Olan Çekin, Muhatap Banka Tarafından İşleme Konması (ve Özellikle Ödenmesi)", *TAAD*, Yıl:5, Sayı:19 (Ekim 2014), s.341.

<sup>52</sup> Teoman, s. 21-22; Narbay, s. 52.

<sup>53</sup> Bknz. Erdem, s. 83; Ayli, s. 106-107.

<sup>54</sup> İnan, s. 124; Törüner, s. 212-213; Reisoğlu, s. 310-311; Pulaşlı, §30 N. 6; Paslı, s.652; Sekmen, s.3760.

<sup>55</sup> Muhatap bankanın çekteki tahrifatı fark etmeyerek ödeme yapmış olması hâlinde çek anlaşmasından kaynaklanan özen borcunu yerine getirmediği gerekçesiyle TBK m. 112 kapsamında banka aleyhine dava açmanın her zaman mümkün olduğu yönünde bkz. Özdin, s. 72.



yapan muhatap banka Türk Ticaret Kanunu'nun 812 nci kapsamında sorumlu olduğu kabul edilir<sup>56</sup>.

### **b. Düzenleme Tarihinin Çizilmesi veya Birden Fazla Düzenleme Tarihinin Olması**

Karşılaşılabilecek tahrifat hâllerinden biri de çekteki düzenleme tarihinin çizilmesidir. Çekte düzenleme tarihinin bulunması zorunlu unsurlardan sayıldığı için düzenleme tarihinin çizilme suretiyle ortadan kaldırılması hâlinde senedin artık kambiyo senedi vasfını taşıması mümkün değildir<sup>57</sup>.

Birden fazla düzenleme tarihi içeren çek geçersiz kabul edilir. Ancak, ikinci tarih vade şeklinde yazılmışsa Türk Ticaret Kanunu'nun 795 inci maddesinin 1 inci fıkrası kapsamında vadeye ilişkin tarih geçersiz olur<sup>58</sup>. Bu ihtimalde tarihlerden biri düzenleme tarihi; diğeri açıkça vade tarihi olarak ifade edilmiştir. Bu durumda çekin geçerli olduğu kabul edilir. Yargıtay ise vermiş olduğu kararlarında çekte iki düzenleme tarihinin bulunması veya çekin sağ üst kısmında yer alan düzenleme tarihi dışında çekte başka bir tarihin daha bulunması hâlinde önceki tarihe itibar edilmesi gerektiğini, sonraki tarihin ise vade olarak kabul edilerek geçersiz sayılması gerektiğini, böylelikle çekin kambiyo vasfının korunması gerektiğini kabul etmiştir.<sup>59</sup> <sup>60</sup>. Ancak doktrinde bu

<sup>56</sup> İnan s.124; Törüner, s. 212; Paslı, s.652-653; Ömer Korkut, *Çekte Muhatap Bankanın Araştırma-Bildirim Yükümlülüğü ve Hukuki Sorumluluğu*, Karahan Kitabevi, 2019, s. 152-153.

<sup>57</sup> Cinbaş, s.128.

<sup>58</sup> Kaya (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan), s. 289; Ayli/Yardımcıoğlu, s. 3212. Vadeye ilişkin tarihin yazılmamış sayılmasıyla birlikte ve düzenleyenin imzasının yanındaki tarihin düzenleme tarihi olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Pulaşlı, §27 N. 47.

<sup>59</sup> "...çeklerde iki tane keşide tarihi bulunması hâlinde önceki tarihe itibar edilir. Çekte vade olmayacağından daha sonraki tarih yazılmamış sayılır. Takip dayanağı çek önceki keşide tarihine göre yasal sürede muhatap bankaya ibraz edilmiş olup, çek üzerinde ikinci bir tarih yazılı olması kambiyo senedi vasfını ortadan kaldırmaz..." Yargıtay 12. HD., E. 2004/5489, K. 2004/9783, T. 20.4.2004 (Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi:01.05.2023). "... dayanak belgede, çekin üst sağ bölümünde 18.04.2004 tarihi yazıldıktan başka, ayrıca borçluya ait imzanın

uygulamaya yasal dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle karşı çıkan görüşler de bulunmaktadır<sup>61</sup>.

Reisoğlu ise Yargıtay'ın iki düzenleme tarihi varsa ilk tarihin düzenleme tarihi olarak esas alınmalıdır şeklindeki kabulünün yasal bir dayanağının olmadığı görüşündedir<sup>62</sup>. Kendigelen de, Çek Kanunu'nun geçici 3 üncü maddesinin 8 inci fıkrası ve Çek Kanunu'nun 3 üncü maddesinin 5 inci fıkrasıyla ileri tarihli çeki mümkün ve kabul eden bu maddeler karşısında Yargıtay'ın görüşünü gözden geçirmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>63</sup>. Teoman ise, çekin üzerinde açıkça iki farklı düzenleme tarihinin bulunması durumunda bunlardan birini vade olarak nitelendirerek, çekte vade yazılamayacağı ve bu nedenle de eğer bir vade konulmuşsa bunun yazılmamış sayılacağını öngören Türk Ticaret Kanunu'nun 795 inci maddesinin 1 inci fıkrasının ifadesiyle çeki ayakta tutmaya çalışmanın düzenleyenin iradesine aykırı bir sonuç yüklemek olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yazar, yazılan tarihlerden birisinin açıkça vade olarak nitelendirilmesi hâlinde Türk

---

*yanında 17.03.2004 tarihine de yer verildiği tesbit edilmiştir. Çeklerde vade öngörülmediği için çek üzerinde yazılı iki tarihten önceki tarihin keşide tarihi olarak esas alınması gerekir."* Yargıtay 12. HD, E. 2005/7889, K. 2005/9950, T. 6.5.2005 (Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 01.05.2023). Aynı yönde bkz. 12. HD. E. 2006/13433, K. 2006/16474, 18.09.2006; 12. HD. 26.04.2001 tarih ve 6458/7034; 12. HD. E. 2001/11756, K. 2001/12471, T. 06.07.2001 sayılı kararlar (Legalbank, Erişim Tarihi: 01.05.2023).

<sup>60</sup> Ayrıca bkz. Kendigelen, s. 115 ile buradaki dipnot 210 ve 211; Bilgen, s. 996; Ayli/Yardımcıoğlu, s. 3212; Bahtiyar/Taşdelen/Biçer/Hamamcıoğlu, s. 146.

<sup>61</sup> Bu görüşler için bkz. Reisoğlu, s. 66; Öztan'a göre, çek üzerinde birden fazla ve birbirinden farklı tarihler bulunması durumunda senedin çek olma vasfı yoktur. Öztan, s. 1052.

<sup>62</sup> Reisoğlu, s.66.

<sup>63</sup> Yargıtay'ın kararında gözden geçirmesi gereken husus vadeye bağlanan sonuca ilişkin olmalıdır. Çek üzerinde yazılı olan daha yeni tarihin vade tarihi olarak kabul edilmesi gerekir. Kendigelen, s.117 vd. 5941 sayılı Çek Kanunu'nun geçici 3 üncü maddesinin 5 inci maddesiyle yapılan değişiklikle 31.12.2023 tarihine kadar ileri tarihli düzenleme tarihi olan çeklerin üzerinde yazılan tarihten önce muhatap bankaya ibraz edilmesi yasaklanmıştır.

Ticaret Kanunu'nun 795 inci maddesi uyarınca çekteki vade yazılmamış sayılacağından çek geçerliliğini sürdüreceğini kabul etmektedir<sup>64</sup>.

Pulaşlı'ya göre ise, çekte iki düzenleme tarihinin birisi iptal edilmiş ise çekin geçerli kabul edilmesi gerekir<sup>65</sup>. Tarihlerden birisinin üzerinin çizilmesiyle çekte kalan tarih düzenleme tarihi olur. Bu değişikliğin çekte tahrifat yapılması anlamına gelmemesi için düzenleyenin bu çizilen tarihin altına veya yanına imza atmış olması gerekir. Aksi hâlde çekte tahrifat suçunun oluşmasına neden olabilir<sup>66</sup>. Şayet çizilen düzenleme tarihinin üzeri paraflanmamışsa yapılan bu değişiklik geçerli kabul edilmez ve bu hâlde düzenleme tarihi tahrifattan önce yazılmış şekliyle kabul edilir.

Çekte iki düzenleme tarihinin bulunması ve bu tarihlerden birisinin üstünün çizilerek iptal edilmesi durumunda kalan tarih düzenleme tarihi olarak kabul edilecektir. Çek üzerinde değişiklik yapma hakkı sadece düzenleyene ait olduğundan, eylemin tahrifat olarak kabul edilmemesi için düzenleyenin bu çizilen tarihin altında veya yanında imzasının veya parafının bulunması gerekir<sup>67</sup>. Yargıtay çekin üzerindeki düzenleme tarihinin çizilerek üzerine başka bir tarihin atılması ve yapılan bilirkişi incelemesinde bu tarih yanındaki parafın düzenleyene ait olup olmadığının tespit edilememesi durumu ile ilgili olarak üzeri çizilen tarihin düzenleme tarihi olarak kabulünün gerekeceği yönünde karar vermiştir<sup>68</sup>.

## B. İrade Dışında Ortaya Çıkan Değişiklik

İrade dışı değişiklik hâlleri tamamen kişilerin iradesi dışında meydana gelen değişikliklerdir. Bunlara örnek olarak çek metninde yer

<sup>64</sup> Ömer Teoman, "İki Farklı (Keşide) Tarihi İçeren Çeklerin Hukuki Durumu", *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları*, Sempozyum Tarihi: 12.06.2009, s. 17 vd.

<sup>65</sup> Pulaşlı, §27 N. 48.

<sup>66</sup> Pulaşlı, §27 N. 48.

<sup>67</sup> Aksi hâlde çekte tahrifat suçunun oluştuğu yönünde bkz. Pulaşlı, §27 N. 48.

<sup>68</sup> Karar için bkz. Talih Uyar, "İcra Hukukunda Çek'in Geçerlilik Koşulları", *Legal Hukuk Dergisi*, Y. 2007, C. 5, S.59, s. 3526. (12. HD. 6.7.2006 T. 12634/14844)

alan kayıtların çekin kazaen kısmen veya tamamen yırtılması, kimyevi bir madde ile silinerek okunamaz hâle gelmesi, cepte taşınması sonucu terlemeyle silinmesi, yanlışlıkla suya düşme sonucunda silinmesi gibi hâller verilebilir<sup>69</sup>. Yukarıda incelediğimiz iradi bir değişiklik hâli olan tahrifat ile kastî nitelik içermeyen irade dışı tahrifat hâli de Türk Ticaret Kanunu'nun 748 inci maddesi kapsamına dahildir<sup>70</sup>.

Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, bilirkişi raporuna göre çekin keşide tarihine mürekkep dökülmesi suretiyle tahrif edildiği bir olayda davanın taraflarının çekin keşidecisi ve lehtarını olduğunu, tarafların arasında temel ilişkin bulunduğunu, hâl böyle olunca imzası inkâr edilmeyen nama yazılı çekin tahrif edilmiş olması durumunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri kapsamında delil başlangıcı olarak kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> Kendigelen/Kırca, N. 417; Erdem, s. 23; Cinbaş, s. 123.

<sup>70</sup> Çamoğlu, N. 61. Erdem, s. 23, Cinbaş, s. 124.

<sup>71</sup> "... Bilindiği üzere, bir çekte bulunması gereken yasal unsurların neler olduğu TTK. 730114 delaleti ile 644. maddesi ve T.T.K.'nin 692. maddesinde açıklanmıştır. Bu zorunlu yasal unsurları ihtiva etmeyen çek kambiyo senedi niteliğini taşımaz. Bu belge alelade (adi) yazılı bir belge niteliğindedir. Alacaklı elindeki bu kambiyo senedi niteliğini taşımayan adi yazılı belge ile muhatap bankaya başvurduğunda, banka bir ödeme yasağı bulunmadığı ve borçlu borçtan rücu etmediği sürece isterse belgeyi ibraz edene ödeme yapabilir. Somut olayda davaya konu olan çek nama yazılı olduğundan havale hükmündedir. Borçlu keşideci böyle bir borcunun bulunmadığını beyan etmekle birlikte, çekin altındaki imzasını inkâr etmemiştir. Dolayısı ile imzanın ondan sadır olduğu kabul edilmelidir. Bilirkişi raporuna göre çekin keşide tarihi mürekkep dökülmek suretiyle tahrif edilmiştir. Davanın tarafları çekin keşidecisi ve lehdarı olduğundan taraflar arasında temel ilişkinin bulunduğu anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca imzası inkâr edilmeyen nama yazılı çekin tahrif edilmiş olması durumunda, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesi gereğince yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilmesi gerekir. Bu görüşümüzü Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 04.04.2007 gün ve 2007/13-153 E., 183 K; 20.02.2008 gün ve 2008/3-159 E., 158 sayılı kararları da doğrulamaktadır. Öyle ise alacaklının alacağını kanıtlamaya yönelik tüm delillerin toplanıp değerlendirilip sonucuna göre bir karar verilmesinin gerektiği yönündeki bozma kararı doğru olup, yerel mahkemenin direnme kararı bozulmalıdır..."

### C. Tahrifatın Tespiti ve İspatı

İspat yükü, Türk Medenî Kanunu'nun 6. maddesi ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 190. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükümlere göre ispat yükü, iddia edilen vakiya bağlanan hukukî sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir. Genel kural gereğince çekte değişikliğin düzenleyen tarafından yapıldığı iddiasında ispat yükü, bu iddiada bulunan kişiye aittir<sup>72</sup>. Çekteki düzenleme tarihindeki değişikliğin düzenleyen tarafından yapıldığı ispat edilemezse, tahrifat yapılmadan önceki tarih düzenleme tarihi olarak kabul edilir<sup>73</sup>.

Çek üzerinde yapılan tahrifatın tespiti bakımından bilirkişilerden faydalanılabileceği gibi tahrifatın açık olduğu hâllerde hâkimin bilirkişi incelemesi yaptırmasına ihtiyaç duymadan doğrudan karar vermesi de mümkündür.<sup>74</sup> Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 217. maddesi gereğince hâkim, sahtelik konusunda başka bir incelemeye gerek

---

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 26.03.2008 tarihli ve 2008/19-266 E., 2008/276 K. sayılı kararı (Legalbank, Erişim Tarihi: 08.03.2023)

<sup>72</sup> “Davalı çek keşide tarihinde tahrifat yapıldığını ve bu şekilde yeniden tedavüle sürüldüğünü savunmuştur. Bu durumda ispat yükü davalıya geçmiş olup tahrifat ile ilgili bilirkişi incelemesi için gerekli masrafı yatırmaması hususunda davalıya mehil verilmesi gerekirken ispat yükünün tayininde hataya düşülerek davacıya yüklenip yazılı şekilde karar verilmesi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir.” 19. HD, 10.04.2018, 17086/1945 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 20.07.2023).

<sup>73</sup> “...keşide tarihindeki düzenlemeye ilişkin keşideci borçlunun onayı olmadığından söz konusu değişiklik geçerli değildir. Alacaklı tarafından yeni bir bilirkişi incelemesi yapılması talep edilmediği ve ispat yükü de alacaklıda olduğu dikkate alındığında çekin keşide tarihinin tahrifattan önceki tarih olan 16.08.2010 olduğunun kabulü gerekir.” 12. HD, 21.01.2016, 24989/1769 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 10.10.2023). “...keşide tarihindeki düzenlemeye ilişkin keşideci borçlunun onayı olmadığından söz konusu değişiklik geçerli değildir. Alacaklı tarafından yeni bir bilirkişi incelemesi yapılması talep edilmediği ve ispat yükü de alacaklıda olduğu dikkate alındığında çekin keşide tarihinin tahrifattan önceki tarih olan 23.10.2014 olduğunun kabulü gerekir.” 12. HD, 12.06.2017, 17204/9141 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 12.10.2023).

<sup>74</sup> Nihat Şenol Uzun, “Sahte veya Tahrif Edilmiş Çekte Bankanın Hukuki Sorumluluğu”, *REGESTA*, Y.2020, C.5, S.2, s. 330; Ertekin/Karataş, s. 831.

duymadan karar verebilecek durumda ise gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle, senedin sahteliği hakkında bir karar verebilir<sup>75</sup>. Bununla birlikte Yargıtay çekin düzenlenme tarihinde tahrifat yapıldığı iddiasının her halükârda bilirkişi incelemesi ile açıklığa kavuşturulması gerektiğini kabul etmektedir<sup>76</sup>.

Tahrifat fiilinin incelemesi ve tespiti grafoloji ve sahtecilik özel uzmanlık alanı çerçevesinde yapılır<sup>77</sup>. Uygulamada çek üzerinde

---

<sup>75</sup> Yargıtay vermiş olduğu bir kararında keşideciye ait mukayese imzalar ile çek üzerindeki paraf imzanın karşılaştırılması ile çekin düzenleme tarihindeki tahrifat incelemesinin yapılmasını isabetli bulmamıştır. Bunun yerine çekin düzeltilen düzenleme tarihi yanındaki paraf imzası ile çekin keşideci bölümündeki imza ile aynı olup olmadığı yönünde bilirkişi incelenmesi yapılması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. 12. HD, T. 17.05.2022, E. 2021/13036 K. 2022/5905. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 01.12.2023).

<sup>76</sup> "... Çekin keşide tarihinde tahrifat yapıldığının çıplak gözle dahi anlaşılması hâlinde, mahkemece tahrifattan önceki tarihin belirlenmesi için bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekeceğini...". 12. HD. 12.7.2005 T. 12002/15471 (Uyar, s. 3526). "Çekin keşide tarihinde tahrifat yapıldığı ve paraf imzasının da sahte olduğu yönündeki itirazlar, çizimi özel ve teknik bilgiyi gerektirdiğinden HMK'nun 266.maddesi uyarınca bilirkişi incelemesi ile sonuçlandırılmalıdır." 12. HD, 07.02.2017, 9785/1350 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 22.10.2023). "Çekin keşide tarihinde tahrifat yapıldığı ve paraf imzasının da sahte olduğu yönündeki itirazlar bilirkişi incelemesi ile sonuçlandırılmalıdır. Çek keşideci tarafından düzenlenmiş olduğundan, çek üzerindeki çıkıntı ve değişikliklerin keşideci tarafından paraf edilmesi gerekir." 12. HD, 21.01.2016, 24989/1769 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 22.10.2023) "Somut olayda, takip dayanağı çekin düzenlenme tarihindeki ay hanesinde değişiklik yapıldığı ve bu değişikliğin paraf edildiği görülmektedir. Çekin düzenlenme tarihine göre süresinde muhatap bankaya ibraz edilip edilmediğinin tespiti için düzenlenme tarihinde tahrifat yapıldığı yönündeki itirazın bilirkişi incelemesi ile sonuçlandırılması gerekirken, mahkemece, herhangi bir bilirkişi incelemesi yaptırılmaksızın banka yazısı gerekçe gösterilerek davanın kabulü ile takibin iptaline karar verilmesi isabetsizdir." 12. HD, 08.06.2016, 14733/16284 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 22.10.2023).

<sup>77</sup> "... tahrifat iddiasının incelenmesi, HMK'nun 266. maddesi gereğince, çözümünü özel ve teknik bir bilgiyi gerektirdiğinden, hakim tarafından bilirkişi incelemesi

çıkarma şeklinde gerçekleştirilen tahrifat fiilinin genellikle mekanik aletler ve kimyasallar kullanarak yapıldığı görülmektedir<sup>78</sup>. Çeke eklemeler yapılarak gerçekleştirilen tahrifat eylemleri ise el yazısı analizi, yazı yaşı incelemesi vb. yöntemlerle yapılmaktadır<sup>79</sup>.

Tahrifata yönelik iddia tanık dâhil her türlü delille ve bu arada özellikle senet üzerinde yaptırılacak bilirkişi incelemesiyle ispatlanabileceğini de söylemek gerekir<sup>80</sup>. Zira burada senede karşı ileri sürülen hukukî bir işlemin söz konusu olmadığı için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 201. maddesinde düzenlenen senede karşı senetle ispat kuralı uygulama alanı bulmaz.

Çek, dış görünüş itibariyle düzenleme tarihi bakımından herhangi bir değişikliğin yapılmış olduğunun kabulüne imkân vermeyecek şekilde görünüyorsa tahrif edilmemiş senet olarak sayılması gerekir<sup>81</sup>. Bir başka deyişle, çekin dış görünüşünden tahrifat yapılmış olduğuna dair somut emareler yoksa herhangi bir tahrifatın olmadığı

---

*yaptırılmaksızın tahrifatın olduğu ya da olmadığı sonucuna varılamaz. O hâlde, mahkemece, hükmüne uyulan bozma ilamı doğrultusunda, takibe konu çekin keşide tarihinde tahrifat yapıp yapılmadığının, yapılmış ise, çekin tahrifattan önceki keşide tarihi bilirkişi incelemesi ile tespit edildikten sonra, tahrifattan önceki hali ile muhatap bankaya süresinde ibraz edilip edilmediği belirlenerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken..." 12. HD. E. 2019/12356, K. 2019/15736, T.04.11.2019. Gönen Eriş, Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre: Kıymetli Evrak: Poliçe- Bono- Çek - Makbuz Senedi – Varant, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 1195.*

<sup>78</sup> Erdem, s. 22.

<sup>79</sup> Cinbaş, s. 121.

<sup>80</sup> Kendigelen/Kırca, N. 421; Tüzemen Atık, s.244. Bu noktada yapılacak incelemede Yargıtay vermiş olduğu bir kararında sırasıyla çekin düzenleme tarihindeki paraf imzaların, keşidecinin eli ürünü olup olmadığı, eli ürünü değilse çekin düzenleme tarihinde tahrifat yapıp yapılmadığı, tahrifat var ise, düzenleme tarihinin tahrifattan önceki gerçek hâliyle bankaya ibrazın süresinde olup olmadığı belirlenmek suretiyle oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. (Yargıtay 12. HD. E.2021/1391, K. 2021/2475, T. 04.03.202, Legalbank, Erişim tarihi: 13.03.2023)

<sup>81</sup> Öztan, s. 869.

esasından hareket edilmelidir<sup>82</sup>. Değişikliğin yapıldığı hususunu ispat yükü değiştirilmiş metne göre sorumlu olmak istemeyen borçluya aittir<sup>83</sup>. Muhatap bankanın tahrif edilmiş bir çeki ödemesi durumunda düzenleyenin sadece tahrifat fiilinin varlığını ispat etmesi yeterli olup uğradığı zararı ispat etmesi gerekmez<sup>84</sup>.

Şayet tahrifat yapıldığı tespit edilirse veya çekin düzenleme tarihinde tahrifat yapıldığı açıkça anlaşılabilirse bu tahrifatın ne zaman yapıldığının tespiti önem arz eder ve ispatıysa hamile aittir<sup>85</sup>. Bu durumda alacaklı (hamil), borçlunun senedi tahrifattan sonra imzaladığını ispat etmesi gerekir. Bu hâlde değişiklikten sonra çeki imzalayan borçlular yeni metne göre sorumlu olacağı için kendi lehine hak çıkaran alacaklıdır ve genel ispat yükü kuralı gereğince de ispat yükü altındadır. Bunun yapılamaması hâlinde ise, borçlunun değişikliğe onay verdiğinin ispatı gerekir<sup>86</sup>. Tanık dâhil olmak üzere her türlü delille ispat edilebilir<sup>87</sup>. Burada da yine, ispat yükü çekin değiştirilmesinden sonra imzaladığını iddia eden alacaklıdır<sup>88</sup>.

Tahrifat iddiası genellikle çekin icra takibine konu edilmesi durumunda ileri sürülmektedir<sup>89</sup>. Bu durumda tahrifat çeki geçersiz

<sup>82</sup> Baumbach/Hefermehl/Casper, WG Art. 69, Rn. 11. Bu durumda görünüşe güven ilkesi çerçevesinde işleme tabi tutulması gerekir. Coşkun, s. 121.

<sup>83</sup> Öztan, s.870; Kuhn, (Roberto/Trüeb), Art. 1068, Rn. 4. Borçlu sadece tahrifatın varlığını değil aynı zamanda kambiyo senedini değiştirmeden önce imzalandığını da kanıtlaması gerekir. Bernasconi, (Honsell/Vogt/Watter) Basler Kommentar OR Art.1068 Rn. 11.

<sup>84</sup> Korkut, s. 154; İnan, s. 126; Sekmen, s. 3762; Aydın, s. 85.

<sup>85</sup> Öztan, s. 870; Coşkun, s. 121.

<sup>86</sup> Öztan, s. 870. İsviçre hukukunda onayın açık veya zımnî şekilde örneğin sessiz kalınarak da verilebileceği yönünde bkz. Michael Kikinis, (Honsell), KUKO OR, Art.1068 Rn. 2; Bernasconi, (Honsell/Vogt/Watter) Basler Kommentar OR Art.1068 Rn. 10.

<sup>87</sup> Öztan, s. 870; Bilgen, s. 988.

<sup>88</sup> Öztan, s. 870; Kendigelen/Kırca, N. 421.

<sup>89</sup> Kendigelen, s. 339. Banka tarafından çeki tahrif edilmiş çek şüphesi ile işlem yapılması ve ödememe durumunun belgelendirilmesi hâlinde bile hamil tarafından başvuru hakkının kullanılması ve akabinde kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla icra takibi yapılabileceği (İİK m.167) yönünde bkz. Nuri



kılıyorsa bunun İcra ve İflâs Kanunu'nun 168. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendi gereğince şikâyet yoluyla ileri sürülmesi; şayet tahrifat çeki geçersiz kılmıyorsa zamanaşımına uğradığı borca itiraz olarak ileri sürülmesi gerekir. Ayrıca tahrif edildiği tespit edilen bir çek Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 202 nci maddesi uyarınca delil başlangıcı olarak dahi kabul edilemez<sup>90</sup>.

### III. TAHRİFATA BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇLAR

#### A. Tahrifattan Önceki Tarihin Düzenleme Tarihi Kabul Edilmesi

Çekin düzenleme tarihinde yapılan değişikliğin düzenleyene ait olduğunun tespit edilememesi çeki geçersiz kılmaz. Bu durumda, tahrifattan önceki tarihinin düzenleme tarihi olarak kabul edilmesi gerekir. Yargıtay'ın uygulaması da öteden beri bu yöndedir<sup>91</sup>. Yargıtay yeni tarihli bir kararında da bu uygulamasını sürdürerek düzenleme tarihindeki değişikliğin çeki düzenleyen tarafından yapıldığının tespit edilmemesi hâlinde, tahrifattan önceki tarihin düzenleme tarihi olarak kabul edildiğine ilişkin kararı onamıştır<sup>92</sup>. Nitekim bu durumda çekin

---

Erdem, "Çekte Muhatap Bankanın Ödemeye İlişkin Yükümlülüklerinin Yargıtay 19. Ceza Dairesinin 27.01.2020 Tarihli Kararı Bağlamında Değerlendirilmesi", *REGESTA*, Y. 2023, C. 8, S. 2, s. 165.

<sup>90</sup> Kendigelen, s. 348.

<sup>91</sup> "Çekin keşide tarihinde tahrifat yapıldığı ve paraf imzasının da sahte olduğu yönündeki itirazlar bilirkişi incelemesi ile sonuçlandırılmalıdır. Açıklanan nedenlerle, çekte düzeltilen keşide tarihi üzerindeki "paraf" imzasının keşideciye ait olmadığına tespiti halinde senedin keşide tarihi tahrifattan önce yazılmış olan şekli ile kabul edilir." 12. HD, 23.02.2009, 23156/3438 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 11.09.2023). "... 08.01.2009 keşide tarihli çekin keşide tarihinin üzeri çizgi ile çizilerek altına 19.01.2009 yazılmış ve keşide tarihinin üzeri paraf edilmemiştir. Düzeltilen bu çekte keşide tarihi paraf edilmediği için yapılan değişiklik geçerli olmadığı gibi, keşide tarihi tahrifattan önce yazılmış şekliyle kabul edilecektir. Bu hâliyle yasal düresi içinde banka ibraz edildiğinden çek kambiyo vasfındadır." 12. HD, 30.03.2010, 25727/7488 (Coşkun, s.132).

<sup>92</sup> "...Mahkemenin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile Yargıtay bozma ilamı doğrultusunda İstanbul Adli Tıp Kurumu Fizik İhtisas Dairesinden aldırılan 02.03.2022 tarihli raporda da belirtildiği üzere davalı tarafından takip

ibrazının süresinde yapıлып yapılmadığı tahrifattan önceki tarihe göre tespit edilecektir.

Çekin düzenleme tarihinde yapılan değişikliğin düzenleyene ait olduğu tespit edilemez ve tahrifatın şekli nedeniyle önceki tarihin de tespiti mümkün olmazsa artık çekin zorunlu unsuru olan düzenleme tarihi ortadan kalktığından çek kambiyo senedi vasfını kaybeder.

---

*konusu yapılan çekin üzerindeki keşide tarihindeki düzeltme imzasının keşideciye ait olmadığı anlaşıldığı, bu durumda çekin keşide tarihi, tahrifattan önce yazılmış olan şekli ile kabul edileceğinden çekin keşide tarihinin 21.05.2014 olarak kabul edildiği, çek yasal süresinden sonra 31.08.2015 tarihinde muhatap bankaya ibraz edildiğinden çekin kambiyo senedi olma özelliğinin kalmadığı, dolayısıyla takibe konu çekte ciranta konumunda bulunan davacının söz konusu çekten dolayı ve takip dosyasındaki borçtan dolayı davalıya borçlu bulunmadığının tespitine karar vermek gerektiği, ayrıca davacının tazminat talebi bulunmadığından davacı lehine kötü niyet tazminatına hükümlenmediği ve gerekçesiyle davanın kabulüne, takip dosyasının dayanağını teşkil eden çekten dolayı ve ilgili icra dosyasındaki borçtan dolayı davacının davalıya borçlu olmadığına tespitine karar verilmiştir. IV. TEMYİZ ... Davalı vekilinin yerinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun olan kararın ONANMASINA,” 11. HD, 03.10.2023, 5935/5516 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Yargıtay 12. Hukuk Dairesi de yeni tarihli kararlarında aynı sonuca ulaşmaktadır. Örneğin, “Somut olayda; mahkemece tarafların bildirdiği yerlerden ve diğer resmi kurumlardan getirtilen imza asılları ile keşideci şirket yetkilisinin mahkeme huzurunda alınan imza örnekleri birlikte incelenerek, takip konusu çek üzerindeki keşide tarihi kısmındaki paraf imzasının keşideci şirket yetkilisine ait olup olmadığına tespit edilmesi için bilirkişi incelemesi yaptırılmıştır. Oysaki; takibe dayanak çekin düzeltilen keşide tarihi yanındaki “paraf” imzası ile aynı çekin keşideci bölümünde mevcut olan keşideci imzasının mukayese edilerek, aynı el ürünü olup olmadığı yönünden bilirkişi incelemesi yaptırılması, farklı olduğunun tespiti halinde, senedin keşide tarihi, tahrifattan önce yazılmış olan şekli ile kabul edilip, bu haliyle muhatap bankaya süresinde ibraz edilip edilmediği belirlenerek, oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekmektedir.” 12. HD, 17.05.2022, 13036/5905 Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 24.10.2023. Aynı yönde bkz. 12. HD, 30.09.2019, 10438/13716; 12. HD, 17.04.2019, 2737/6692 (Kararlar için bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 25.09.2023).*

Türk Ticaret Kanunu'nun 748 inci maddesi uyarınca çekin düzenleme tarihindeki tahrifattan sonra çekin üzerine imza atanlar değiştirilmiş yani yeni metne göre, diğerleriyle tahrifattan önceki metne göre sorumlu olur<sup>93</sup>. Şüphesiz değişikliğe icazet verenler bakımından sorumluluk değiştirilmiş olan yani yeni çek metni çerçevesinde olacaktır. Bir başka ifadeyle çeki düzenleyen, düzenlediği tarihteki metne göre sorumlu olacak bu çek üzerinde düzenleyen tarafından konulan kayıt ve şartlarda daha sonradan yapılan (yasal ve yasal olmayan) değişiklikler onu bağlamayacaktır<sup>94</sup>.

Türk Ticaret Kanunu'nun 748 inci maddesinin uygulanabilirliği açısından önemli bir nokta, değişiklikten önce çekin kambiyo senedi vasfını haiz olmasıdır. Sonrasında yapılan değişiklikle de kambiyo senedi vasfının devam etmesi gerekir<sup>95</sup>. Ancak değişiklik, senedin zorunlu unsurlarından olan düzenleme tarihinin ortadan kalkmasına sebebiyet vermişse, değişiklikten sonra çeki imzalayanlar bakımından herhangi bir sorumluluk doğmayacağı da kabul edilmektedir<sup>96</sup>. Çünkü ortada hukuken geçerli bir çek bulunmamaktadır. Bu nedenle de düzenleme tarihindeki tahrifatın çekteki zorunlu şekil şartı olma vasfını ortadan kaldıracak şekilde olması durumunda Türk Ticaret Kanunu'nun 748 inci maddesindeki senet metninde değişikliğe ilişkin hükümler uygulanmaz<sup>97</sup>. Çek üzerinde yapılan değişikliğe rağmen çek geçerliliğini

<sup>93</sup> Bu düzenleme imzaların bağımsızlığı kuralının bir sonucudur. Ertekin/Karataş, s. 824; Bernasconi, (Honsell/Vogt/Watter) Basler Kommentar OR Art. 1068, Rn. 2; Baumbach/Hefermehl/Casper, WG Art. 69, Rn. 1.

<sup>94</sup> Ersin Çamoğlu, "Çizilmiş Cironun Hukuki Sonuçları", *Batider*, Y. 2019, C. XXXV, S. 2, s.8.

<sup>95</sup> Cinbaş, s.128.

<sup>96</sup> Bu görüşler hakkında bkz. Reha Poroy/Ünal Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 2018, N. 363.

<sup>97</sup> Poroy/Tekinalp, N. 363; Kendigelen/Kırca, N. 419; Öztan, s. 864; Ülgen, (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan), s. 170; Bilgen, s. 987; Erdem, s.24. Bu durumda kıymetli evrakın ziyayı ve iptali prosedürünün uygulanacağı yönünde bkz. Öztan, s. 864; Ülgen, (Helvacı/Kaya/Nomer Ertan), s. 170; Bilgen, s.987; Erdem, s.70; Ergun Tuna/Didem Göç Gürbüz, *Ticaret Hukuku Prensipleri (Kıymetli Evrak)*, Beta Yayıncılık, 2018, s. 118.

yitmezse değişiklikten sonra yeni bir çek meydana geldiği için, çek üzerine değişiklikten önce imza atanlar Türk Ticaret Kanunu'nun 748 inci maddesi uyarınca eski metne göre sorumlu olacaktır<sup>98</sup>.

### **B. Tahrifatı Gerçekleştirenin Sorumluluğu**

Çekin düzenleme tarihinde tahrifat eylemini gerçekleştirmek suretiyle muhatap bankanın çeki hak sahibi olmayan bir kimseye ödemesine neden olan kişi doğan zarardan dolayı Türk Borçlar Kanunu'nun 49 uncu maddesindeki haksız fiil hükümleri çerçevesinde sorumlu olur<sup>99</sup>. Tahrif edilmiş çek hakkında Türk Ticaret Kanunu'nun 812 nci maddesi uyarınca muhatap bankanın kusursuz sorumluluğu bulunuyor olsa da, çekin düzenleme tarihinde tahrifat yapan kimsenin de uğranılan zarardan dolayı sorumlu olduğu tereddütsüz kabul edilmelidir<sup>100</sup>. Tahrifatı gerçekleştiren kişi çeki haksız bir şekilde ele geçiren üçüncü kişi olabileceği gibi lehtar, ciranta veya meşru hamil de olabilir<sup>101</sup>.

Tahrif edilmiş çekin ödenmesi nedeniyle zarara uğrayan düzenleyen bu zarardan dolayı Türk Borçlar Kanunu'nun 61 inci maddesi uyarınca hem muhatap bankaya hem de çekte tahrifat yapan hamile karşı dava açabilir<sup>102</sup>.

Çekin düzenleme tarihinde tahrifat yapılması cezai sorumluluk da doğurmaktadır. Tahrifat fiiline konu olan çek Türk Ceza Kanunu'nun 210 uncu maddesinin 1 inci fıkrası ve 204 üncü maddesinin 1 inci fıkrası uyarınca resmi belgede sahtecilik suçunu, şayet çek nama yazılı ise Türk Ceza Kanunu'nun 207 inci maddesinin 1 inci fıkrası uyarınca özel belgede sahtecilik suçunu oluşturacaktır<sup>103</sup>.

<sup>98</sup> Eski metnin senetten anlaşılması veya senet borçlusunun lehine veya aleyhine olmasının bir önemi yoktur. Tuna/Göç Gürbüz, s. 118.

<sup>99</sup> İnan, s. 131, Paslı, s. 654; Ayli, s.112; Cinbaş, s. 289.

<sup>100</sup> Ertekin/Karataş, s. 252.

<sup>101</sup> Özdin, s. 8.

<sup>102</sup> Pulaşlı, §30 N.18.

<sup>103</sup> Kaya, (Ülgen/Helvacı/Nomer Ertan), s. 278; Kendigelen/Kırca, N. 384; Domaniç, s. 844; Kendigelen, s. 346; Arı, (Karahana/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 409. Ayrıca senet metninde kasten gerçekleştirilen tahrifatın senedin emre

### C. Muhatap Bankanın Sorumluluğu

Muhatap banka ödeme yaparken çekin tahrif edilmemiş olmasını dikkatli ve özenli bir şekilde incelemeli, buna göre diğer şartlar da sağlanıyorsa ödeme yapmalıdır<sup>104</sup>. Hukuk Genel Kurulu bir kararında çekin ödenmesi için ibraz edilmesi üzere banka tarafından yapılacak inceleme hakkında şu şekilde karar vermiştir: "...14. Ödeme için ibraz edilen çek üzerinde muhatap banka tarafından bir kısım incelemelerin de yapılması zorunludur. Bu anlamda çekin yasal unsurları haiz gerçek bir çek olup olmadığı, süresinde ibraz edilip edilmediği, ibraz edenin meşru hamil olup olmadığı, emre yazılı çeklerde ciro zincirinin muntazam olup olmadığı, keşideciye atfen atılan imzanın keşideci yahut temsilcisine ait olup olmadığı, çekte ayrıca bir tahrifatın bulunup bulunmadığı ve başkaca bir ödeme engeli bulunup bulunmadığı hususlarında inceleme yükümlüğü altında olan muhatap bankanın, gerekli özeni göstererek ödemeye engel bir hususu tespiti hâlinde ödeme yapmaktan kaçınması gerekmektedir. Aksi durumda yapılan ödemeyi keşideciden talep edemeyecektir."<sup>105</sup>

Ticari hayatta çekin kullanımı yaygın olduğu için bankalarda da çeke ilişkin işlem sayısı nispeten fazla olmakta ve bu işlemlerin bir an önce sonuçlandırılması beklenmektedir<sup>106</sup>. Elbette muhatap banka çeki kontrol ederken grafoloji uzmanı gibi bir bilgi ve tecrübeye sahip olmadığından kendisinden bu şekilde detaylı bir inceleme yapması beklenemez<sup>107</sup>. Ancak bu muhatap bankanın basiretli davranma

---

yazılı olması hâlinde özel belgede de sahtecilik suçunu oluşturacağı ve tahrifatı gerçekleştiren kişiye karşı kambiyo hukukundan doğan hakların kullanılamaması hâlinde en azından Türk Borçlar Kanunu'nun 49 uncu maddesi vd. haksız fiil hükümlerinde gidilebilecektir. Kendigelen/Kırca, N. 422. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Cinbaş, s. 146-148; Bozer/Göle, s.403.

<sup>104</sup> Kınacıoğlu, s. 327; Sevda Bora, "Çek Hesabı Açma ve Ödemeye İlişkin Muhatap Bankanın Yükümlülükleri", *Legal Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, Y. 2014, C. 3, S.11, s.67. Buradaki özenin makul özen olduğu yönünde bkz. Korkut, s. 99.

<sup>105</sup> HGK, 20.04.2021, 37/512 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi:10.12.2023)

<sup>106</sup> Korkut, s. 99.

<sup>107</sup> İnan, s. 130; Öztan, s. 1107.

yükümlülüğünü göz ardı edeceği ve kontrolünü özensizce gerçekleştireceği anlamına gelmez. Muhatap banka özellikle düzenleyen tarafından doldurulan kısımları bu çerçevede incelemelidir<sup>108</sup>.

Bankanın inceleme yükümü bir anlamda kendi menfaatini korumak amacıyla getirilmiştir. Senette silinti, kazıntı, yetkisiz değişiklik gibi şüphe uyandıran bulgular saptayan banka bu çeki ödemekten kaçınabilir<sup>109</sup>. Hatta çekte tahrifat olduğunu anlarsa veya şüphe duyarsa düzenleyenden bilgi istemeli ve ödeme yapmamalıdır<sup>110</sup>. Çünkü Türk Ticaret Kanunu'nun 812 nci maddesinin 1 inci fıkrasına göre *"Sahte veya tahrif edilmiş bir çeki ödemiş olmasından doğan zarar muhataba ait olur; meğerki, senette düzenleyen olarak gösterilen kişiye, kendisine verilen çek defterini iyi saklamamış olması gibi bir kusurun yüklenmesi mümkün olsun."* şeklindedir. Söz konusu hükümden de anlaşılacağı üzere, ilke olarak muhatap bankanın sorumluluğu kabul edilmiş; ancak düzenleyenin kusurunun bulunması ihtimalinde muhatap bankanın sorumluluğunun doğmayacağı kabul edilmiştir. Bu durumda oluşan zarara, kusuru ile sebebiyet veren düzenleyenin katlanır<sup>111</sup>.

Bu bağlamda çekin düzenleme tarihinde tahrifat yapılması hâlinde de yapılan ödemeden doğan zararın muhatap banka tarafından karşılanması gerekir. Zararın meydana geldiği an, muhatap bankanın ödememesi gereken düzenleme tarihi tahrif edilmiş bir çeki ödemesiyle ve bu ödediği çek meblağını düzenleyenin hesabına borç kaydetmesiyle meydana gelmiş kabul edilir<sup>112</sup>.

Türk Ticaret Kanunu'nun 812 nci maddesinde muhatap bankanın sorumluluktan kurutulabilmesi bakımından sadece

---

<sup>108</sup> Öztan, s. 1110.

<sup>109</sup> Çamoğlu, N. 344.

<sup>110</sup> Öztan, s. 1110; Bozer/Göle, s. 401.

<sup>111</sup> İnan, s. 117; Pınar Uzun Şenol, "Çekte Muhatap Bankanın Sorumluluğunun Kapsamı", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2013, C. 8, S.2, s. 964.

<sup>112</sup> Erdem, Muhatap, s. 150.

düzenleyene yüklenebilecek bir kusurdan bahsedilmesi ilgili hükmün sadece düzenleyen ve muhatap banka arasındaki ilişkiyi değerlendirildiği anlamına gelir<sup>113</sup>. Bir başka deyişle muhatap bankanın kusurlu olup olmadığı meselesi sadece birlikte kusurun varlığı hâlinde çekin ödenmesinden doğan zararın muhatap banka ve düzenleyen arasında ne oranda paylaşılacağı hâlinde önemlidir<sup>114</sup>.

Türk Ticaret Kanunu'nun 812 nci maddesi kapsamında muhatap bankanın sorumluluğun doğabilmesi çalışmamızdaki konu özelinde düzenleme tarihi tahrif edilmiş bir çek bulunmalı, muhatap banka bu çeki dayanarak ödeme yapmış olmalı ve düzenleyenin de bu ödemedeki kaynaklı zararı doğmuş olmalıdır<sup>115</sup>.

Türk Ticaret Kanunu'nun 812 nci maddesinden dolayı muhatap bankanın sorumluluğu gerek doktrin gerekse Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere kusursuz sorumluluktur<sup>116</sup>. Bu nedenle muhatap banka

<sup>113</sup> Törüner, s. 207, Paslı, s. 636, Özdin, s. 29-34; Ayli, s. 108.

<sup>114</sup> Kalpsüz/Erem/Çelebican, s. 140. İsviçre hukukunda da aynı durum için bkz. Kuhn, (Honsell), KUKO OR, Art.1132 Rn. 5.

<sup>115</sup> Bozer/Göle, s. 404; Ayli, s. 109. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında dava konusu çek, davalı bankaya takas için verilmiş olup çekin tahrifat yapıldığı ileri sürülen kısmında ise paraf bulunduğunu, sahte ve tahrif edilen çekten doğan zarardan muhatap bankanın sorumlu olup çekin tahrifat yapıldığı ileri sürülen kısmında ise paraf bulunması karşısında mümeyyiz davalının davaya konu çekle ilgili olarak ne şekilde kusurlu olduğu açıklanmadan söz konusu davalı bankanın sorumluluğuna hükmedilmesini doğru görmemiş ve kararı bu nedenle davalı banka yararına bozmuştur. Yargıtay 11. HD., E. 2012/8506 K. 2012/11116, T. 27.06.2012. (Legalbank, Erişim Tarihi: 13.03.2023).

<sup>116</sup> Öztan, s.1100-1111; Pulaşlı, §34 N.40a; Bozer/Göle, s. 404; Kaya, (Ülgen/Helvacı/Nomer Ertan), s. 347; Reisoğlu, s. 314; Arı, (Karahan/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 408; Yılmaz, s. 274; Ertekin/Karataş, s. 252; Erdem, s. 85; Özdin, s.33; Cinbaş, s. 290; İnan s. 126; Paslı, s.655; Törüner, s.214; Yener Tanın, s. 808-809; Aydın, s. 85; Aydın/Badak, s. 921; Uzun, s. 335; Abbas Bilgili, "Sahte ve Tahrif Edilmiş Çeki Ödeyen Bankanın Sorumluluğu", *İBD*, Y. 2016, C.90, S.3, s. 134; Kandıralı Karadayı, s. 188; Ayrıca İsviçre'de bkz. Hipple, (Honsell/Vogt/Watter), Basler Kommentar, Art.1132, Rn.4.

kendisinin kusursuz olduğunu ispatlamakla sorumluluktan kurtulamaz. Bir başka ifadeyle, banka önüne gelen çekte düzenleme tarihinin tahrif edildiğini çeki inceleyip kontrol etmiş olsa bile veya çekteki tahrifatın profesyonelce gerçekleştirilmiş olması hâlinde bile yapmış olduğu ödemedi dolay düzenleyen ugradığı zararı gidermekle yükümlüdür<sup>117</sup>.

Ancak muhatap bankanın kusursuzluğu çekin düzenleme tarihinde yapılmış olan tahrifatın düzenleyen kusurundan kaynaklandığının ispat edilmesi hâlinde muhatap bankayı sorumluluktan kurtarır<sup>118</sup>. Zira düzenleyene kendisine verilen çek defterini iyi saklamamış olması gibi bir kusur yüklenmesi muhatap bankayı sorumluluktan kurtarır.

Hamil tarafından ibraz edilen çekteki düzenleme tarihinde yapılan tahrifatın muhatap banka tarafından fark edilmesi durumunda muhatap banka ödeme yapmayacağı için Türk Ticaret Kanunu'nun 812 nci maddesinin bu durumda uygulanmayacağını söylemek gerekir<sup>119</sup>. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere Türk Ticaret Kanunu'nun 812 nci maddesinin uygulanabilmesi için bir zarar doğmuş olmalıdır<sup>120</sup>.

<sup>117</sup> Erdem, s. 86, Paslı, s.655-656; Uzun, s. 355, Bilgili, s. 134; Aydın/Badak, s. 911.

<sup>118</sup> Paslı, s. 655; Yener Tanın, s. 818; Bilgili, s. 136, İnan, s. 126, Cinbaş s. 291.

<sup>119</sup> Öztan, s. 1108 dpn. 126.

<sup>120</sup> "Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; dava konusu, keşidecisi ... ve lehtar..... Telekomünikasyon A.Ş. ve keşide tarihi 20.10.2007 olan, 6.000,00TL bedelli çekin 22.10.2007 tarihinde lehtar tarafından davalı bankanın Hasanpaşa Şubesi'ne ibraz edilerek çek bedelinin tahsil edildiği, ancak davalı banka tarafından çek bedelinin tahsil edildiğine dair çek üzerinde gerekli işlemlerin yapılmadığı, akabinde ise anlaşılamayan bir şekilde çekin davalı bankadan çıkartılarak keşide tarihinin 20.10.2008 olarak değiştirilip tekrar tedavüle konulduğu anlaşılmaktadır.

Birleşen davada davacı vekili, davalı bankanın kendisine ibraz edilen ve karşılığı ödenen çek için gerekli işlemleri yapmaması ve çeki muhafaza edememesi nedeniyle keşide tarihinin değiştirilerek tekrar tedavüle sokulmasında kusurlu olduğunu ileri sürerek çek nedeniyle oluşan maddi zararının tazminini davalı bankadan talep etmekte olup, tahrif edilmiş çeki dayalı olarak bir talepte bulunmamaktadır. Bu hâliyle birleşen davada davalı bankaya karşı kusur sorumluluğuna dayalı olarak



Muhatap bankanın Türk Ticaret Kanunu'nun 812 nci maddesinin 1 inci fıkrası kapsamında sorumluluğunun azami sınırıysa ödediği tahrif edilmiş çekin bedeli ve işleyecek faiz kadardır<sup>121</sup>.

#### D. Düzenleyenin Sorumluluğu

Türk Ticaret Kanunu'nun 812 nci maddesi uyarınca düzenleyen, tahrif edilmiş bir çekin ödenmesinde kendisine yüklenebilecek kusurunun bulunması hâlinde doğacak olan zarardan bizzat sorumlu tutulabilecektir<sup>122</sup>. Çekin düzenleme tarihinde tahrifat yapılması durumunda, düzenleyen çeki doldururken senedin tahrif edilmesine imkân verecek boşluklardan kaçınacak şekilde doldurması önemlidir. Bir başka deyişle, düzenleyen çekin tahrifatını kolaylaştırıcı tutumlardan kaçınmada azami dikkatli ve özenli olmalıdır<sup>123</sup>. Örneğin, düzenleme tarihinde ay ve gün yazılırken 1.2.2024 değil de 01.02.2024 şeklinde yazılması ekleme suretiyle düzenleme tarihinde tahrifat yapılmasının

---

*husumet yöneltildiği uyuşmazlık konusu değildir. Bu durumda her davanın açıldığı tarihteki duruma göre sonuçlandırılması gerektiği gözetildiğinde birleşen dava tarihi itibarıyla davacının henüz bir zararı doğmamıştır. Zira davacı dava konusu çeki ciro yoluyla devraldığı ve ticari ilişkisi bulunduğu kendi âkidinden sözleşme ilişkisi çerçevesinde talep edebilme hakkına sahiptir.*

*Bu itibarla daha önce tahsil edilen çekin, tekrar tedavüle konulması nedeniyle davalı bankanın kusurundan söz edilebilirse de; davacı tarafın öncelikle bu çeki ciro yoluyla devraldığı ve ticari ilişkisi bulunan kendi âkidi aleyhine dava açarak veya takipte bulunarak, alacağını bu şahıstan talep etmesi gerekmektedir. Buna karşılık alacağını tahsil edememesi durumunda ise davacının davalı bankanın kusuru nedeniyle mevcut bir zararının oluştuğunun kabulü gerekir. Bu hâliyle dava tarihi itibarıyla davacının zararı muhtemel zarar niteliğinde olup, dava tarihi itibarıyla mevcut bir zarar söz konusu olmadığından davalı bankanın haksız fiil sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Başka deyişle davalı banka aleyhine açılan birleşen dava erken açılan dava niteliğindedir.” HGK., 21.02.2019, 41/186 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi:10.12.2023).*

<sup>121</sup> İnan, s. 126; Aydın, s. 85.

<sup>122</sup> Türk Ticaret Kanunu'nun 812 nci maddesinde “gibi” ifadesinin kullanılmasından düzenleyenin kusurlu davranışına ilişkin tek hâlin bu olmadığı anlaşılmaktadır. Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Turhan Kitabevi, 2019, s. 250; Bahtiyar/Taşdelen/Biçer/Hamamcıoğlu, s. 176.

<sup>123</sup> Bilgili/Demirkapı, s. 171.

önüne geçebilecektir<sup>124</sup>. Tahrifat eylemi her zaman ekleme yapmak suretiyle gerçekleşmez. Örneğin, çekin düzenleme tarihindeki tahrifata kazıntı ile de sebebiyet verilebilir. Bu durumda artık düzenleyenin kusurundan söz edilemez<sup>125</sup>.

Düzenleyenin kusurunun bulunması özellikle de özen yükümlülüğünün ihlâl edilmesi hâlinde ortaya çıkar<sup>126</sup>. Özen yükümlülüğünün tespitindeyse basiretli tacir olma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği incelenir. Düzenleyenin tacir olmadığı hâller bakımından çek düzenleyen makûl bir insanın göstereceği objektif özeni göstermesi aranır<sup>127</sup>. Tacir olması hâlinde, Türk Ticaret Kanunu'nun 18 inci maddesinin 2 inci maddesindeki basiretli tacir olma yükümlülüğüne uygun hareket edilip edilmediği incelenmelidir<sup>128</sup>.

Türk Ticaret Kanunu'nun 812 nci maddesinin 1 inci fıkrası uyarınca tahrif edilmiş çeki ödeyen muhatap bankanın sorumluluktan kurtulması için düzenleyenin kusurunun bulunmasıyla birlikte, kendisinin de bir kusurunun bulunmaması şarttır<sup>129</sup>. Muhatabın gerçekleşen tahrifatta düzenleyenin kusurunun varlığını ispat etmesi, her zaman kendisinin sorumluluğun tamamen oradan kalkacağı ve zarara tamamen düzenleyenin katlanacağı anlamına gelmez<sup>130</sup>. Düzenleyenin kusurunun varlığı sadece muhatap bankanın kusursuz sorumluluğunu bertaraf edecektir<sup>131</sup>. Yani düzenleyenin kusurunun bulunması hâlinde banka ya tamamen sorumluluktan kurtulacak ya da sorumluluğu hafifleyecektir<sup>132</sup>.

<sup>124</sup> Özdin, s.87; Ayli, s. 117.

<sup>125</sup> Tekil, s.86; Erdem, s. 88.

<sup>126</sup> Özen yükümlülüğü hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Bilgili/Demirkapı, s. 171.

<sup>127</sup> İnan, s. 128; Törüner, s.215; Cinbaş s. 293; Paslı, s.656-657; Yener Tanın, s. 817; Uzun, s.336; Aydın, s.88; Erdem, s. 89.

<sup>128</sup> Cinbaş s. 292; Paslı, s. 657, Yener Tanın, s. 817; Uzun, s.336, Aydın, s. 88, İnan s. 128; Törüner, s. 215.

<sup>129</sup> Kendigelen, s. 341; Bahtiyar/Taşdelen/Biçer/Hamamcıoğlu, s. 176.

<sup>130</sup> Ayli, s.114.

<sup>131</sup> Özdin, s. 76.

<sup>132</sup> Uzun Şenol, s. 965.

Çekin düzenleme tarihindeki tahrifata düzenleyenin yardımcısının eylemi de sebebiyet vermiş olabilir. Düzenleyenle muhatap banka arasında çek anlaşması bulunduğu için düzenleyen bu tahrifat fiilinden, yardımcı kişinin eylemlerinden Türk Borçlar Kanunu'nun 116 ncı maddesinin 1 inci fıkrasındaki yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmü kapsamında sorumlu olacaktır. Bu kimselerin neden oldukları tahrifat eyleminden doğan sorumluluk Türk Ticaret Kanunu'nun 812 nci maddesi uyarınca bankanın sorumluluğunu ortadan kaldırır ve düzenleyen ilgili hüküm nedeniyle bizzat sorumlu olur<sup>133</sup>. Tahrifat eylemi bizzat yardımcı kişinin kendisi tarafından yapılmışa sorumluluğun ne olacağı hakkında doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre<sup>134</sup>, görevi gereği çeki elinde bulunduran bu nedenle de çekin düzenleme tarihindeki tahrifatı yapan yardımcı kişinin bu eylemi, borca aykırı eylemler düzenleyene yüklendiği için düzenleyenin asıl fail gibi nitelendirilmesi gerekir. İkinci görüşe göre ise, yardımcı kişilerin bu eylemi işin görülmesi sırasında ortaya çıkan zarar olarak nitelendirilmez. Böylece borca aykırı davranış ve illiyet bağı kesilir. Bu nedenle de düzenleyen, yardımcı kişinin eyleminden sorumlu olmaz ve asıl fail olarak kabul edilmeyeceği için Türk Ticaret Kanunu'nun 812 nci maddesi uygulanabilecektir<sup>135</sup>.

Düzenleyenin çek üzerine yazdığı metni sonradan değiştirmesi tahrifat sayılmaz. Çünkü bu değişiklik sonradan ortaya çıkan bir durumun çeki yansıması olup hukuka uygun olduğu kabul

---

<sup>133</sup> Domaniç, s.842; Bilgili/Demirkapı, s. 171; Erdem, s. 89; Yener Tanın, s. 817; Paslı, s. 658; İnan, s.129; Cinbaş, s.295.

<sup>134</sup> İnan, s. 128; Törüner, s. 215; Cinbaş, s. 295; Paslı, s. 658-659. Erdem de aynı görüşte olmakla birlikte bu durum Türk Ticaret Kanunu'nun 812 nci maddesi anlamında bankanın sorumluluğunu kaldıracak şekilde yorumlanmaması gerektiğini, keşideci yardımcıların kusurlu eyleminden kendisinin kusurlu sayılıp Türk Ticaret Kanunu'nun 812 nci maddesinin de buna göre uygulanması gerektiğini kabul etmektedir (Erdem, s. 89). Ayrıca ikinci görüş bakımından görevle irtibat kavramının yanlış yorumlandığı hakkında detaylı açıklama için bkz. Paslı s.658 vd.

<sup>135</sup> Tekil, s. 87-88.

edilmelidir<sup>136</sup>. Diğer kimselerinse senet metninde yaptıkları değişikliklerde, başta düzenleyen olmak üzere, tüm sorumluların muvafakatinin bulunup bulunmadığı aranmalıdır<sup>137</sup>. İlgililerin tümü rıza göstermediyse bu eylemin tahrifat olarak nitelendirilmesi gerekir. Keza, çekin lehtara verilmesinden sonra da senet metninde özellikle de şekli unsurları üzerinde (düzenleme tarihi) yapılacak değişiklikler tahrifat olarak kabul edilmelidir<sup>138</sup>.

### E. Sorumluluğun Muhatap Banka Ve Düzenleyen Arasında Paylaştırılması (Müterafik Kusur)

Tahrif edilmiş çekten dolayı sorumluluk kapsamında kusurun banka ve düzenleyende birlikte bulunması da mümkündür. Bu hâlde zarar kusur oranına göre taraflar arasında paylaştırılabilir.

Düzenleyenin kusuru mevcutsa sorumluluğun nasıl olacağı hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, düzenleyenin kusuru mevcutsa muhatap bankanın kusurlu olup olmadığı incelenmeksizin zarar taraflar arasında paylaştırılmalıdır<sup>139</sup>. Diğer görüşse, birinci görüşten hareketle düzenleyenin kusurunun bulunması hâlinde bankanın sorumluluğunu bütünüyle ortadan kalkmayacağını ama düzenleyenin kusuru ölçüsünde hafifleyeceğini kabul etmektedir<sup>140</sup>. Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise, tahrif edilmiş bir çekin ödenmesi rizikosu zaten muhatap bankaya aittir. Bu nedenle düzenleyenin kusurlu olması hâlinde kendisinin sorumluluğuna hükmedilmeli ancak olay bakımından muhatap bankanın kusurlu sayılmasını gerektiren bir durum var ise zarar

<sup>136</sup> Özdin, s.5 dpn. 7.

<sup>137</sup> Teoman, s. 21.

<sup>138</sup> Öztan, s. 498.

<sup>139</sup> Kusur oranlarının tespiti bilirkişi marifetiyle yapılması gerektiği, ancak hâkimin takdir yetkisini kullanarak gerekçesini açıklamak suretiyle bilirkişi raporuna uymayarak karar verebileceği kabul edilmektedir (Pashı, s.663; Ertekin/Karataş, s. 256). Zira bilirkişi raporu takdiri delil olup, hâkimi bağlamaz. Hâkim, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir (HMK m. 282).

<sup>140</sup> Kalpsüz/Erem/Çelebican, s. 140; Pulaşlı, §30 N. 11.

kusurları oranında paylaştırılmalıdır<sup>141</sup>. Bu paylaşım da Türk Borçlar Kanunu'nun 52 inci maddesindeki indirimle ilişkin hüküm çerçevesinde yapılmalıdır<sup>142</sup>. Düzenleyenin kusurunu ispat yükü ise genel ispat yükü kuralı gereğince tahrif edilmiş çekten dolayı kusursuz sorumluluk atfedilen muhatap bankadadır<sup>143</sup>. Çünkü düzenleyenin kusurunu ispat ettiği oranda kendisi sorumluluktan kurtulacaktır<sup>144</sup>. Düzenleyenin kusurunun bulunduğu fakat muhatap bankaya herhangi bir kusurun yüklenemediği hâllerde zararın bütününe düzenleyen katlanacaktır<sup>145</sup>.

Muhatap banka düzenleyenin imzası, temsilcinin yetkisi ve imzası, çekin üzerindeki unsurlarda özellikle çalışmamızın konusu bakımından çekin düzenleme tarihinde veya hamilin durumunda şüpheli bir durum varsa çeki uzmanlara incelettirmeli veya mümkün ise düzenleyenden onay almalıdır<sup>146</sup>.

#### F. Muhatap Bankanın Rücu Hakkı

Düzenleme tarihinde tahrifat yapılmış bir çeki ödeyen muhatap banka, Türk Ticaret Kanunu'nun 812 nci maddesi kapsamında tahrifatı gerçekleştiren kişiye rücu edebilir. Daha önce tahrifat eyleminin Türk Ceza Kanunu kapsamında suç teşkil edebileceği bahsine değindiğimiz için tekrara düşmemek bakımından bu başlık altında yer vermiyoruz<sup>147</sup>. Ayrıca muhatap banka, tahrifatı gerçekleştiren kişiye karşı Türk Borçlar Kanunu'nun 77 inci maddesi uyarınca sebepsiz zenginleşme, Türk Borçlar Kanunu'nun 49 uncu maddesi uyarınca haksız fiil hükümlerine göre dava açabilir<sup>148</sup>. Muhatap banka, Türk Borçlar Kanunu'nun 116 ncı

<sup>141</sup> İnan, s.126; Öztan, s.1111; Erdem, s. 90-91.

<sup>142</sup> "... Zarar gören keşidecinin kusuru muhatabın sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmıyor ise 818 sayılı BK'nın 44. (6098 sayılı TBK'nın 52.) maddesi gereğince zarar görenin müterafik (ortak) kusuru oranında tazminattan indirim yoluna gidilecektir..." YHGK, E. 2017/131, K. 2019/1395, T. 19.12.2019 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 11.07.2023)

<sup>143</sup> İnan, s. 127.

<sup>144</sup> Kandıralı Karadayı, s. 190.

<sup>145</sup> Kalpsüz/Erem/Çelebican, s. 139, 140; Reisoğlu, s. 312; Pulaşlı, §30 N.11.

<sup>146</sup> Ayli, s.116.

<sup>147</sup> Bkz. Tahrifat Fiilini Gerçekleştirenin Sorumluluğu başlığı.

<sup>148</sup> Kendigelen, s. 346; Paslı, s. 663-664.

maddesindeki yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmü kapsamında düzenleme tarihinde tahrifat yapılmış olan bir çekin ödenmesinden dolayı kusurları varsa çalışanlara da rücu edebilir<sup>149</sup>.

Muhatap bankanın, hamilden talep hakkı, ancak çekin düzenleme tarihinde tahrifat yapıldığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, yani kötü niyetli hamil olduğundan bahisle mümkün olabilir<sup>150</sup>. Bununla birlikte muhatap bankanın iyiniyetli hamilden hataen ödeme sebebiyle talepte bulunamayacağı; ancak tahrifatı gerçekleştiren kişiden talepte bulunabileceği, tahrifatı gerçekleştiren kişinin tespit edememesi durumunda ise zarara muhatap bankanın katlanması gerektiği ifade edilmektedir<sup>151</sup>.

Muhatap bankanın Türk Ticaret Kanunu'nun 812 nci maddesi çerçevesinde uğramış olduğu zarar ile ilgili olarak düzenleyene rücu etmesi mümkün değildir. Zira Türk Ticaret Kanunu'nun 812 nci maddesi hükmü incelendiği zaman düzenleyenin kusurunun bulunmaması hâlinde ise zararın butünüyle muhatap üzerinde kalacağı belirtilmiştir<sup>152</sup>.

<sup>149</sup> Pashı, s. 664, Uzun, s. 339.

<sup>150</sup> Tekil, s. 93-94; Bilgili/Demirkapı, s. 172; Yener Tanın, s. 823

<sup>151</sup> Yener Tanın, s. 823; Uzun, s. 339. Yargıtay da bir kararında muhatap bankanın iyiniyetli hamile karşı hataen ödeme sebebiyle başvurma imkânının olmadığı kabul edilmiştir. "Çeki elinde bulunduran hamilin, çeki kötü niyetle veya ağır kusurla iktisap etmiş olmadıkça geri vermekle yükümlü olmayacağını öngören mülga TTK'nın 704. maddesi karşısında, hamil çekin sahte ve tahrif edilmiş olduğunu biliyor veya söz gelimi çek üzerinde bu eylemlerin varlığı belli olan hallerde bilmesi gerektiği kabul edilebiliyor ise bankanın bu kişiye rücu hakkının tanınabileceği, başka bir anlatımla, hamil kötünüyetli ise, bankanın, bu paranın kendisine geri verilmesini hamilden isteyeceği, iyiniyetli hamile ise hataen ödeme sebebiyle başvurma imkânının olmadığı, sahte veya tahrif edilmiş çeki ödeyerek zarara uğrayan bankanın ancak bu fiilin failinden zararının tazminini isteyebileceği, (Tekil, s.86,93,94; Eriş Gönen, Türk Ticaret Kanunu, 2010, C.4, s.4361, Öztan, s. 1112) değerlendirilmeksizin davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir." 11. HD, 10.09.2013, 17465/15363 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 25.09.2023).

<sup>152</sup> Özdin, s. 127.

Muhatap banka cirantalara karşı talebi, bu kişilerin çekin iktisabında kötü niyetli ya da ağır kusurlu olunması hâlinde söz konusu olabilir. Hâliyle bu durumda muhatap bankanın rücu hakkını kullanabilmesi için kötü niyeti veya ağır kusuru ispat etmesi gerekecektir<sup>153</sup>. Çekin düzenleme tarihinde yapılan tahrifatın gerekli özenin gösterilmiş olması hâlinde fark edilebilecek olması durumunda, cirantanın çeki devralması veya devretmesi muhatap bankaya karşı bir haksız fiil sorumluluğu oluşturur. Bu nedenle muhatap banka cirantaya karşı haksız fiil hükümleri çerçevesinde talepte bulunabilir<sup>154</sup>.

### **G. Muhatap Bankanın Lehine Konulan Sorumluluktan Kurtulma Kaydı**

Türk Ticaret Kanunu'nun 812 nci maddesi emredici olmadığından genellikle çek anlaşmalarıyla çeklerden kaynaklanan rizikolar düzenleyene bırakılmak istenmektedir<sup>155</sup>. Tahrif edilmiş bir çekin ödenmesinden dolayı bankalar, kendilerini sorumluluktan kurtarmak için çek hesabı sahibiyile yaptıkları çek anlaşmasında, sorumluluğun düzenleyene bırakılması yönünde kayıtlar koymaktadır<sup>156</sup>. Bu sorumluluktan kurtulma kaydını veya sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliğini muhatap bankanın kasıtlı veya ağır kusurlu

---

<sup>153</sup> Özdin, s. 131.

<sup>154</sup> Özdin, s. 131.

<sup>155</sup> Kalpsüz/Erem/Çelebican, s. 14; Korkut, s. 130; Poroy/Tekinalp, N. 488; Öztan, s. 1116; Bozer/Göle, s. 405; Kendigelen/Kırca, N. 743; Bilgili/Demirkapı, s.174; Kınacıoğlu, s. 327; Reisoğlu, s. 316. Yedek hukuk kuralı olduğu yönünde bkz. Kaya, (Ülgen/Helvacı/Nomer Ertan), s. 347. Türk Ticaret Kanunu'nun 812 nci maddesinin emredici olmadığı doktrinde genel olarak kabul gören görüş olsa da aksi yönde bkz. Törüner, s. 218. Bununla beraber hükmün emredici hâle getirilmesi gerektiği yönünde bkz. Paşlı, s. 669.

<sup>156</sup> Korkut, s. 129. İsviçre hukukunda da sorumluluğu düzenleyene devreden anlaşmalar için bkz. Hippele, (Honsell/Vogt/Watter), Basler Kommentar OR Art. 1132, Rn.7.

olması ile hafif kusurlu bulunması hâline göre değerlendirmek uygun olacaktır<sup>157</sup>.

Türk Borçlar Kanunu'nun 115 inci maddesinde düzenlenen sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin hükümde borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin yapılan anlaşmanın kesin hükümsüz olduğu ifade edilmiştir. Bu çerçevede muhatap bankanın kastî hareketi veya ağır kusurlu olması hâlinde, Türk Ticaret Kanunu'nun 812 nci maddesinin 1 inci fıkrası kapsamında düzenleyenin de kusurunun olduğu iddia ve ispat edilmediği takdirde muhatap banka düzenleyenin uğradığı zararı karşılamak zorundadır. Bir başka ifadeyle, muhatap banka ağır kusurundan dolayı sorumludur<sup>158</sup>. Bu nedenle de muhatap bankanın sorumluluğu ortadan kaldıran kayıtlar geçersizdir<sup>159</sup>.

Muhatap bankanın hafif kusurlu olması hâlinde, Türk Borçlar Kanunu'nun 115 inci maddesinin 3 üncü fıkrası uyarınca, şayet uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmalar hükümsüz kılınmıştır. Bankacılık faaliyeti ve bankacılık hizmetlerinin de uzmanlık faaliyeti gerektirdiğine şüphe yoktur. Bu nedenle, bankanın çek anlaşmasına koyacağı tahrif edilmiş çekten dolayı sorumluluğunun bulunmayacağına ilişkin düzenleme yapılamaz, yapılmış olsa bile hükümsüz<sup>160</sup>. Bir başka deyişle, muhatap banka düzenleme tarihinde tahrifat yapılmış bir çekin ödenmesini ister ağır kusuruyla isterse hafif kusuruyla yapmış olsun çek anlaşmasına

---

<sup>157</sup> İsviçre'de hem düzenleyenin hem de muhatabın kusurlu olması hâlinde, sorumluluğun taraflar arasında nasıl dağıtılacağı hakkında sorumluluk hukukunun genel ilkelerine göre çözümlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Hippele, (Honsell/Vogt/Watter), Basler Kommentar OR Art. 1132, Rn.8.

<sup>158</sup> Yener Tanın, s. 821. İnan, s. 142; Törüner, s.218; Ertekin/Karataş, s. 255; Erdem, s. 92.

<sup>159</sup> Korkut, s. 130.

<sup>160</sup> Korkut, s. 131; Uzun, s. 340; Yener Tanın, s. 822; Poroy/Tekinalp, N. 488.



konulan bir hükümle sorumluluğunu bertaraf edemez<sup>161</sup>. Öyle ki bu ödemeler genellikle bankada çalışanlar aracılığıyla meydana gelmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nun 116 ncı maddesinin 1 inci fıkrası uyarınca bu yardımcı kimselerin eylemlerinden bankanın sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasındaki düzenleme çerçevesinde muhatap banka bakımından yardımcı kişilerin eylemlerinden doğan sorumluluğun tamamen ya da kısmen sınırlandırılabilceği söylenebilecektir. Ancak yine aynı düzenlemenin son fıkrasındaki hükme bakıldığında muhatap bankanın yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağı şeklindeki düzenlemeler kesin hükümsüz kılınmıştır<sup>162</sup>.

Banka basit bir araştırmayla saptayabileceği tahrifat eylemini tespit edemez ve ödemede bulunulursa, çek anlaşmasına sorumluluktan kurtulma kaydı konulmuş olmasına dayanarak zararı düzenleyene yükleyemez<sup>163</sup>. Bu bağlamda çekin düzenleme tarihindeki tahrifat bakımından basit bir incelemeyle tespit edilebilecek nitelikte olanlar için sorumluluktan kurtulma kaydı bile olsa muhatap banka zararı düzenleyene yükleyemeyecektir.

Bankanın sorumluluğunun kusursuz sorumluluk esasına dayandığı yukarıda ifade edilmiştir. Sorumluluktan kurtulma kaydı bankanın sadece kusursuz olarak ödemede bulunduğu ihtimâlde geçerli kabul edilmelidir<sup>164</sup>.

### **H. Tahrifat Nedeniyle Hamilin Düzenleyene veya Muhatap Bankaya Karşı Sebepsiz Zenginleşme Davası Açıp Açamayacağı Meselesi**

Tahrif edilmiş bir çekin bulunması hâlinde, tahrifat çekin unsurlarını zedelemekle beraber senedi geçersiz hâle getirmemişse, bu bağlamda çalışmamız özelinde düzenleme tarihinin tahrif edilmesi hâlinde hamilin düzenleyen aleyhine sebepsiz zenginleşme davası açıp

<sup>161</sup> Kendigelen/Kırca, N. 743; Kendigelen, s. 344; Kaya, (Ülgen/Helvacı/Nomer Ertan), s. 347; Bora, s. 67.

<sup>162</sup> Kendigelen/Kırca, N. 743; Ayli, s.122; Bilgili, s. 140.

<sup>163</sup> Öztan, s. 1117; Bilgili/Demirkapı, s. 174.

<sup>164</sup> Bora, s. 81.

açamayacağı<sup>165</sup> hususu da değerlendirilmelidir. Bununla ilgili olarak Yargıtay tarafından birbirinden farklı kararlar verildiği görülmektedir<sup>166</sup>.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu bir kararda<sup>167</sup> "... Davaya dayanak yapılan çekin keşide tarihinin 17.03.2010 olarak yazıldığı hâlde sonradan 17.08.2010 olarak değiştirildiği tespit edilmiştir. Dolayısıyla ortada görünüşte tahrif edilmiş bir çek bulunduğundan bu çeke istinaden TTK'nın 732. maddesi gereğince sebepsiz zenginleşme davası açılması mümkün

<sup>165</sup> Çek bakımından bankanın sorumluluğuna gidilmesi mümkün olmayacağı için sebepsiz zenginleşme davası sadece çek keşidecisine karşı açılabilir. Reisoğlu, s. 291.

<sup>166</sup> Abuzer Kendigelen, "Çatışan ve Yarışan Kararlar", *Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu 2017*, Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu 2017, (Yay. Hazırlayanlar: M. Halil Çonkar/İbrahim Çağrı Zengin/Buğra Kesici/F. Pelin Tokcan/Numan Sabit Sönmez, Çatışan ve Yarışan Kararlar, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 181; Bozer/Göle, s. 438 dpn. 591'de belirtilen kararlar. Bono ile ilgili olarak bkz. Kendigelen/Kırca N. 591 olsa da çek için de aynı durum geçerli olacaktır.

<sup>167</sup> Karar için bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2014/7750 K. 2014/14949 T. 1.10.2014. Kararda karşı oy da bulunmaktadır. Karşı oy gerekçesi "... Gerek mulga 1086 sayılı Kanun'un 298. maddesi ve gerekse de 6100 sayılı Kanun'un 207. maddesinin açık hükmü uyarınca, çekin keşide tarihindeki söz konusu tahrifat suretiyle yapılan değişikliğin, keşideci tarafından onaylanmaması nedeniyle "yok hükmünde" olduğu, eş deyişle keşide tarihinde mevcut değişikliğin yapılmamış sayılması gerektiği kuşkusuzdur. Somut olayın, yapılan ve saptanan tahrifatın niteliği ile davalı keşidecinin çekin 17.3.2010 tarihinde düzenlendiğine yönelik her aşamadaki ikrar ve kabulleri gözetildiğinde, mahkemece, anılan yasa hükümleri uyarınca, keşide tarihinde yapılan tahrifatın dava konusu çekin geçerliliğine etkili bulunmamasında bir takdir hatası bulunmamaktadır. Açıklanan nedenle, Dairemiz çoğunluğunun ortada geçerli bir çek bulunmadığına yönelik kabulüne ve bozma gerekçesine katılmaya olanak görmüyorum. Bu çerçevede, incelenmeye gerek görülmeyen davalının diğer temyiz itirazları, özellikle davanın zamanaşımı dolduktan sonra açıldığına yönelik temyiz itirazı üzerinde durularak sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği kanusundayım." (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi:12.02.2023) Ayrıca aynı yönde verilen diğer kararların künyeleri hakkındaki açıklamalar için bkz. Kendigelen, 2017 Sempozyum, s. 182, dpn. 12 ve Bozer Göle, s. 172, dpn. 221.

*değildir.*” demiştir<sup>168</sup>. Buna göre Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, tahrif edilmiş çekten dolayı Türk Ticaret Kanunu’nun 732 nci maddesine dayalı olarak bir sebepsiz zenginleşme davası açılmasının mümkün olmadığı yönünde karar vermiştir.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi ise vermiş olduğu bir kararda<sup>169</sup>, *“Keşide tarihinde tahrifat yapılmış, ancak diğer unsurları tamam olan çek nedeniyle, ibraz süresi geçirildiğinden, kambiyo hukukundan kaynaklanan haklar yitirilir ise de, taraflar arasında temel ilişki bulunmaması hâlinde, ...eTK 644 (TTK 732) uyarınca sebepsiz zenginleşme hukuksal nedenine dayalı alacak talebinde bulunulabilir”* demiştir. Bu kararda ise Yargıtay yapılan tahrifatın çekin geçerliliğini etkilememiş olması hâlinde hamilin düzenleyene karşı sebepsiz zenginleşme davası açabileceği yönünde karar vermiştir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi yakın tarihli bir kararda ise, 30.03.2013 düzenleme tarihli çekin düzenleme tarihinde tahrifat yapılarak 30.05.2013’e çevrilmiş olan bir çekte sebepsiz zenginleşme davasının gerçek düzenleme tarihine göre hesaplanacağını, Türk Ticaret Kanunu’nun 732 nci maddesindeki bir yıllık sürenin gerçek düzenleme tarihine göre bankaya ibraz edilmesi gereken sürenin sonundan itibaren

<sup>168</sup> Yargıtay 11.HD’nin 2013’ten bu yana istikrarlı bir şekilde bu şekilde karar verdiği yönünde ve diğer karar künyeleri için bkz. Kendigelen, 2017 Sempozyum, s. 181.

<sup>169</sup> Yargıtay 19. HD., E. 2015/4711, K. 2015/15671 T. 26.11.2015. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi:12.02.2023) Ayrıca aynı yönde verilen diğer kararların künyeleri hakkındaki açıklamalar için bkz. Kendigelen, 2017 Sempozyum, s. 182, dpn. 13. Bir başka kararda da *“... Davalı ..bank A.Ş. ’nin davacı B. T.’a yönelik temyizine gelince davalı banka çekin ciro yolu ile son hamilidir. Çeklerdeki 07.07.2011 tarihinin tahrif edilerek 25.12.2012 tarihine, @25.06.2012 tarihinin 15.01.2013 tarihine dönüştürüldüğü bilirkişi raporuyla anlaşılmıştır. Bu durumda çeklerin tahriften önceki 07.07.2011 ve 25.06.2012 tarihlerinde keşide edildiğinin ve ibraz sürelerinin geçtiğinin kabulü gerekmiştir. İbraz süresi geçen çeklere dayalı olarak hamil kambiyo yolu ile takip haklarını yitirmiş olsa dahi T.T.K. 732. maddesine dayalı olarak keşideciye müracaat hakkı bulunmaktadır. Hal böyle olunca davalı bankaya karşı çeklerin keşidecisi davacı B. T.’ın sebepsiz zenginleşmediğini ispat ile yükümlüdür.”* 19. HD. E. 2016/12593, K. 7095, T. 18.10.2017 (E-Uyar)

işlemeye başlayacağı yönündeki ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır<sup>170</sup>. Kanaatimizce de çekin düzenleme tarihinde değişiklik yapılması çeki geçersiz hâle getirmediği için Türk Ticaret Kanunu'nun 732 nci maddesi uyarınca sebepsiz zenginleşme davasının açılmasına bir engel yoktur. Bu durumda, tahrifattan önceki tarih düzenleme tarihi olarak kabul edileceği için bir yıllık süre için tahrifattan önceki tarih esas alınır. Bu nedenle Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin söz konusu onama kararını isabetli buluyoruz<sup>171</sup>.

Düzenleme tarihinde yapılan değişiklik çeki geçersiz hâle getirmişse örneğin; birden fazla düzenleme tarihinin yaratılması veya tahrifattan önceki düzenleme tarihinin tespit edilememesi gibi hâllerde çek geçersiz sayılır. Bu nedenle artık sadece görünüşte çek olduğu için

---

<sup>170</sup> “Mahkemece bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonucunda, davaya konu çekin keşide tarihinde tahrifat yapıldığı ve gerçek keşide tarihine göre çekin yasal süresi içerisinde ibraz edilmediğinin anlaşıldığı, bu hâlde kambiyo hukukundan kaynaklanan haklar yitirilmiş ise de, çeki ciro yolu ile hamil olan davalının, dava tarihinde yürürlükte bulunan 6102 sayılı TTK'nun 818/1.-m maddesi yollaması ile çeklerde de uygulanan aynı kanununun 732. maddesine dayalı sebepsiz zenginleşme nedeniyle alacak talebinde bulunabileceği, bu hâlde 1 yıllık sürenin, çeklerin gerçek keşide tarihlerine göre muhatap bankaya ibraz edilebilecekleri sürenin sonundan itibaren başladığı, eldeki davanın süresinde açıldığı, bu hâlde davacının sebepsiz zenginleşmediğini ispat etmesi gerektiği, davacının bu hususu ispatlayamadığı, verilen tedbir kararı nedeniyle alacaklı alacağına geç kavuştuğundan İİK'nun 72/4. maddesi gereğince kötü niyet tazminatı koşullarının oluştuğu gerekçesiyle, davanın reddine... karar verilmiştir. ... SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA,” Yargıtay 11. HD. E.2020/6830, K. 2021/6433, T. 22.11.2021(Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 07.07.2023)

<sup>171</sup> 08 Temmuz 2020 tarih ve 31179 sayılı Resmî Gazete’de Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun 07 Temmuz 2020 tarih ve 173 sayılı kararı yayımlanmıştır. Bu karara göre Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 03 Ağustos 2020 tarihinden geçerli olmak üzere kapatılmasına ve arşivinde bulunan işlerin anılan tarih itibarıyla Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'ne devrine karar verilmiştir. Yukarıda ifade edilen 11. Hukuk Dairesi'nin kararı da 19. Hukuk Dairesi'nin kapatılmasından sonra verildiği için, bundan sonra Yargıtay'ın uygulamasının bu doğrultuda sürdürüleceği anlaşılmaktadır.

sebepsiz zenginleşme davasının açılması mümkün değildir<sup>172</sup>. Ancak bu durum temel hukukî ilişkidenden doğan talep hakkını ortadan kaldırmaz.

## SONUÇ

Kambiyo senetleri düzenlendikten sonra senet üzerinde değişiklik yapılabilir. Türk Ticaret Kanunu'nun 748 inci maddesi senet metninde değişiklik yapılmasının hukukî sonuçlarını düzenlemiştir. İlgili düzenleme polişe ile ilgili olsa da Türk Ticaret Kanunu'nun 818 inci maddesinin 1 inci fıkrasının ö bendinin atfı uyarınca çeklere de uygulanmaktadır.

Çekin zorunlu unsuru olan düzenleme tarihinde değişiklik yapılması çek üzerinde değişikliklerin önemli bir görünüm şeklidir. Bu değişiklik, iradî ve irade dışı değişiklik (tahrifat) şeklinde gerçekleşebilir. Çekin düzenleme tarihinde değişiklik yapılması durumunda çek ilgililerinin değişikliğe rıza göstermiş olması hâlinde bu eylem tahrifat olarak nitelendirilemez. Çek ilgililerinin tümünün muvafakatının bulunmaması durumunda ise bu eylem tahrifat olarak nitelendirilir. Bu noktada çekteki değişikliği imzalayarak veya paraflayarak muvafakat eden kişiler bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 748 inci maddesi uygulanmaz. Çünkü bu durumda bu kişiler artık imzaladıkları ya da parafladıkları çek metni kapsamında sorumlu olurlar. Çekte yapılan değişikliğe muvafakati bulunmayan kişiler bakımından ise imzaladıkları metin kapsamında Türk Ticaret Kanunu'nun 748 inci maddesi çerçevesinde sorumlulukları devam eder.

Çekin düzenleme tarihindeki tahrifata özellikle ibraz süresinin geçirilmesi hâlinde rastlanmaktadır. Düzenleme tarihi tahrif edilerek çekin ibraz süresi geçtiği hâlde geçmemiş gibi bir görüntü yaratılır. Çekin ibraz süresi geçirilmiş olsa da çekten cayılmamışsa Türk Ticaret Kanunu'nun 799 uncu maddesinin 2 inci fıkrası uyarınca muhatap bankanın ödeme yapması mümkündür. Ancak, çekten cayılmamış olsa da muhatap bankanın tahrif edilmiş bir çeki ödemesi Türk Ticaret Kanunu'nun 812 nci maddesi kapsamında sorumluluğunu gerektirir. Zira muhatap bankanın ödeme sorumluluk ya da yetkileri ancak bütün

<sup>172</sup> Karş. Salih Canöz, "Çek Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme", *Legal Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, Y.2023, C.12, S. 48, s. 765.

unsurları tamam olan, tahrif edilmemiş çekler içindir; çekten cayılmamış olsa da tahrif edilmiş bir çeki ödemesi sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Muhatap bankanın çekin düzenleme tarihi üzerindeki tahrifatı fark etmeyerek, düzenleyenin geçerli olan cayma beyanını kabul etmeyerek çek bedelini ödemesi durumunda da aynı şekilde sorumluluğu doğar.

Çekte değişikliğin düzenleyen tarafından yapıldığı iddiasında ispat yükü, genel kural gereğince bu iddiada bulunan kişiye aittir. Çekteki düzenleme tarihindeki değişikliğin düzenleyen tarafından yapıldığı ispat edilemezse, tahrifat yapılmadan önceki tarih düzenleme tarihi olarak kabul edilir. Tahrifata yönelik iddia tanık dâhil her türlü delille ve bu arada özellikle senet üzerinde yaptırılacak bilirkişi incelemesiyle ispatlanabilir. Ancak çek üzerinde yapılan tahrifat hâkim tarafından kolaylıkla tespit edilebiliyorsa, bilirkişi incelemesine gerek yoktur. Bununla birlikte Yargıtay çekin düzenlenme tarihinde tahrifat yapıldığı iddiasının her halükârda bilirkişi incelemesi ile açıklığa kavuşturulması gerektiğini kabul etmektedir.

Çekin düzenleme tarihinde yapılan tahrifat kural olarak çeki geçersiz kılmaz; tahrifattan önceki tarih düzenleme tarihi olarak kabul edilir. Bununla birlikte tahrifattan sonra birden fazla düzenleme tarihi yaratılmış veya tahrifattan önceki düzenleme tarihi tespit edilememişse çek geçersiz sayılır.

Tahrifat eylemini gerçekleştiren kimse şartları mevcutsa haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulur. Muhatap banka tahrifatı gerçekleştiren kişiyi tespit edemezse zarara kendisi katlanır. Bununla birlikte düzenleyenin de tahrif edilmiş bir çekin ödenmesinde kendisine yüklenebilecek kusurunun bulunması hâlinde doğacak zarardan sorumlu tutulabilir.

Tahrif edilmiş olan bir çeki ödeyen muhatap bankanın sorumluluğu kusursuz sorumluluktur. Ancak düzenleyene kendisine verilen çek defterini iyi saklamamış olması gibi bir kusur yüklenmesi mümkünse muhatap banka sorumluluktan kurtulabilmektedir. Hem muhatap bankanın hem de düzenleyenin kusurunun varlığı söz konusu

ise, muhatap bankanın sorumluluğu düzenleyenin kusuru oranında hafifler.

Düzenleme tarihinde tahrifat yapılmış bir çeki ödenmesinden dolayı zarara uğrayan muhatap banka, tahrifat eylemini gerçekleştiren kişiye ve kusuru bulunan düzenleyene karşı uğradığı zararın giderilmesi için dava açabilir. Muhatap bankanın, hamilden talep hakkı, ancak hamilin çekin düzenleme tarihinde tahrifat yapıldığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, yani kötü niyetli olduğunda mümkündür. Bununla birlikte muhatap banka iyiniyetli hamilden hataen ödeme sebebiyle talepte bulunamaz.

Muhataap banka düzenleme tarihinde tahrifat yapılmış bir çekin ödenmesini ister ağır kusuruyla isterse hafif kusuruyla yapmış olsun çek anlaşmasına konulan sorumluluktan kurtulma kaydıyla sorumluluğunu bertaraf edemez Tahrif edilmiş bir çeki ödeyen muhatap banka ister hafif kusurlu ister ağır kusurlu olsun çek anlaşmasına konulan sorumluluktan kurtulma kaydı ile sorumluluktan kurtulamaz. Yine muhatap bankanın yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağı şeklindeki düzenlemeler de kesin hükümsüzdür.

Çekin düzenleme tarihinde yapılan tahrifat, çeki geçersiz kılmamışsa, Türk Ticaret Kanunu'nun 732 nci maddesi uyarınca sebepsiz zenginleşme davası açılabilir. Bu durumda bir yıllık süre, tahrifattan önceki tarih esas alınarak hesaplanır. Düzenleme tarihinde yapılan değişiklik çeki geçersiz hâle getirmişse artık sadece görünüşte çek olduğu için sebepsiz zenginleşme davasının açılması mümkün değildir. Ancak bu durum temel hukukî ilişkiden doğan talep hakkını ortadan kaldırmaz.

## EXTENDED SUMMARY

*The date of issuance is one of the mandatory elements of a cheque. On the other hand, falsification means the alteration, erasure, correction, crossing out or addition of the signatures or declarations on a cheque, which is filled out by the issuer and put into circulation, without the consent of those who are concerned. According to Article 748 of the Turkish Commercial Code, if the text of a draft is changed, the persons who put their signatures on the draft after the change shall be liable according to the changed text, and those who put their signatures before the change shall be liable according to the original text. This provision is also applicable to cheques due to the reference to subparagraph ö of paragraph 1 of Article 818 of the Turkish Commercial Code. Changing the date of issue, which is a mandatory element of the cheque, is an important form of alteration on the cheque. This alteration may be realised as voluntary and involuntary alteration (falsification).*

*In the event of a change in the date of issue of the cheque, this act shall not be qualified as a falsification if the persons concerned have consented to the change. In the absence of the consent of all cheque drawers, this act shall be considered as a falsification. In this case, Article 748 of the Turkish Commercial Code shall not apply to the persons who have consented by signing or initialing the change in the cheque. In respect of the persons who do not consent to the change made in the cheque, their liability shall continue within the scope of Article 748 of the Turkish Commercial Code within the scope of the text they have signed.*

*The falsification of the date of issuance of the cheque is encountered, especially in cases where the submission period has passed. By falsifying the date of issue, it is created as if the cheque's submission period has expired, although it has not. Even though the presentation period of the cheque has passed, if the cheque has not been withdrawn, it is possible for the addressee bank to make payment pursuant to paragraph 2 of Article 799 of the Turkish Commercial Code. However, even if the cheque has not been withdrawn, the payment of a falsified cheque by the addressee bank shall entail liability under Article 812 of the Turkish Commercial Code.*



*As per the general rule, the claimant shall bear the burden of proof in the allegation that the cheque has been falsified by the issuer. If it cannot be proved that the change in the date of issuance of the cheque was made by the issuer, the date before the falsification shall be accepted as the date of issuance. The allegation of falsification may be proved by all kinds of evidence, including witnesses, and in particular by an expert investigation to be conducted on the promissory note.*

*As a rule, falsification of the date of issuance of the cheque does not invalidate the cheque; the date before the falsification is accepted as the date of issuance. Nevertheless, if more than one date of issue is created after the falsification or if the date of issuance before the falsification cannot be determined, the cheque shall be deemed invalid.*

*The person who commits the act of falsification shall be held liable according to the provisions of tort if the conditions regarding the act of falsification exist. If the addressee bank fails to identify the person who committed the falsification, it shall bear the loss itself.*

*The liability of the addressee bank that pays a cheque that has been falsified is strict liability. Only when negligence can be attributed to the drawer, such as the drawer's negligence in not keeping the chequebook properly, may the correspondent bank be relieved from liability. If both the drawer and the addressee bank are negligent, the liability of the addressee bank is mitigated to the extent of the drawer's negligence.*

*The drawee bank, which has suffered a loss due to the payment of a cheque with a falsified date of issuance, may file a lawsuit against the person who committed the act of falsification and the issuer, who is at negligence, for the compensation of the loss suffered. The right of the addressee bank to claim from the bearer is possible only if the bearer knows or should have known that the date of issuance of the cheque has been falsified, in other words, with malicious intent.*

*The addressee bank cannot be relieved of its liability by the release of liability clause in the Cheque Agreement, regardless of whether it has paid a cheque that has been falsified on the date of issuance through gross negligence or slight negligence. The addressee bank, which pays a falsified cheque, cannot*

*be relieved from liability by the release of liability clause in the cheque agreement, whether it is slightly negligent or grossly negligent.*

*If the falsification made on the date of issuance of the cheque has not rendered the cheque invalid, an unjust enrichment action may be filed under Article 732 of the Turkish Commercial Code. In such a case, the one-year period shall be calculated based on the date prior to the falsification. If the change in the date of issuance has rendered the cheque invalid, it is no longer possible to file an unjust enrichment lawsuit as it is only a cheque in appearance. Notwithstanding, this situation does not eliminate the right to claim arising from the underlying legal relationship.*

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

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

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

**Peer-Review:** Externes Peer-Review-Verfahren.

**Interessenkonflikt:** Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

**Finanzielle Unterstützung:** Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

### KAYNAKÇA

- AYDIN Sema, "Sahte ve Tahrif Edilmiş Çekin Ödenmesinden Doğan Sorumluluk", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2010, C.5, S. 1-2.
- AYDIN Hanife/BADAK Zehra, "Çekin Ödeme İçin İbrazında Muhatap Bankanın Yükümlülükleri", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y.2021, C.20, S. 41.
- AYLİ Ali, *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- AYLİ Ali/YARDIMCIOĞLU Didem, "Çekte Düzenleme Tarihi ve Önemi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan)*, Y. 2014, C.16, Özel Sayı.
- BAHTİYAR Mehmet, "Yargıtay Kararları Işığında Kambiyo Senetlerinde Keşide Tarihi ve İmkansızlığı", *Batider*, Y. 1999, C. 20, S.1.
- BAHTİYAR Mehmet/TAŞDELEN Nihat/BİÇER Levent/HAMAMCIOĞLU Esra, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- BAUMBACH Adolf/HEFERMEHL Wolfgang/CASPER Matthias, *Wechselgesetz Scheckgesetz Recht des Zahlungsverkehrs mit AGB-Banken/Scheckbedingungen und einer Einführung in das Wertpapierrecht*, C. H. Beck Verlag, München, 24. Auflage, 2020.
- BERNASCONI Michele, (Hrsg: HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/WATTER Rolf) *Basler Kommentar Wertpapierrecht*, Helbing Lichtenhahn Verlag, 1. Auflage, 2012.
- BİLGİN Mahmut, "Kambiyo Senetlerinde Tahrifat (Değişiklik Yapılması)", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, Özel S.: 2009, (Basım Yılı: 2010).
- BİLGİLİ Abbas, "Sahte ve Tahrif Edilmiş Çeki Ödeyen Bankanın Sorumluluğu", *İBD*, Y. 2016, C.90, S.3.

BİLGİLİ Fatih/DEMİRKAPI Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Dora Kitabevi, 2019.

BORA Sevda, “Çek Hesabı Açma ve Ödemeye İlişkin Muhatap Bankanın Yükümlülükleri”, *Legal Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, Y. 2014, C. 3, S.11.

BOZER Ali/GÖLE Celal, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021.

CANÖZÜ Salih, “Çek Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme”, *Legal Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, Y. 2023, C.12, S. 48.

CİNBAŞ Mustafa Eser, *Kambiyo Senetlerinde Senet Metninde Değişiklikler ve Sahtecilik*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

COŞKUN Mahmut, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2022.

ÇAMOĞLU Ersin, “Çizilmiş Cironun Hukuki Sonuçları”, *BATİDER*, Y. 2019, C.XXXV, S.2.

ÇAMOĞLU Ersin, *Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri*, Vedat Kitapçılık, 2020.

DOĞAN Özgür, *Kambiyo Senetlerinde Geçersizlik Defileri*, Seçkin Yayıncılık, 2020.

DOMANIÇ Hayri, *TTK Şerhi IV Kıymetli Evrak Hukuku*, Eskin Matbaası, İstanbul 1990.

ERDEM Nuri, *Kambiyo Senet Metninde Değişiklikler Tahrifat*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

ERDEM Nuri, “Çekte Muhatap Bankanın Ödemeye İlişkin Yükümlülüklerinin Yargıtay 19. Ceza Dairesinin 27.01.2020 Tarihli Kararı Bağlamında Değerlendirilmesi”, *REGESTA*, C. 8, S. 2, Y. 2023, s. 139-178.

ERİŞ Gönen, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre: Kıymetli Evrak: Poliçe- Bono - Çek - Makbuz Senedi – Varant*, Seçkin Yayıncılık, 2016.

ERİŞ Gönen, *Uygulamalı Çek Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

- ERTEKİN Erol/KARATAŞ İzzettin, *Uygulamada Ticari Senetler*, Yetkin Yayıncılık, 1996.
- HIPPELE, Thomas C., (Hrsg: HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/WATTER Rolf) *Basler Kommentar Wertpapierrecht*, Helbing Lichtenhahn Verlag, 1. Auflage, 2012.
- İMREGÜN Oğuz, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2007.
- İNAN Nurkut, *Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1981.
- KALPSÜZ Turgut/EREM Faruk/ÇELEBİCAN Gürkan, *Hukuki Yönden Çek*, Ankara, 1974.
- KANDIRALI KARADAYI Merve, *Çekte Düzenleyenin Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- KARAHAN Sami/ARI Zekeriyya/BOZGEYİK Hayri/SARAÇ Tahir/ÜNAL Mücahit, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Mimoza Yayıncılık, 2015.
- KENDİGELEN Abuzer/KIRCA İsmail, *Kıymetli Evrak Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- KENDİGELEN Abuzer, *Çek Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- KINACIOĞLU Naci, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Gazi Büro Kitabevi, 1993.
- KORKUT Ömer, *Çekte Muhatap Bankanın Araştırma-Bildirim Yükümlülüğü ve Hukuki Sorumluluğu*, Karahan Kitabevi, 2019.
- KÖLE Mehmet/GÖRGÜLÜ Fatma, "Son Düzenlemeler Işığında Çekin Şekil Şartları Ve Çeke Dayalı Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2016, C. 21, S. 35.
- KUHN Hans, (Hrsg. HONSELL Heinrich), *Kurzkommentar Obligationenrecht*, Helbing Lichtenhahn Verlag, 1. Auflage, 2014.
- KUHN Hans, (Hrsg. ROBERTO Vito/TRUEB Hans Rudolf) *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Schulthess Juristische Medien AG, 2016.

MOROĞLU Erdoğan/KENDİGELEN Abuzer, *İçtihatlı Notlu Türk Ticaret Kanunu, On İki Levha Yayıncılık*, 2014.

NARBAY Şafak, *Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1999.

ÖZDİN Funda, *Muhatabın Keşideciye Karşı Sahte veya Tahrif Edilmiş Çekten Doğan Sorumluluğu*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006.

ÖZTAN Fırat, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Turhan Kitabevi, 1997.

ÖZTAN Fırat, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Turhan Kitabevi, 2019.

PASLI Ali, "Sahte ve Tahrif Edilmiş Çek", *İstBD.*, Y. 2000, C. 74, S. 7-8-9.

POROY Reha/TEKİNALP Ünal, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 2018.

REİSOĞLU Seza, *Çek Hukuku*, Ankara, 2011.

RIZZI Marco Athos, (Hrsg. KREN KOSTKIEWICZ Jolanta/WOLF Stephan/AMSTUTZ Marc/FANKHAUSER Roland), *OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht*, Orell Füssli Verlag AG, 2016.

SEKMEN Orhan, "Sahte ve/veya Tahrif Edilmiş Çek", *İstanbul Barosu Dergisi*, Y. 2010, C.84, S. 6.

TEKİL Müge, *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, İstanbul, 1997.

TEOMAN Ömer, *Yaşayan Ticaret Hukuku Cilt 1, Hukuki Mütalaalar, I Kitap*, 1989-1991, İstanbul, 1992.

TEOMAN Ömer, "İki Farklı (Keşide) Tarihi İçeren Çeklerin Hukuki Durumu", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Sempozyum Tarihi: 12.06.2009.

TÖRÜNER Ekrem, "Ticaret Yasamız Açısından Çekte Sahtekarlık ve Tahrifat", *ABD*, 1980, S.1.

- TUNA Ergun/GÖÇ GÜRBÜZ Didem, *Ticaret Hukuku Prensipleri (Kıymetli Evrak)*, Beta Yayıncılık, 2018.
- TÜZEMEN ATİK Ebru, *Açık Kambiyo Senetleri*, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- UZUN ŞENOL Pınar, “Çekte Muhatap Bankanın Sorumluluğunun Kapsamı”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2013, C. 8, S.2.
- UZUN Nihat Şenol, “Sahte veya Tahrif Edilmiş Çekte Bankanın Hukuki Sorumluluğu”, *REGESTA*, C.5, S.2, 2020.
- UYAR Talih, “İcra Hukukunda Çek’in Geçerlilik Koşulları”, *Legal Hukuk Dergisi*, Y. 2007, C. 5, S.59.
- ÜLGEN Hüseyin/HELVACI Mehmet/KAYA Arslan/NOMER ERTAN, Füsun, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021.
- WIDMER, Ernst A., (Hrsg: HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/WATTER Rolf) *Basler Kommentar Wertpapierrecht*, Helbing Lichtenhahn Verlag, 1. Auflage, 2012.
- YASAN Mustafa, “Çek Kanunu Geçici M.3 F.1 Uyarınca Üzerinde Yazılı Düzenlenme Tarihinden Önce İbrazı Geçersiz Olan Çekin, Muhatap Banka Tarafından İşleme Konması (ve Özellikle Ödenmesi)”, *TAAD*, Y.5, S.19 (Ekim 2014).
- YENER TANIN Hilal, “Sahte veya Tahrif Edilmiş Çekin Ödenmesinden Kaynaklanan Sorumluluk”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2017, C.16, S.2.
- YILMAZ Asuman, *Kambiyo Senetlerinde (Poliçe-Bono-Çek’de) Defiler*, Aristo Yayınevi, 2017.





## Yurt Dışında Yaşayan Türk Vatandaşlarının Oy Hakkı ve Temsili

### Wahlrecht der im Ausland lebenden türkischen Bürger sowie deren Repräsentation

Dr. Öğr. Üyesi Ömer Emrullah EGELİĞİ \*

#### ÖZ

*Çalışmada yurt dışında yaşayan vatandaşlara oy hakkı tanınmalı mı sorusu lehe ve aleyhe görüşlere göre tartışılmıştır. Bu görüşlerin yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlar için ne derece geçerli olduğu tartışılmış ve tartışılan argümanlar çerçevesinde yurt dışında yaşayan vatandaşların temsilinin neden gerekli olduğu ve nasıl yapılması gerektiğine ilişkin sonuçlara varılmıştır.*

*Lehe ve aleyhe görüşler karşılaştırmalı literatürden edinilmiş, yurt dışında yaşayan Türk toplumunun yapısını tahlil için farklı disiplinlerdeki çalışmalar incelenmiştir. İnceleme sonucunda yurt dışında yaşayan Türk toplumunun özgün yapısını açıklamak için literatürdeki lehe ve aleyhe görüşlerin tek başına yeterli olmadığı görülmüştür.*

*Yurt dışında yaşayan Türk nüfusun yeknesak bir profil çizmediği çalışma kapsamında tespit edilmiştir. Buna ek olarak göçün sürekli olması ve tersine göçün de gözlemlenmesi bu topluluğun ana vatanları ile siyasi ve duygusal bağlarını koruduklarını göstermiştir. Bu topluluğun temsil edilmesi hem onların ana vatanla olan bağlarını koruyacak hem de ana vatandaki siyasi organizasyonların onlara olan ilgisini devamlı kılacağı sonucuna varılmıştır.*

*Yurt dışı oy hakkının tanınmasında hem ana vatandaki vatandaşların hem de yurt dışında yaşayan vatandaşların menfaati*

---

\* Dr. Öğr. Üyesi, Türk- Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, egeligi@tau.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2742-8456.

*vardır. Anayasa hükümleri de bu yöndedir. Hatta yurt dışı oy hakkını sağlama yükümlülüğü öngördüğü söylenebilir.*

*Yurt dışındaki vatandaşların temsili için onlara oy hakkı tesis edilmesi tek başına yeterli olmayacaktır. Çalışmada yurt dışı seçim bölgesi tesis edilmesi önerilmiştir. Bu bölgeye ayrılan temsilci sayısının dengeli olmalıdır. Yurt dışı seçim bölgesinden aday olabilmek için yurt dışında yaşama şartı aranmalıdır. Yurt dışında çok fazla seçim bölgesi açılmamalı, seçim tarihleri kısa tutulmalı ve yurt içindeki seçim tarihine yakın olmalıdır. Yurt dışındaki oylar yurt dışında sayılmalıdır. Ayrıca ana vatandaki vatandaşlar ve yurt dışındaki vatandaşların arasında bir menfaat ve temsil dengesi kurmak için yurt dışı oy hakkı ölçülü şartlara tabi tutulmalıdır.*

**Anahtar Kelimeler:** Seçimler, oy hakkı, yurt dışı seçmen, diaspora, göç.

## The Right to Vote of Turkish Citizens Living Abroad and their Representation

### ABSTRACT

*In this study, the question of whether citizens living abroad should be granted the right to vote is discussed according to the favorable and unfavorable arguments. The applicability of these arguments to Turkish citizens living abroad has been tested and, within the framework of the arguments discussed, conclusions have been reached on why representation of citizens living abroad is necessary and how it should be done.*

*The favorable and unfavorable arguments were gathered from the comparative literature, and studies in different disciplines were examined to analyze the characteristics of the Turkish community living abroad. As a result of the analysis, it has been seen that the favorable and unfavorable arguments in the literature alone are not sufficient to explain the unique characteristics of the Turkish community living abroad.*

*The study revealed that the Turkish population living abroad does not portray a uniform profile. In addition to this, the fact that migration is continuous and reverse migration is also observed has shown that this community maintains political and emotional ties with their homeland. It is concluded that representation of this community will both maintain their ties with the motherland and sustain the interest of political organizations in the motherland.*

*The recognition of the right to vote abroad is in the interest of both citizens in the homeland and citizens living abroad. The provisions of the Constitution are in this direction. It can even be said that the Constitution envisages an obligation to ensure the right to vote abroad.*

*In order to ensure the representation of citizens abroad, giving them the right to vote will not be sufficient alone. This study proposes the establishment of an overseas constituency. The number of representatives allocated to this constituency should be balanced. In order to be a candidate from an overseas constituency, the condition of living abroad should be required. There should not be too many constituencies abroad, and the election periods should be short and close to the election periods at home. Votes cast abroad should be counted abroad. Moreover, the right to vote abroad should be subject to proportionate limitations in order to establish a balance of interests and representation between citizens at home and citizens abroad.*

**Keywords:** *Right to vote, elections, national sovereignty, citizenship, diaspora, migration.*

## GİRİŞ

Yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının oy hakkı, her genel seçim ve referandum dönemi tartışma konusu olmaktadır. Bu tartışmalar siyasi partilerin herkese hitap etme eğilimi nedeniyle ana akım siyaset gündemine ve konvansiyonel medyaya yansımamaktadır. Oysa konuya ilişkin karşılaştırmalı hukuk literatüründe bir teori zenginliğine rastlamak mümkündür. Bu konu şimdiki dek daha çok göç üzerine çalışan siyaset bilimciler ve sosyologlar tarafından ele alınmıştır. Yakın zamanda yurt dışı seçim çevresinin bazı anayasalara girmesiyle

hukuk literatüründe de önemli eserler kaleme alınmıştır. Bu eserler yurt dışı seçmenin oy tercihi, oy hakkının tarihsel gelişimi, seçim güvenliği ve yurt dışı seçim çevreleri konularında yoğunlaşmıştır.

Yabancı literatürde, yurt dışında yaşayan vatandaşların ana vatan siyasetinden etkilenmelerine ilişkin çeşitli teoriler ortaya konmuştur. Bu teorilerden ilki yurt içinde alınan kararların herkesi tamamen etkilediği yönündedir; ikincisi herkesin alınan kararların, çıkartılan yasaların doğrudan konusu haline geldiğidir; üçüncüsü sosyal üyelik teorisidir, dördüncüsü menfaat birliğidir.<sup>1</sup> Literatür araştırmamız lehe ve aleyhe argümanların bu ana çerçevede geliştirildiğini göstermiştir. Çalışmada bu ana çerçeveden yer yer ayrılmış ve özgün bir tasnif oluşturulmuştur. Yine de kendi oluşturduğumuz tasnife göre değerlendirdiğimiz argümanlar, mevcut teorilerden istifade edilerek değerlendirilmiştir.<sup>2</sup>

Makalede, yurt dışında yaşayan Türk vatandaşları için “yurt dışı seçmen”, “yurt dışında yaşayan vatandaş”, “göçmen vatandaş” gibi ifadelerin yanında “diaspora”<sup>3</sup> ifadesi de kullanılmıştır. Bu ifade bazen

<sup>1</sup> Bu görüşlerin özetlendiği ve tartışıldığı bir makale için Bkz. David Owen, “Transnational Citizenship and the Democratic State: Modes of Membership and Voting Rights”, *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, C. 14, S. 5 (2011), s. 641-63, doi:10.1080/13698230.2011.617123.

<sup>2</sup> Yine de araştırmalarını bu derinleştirmek isteyen okuyucular için belirtmek gerekebilir: bu teorilerin İngilizce literatürde yukarıda andığımız sıraya göre “*all-effected principle*”, “*all-effected interests principle*”, “*all-subjected persons principle*”, “*social membership principle*”, “*stake holder principle*” şeklinde anılmaktadır. Owen, “Transnational Citizenship and the Democratic State”, ss. 641-63.

<sup>3</sup> Yine de yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının çeşitlilikten doğan özgün yapısı, diaspora tanımını yetersiz kılacağı kabul etmekteyiz. Günümüzde Avrupa’ya göç eden ilk nesil misafir işçiler, bunların çocukları ve torunları olan ikinci ve üçüncü nesil göçmenler; son dönemde ekonomi, eğitim ya da yaşam tarzı endişeleri ile Türkiye’den göç eden yeni nesil; siyasi nedenlerle göç edenler, sonradan Türk vatandaşlığına geçenler birbirinden ayrı gruplardır. Bu nedenle farklı kavramlar kullanılması konunun bağlamına göre bilinçli bir tercihtir. Nitekim çözüm önerilerinde de yukarıda değindiğimiz farklılıklar dikkate alınacaktır.

yanlış anlaşılakta ve ana vatana geri dönemeyen, orayla ilgisini yitirmiş kitleler olarak da algılanabilmektedir.<sup>4</sup> Ancak makalede kastedilen hâli ile “diaspora”, ana vatanla siyasi ilişkilerini koruyan fakat yurt dışında ikamet eden kişiler için kullanılmıştır.<sup>5</sup>

Çalışma yurt içi seçmen ve yurt dışı seçmen arasında oluşabilecek seçim davranışı farklarının, meselenin anayasal boyutunda yol açabileceği yanılgıları engellemeyi amaçlamaktadır. Daha önce siyaset bilimciler, sosyologlar tarafından ilgi görmüş olan konunun Türk anayasa hukuku gündemine taşınmayı hedeflemektedir. Yurt dışı seçmenlerinin artması ve çeşitlenmesi de konunun artan önemini ve güncelliğini teyit etmektedir.

Çalışmamızda lehe ve aleyhe görüşler tartışıldıktan sonra yurt dışında yaşayan Türk vatandaşları açısından bu teorilerin hangilerinin güçlü olduğu tartışılmıştır. Lehe ve aleyhe görüşlerin bir kısmı karşılaştırmalı literatürden edinilmiştir. Yurt dışında yaşayan Türk topluluğunun yapısına dair bulgular ise siyaset bilimi, sosyoloji gibi alanlarda yazılan eserlerden derlenmiştir. Bu eserler çerçevesinde yapılan gözlemler ile lehe ve aleyhe görüşlere eklemeler yapılmıştır. Literatürdeki bulgulardan yararlanılarak, yurt dışında yaşayan Türk seçmenin temsili için çeşitli çözümler önerilmiştir. Konu kavramsal ve tarihsel gelişmelere mümkün olduğunca değinmeksizin direkt argümanlar üzerinden işlenmiştir. İlk iki bölüm lehe ve aleyhe görüşlerin çeşitli kaynaklardan derlemesidir. Üçüncü bölüm ise bu görüşlerin dikkate alındığı çeşitli çözümlerin Türkiye için uygulanabilirlik tartışmalarını içerir. Yurt dışı seçmenlerin oy hakkıyla ilgili karşılaştırmalı hukuktaki tedbirlerin, lehe ve aleyhe görüşleri

---

<sup>4</sup> Diaspora tanımına ilişkin eleştirel bir çalışma için Bkz. Fırat Yıldız, “A Critical Approach to the Term Turkish Diaspora: Is There ‘the’ Turkish Diaspora?”, S. 91 (t.y.).

<sup>5</sup> Richard Perruchoud, Jillyanne Redpath - Cross (ed.), *Göç Terimleri Sözlüğü*, Uluslararası Göç Örgütü (IOM) 2004, s. 23. Kabul etmek gerekir ki diaspora kavramı da dönüşüme uğramış göçün zorunlu olduğu algısı ve dolayısıyla ile *acı ve sürgün* kavramlarıyla anlamlandırılması anlayışı değişmiştir. M Murat Erdoğan, “Avrupa’da Türkiye Kökenli Göçmenler ve ‘Euro-Turks-Barometre’ Araştırmaları”, *Göç Araştırmaları Dergisi*, C. 1, S. 1 (2015), s. 120.

dengeleyip dengeleyemeyeceği; bunun yurt dışında yaşayan Türk vatandaşları açısından etkisi ortaya konmuştur. Sonuç olarak çalışmadaki faaliyet lehe, aleyhe ve karma görüşleri mukayese etmek ve Türkiye için geçerli olabilecek argümanları tespit etmek ve/veya üretmektir.

Konuyla ilgilenen okuyucunun zamanından tasarruf sağlamak adına bu makalede olmayan ya da detaylıca işlenmeyen hususlara da değinmek gerekir. Bu makalede oy hakkının tarihsel gelişimi ve anayasal önemi; seçim ilkeleri<sup>6</sup>, yurt dışı oy hakkının tarihsel gelişimi; oy hakkıyla ilgili mevzuatın teferruatı, yurt dışı seçmenin hangi usul ve yollarla oy kullanacağı gibi konulara sadece makale konusuyla sınırlı olarak değinilmiştir. Bu konularla ilgili daha teferruatlı bilgi edinmek isteyen okuyucular kaynakçadaki eserleri ya da başka eserleri inceleyebilir.

## I. LEHE GÖRÜŞLER

Özünde, lehe ve aleyhe görüşleri birbirinden ayırmak güçtür. Bir görüş lehe yorumlanabildiği gibi farklı açılardan aleyhe de yorumlanabilir. Makalede bu tarz bir tasnife gitmek bir zorunluluk olduğu için aşağıdaki argümanların öne çıkan pozisyonu esas alınmıştır.

### A. Anayasal ve Yasal Dayanak

Yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarına oy hakkı tanınması yönündeki ilk lehe görüş bunun Anayasa'nın bir gereği olduğu yönündedir. Biz çalışmamızda Türk vatandaşlarına odaklandığımız için Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın sistematüğini esas alacağız.

Anayasa'nın 67. maddesi seçme ve seçilme hakkını düzenlemektedir. Madde *seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma*

---

<sup>6</sup> Esasında konu oy hakkının ikamet şartıyla ilgilidir. İkamet şartı vatandaşlık gibi genel oy ilkeleri arasında görülmektedir. Konuyla ilgili kapsamlı bir eser için Bkz. Ekrem Ali Akartürk, *Oy Hakkının Anayasal İlkeleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 54.

*hakkının öznesi olarak “vatandaşlar” kavramını zikretmiştir.*<sup>7</sup> Madde seçme hakkının şartlarını ve bu hakka sahip olup da kullanamayacak olan kişileri dahi belirtmiştir. 18 yaşını dolduran her Türk vatandaşı oy kullanabilir. Bir an için maddenin bu hâliyle kalmış olduğu varsayımında, bu hakkın içkin sınırlarından dolayı kanun koyucunun yurt dışında yaşayanların oy hakkını kısıtlama yönünde bir takdir alanı olup olmadığı tartışılabilirdi. Ancak maddenin 4. fıkrasında “*silah altında bulunan er ve erbaşlar ile askeri öğrenciler, taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerin*” oy kullanamayacağı belirtilmiştir. Yani aslında, Anayasa’nın sistematığıne uygun olarak sınırlama kapsamı açıkça belirtilmiştir.

Bu önemli yorum dahi yeterli görülmez ise maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesindeki ifadeye bakılabilir. İfade, yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının oy hakkını açık bir şekilde ortaya koymaktadır: *Ancak, yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının oy hakkını kullanabilmeleri amacıyla kanun, uygulanabilir tedbirleri belirler.* Görüleceği üzere, yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının oy kullanması bir hak olarak nitelendirilmiş ve devlete bu yönde bir pozitif yükümlülük öngörülmüştür.

Öte yandan fıkranın ilk cümlesi seçim ilkelerine yer vermiş ve bu ilkeler içerisinde “genel oyu” da zikretmiştir. Yurt dışında yaşayan vatandaşların da oy kullanması, bazı yazarlarca, genel oy ilkesinin bir gereği olarak kabul edilmektedir.<sup>8</sup> Yani genel oy ilkesinin Anayasa’da yer alması da yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının seçimlerden uzak tutulmamasını gerektirecektir.

Yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarını ilgilendiren bir diğer hüküm de sosyal haklar bölümünde yer almaktadır. Anayasa’nın 62. maddesi, “*Devlet, yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğinin, çocuklarının eğitiminin, kültürel ihtiyaçlarının ve sosyal*

---

<sup>7</sup> Maddenin ilk fıkrası şöyledir: “Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma ve halkoymasına katılma hakkına sahiptir.”

<sup>8</sup> Şafak Evran Topuzkamuş, *Vatandaşlık Üzerine Bir Tez*, On İki Levha, İstanbul 2013, s. 319.

*güvenliklerinin sağlanması, ana vatanla bağlarının korunması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması için gereken tedbirleri alır.”* ifadesini taşımaktadır. Bu maddede yer alan “*ana vatanla bağların korunması*” ve “*yurda dönüş*” ifadeleri de yurt dışında yaşayan vatandaşlara oy hakkı tesis etme yükümlülüğünü teyit etmektedir. Zira ana vatanla bağ denilince ilk akla gelen siyasi bağ ve vatandaşlık hakkıyla öne çıkan önemli kavram seçme hakkıdır. Yurda dönüş ifadesi de göçün her koşulda kalıcı bir karar olamayabileceği ve vatandaşın dönüş yapabileceği bir ülkede karar alma mekanizmalarının belirlenmesine katılmasında menfaati olduğunu göstermektedir. Bu kavramlar arasındaki ilişki diğer lehe görüşlerde detaylıca tartışılacaktır.

Anayasa'nın açıkça oy hakkı tanımına rağmen yasa koyucu bu hakkın kullanılabilmesi için gerekli düzenlemeleri görece geç gerçekleştirmiş. Yurt dışında yaşayan vatandaşların yurt dışı temsilciliklerinde oy kullanabilmesi ancak yıllar sonra mümkün olabilmıştır. Bu tarihsel süreç detaylarına girilmeksizin kronolojik olarak şöyledir:

1987: Yurt dışında yaşayan vatandaşların sınır kapılarında oy verebilmesi<sup>9</sup> ;

1995: Oy hakkının Türkiye'ye gelmeden, yurt dışından kullanılabilmesi için Anayasal dayanağın oluşturulması<sup>10</sup>;

1995: Yurt dışında seçim düzenleme ve yönetme için Yüksek Seçim Kuruluna (YSK) yetki veren yasal değişiklik yapılması<sup>11</sup>;

---

<sup>9</sup> 298 sayılı Seçimler ve Seçmen Kütükleri Kanunu'nda değişiklik ile Vatandaşların sadece sınır kapılarında oy verebilmesi, onların oy kullanmak için Türkiye'ye seyahat etmesini zorunlu kılmıştır. Bu durum bir zorluk yaratmıştır. Ayrıca bu uygulama, Abadan-Unat'a göre dışlanmışlık hissine de yol açmaktadır. Nermin Abadan Unat, *Turks in Europe: From Guest Worker to Transnational Citizen*, Berghahn Books, New York 2012, s. 86.

<sup>10</sup> 07/11/1982 tarihli ve 4121 sayılı “2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Başlangıç, Metni ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun”.



2008: 1995 ve 2007 yılları arasında geçen sessizliğin ardından yurt dışından posta yolu, elektronik oy, sınır kapıları ve yurt dışı temsilciliklerinde oy kullanma imkanlarını düzenleyen yasal değişikliklerin yapılması<sup>12</sup>;

2008: Anayasa Mahkemesi'nin posta yolu ile oy kullanma usullerini Anayasa'ya aykırı bulması<sup>13</sup>;

2011: Yurt dışında seçimler uygulanmaması. Yüksek Seçim Kurulunun, seçimlerin sadece belirli ülkelerde yapılabilmesinin ve fiili güçlüklerin, eşitlik ilkesine aykırı olacağı yönündeki kararı<sup>14</sup>;

2012: Yurt dışı seçim kurullarının ve seçim sandıklarının oluşturulmasının yasal düzenlemeye bağlanması, YSK ve diplomatik görevlerin belirlenmesi<sup>15</sup>;

2014: Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde yurt dışında ilk kez oy kullanılması;

2015: Genel seçimlerde yurt dışında ilk kez oy kullanılması;

---

<sup>11</sup> 27/10/1995 tarihli ve 4125 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ile Siyasi Partiler Kanunu ve Milletvekili Seçimi Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun.

<sup>12</sup> 13/03/2008 tarihli ve 5749 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

<sup>13</sup> E. 2008/33, K. 2008/112 (AYM 29 Mayıs 2008). Mahkemeye göre mektupla oy kullanma yöntemi oy hakkının gizliliğine dolayısıyla seçim ilkelerinden serbestlik ve gizlilik prensiplerine aykırıdır. Topuzkamuş, *Vatandaşlık Üzerine Bir Tez*, s. 320. Mahkeme, sonraki kararlarında da seçmeni dolaylı da olsa herhangi bir yönde etkileyebilecek her türlü girişimin engellenmesi yükümlülüğüne dikkat çekmiştir. E. 2018/69, K. 2018/47 (AYM 31 Mayıs 2018). Nitekim posta ile oy kullanma yönteminin güvenilirliğine ilişkin karşılaştırmalı hukukta da bazı tartışmalar doğmuş ve bunlardan kaynaklı uyuşmazlıklar yargı önüne taşınmıştır. Osman Korkut Kanadoğlu, Ahmet Mert Duygun, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, On İki Levha, İstanbul 2023, s. 181.

<sup>14</sup> Yüksek Seçim Kurulunun 26/02/2011 tarihli ve 120 sayılı kararı.

<sup>15</sup> 18/10/2012 tarihli ve 6304 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

2017: Anayasa değişiklikleri referandumunda yurt dışında ilk kez oy kullanılması.

Böylece Anayasa'nın öngördüğü yükümlülüğün yerine getirildiği ve yasa koyucunun ihmalinin sona erdiği söylenebilir.

### **B. Bir İnsan Hakkı Olarak Seçme Hakkı**

Seçme hakkı yalnızca Anayasa'da değil uluslararası ve bölgesel insan hakları belgelerinde de bir insan hakkı olarak yer bulmuştur. Nitekim İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 21. maddesi bu hakka yer vermiştir. Türkiye'nin taraf olduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde (İHAS)<sup>16</sup> de bu hak tanınmıştır. Serbest seçim hakkı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin temel metninde düzenlenmemiştir. Bu hak (1 No'lu) Ek Protokol'ün 3. maddesinde yer almaktadır. Bu belgelerin tamamına burada yer vermeye gerek yoktur. Serbest seçim hakkının bir insan hakkı olarak yerini konumlandırmak ve teyit etmek makalenin kapsamı ve konusuna uygun değildir. Ancak oy hakkının bir insan hakkı olarak kabulü varsayımında, yurt içinde ikamet etme şartının meşru bir sınırlandırma olup olmadığı sorusu yanıtlanmaya değer ve muhtaçtır.

Seçme hakkının bazı meşru amaçlarla sınırlandırılabilmesi kabul edilmelidir. Ancak vatandaşı olunan ülkede ikamet etme şartının meşru bir sınırlandırma olup olmadığı tartışmalıdır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi yaş, fiil ehliyeti, vatandaşlık gibi unsurların meşru sınırlar olabileceğini belirtirken ikametın meşru bir sınırlama nedeni olmadığını belirtmiştir.<sup>17</sup>

Öncelikle belirtmek gerekir ki seçilme hakkı ve seçme hakkı arasında bir ayrım gözetilmesi makuldür. İnsan Hakları Avrupa

<sup>16</sup> İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme, öğretide Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ya da İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) şeklinde kullanılmaktadır. Çalışmada ikinci kullanım şekli tercih edilecektir.

<sup>17</sup> "CCPR General Comment No. 25: Article 25 (Participation in Public Affairs and the Right to Vote)", Office of The High Commissioner For Human Rights 07.12.1996, s. 15.

Mahkemesi (İHAM)<sup>18</sup>, seçilme hakkına, seçme hakkına nazaran daha katı şartlar öngörülmesini meşru kabul etmiştir.<sup>19</sup> Ancak, Sözleşme’de serbest seçim hakkının hangi amaçlarla sınırlandırılacağı belirlenmemiştir. Seçim hakkının aksine ifade özgürlüğü, toplanma özgürlüğü gibi hakların ne tür meşru amaçlarla sınırlandırılacağı belirlenmiştir. Sınırlandırmaya konu olabilecek meşru gerekçelerin belirlenmemiş olduğu durumlar için İHAM, bu noktada “içkin sınırlamalar” doktrinini devreye sokmuştur.

Mahkeme, sınırlandırma amacı gösterilmeyen hak ve özgürlüklerin, (sınırlandırma amacı gösterilen hak ve özgürlüklere nazaran) daha hafif bir şekilde, (taraf devletçe gerekçelendirilmek şartı ile) zorlayıcı demokratik ihtiyaçlar çerçevesinde sınırlandırmanın takdir marjı dahilinde olduğunu belirtmiştir.<sup>20</sup> Yurt dışında ikamet etmek bu bağlamda haklı bir gerekçe olarak kabul edilmiştir.<sup>21</sup> Mahkeme, ikamet şartının haklı olduğunu özetle şu faktörlerle açıklamıştır<sup>22</sup>:

- Yurt dışında ikamet eden vatandaş kendi ülkesiyle ilgili sorunları daha az takip eder ve ülkesiyle ilgili daha az doğrudan bilgi sahibidir;
- Milletvekili adayları, yurt dışındaki vatandaşlara seçimlerle ilgili görüş ve vaatlerini daha az iletebilir;
- Yurt dışındaki vatandaşlar, seçimler sonucu oluşan siyasi organların kararlarından daha az etkilenir;
- Taraf devletin yurt dışı oylarının ülkede mukim vatandaşların yaşamlarına büyük bir etkisinin olma riski vardır.

---

<sup>18</sup> Öğreti ve uygulamada daha çok Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) olarak da anılmaktadır.

<sup>19</sup> *Melnychenko v. Ukraine*, 17707/02 (ECtHR 19 Ekim 2004).

<sup>20</sup> *Zdanoka v. Latvia*, 72794/01 (ECtHR [GC] 16 Mart 2006).

<sup>21</sup> Richard Lappin, “The Right to Vote for Non-Resident Citizens in Europe”, *International and Comparative Law Quarterly*, C. 65, S. 4 (2016), s. 866, doi:10.1017/S0020589316000336.

<sup>22</sup> *Hilbe v. Liechtenstein* (dec.), 31981/96 (ECtHR 07 Eylül 1999).

İHAM, bir başka kararında uzun süre yurt dışında yaşayan vatandaşların ev sahibi ülkede Avrupa Birliği parlamentosu gibi seçimlere katılabileceğini ya da gerekirse o ülkenin vatandaşlığına geçerek oy hakkına kavuşabileceğini belirtmiştir.<sup>23</sup>

Mahkemenin bu yönde tanıdığı takdir marjına karşın Konsey'e bağlı diğer organlar yurt dışında yaşayan vatandaşların oy hakkının tanınması ve kolaylaştırılması yönünde tavsiyeler vermektedir. Örneğin Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, yurt dışında yaşayan vatandaşların oy hakkını kullanmalarını kolaylaştırmak için posta yoluyla oy kullanma, elektronik oy gibi araçları teşvik etmektedir.<sup>24</sup> Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu da yine yurt dışında yaşayan vatandaşlara oy hakkının sağlanması yönünde bir tutum sergilemektedir.<sup>25</sup>

Yurt dışı seçim hakkının kesiştiği bir diğer hak da yerleşme / seyahat özgürlüğüdür. Mesele Avrupa Birliği (AB) hukuku açısından farklı bir boyut ihtiva etmektedir. Yurt dışında yaşayan vatandaşlara oy hakkı tanınmaması serbest dolaşım önünde de bir engel olarak yorumlanmaktadır. Fakat bu hakkı kullanan kişilerin ana vatanlarındaki oy hakkını yitirmesi bazı yazarlarca AB vatandaşlığı hakkının kullanımı için ödenmesi gereken haksız bir bedel olarak tanımlanmıştır.<sup>26</sup>

Sonuç olarak oy hakkı bir temel insan hakkı olarak kabul edilmektedir. Ancak yurt dışında yaşayan vatandaşlara oy hakkı tanınmaması büyük oranda ülkelerin takdir marjı içerisinde görülmüştür. Şüphesiz oy hakkı, vatandaşlık başta olmak üzere diğer temel hak ve özgürlüklerle de ilişkili olabilir. Ancak insan hakkı

---

<sup>23</sup> Doyle v. the United Kingdom (dec.), 30158/06 (ECtHR 06 Şubat 2007).

<sup>24</sup> "Resolution 1459 (2005) Abolition of restrictions on the right to vote", Parliamentary Assembly 24.06.2005.

<sup>25</sup> "European Commission for Democracy Through Law, Code of Good Practise in Electoral Matters", 30.10.2002, <https://rm.coe.int/090000168092af01>.

<sup>26</sup> Dimitry Kochenov, "Free Movement and Participation in the Parliamentary Elections in the Member State of Nationality: An Ignored Link?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, C. 16, S. 2 (2009), s. 223, doi:10.1177/1023263X0901600204.

argümanı, özellikle çifte vatandaş olan kişiler açısından, yurt dışında yaşayan vatandaşlara oy hakkı tanınması için kesin olmayan bir dayanaktır. Yine de biz bu başlığı lehe bir görüş olarak kategorilendirdik. Dolayısıyla meşru sınırlamalar ve takdir marjından ziyade bireyin ana vatanında temsiline odaklanabiliriz. Bunu da diğer başlıklardaki argümanlar ile destekleyeceğiz.

### C. Vatandaşlık – Milli Egemenlik

Vatandaşlık egemenliğin kullanımına dahil olabilmenin en öne çıkan şartıdır. Bu şart iki yönlüdür. Milli egemenliğin tam tecelli etmesi vatandaşların katılımı ile mümkündür. Oy hakkının kullanılmadığı bir durumda vatandaşlık hakkının da değer kaybına uğradığı bazı yazarlarca öne sürülmektedir.<sup>27</sup> Milli egemenlik ilkesi özetle, milletin o ülkede güncel olarak yaşayan kişilerin ötesinde daha önce yaşayan hatta henüz yaşamamış kişileri de kapsadığı ve temsilcilerin de bu şekilde halktan daha geniş bir kesimi temsil ettiği kabulüne dayanmaktadır.<sup>28</sup> Türk Anayasa hukuku da milli egemenlik ilkesini benimsemiştir. Seçim kanunlarının oy vermeyen seçmen için yaptırım (para cezası) öngörmesi, milli egemenlik anlayışının göstergesidir.<sup>29</sup>

Vatandaşlık bağı süreklidir. Gelecek nesilleri de içerir. Nitekim parlamentonun verdiği kararlar ve yaptığı kanunlar yalnızca ülkede mukim vatandaşları değil gelecek nesilleri de etkileyecektir. Bununla birlikte göç sonsuza kadar, göç edilen ülkede yaşama zorunluluğu anlamına gelmez. Yurt dışında yaşayan vatandaşlar ömürlerinin sonuna kadar göç ettikleri ülkede kalmaya zorlanamaz. Günün birinde vatandaşı oldukları ülkeye geri dönebilirler. Dolayısıyla yapılacak düzenlemelerden doğrudan etkilenmeleri kuvvetli bir olasılıktır.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> Sarah Song, “Democracy and Noncitizen Voting Rights”, *Citizenship Studies*, C. 13, S. 6 (2009), s. 615, doi:10.1080/13621020903309607.

<sup>28</sup> Kanadoğlu, Duygun, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, s. 115.

<sup>29</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Legal, İstanbul 2019, s. 212.

<sup>30</sup> Rainer Bauböck, ‘EU Citizens Should Have Voting Rights in National Elections, But in Which Country?’ in Bauböck, Rainer (ed), *Debating European Citizenship* (Springer International Publishing 2019) 23

Yurt dışında yaşayan vatandaşların buldukları ülkedeki haklarının korunması da kaynak ülkedeki siyasete katılımlarıyla mümkün olabilir. Nitekim *Rhodes*, yurt dışında yaşayan vatandaşların oy hakkı sayesinde kaynak ülkeyi çifte vatandaşlık hakkı tanımaya zorlayabileceğini belirtmiştir.<sup>31</sup> Yurt dışında yaşayan vatandaşların oy hakkına sahip olması siyasi partilerin de diasporaya kayıtsız kalmamasını sağlamaktadır.<sup>32</sup>

Özetle yurt dışına çıkmak, yurt dışında yaşamaya karar vermek, bireyi milletin bir ferdi olmaktan uzaklaştırmamaktadır. Bu argümana göre yurt dışındaki vatandaşın da temsil edilme hakkı kalıcıdır.

#### D. Diasporanın Katkısı

Yurt dışında yaşayan vatandaşlar, yurt dışında bulunmakla ülkeye ve oy hakkı ile bir parçası oldukları millete katkıda bulunmaktadırlar. Bu katkı ekonomik olabileceği gibi ana vatanın misafir devletteki kamu diplomasisi gücüne katkı şeklinde de olabilir. Ek olarak yurt dışında yaşayan vatandaşlar ülke imajına, teknolojisine, akademisine de dolaylı yönden katkı sağlayabilir.

İlk akla gelen ekonomik katkıdır. Diasporaların oluşumunda ekonomik temelli göçler büyük rol oynamaktadır. Bunun sonucu olarak yurt dışında yaşayan vatandaşların, yurt içindeki vatandaşlardan ekonomik olarak daha fazla refah içerisinde bulunduğu genel bir gözlemdir.<sup>33</sup> Bu durum aşağıda tartışacağımız aleyhe görüşlerden çıkar çatışmasına da dayanak oluşturabilmektedir. Bu bağlamda yine eklemek gerekir ki ekonomik katkı ile ilgili eleştirel bir bakış açısı taşıyan yazarlar da mevcuttur. Buna göre ekonomik katkı, oy hakkını kapitale endekslemesi açısından meşru bir gerekçe teşkil etmemektedir; zira bir

<sup>31</sup> Sybil Rhodes, Arus Harutyunyan, "Extending Citizenship to Emigrants: Democratic Contestation and a New Global Norm", *International Political Science Review*, C. 31, S. 4 (2010), s. 674, doi:10.1177/0192512110374044.

<sup>32</sup> Hilmi Can Turan, "Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşı Seçmenin Yurtdışı Merkezlerde Oy Hakkı", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 15, S. 174 (2017), s. 2889.

<sup>33</sup> Bekir Gündoğmuş, "Yurt Dışı Türklerin Siyasal Katılımında Yurt Dışı Seçim Çevresi: Niçin ve Nasıl?", *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 31, S. 2 (2021), s. 769, doi:10.18069/firatsbed.868791.

turist ya da yabancı yatırımcı da yurt dışında yaşayan bir vatandaştan daha fazla ekonomik katkı sağlayabilir.<sup>34</sup>

Son dönemde öne çıkan nitelikli göç dalgası da ekonomik temellidir. Bu durum göçün bir zorunluluk mu yoksa tercih mi olduğu sorusunun yanıtını güçlendirmektedir. Nihayetinde tamamen bir zorlama olmasa da tam anlamıyla gönüllü bir göçten söz etmek her zaman mümkün değildir.<sup>35</sup> Göçün bir zorunluluk olduğu hâllerde, göçmenlerin çoğunlukla iç savaş ya da siyasi baskılardan dolayı da göç etmek zorunda kaldığı varsayılabilir. Bu durumda diaspora, ülkede demokrasinin ve barışın yeniden tesisi için önemli bir rol oynayabilir. Ülkelerine geri dönemeyen göçmenler, ülkelerinin geçmişindeki insan hakları ihlalleri; barışın ve demokrasinin restorasyonunda öncü olabilecektir.<sup>36</sup>

Yurt dışındaki vatandaşlar, ana vatanda kalan yakınlarına finansal anlamda katkı sağlamaktadır. Buna ek olarak, ulusal mevzuatın izin verdiği durumlarda siyasi partiler de yurt dışındaki vatandaşlardan finans ve insan kaynağı desteği görmektedir.<sup>37</sup> Diasporanın dolaylı bir ekonomik katkısı da mevcuttur. Örneğin Türkiye’den göç eden göçmenler ülkedeki işsizlik oranının düşmesini sağlamış, ülkede kalan vatandaşlar için iş pozisyonlarındaki rekabeti kolaylaştırmıştır.<sup>38</sup>

Bu katkı Türkiye’de kamu otoritelerinin belgelerine de yansımıştır. Örneğin 1961 yılındaki Kalkınma Planı’nda öngörülen şudur: Yurda geriye göçün mümkün olduğu hallerde, yurt dışındaki

---

<sup>34</sup> Claudio Lopez-Guerra, “Should Expatriates Vote?“, *Journal of Political Philosophy*, C. 13, S. 2 (2005), s. 230, doi:10.1111/j.1467-9760.2005.00221.x.

<sup>35</sup> Iseult Honohan, “Should Irish Emigrants Have Votes? External Voting in Ireland“, *Irish Political Studies*, C. 26, S. 4 (2011), s. 560, doi:10.1080/07907184.2011.619749.

<sup>36</sup> Rainer Bauböck, “Stakeholder Citizenship and Transnational Political Participation: A Normative Evaluation of External Voting“, t.y., s. 2436.

<sup>37</sup> Gündoğmuş, “Yurt Dışı Türklerin Siyasal Katılımında Yurt Dışı Seçim Çevresi“, s. 766.

<sup>38</sup> Nermin Abadan-Unat vd., *Avrupa’da Yaşayan Türklerin Oy Verme Davranışları ve 2014 Türkiye Cumhurbaşkanlığı Seçimi*, Boğaziçi Üniversitesi & Friedrich Ebert Stiftung, İstanbul 2014, s. 15.

kurumlarda kazanılan tecrübe de yurda kazandırılabilir. <sup>39</sup> Yani diasporanın ekonomik katkısının sadece parasal olmayacağı, geri dönüşlerle birlikte, yurt dışında kazanılan deneyimin Türk ekonomisine de olumlu yansıtacağı beklenmiştir.

Buraya kadar anlattığımız kısım yurt dışına göçe, kalkınmacı bir temelle yaklaşıldığını göstermektedir. Bu kalkınmacı yaklaşım ortadan kalkmamakla birlikte, 1990'lı yıllara doğru kırılmış ve diasporanın bir dış politika aktörü olarak görülmesi eğilimi güç kazanmıştır. <sup>40</sup> Esasında bu eğilimin sadece 1990'larda başladığını söylemek de doğru olmayacaktır. Nitekim Fransa, diasporaya oy hakkı tanıırken diasporanın Fransa'nın Nazi işgalinden kurtulmasında oynadığı role dayanmıştır. <sup>41</sup> Gerçekten de Fransa'nın işgali esnasında Fransa dışında bulunan askeri yetkililer ve aydınlar ana vatanla siyasi aidiyetini koruyarak ülke içindeki direnişi desteklemiştir.

Özetle diasporaların katkı potansiyeli ve çeşitliliği, diğer lehe görüşlerle birlikte yurt dışında yaşayan Türklerin oy hakkına sahip olması görüşünü destekler niteliktedir. Bu katkının sürekliliğinin sağlanması yurt dışında yaşayan kişilerin ana vatanla olan aidiyet duygusunun korunmasına bağlıdır. Aksi halde, bu katkıyı sağlayan kişiler yurt dışında buldukları için adeta cezalandırıldıkları ve dışlandıkları hissine kapılacaktır.

### E. Aidiyet

Bir üstteki başlıkta diasporanın ana vatan siyaseti ve ekonomisine katkısını sürekli kılmak için aidiyet duygusunun rolüne değinmiştik. Bu rol açısından en önemli araç siyasi katılımıdır. Siyasi katılım, yurt dışında yaşayan vatandaşların ana vatanlarına olan

---

<sup>39</sup> Erdoğan, "Avrupa'da Türkiye Kökenli Göçmenler ve 'Euro-Turks-Barometre' Araştırmaları", s. 117.

<sup>40</sup> Erdoğan, "Avrupa'da Türkiye Kökenli Göçmenler ve 'Euro-Turks-Barometre' Araştırmaları", s. 118.

<sup>41</sup> Fatma Koçak, Veyssel Dinler, "Türk Diasporasının Seçme ve Seçilme Hakkı: Yurtdışı Seçim Çevresi İçin Bir Öneri", *Yasama Dergisi*, S. 47 (2023), s. 95.



ilgilerini ve aidiyet duygusunun korunmasını sağlamaktadır.<sup>42</sup> Böylece yurt dışında yaşayan vatandaşlar, aktif vatandaş olarak kalabilmektedir.<sup>43</sup> Nitekim bazı yazarlar da yurt dışı oy hakkının tanınmamasının, bir temel hakkın ihmalinden de öte, bireye kendi ulusal topluluğunda var olma imkanının tanınmaması anlamına geldiğini belirtmektedir.<sup>44</sup>

Aidiyet duygusu, belirli bir ölçüde yurt dışında yaşayan vatandaşların kendi ülkelerini “gönülsüz” olarak terk ettikleri savını da içerir. Dolayısıyla bu sav “gönüllülük” kavramı ve “aidiyet” kavramları üzerinden eleştirilmektedir. Oysaki günümüzde göçler daha iyi bir kariyer veya farklı bir yaşam tarzı adına da gerçekleştirilmektedir. Ancak *Guera’ya* göre, şartlardan dolayı göç ettiğini iddia eden bir kişinin, ülkede kalıp bu kötü şartların düzeltilmesi için mücadele eden bir aktivist kadar aidiyet duygusu taşıdığını söylemek güçtür.<sup>45</sup>

İHAM’ın yukarıda değindiğimiz kararlarında yurt dışında yaşayan vatandaşların aidiyet duygusunu yitirdiği ve güncel gelişmeleri takip edemediği belirtilmişti. Ancak bu kararların tarihi de dikkate alınmalı; karardaki argümanlar dönemin iletişim imkanları çerçevesinde değerlendirilmelidir. Zira ana vatana olan ilginin ve aidiyet hissiyatının azaldığı argümanı da günümüzde iletişim kanallarının çokluğu karşısında zayıflamıştır.<sup>46</sup>

Özetle aidiyet duygusunun korunmasında hem bireylerin kendi manevi varlığını geliştirme hakkı yönünden, hem de ana vatanda kalanların göçün sağladığı kazanımlardan yararlanması yönünden önemlidir.<sup>47</sup>

---

<sup>42</sup> Gündoğmuş, “Yurt Dışı Türklerin Siyasal Katılımında Yurt Dışı Seçim Çevresi”, s. 766.

<sup>43</sup> Gündoğmuş, “Yurt Dışı Türklerin Siyasal Katılımında Yurt Dışı Seçim Çevresi”, s. 445.

<sup>44</sup> Owen, “Transnational Citizenship and the Democratic State”, s. 659.

<sup>45</sup> Lopez-Guerra, “Should Expatriates Vote?”, s. 231.

<sup>46</sup> Lappin, “The Right to Vote for Non-Resident Citizens in Europe”, s. 878.

<sup>47</sup> Şunu da hatırlatmak gerekir ki bu aidiyet duygusu ana vatanla tarihsel, kişisel bağları olan kimseler için değerlendirmeler ifade eder. Vatandaşlığa

## F. Göçün Sürekliliği ve Döngüselliliği

Yurt dışı oy hakkını değerlendirirken göçün tek yönlü ve bir seferde tüketilen bir olgu olmadığını kabul etmek gerekir. Dönem dönem göç eğilimleri tersine dönse de göç devam etmektedir.<sup>48</sup> Diaspora da büyümektedir. Bunun iki sonucu vardır:

- Sayısal olarak yurt dışı seçmen sayısı artar,
- Siyasi olarak mevcut diaspora yeni gelen vatandaşlarla, ana vatan ile arasındaki siyasi ilgi ve bilinci korumaya devam eder.

Bu nedenle yurt dışı seçim hakkı, son seçimlerdeki siyasi tercihlere göre değerlendirilmemelidir. Ne var ki Bazı siyasi aktörlerin, yurt dışı oy hakkıyla ilgili yaklaşımı, diaspora seçmenlerinin mevcut siyasi tutumlarına göre belirlenmiş olabilir. Fakat bu tutumlar üzerine yapılan tahminler her zaman doğru sonuç vermez.<sup>49</sup>

Yurt dışı seçmen profili yeni gelen göçlerle değişebileceği gibi halihazırdaki göçmenlerin kuşaklar arası dönüşümleri ile de gerçekleşebilmektedir. Nitekim Almanya örneğinde üçüncü kuşak göçmenleri iş adamları, akademisyenler, sanatçılar oluşturabilmektedir. Yeni göç dalgaları ilk dönem misafir işçi olarak göçen kitleden farklı bir profil sergilemektedir.<sup>50</sup> İlk nesil göçmenlerin çocukları farklı bir sosyo-ekonomik karakter taşımaktadır. Bugün Almanya'daki Türk nüfusun yaklaşık %50'si göçmenlik deneyimine sahip değildir.<sup>51</sup>

---

sonradan geçen kimseler için benzer nitelikte güçlü hislerden söz etmek güçtür.

<sup>48</sup> Mehmet Güneş, "Küresel Siyasette Demokratik Katılım Örneği Olarak: Yurtdışındaki Vatandaşların Siyasal Katılımı", Turgut Özal Uluslararası Ekonomi ve Siyaset Kongresi IV Malatya 2017, s. 442.

<sup>49</sup> Gündoğmuş, "YURT DIŞI TÜRKLERİN SİYASAL KATILIMINDA YURT DIŞI SEÇİM ÇEVRESİ", s. 766.

<sup>50</sup> Abadan-Unat vd., *Avrupa'da Yaşayan Türklerin Oy Verme Davranışları ve 2014 Türkiye Cumhurbaşkanlığı Seçimi*, s. 9.

<sup>51</sup> "Migrationsbericht des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge im Auftrag der Bundesregierung", Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge, Berlin 2012, s. 138.

Göçün sürekliliğinin yanında dikkate alınması gereken bir diğer kavram döngüsel göçtür. Döngüsel göç, belirli sebeplerle süreli olarak yurt dışına çıkan vatandaşların, daha sonra ülkelerine dönmeleri ya da dönme arzusunda olmalarıdır.<sup>52</sup> Göçmenlik deneyimine sahip olmayan yurt dışı vatandaşların dahi daha iyi iş imkanları, toplumsal hayatta yaşadıkları ayrımcılık gibi nedenlerle ana vatana göç etmeyi düşündükleri gözlemlenebilmektedir.<sup>53</sup> Örneğin Almanya'da yaşayan üçüncü nesil Türkler dahi Türkiye'ye göç etme fikrine açıktır.<sup>54</sup> Öyle ki politikada ve toplumdaki dönüşümler geri göç algısını da değiştirmektedir. İlk nesil misafir işçiler için geri dönüş adeta ekonomik başarısızlık olarak görülebilmekteyken, yeni nesiller için ikamet edilen ülkedeki toplumsal ve siyasi değişikliklere bir tepki olarak değerlendirilebilmektedir.<sup>55</sup>

Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi de herkesin ülkesini terk etme ve geri dönme haklarını düzenlemektedir.<sup>56</sup> Göçün döngüsel olması, göçmen vatandaşın oy hakkının ülkeye geri dönme teminatına bağlanıp bağlanamayacağı sorusunu da gündeme getirebilir. Örneğin Filipinler, göçmen vatandaşlarının yurt dışında oy hakkına sahip olabilmesi için 3 yıl içerisinde yurda geri döneceklerini taahhüt eden bir belge imzalamalarını talep etmiştir. Birleşmiş Milletler Göçmen

---

<sup>52</sup> Abadan-Unat vd., *Avrupa'da Yaşayan Türklerin Oy Verme Davranışları ve 2014 Türkiye Cumhurbaşkanlığı Seçimi*, s. 9. Ayrıca belirtmek gerekir ki geriye göç de bazı ülkelerce teşvik edilebilmektedir. Bu teşvik bazen ana vatan tarafından (Bkz. Kosova) bazen de ev sahibi ülke tarafından teşvik edilebilmektedir (Bkz. Almanya).

<sup>53</sup> Erdoğan, "Avrupa'da Türkiye Kökenli Göçmenler ve 'Euro-Turks-Barometre' Araştırmaları", s. 131.

<sup>54</sup> Vedat Martin İnce, "Üç Nesil Almanya Türklerinin 'Kesin Dönüş' Algılarının Değerlendirilmesi (Evaluation of Perceptions of reMigration" (Homecoming) by Three Generations of German Turks)", *Türk Turizm Araştırmaları Dergisi*, 2023, s. 778, doi:10.26677/TR1010.2023.1232.

<sup>55</sup> İnce, "Üç Nesil Almanya Türklerinin 'Kesin Dönüş' Algılarının Değerlendirilmesi (Evaluation of Perceptions of reMigration" (Homecoming) by Three Generations of German Turks)", s. 777.

<sup>56</sup> Lappin, "The Right to Vote for Non-Resident Citizens in Europe", s. 863.

İşçileri ve Aile Üyelerini Koruma Komitesi, gözlem raporunda bu şartın meşru ve makul olmadığını belirtmiştir.<sup>57</sup>

Aslında göç literatüründe görece az incelenen bir başka grup da yurt dışı oy hakkında değinilmesi gereken sayıca azımsanmayacak bir kesimdir. Bu kesim için *belirli süreli göçmen / quasi göçmen* ifadesi tartışmaya açık olarak, kavramı kolaylaştırmak adına kullanılabilir. Bu grubu eğitim, iş, askeri veya diplomatik<sup>58</sup> görevler nedeniyle bulunan kişiler; öğrenci değişim programıyla yurt dışında bulunan öğrenciler, araştırma faaliyetleri için geçici süreyle yurt dışında bulunan akademisyenler oluşturmaktadır. Bu kişilerin yurt dışında bulunması hem siyasi hem akademik hem de akademik diplomasi açısından faydalar sağlanmaktadır. Bu kişilerin yurt dışında kalma süreleri birkaç yılı bulabilmektedir. Dolayısıyla bunların da oy hakkından mahrum edilmemesi gerekir.

Özetle artık yeknesak bir göçmen profilinden söz etmek mümkün değildir. Yurt dışı oy hakkı mevcut siyasi tablolara göre yorumlanmamalıdır. Göç sürekli ve döngüsel bir olgudur. Dolayısıyla yurda her an dönebilecek bir kişiye yurt dışı oy hakkı sağlanmalıdır. Zira göçün sürekliliği sayesinde bu kişiler ana vatandan yeni gelmiş kişilerle kaynaşabilmekte ve ülkedeki gelişmeleri onlardan da dinleyebilmektedir.

### G. Demokratik Temsil Açığı

Göçmenlerin kendi ülkesinde oy kullanması lehine görüşlerden bir tanesi de bu kişilerin oy hakkı olmaması halinde demokratik bir açığın olacağı yönündedir.<sup>59</sup> Küreselleşme ile birlikte teknolojik gelişmeler, demokratik aktörlerin de sınırlar arası hareketine yol

<sup>57</sup> Concluding observations of the Committee (Philippines), (CMW 22 Mayıs 2009).

<sup>58</sup> Gerçi diplomatik ya da askeri görevlerle yurt dışında bulunanlar için ana vatanla ilişkileri daha sıkı olduğu gerekçesiyle istisnalar uygulayan örnekler de mevcuttur. Bkz. Danimarka.

<sup>59</sup> Alain Brun, "A European or a National Solution to the Democratic Deficit?", s. 24.

açmıştır.<sup>60</sup> Özellikle Avrupa Birliği gibi kurumlar siyasi ve demografik entegrasyonda önemli bir yol kat etmiştir. Avrupa Birliğinin dört önemli özgürlüğü<sup>61</sup> olan kişilerin serbest dolaşımı neticesinde bugün birçok Avrupa Birliği vatandaşı, kendi ülkeleri dışında yaşamayı tercih etmektedir.

Bu kişiler, göç ettikleri ülkelerde de oy kullanamaması halinde, adeta siyasi bir ölü<sup>62</sup> haline gelecektir. Siyasi hareketsizlik hem vatandaşı olduğu ülkede hem de göç ettiği ülkedeki toplumsal gelişmelere duyarsızlaşma sonucunu getirecektir. Bu durum da küreselleşmenin, demokrasi aktörlerini devre dışı bırakması sonucunu doğuracaktır. Hatta ülkesindeki şartlardan dolayı ülkesini terk eden bir vatandaşın oy kullanamaması, bu kötü şartları yaratan iktidarın bir muhalif oydan kurtulması anlamına gelecektir.

Bu şartlar ekonomik veya siyasi olabilir. Fakat burada kastettiğimiz vatandaşı göçe zorlayan şartlardır. Bu şartlar ilk bakışta sığınma ve mülteciliğin altındaki dinamiklere benzetilebilir. Ancak aradaki fark söz konusu şartların daha az şiddetli olması ya da göç eden açısından daha az görünür olmasıdır. Avrupa Birliği içerisindeki (özellikle ekonomik nedenli) göçler de bu kategoride görülebilir. Bu kapsamda göç eden kişiler, göç etme kararlarını etkileyen şartların ülkelerindeki yönetim zafiyeti olduğunun farkında olmayabilir. Bu kişileri oy hakkından mahrum bırakmak onları, demokratik faaliyet alanı dışında bırakmak anlamına gelmektedir.

Göç konusu daha çok halihazırda ülkeye gelen insanların o ülkedeki hakları üzerinden insani motivasyonlarla ele alınmaktadır; oysa daha rasyonel olan göçe kaynaklık eden ülkelerdeki sorunların

---

<sup>60</sup> Zahide Erdoğan, "Extending the Rights of Diaspora Through External Voting in the Balkan Countries: An Analysis of the Seven Independent States of the Former Yugoslavia", *Anemon Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 9, S. 6 (2021), s. 1617, doi:10.18506/anemon.974576.

<sup>61</sup> Diğerleri malların serbest dolaşımı, sermayenin serbest dolaşımı ve hizmetlerin serbest dolaşımıdır.

<sup>62</sup> Esasında bu ifade ile bir kişinin siyasi temsil mekanizmalarının oluşumunda herhangi bir etkisinin olmaması durumunu kast etmekteyiz.

çözülmesidir.<sup>63</sup> Göç eden bireylerin oy hakkı açısından bu değerlendirme önemlidir. Tarih de bunu teyit etmektedir. Nitekim Sırbistan'ın yurt dışında yaşayan vatandaşlara oy hakkı tanımaması, biraz da Sırbistan'ın o dönemdeki yönetiminin, yurt dışındaki vatandaşları düşman olarak görmesine bağlanmıştır.<sup>64</sup>

Özetle, bilhassa siyasi saiklerle göç edenlerin ülkelerindeki durumu değiştirmek istemeleri doğaldır. Bu ihtimalin kendisi dahi göç eden kişiyle birlikte ana vatandaki olası baskıcı yönetimlerin bir muhaliften kurtulması anlamını taşır. Bu halde baskıcı siyasetçiler vatandaşlarının yurt dışına göçmesinden endişe etmez, bilakis memnuniyet duyabilir. Bu durum da kontrolsüz göç dalgalarının artmasına yol açacaktır. En azından hala oy hakkının görece sağlıklı işlediği ülkeler için bir çözüm vardır. O da göç eden kişinin oy hakkının elinden alınmamasıdır. Böylece diasporadakiler, baskıcı yönetimler için bir dengeleme unsuru olarak kalabilir.

## II. ALEYHE GÖRÜŞLER

Buradaki alt başlıklarda yalnızca göç edilen ülke perspektifinden aksi görüşlere yer verilecektir. Fakat bunun yanı sıra ev sahibi ülkede de bazı çekinceler olabilir. Nitekim ev sahibi ülkeler, kendi ülkelerindeki göçmenlerin siyasi olarak mobilize olduklarını gördüklerinde agresif tavırlar sergileyebilmekte, hatta bu mobilizasyonu milli egemenliklerine ve göçmenlerin ev sahibi ülkeye sadakatlerine karşı bir tehdit olarak görebilmektedir.<sup>65</sup> Örneğin Kanada, kendi vatandaşlarının başka ülkelerde temsil edilmek üzere temsilci seçmesini milli egemenliklerine ve entegrasyona aykırı görmektedir.<sup>66</sup> Bu kısa bakışla yetinilerek ana vatan açısından aksi yöndeki altı görüş şu iki **eksen** arasında bir yere konumlanmaktadır: Yurt dışında yaşayan vatandaşlara oy hakkı

<sup>63</sup> Selda Geyik Yildirim, "Immigration And Afghans: 'Consistent Refugees'", *Göç Araştırmaları Dergisi*, C. 4, S. 2 (2018), s. 155.

<sup>64</sup> Francesco Rossi Ragazzi, Kristina Balalovska, "Diaspora Politics and Post-Territorial Citizenship in Croatia, Serbia and Macedonia", *SSRN Electronic Journal*, 2011, s. 16, doi:10.2139/ssrn.2388857.

<sup>65</sup> Gündoğmuş, "YURT DIŞI TÜRKLERİN SİYASAL KATILIMINDA YURT DIŞI SEÇİM ÇEVRESİ", s. 769.

<sup>66</sup> Koçak and Dinler (n 7) 97. Koçak and Dinler (n 7) 97.

tanınması gibi zorunluluk yoktur; Yurt dışında yaşayan vatandaşlara oy hakkı tanınmamalıdır. Biz bu altı argümana ilk eksenden ikincisine doğru yer vereceğiz:

- Yurt dışı seçmenin ülke yönetiminden etkilenmediği görüşü,
- Milli egemenlik ilkesinin esnetilmesi,
- Seçimlerin uygulanmasının külfeti ve seçim güvenliğine ilişkin doğabilecek sorunlar,
- Vatandaşlık bağı ve güncel politika bilinci eksikliği,
- Aşkın temsil sorunu,
- İktidarın genişletilmesi ve siyasi fırsat eşitsizliği sorunu.

### **A. Yurt Dışı Seçmenin Ülke Yönetiminden Etkilenmemesi**

Yurt dışı seçmenin oy kullanmasını savunan argümanlar, onların ana vatanlarındaki yönetimden etkilendikleri savına dayanmaktadır. Dolayısıyla aksi yöndeki argümanlarda da etkilenmedikleri savının bulunması doğaldır.

Ancak yurt dışı seçmenin ana vatan yönetiminden etkilendiği varsayımında dahi bunun yurt dışı oy hakkı için yeterli olmayacağı yönünde görüşlere de yer vermek gerekir. Örneğin *Lopez-Guerra'ya* göre bir devlet yönetimden etkilenmek ile bir devlet ve hukuk sistemi tarafından yönetilmek arasında fark vardır.<sup>67</sup> *Lopez-Guerra*, bu vatandaşların halihazırda kendi ülkeleri ile ekonomik, sosyal ilişkileri devam etse de; hatta askerlik ve vergi gibi yükümlülükleri devam etse de parlamento tarafından çıkartılan kanunlar kendilerine uygulanmayacağı için oy hakkına sahip olmalarının bir şart olmadığını öne sürmüştür.<sup>68</sup> Hatta *Lopez-Guerra*, askerlik vazifesi için dahi vatandaşı bulunan ülkenin, birey üzerinden katı bir etkisinin olmadığını dile getirmiştir.<sup>69</sup> Ona göre ana vatan askerlik yükümlülüğü ile ilgili bir karar almış olsa da savaş anında yurt dışında bulunan vatandaşlar bu yükümlülükten kaçabilir. Ancak ana vatanında yaşayan vatandaşlar, bu

<sup>67</sup> Lopez-Guerra, "Should Expatriates Vote?", s. 222.

<sup>68</sup> Song, "Democracy and Noncitizen Voting Rights", s. 611.

<sup>69</sup> Lopez-Guerra, "Should Expatriates Vote?", s. 233.

yükümlülüğü yerine getirmediği takdirde hapis cezası dahil birtakım yaptırımlarla karşılaşacaktır.<sup>70</sup> *Bauböck*, bu görüşün devletin egemenlik alanını sadece bölgesel olarak algıladığı nedeniyle eleştirmiştir. *Bauböck'e* göre bu yükümlülüklerin yurt dışında yaşayan vatandaşlara empoze edilememesi vatandaşlıktan kaynaklanan geri dönme hakkını engelleyecek niteliktedir.<sup>71</sup>

Ancak tabii ki bu görüşün karşısında da vatandaşı olunan devletin, kendi çıkardığı kanunları yurt dışındaki vatandaşlar için de eşit etkiye kavuşturamamasının vatandaşın değil ana vatan devletinin sorumluluğu olduğu görüşü öne sürülmüştür. Yani bir kanunun yurt dışındaki vatandaşlara uygulanmaması, devletin sorumluluğudur ve bunun bedeli yurt dışındaki vatandaştan oy hakkının elinden alınması şeklinde alınmamalıdır.<sup>72</sup> Öte yandan ana vatandaki kararların yurt dışında yaşayanlar üzerindeki etkisi argümanı, bu etkinin ne ölçüde ve hangi konularda olduğunun belirlenmesi zorluğunu da getirecektir.<sup>73</sup>

Yurt dışı oyların, ana vatan siyasetinden etki ile meşrulaştırılması varsayımında şu soru gündeme gelecektir; bir birey kendisini etkileyen her ülke siyasetinde temsil edilmeli midir? Günümüzde uluslararası politikalar gündelik hayata daha doğrudan etki etmektedir, bu argümanla üçüncü bir ülke bir birey için daha büyük etkiye sahip olabilir.<sup>74</sup>

Gerçekten de eğer sadece etkilenme meselesi üzerinden ele alınacak olursa küreselleşen dünyada artık bütün ülkelerin siyasi kararları doğrudan ya da dolaylı bir şekilde bizleri etkilemektedir. Bu durumda Almanya'da yaşayan bir Türk vatandaşı, komşu ülke

---

<sup>70</sup> Lopez-Guerra, "Should Expatriates Vote?", s. 233.

<sup>71</sup> Bauböck, Rainer, "New Dimensions Of Citizenship: Contribution: Stakeholder Citizenship And Transnational Political Participation: A Normative Evaluation Of External Voting", *Fordham L. Rev.*, C. 75, S. 5 (2007), s. 18.

<sup>72</sup> Lappin, "The Right to Vote for Non-Resident Citizens in Europe", s. 880.

<sup>73</sup> Ludvig Beckman, "Citizenship and Voting Rights: Should Resident Aliens Vote?", *Citizenship Studies*, C. 10, S. 2 (2006), s. 158, doi:10.1080/13621020600633093.

<sup>74</sup> Beckman, "Citizenship and Voting Rights", s. 160.



Fransa'nın nükleer politikalarından daha çok etkilenme olasılığı ile karşı karşıyadır. Ancak anlaşılır bir şekilde bu vatandaşın Fransa'da oy kullanması beklenmemektedir.

Ek olarak etki prensibinin kabulü halinde çıkar çatışması olasılığının da göz ardı edildiği sonucu ortaya çıkabilecektir. Zira insanın *homo economicus* sıfatı onu diğer bireylerle millet kavramı altında buluşmaktan uzaklaştırabilmektedir. Yurt dışında yaşayan bir birey vatandaş olduğu ülkenin bir ferdi ve milletin bir üyesi olduğu kadar bağımsız bir ekonomik aktördür de. Hâl böyleyken ana vatan ve ev sahibi ülkenin arasındaki ekonomik rekabet o ülkelerden gelir edenler arasına da yansır. Bir örnekle özetleyecek olursak her iki ülkenin arasındaki kur farkı, bireyler arasında eşitsizlik doğurabilir. Yurt dışında yüksek değerli bir para birimiyle para kazanan bir kişi, ana vatan daha rahat yatırım yapabilir ve bu durum da ana vatandakilerin mal sahibi olmasını zorlaştırabilir. Ya da yurt dışında yaşayan bir vatandaş daha az vergi ödeyerek satın aldığı bir aracı ana vatan kullanabilir. Böylesi bir ekonomik rekabet tablosunda salt etki ve aidiyet üzerinden bağ kurmak gerçekçi olmayacaktır. Dahası bu durum ana vatandaki vatandaş ile yurt dışındaki vatandaş arasındaki milli hissi bağları da zayıflatabilir. Dolayısıyla milli aidiyet hissi inşa edilirken daha gerçekçi etki hesaplamaları yapılmalıdır.

### **B. Milli Egemenlik İlişkinin Esnetilmesi**

Bugün yurt dışında yaşayan vatandaşların artması, *kozmo uluslaşma* terimiyle ifade edilmektedir.<sup>75</sup> Yurt dışında yaşayan vatandaşlarla ilgili politikalar da "*milli ulusötecilik*" kavramıyla açıklanmaktadır.<sup>76</sup> Millet kavramının, geniş yorumlanması, söz konusu ülkede hiç yaşamayan ve hatta ileride de yaşamayı düşünmeyen kimselerin dahi oy kullanması sonucunu doğurabilir.<sup>77</sup> Bu da lehe

<sup>75</sup> Koçak, Dinler, "Türk Diasporasının Seçme ve Seçilme Hakkı: Yurtdışı Seçim Çevresi İçin Bir Öneri", ss. 47-75. 77.

<sup>76</sup> Abadan-Unat vd., *Avrupa'da Yaşayan Türklerin Oy Verme Davranışları ve 2014 Türkiye Cumhurbaşkanlığı Seçimi*, s. 8.

<sup>77</sup> Alain Brun, "A European or a National Solution to the Democratic Deficit?", s. 25.

görüşler arasında yer alan vatandaşlık bağının sürekliliği ile çatışmaktadır. Zira sürekli olmak bir yana belki de hiç başlamayacak bir bağ söz konusudur.

Türkiye Cumhuriyeti'nin kurucusu Mustafa Kemal Atatürk, Medeni Bilgiler kitabında millet kavramı için bir tanım getirmeye çalışmıştır. Atatürk bu tanımda ikincil derecede unsurları göz ardı ettiğini ve her millete uygulanabilecek asgari kriterleri belirlemeye çalıştığını ifade ederek şu unsurlara dikkat çekmiştir<sup>78</sup>:

- a. *Zengin bir geçmiş mirasına sahip bulunan;*
- b. *Birlikte yaşamak konusunda ortak arzu ve kabulde samimi olan;*
- c. *Ve sahip olunan mirasın muhafazasına beraber devam hususunda iradeleri müşterek olan insanların birleşmesinden vücuda gelen cemiyete millet namı verilir.*

1961 Anayasası'nda da bu anlayış yer bulmuş ve Türk milliyetçiliği "*kaderde, kıvançta ve tasada*" ortak olmak şeklinde yansımıştır.<sup>79</sup> 1982 Anayasası'nda ise bu genel tanıma yeni kriterler ve kayıtlar eklenmiştir.<sup>80</sup> 1982 Anayasası'nın başlangıç kısmında ek olarak "*milli varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak*" olmak ifadesi yer almıştır.<sup>81</sup> *Millet hayatının her türlü tecellisi*, oldukça katı bir kayıtlama olarak kabul edilebilir. Öyle ki yurt içindeki sosyo-ekonomik farklılıklar bir yana bırakılacak olsa bile yurt dışındaki vatandaşların ve ülkede mukim vatandaşların "*her türlü tecellide*" ortak olduğunu öne sürmek güçtür. Ancak "*kaderde, kıvançta ve tasada*" ortaklık yurt içi ve yurt dışı vatandaşların arasındaki bağı ölçmede daha makul bir kriterdir. Bu ilkelerin benimsenmesi kanaatimizce daha isabetli olacaktır.

<sup>78</sup> Mustafa Kemal Atatürk, *Vatandaş İçin Medenî Bilgiler*, Milliyet Matbaası, İstanbul 1930, s. 30.

<sup>79</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 1961, Başlangıç, Kanun No.334, 09/07/1961.

<sup>80</sup> Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta, İstanbul 2023, s. 31.

<sup>81</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 1982, Başlangıç, Kanun No.2709, 09/11/1982.

Peki bu varsayım mevcut kültürel, demografik ve siyasi tabloya yansımakta mıdır? Nitekim Macaristan, komşu ülkelerde yaşayan Macar etnik kökenli yabancılara vatandaşlık vermiş ve bunlara oy hakkı sağlamıştır. Oysa bu kişilerin hepsinin Macaristan'da yaşayıp yaşamayacağı kesin değildir. Bu ortaklaşamama durumu sonradan taşınmaz satın alma ya da yatırım yolu ile vatandaşlığa geçen bireyler açısından da dikkate değerdir. Fakat bu konu daha kapsamlı olduğu için göçmenlerle sınırlı bir perspektifle değerlendirme yapılarak bu başlıktaki tartışmalara yer verilip bırakılacaktır.

Ayrıca milli egemenliğin sınırları bu derecede aşması, yurt dışında yaşayan kişilerin ev sahibi ülke siyasetine olan ilgisini de azaltacak adeta paralel bir toplum yaratabilecektir. *Bauböck*, yurt dışında yaşayan vatandaşların oy hakkına sahip olmasının, ikamet ettiği ülkede yabancılara tanınan siyasi haklara karşı ilgisini azaltacağını belirtmiştir.<sup>82</sup>

Özetle yurt dışındaki vatandaşların ana vatan siyaseti etrafında mobilize olması, diasporanın birlikte hareket etmesi ilk bakışta diplomatik bir güç olarak görülebilir. Ancak bir üstteki başlıklarda değindiğimiz çıkar çatışmasıyla da ilişkili olarak millet kavramının ve milli egemenliğin doğal siyasi sınırları olduğu unutulmamalıdır. Bu göz ardı edilecek olursa, yurt dışında yaşayan vatandaşların sahip olduğu potansiyel diplomatik güç sağlanamaz. Zira onların tek gündemi ana vatan siyaseti haline gelir. Kendilerini yurt dışında yaşayan yabancı olarak görmekten ziyade ana vatanın bir uzantısı, geçici bir görevlisi olarak görebilirler. Ancak bu görüntü yapay bir algıdır zira kederde ve tasada birlik kriteri, gerçek anlamda bir çıkar birliği oluşmadığı için hayata geçemeyecektir.

### C. Seçimlerin Uygulanmasının Külfeti ve Seçim Güvenliği

Bu başlık altında hem birbirini tamamlayan hem de birbiriyle yarışan 3 kriter (ya da 3 endişe) arasındaki kombinasyonlar ele alınacaktır: Seçimlerin güvenilirliği, Seçmenin oy kullanmasının kolaylaştırılması, Seçimlerin maddi / manevi külfeti. Bu üç kriterin

<sup>82</sup> Rainer Bauböck, "Expansive Citizenship: Voting beyond Territory and Membership", *PS: Political Science and Politics*, C. 38, S. 4 (2005), s. 685.

birbiriyle yarışmasının sonuçlarını şöyle özetleyebiliriz: Seçimlerin güvenliği öne çıkarsa oy kullanma zorlaşacaktır; Oy kullanma kolaylaştırılırsa seçimlerin güvenliği riski doğacaktır ve maliyet artacaktır; Seçimlerin güvenliği ve oy kullanmanın kolaylaştırılması birlikte sağlanacak olursa seçimlerin maliyeti artacaktır. Meseleyi daha sistematik bir şekilde aktarmak adına, alt başlıklarda, bu kriterler arasındaki yarışmanın gerçekleştiği 4 temel meseleye değinilecektir.

### 1. Oy Kullanma Yöntemi Sorunu

Seçimlerde oy kullanmanın kolaylaştırılması halinde öncelikle seçim güvenliğini sağlamak zorlaşacaktır. Yurt dışı seçmenin oy hakkını kullanmasını kolaylaştırmak adına ilk akla gelen tedbir posta yoluyla oy kullanmaktır. Günümüzde internetten oy kullanma gibi seçenekler gündemdedir. Ancak bu yolların da seçim güvenliğini, oy hakkının şahsiliğini nasıl tesis edeceği, açık sayım gibi kriterleri nasıl yerine getireceği tartışmalıdır.<sup>83</sup> Nitekim yurt dışında yaşayan vatandaşlar için posta yoluyla oy kullanma seçeneği Türkiye’de de gündeme gelmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi bu yöndeki düzenlemeyi iptal etmiştir.<sup>84</sup> Dolayısıyla Türk hukukunda posta yoluyla ya da elektronik yöntemle oy kullanmak mümkün değildir.<sup>85</sup>

Konuyla ilgili İHAM yaklaşımı da posta, vekalet vs. gibi yöntemlerle oy kullanma hakkının tesis edilmesi yönünde bir zorunluluk olmadığı şeklindedir. Yunanistan Anayasası, yurt dışında yaşayan vatandaşların oy hakkını tanıdığı halde Yunan Parlamentosu seçim hakkının kolaylaştırılması adına hala yasal bir düzenleme yapmamıştır.<sup>86</sup> Mahkeme, daire incelemesinde, Sözleşme’nin taraf devleti yurt dışında seçim merkezi kurma, posta ile oy hakkı tanıma gibi bir tedbire zorlamadığını belirtmiştir.<sup>87</sup> Konu daha sonra Büyük Daire

<sup>83</sup> Eşref Barış Börekçi, “Oy Hakkının İnternette Oy Kullanımı ile Dönüşümü”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23, S. 1 (2021), s. 613, doi:10.33717/deuhfd.899918.

<sup>84</sup> AYM 29 Mayıs 2008.

<sup>85</sup> Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin, Bursa 2019, s. 497.

<sup>86</sup> Alain Brun, “A European or a National Solution to the Democratic Deficit?”, s. 24.

<sup>87</sup> *Sitaropoulos and Others v. Greece*, 42202/07 (ECtHR 08 Temmuz 2010).

önüne taşınmıştır. Büyük Daire de bu tespitleri yinelemiş ayrıca başvuruçunun finansal durumunun oy kullanabilmek için Yunanistan'a seyahat yapmaya müsait olduğu gerçeğini de dikkate almıştır.<sup>88</sup> Şüphesiz kararın, bireysel koşullar dikkate alınarak verildiği, genele teşmil edilebilecek bir kanaatin var olmadığı söylenebilir. Ancak her hâlükârda Mahkeme, bu konuyla ilgili kayda değer bir takdir marjı olduğunu göstermiştir. Özetle, Mahkeme, taraf devletin posta yoluyla oy kullanma gibi kolaylaştırıcı tedbirleri almaması nedeniyle oy hakkının *de facto* olarak ihlal edildiği iddiasını kabul edilemez bulmuş; bu tarz çözümlerin taraf devletin milli egemenlik ilkesini sarsacak sorunlara yol açabileceğini kabul etmiştir.<sup>89</sup>

Ekleme gerekir ki Mahkemenin bu yönde tanıdığı takdir marjına karşın Konsey'e bağlı diğer organlar yurt dışında yaşayan vatandaşların oy hakkının tanınması ve kolaylaştırılması yönünde tavsiyeler vermektedir. Örneğin Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, yurt dışında yaşayan vatandaşların oy hakkını kullanmalarını kolaylaştırmak için posta yoluyla oy kullanma, elektronik oy gibi araçları teşvik etmektedir.<sup>90</sup>

## 2. Seçim Merkezleri ve Oy Kullanma Süreleri Meselesi

Seçimleri kolaylaştıran ve seçim güvenliğini etkileyen hususlardan birisi yurt dışındaki seçim merkezleridir. Yurt dışında yaşayan vatandaşlara oy hakkı tanınmış olması her zaman onların yurt dışında oy kullanma imkanının sağlanması anlamına gelmemektedir. İsrail, Nikaragua gibi bazı ülkeler yurt dışında yaşayan vatandaşlara oy hakkı tanımalarına rağmen seçim günü ülkeye gelmelerini beklemektedir.<sup>91</sup>

Yurt dışında oy kullanma imkanının tanınması durumunda genel uygulama diplomatik temsilciliklerde sandık kurulmasıdır. Zira

<sup>88</sup> *Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece*, 42202/07 (ECtHR [GC] 15 Mart 2012).

<sup>89</sup> *X. Et Association c. Italie*, 8987/80 (ECHR 05 Haziran 1981).

<sup>90</sup> "Resolution 1459 (2005) Abolition of restrictions on the right to vote".

<sup>91</sup> Bauböck, "Expansive Citizenship: Voting beyond Territory and Membership", s. 683.

diplomatik merkezler dışında sandık kurulması hem zorluklar yaratmakta hem de ev sahibi ülkenin arzu etmediği bir siyasi mobilizasyon görüntüsü vermektedir. Bunun sonucu olarak seçim merkezlerinin sayısının az tutulması tercihi yurt dışı seçmenlerin gündelik işlerini bırakıp uzaktaki seçim merkezlerine seyahat etmek zorunda bırakacaktır. Venedik Komisyonu da sadece diplomatik temsilciliklerde oy kullanımının oy hakkını kısıtladığını teyit etmiştir. Ancak bu kısıtlamanın diğer oy kullanma yöntemlerinin güvenilirliği eksikliği karşısında kabul edilebilir olduğunu da belirtmiştir.<sup>92</sup> İkamet ettiği yerin yakınlarında diplomatik temsilcilik bulunmayan seçmenler, ailecek oy kullanmaya gitmek için ciddi parasal ve zamansal külfetlere girecektir.<sup>93</sup> Yurt dışındaki seçim merkezlerinin azlığı, hava durumunun bile seçimlere katılımı etkilediği gerçeği karşısında, yurt dışı seçim katılım oranının önemini teyit etmektedir.<sup>94</sup> Ayrıca seçimlerin yurt dışındaki tatil süreçlerine denk gelmesi de katılımı azaltan bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>95</sup>

O halde seçim merkezleriyle ilgili şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Yurt dışında seçim merkezlerinin azlığı nedeniyle oy kullanmak güçleşmektedir. Öte yandan yurt dışında diplomatik temsilcilikler dışında ek seçim merkezleri kurulması da zor görünmektedir. Nihayetinde diplomatik temsilciliklerde seçim sandıkları kurulması şimdilik en makul seçenektir. Peki sadece diplomatik temsilciliklerde seçim merkezleri oluşturulması tek başına seçim güvenliğinin tesisi için makul bir durum yaratmakta mıdır? Yurt içinde yapılan seçimlerde dahi seçim güvenliği meselesi tartışmalıyken yurt dışında seçim güvenliği sağlanmasının kolay olacağı iddia

<sup>92</sup> “European Commission for Democracy Through Law, Report on Out-of-Country Voting”, 24.06.2011, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)022-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)022-e).

<sup>93</sup> Gündoğmuş, “YURT DIŞI TÜRKLERİN SİYASAL KATILIMINDA YURT DIŞI SEÇİM ÇEVRESİ”, s. 769.

<sup>94</sup> Turan, “Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşı Seçmenin Yurtdışı Merkezlerde Oy Hakkı”, s. 2883.

<sup>95</sup> Abadan-Unat vd., *Avrupa’da Yaşayan Türklerin Oy Verme Davranışları ve 2014 Türkiye Cumhurbaşkanlığı Seçimi*, s. 8.

edilemez.<sup>96</sup> Kaldı ki Sandık kurulacak merkezlerde, seçmen sayısı kadar o ülkedeki seçim güvenliği de değerlendirilmelidir. Yani kendi ulusal seçmeni için dahi seçim güvenliğini tesis edebileceği tartışmalı ülkelerde diplomatik merkezler dışında sandık kurulması ciddi endişeler yaratacaktır. Buna bir de yurt dışındaki seçim merkezlerinde oy kullanma süresinin çok daha uzun olması gerçeği eklenmelidir.

### 3. Siyasi Partiler Arası Eşitlik Sorunu ve Seçimlerin Denetimi

Seçim güvenliği siyasi parti gönüllülerinin de aktif olarak sandık başlarında bulunması gibi siyasi partiler için külfet oluşturacak tedbirleri gerektirir. Bu da yurt dışı teşkilatları üzerindeki gücü, iktidar partileri ile karşılaştırılamayacak olan diğer partiler için dezavantajlı bir durum yaratmaktadır.<sup>97</sup> Siyasi partilerin yurt dışında da çeşitli sivil toplum kuruluşları aracılığıyla örgütlendiği söylenebilir. Ancak bu durum diasporanın görece kalabalık olduğu ülkeler için geçerlidir. Son yıllarda artan, taşınmaz satın alma yoluyla vatandaşlık verilmesi bazı seçim çevrelerinin yeni yeni etkisinin artmasına yol açmıştır. Taşınmaz yolu ile vatandaşlığa geçen bazı Körfez ülkelerinde henüz diaspora oluşmadığı için siyasi partilerin de örgütlenmesinden söz edilemez. Öte yandan yurt dışındaki seçimlerin organize edilmesi ve seçim güvenliğinin sağlanması ana vatandaki vatandaşlar için de ekstra bir maliyet anlamına gelmektedir.<sup>98</sup> Buna bir de bazı koşullar altında ana vatanın hazinesi tarafından finanse edilen siyasi partilerin, yurt dışı seçim güvenliği için yapacakları harcamalar eklenmektedir.

### 4. Oyların Sayılması Meselesi

Son olarak yurt dışı seçimlerinde tartışma yaratan bir diğer husus da oyların yurt dışında kullanılıp yurt içinde sayılmasıdır. Oylama süresinin uzun olması ve oy çuvallarının transferi ciddi güvenlik sorunları yaratmaktadır. Ayrıca *Abadan'ın* bir çalışmasında yer

<sup>96</sup> Koçak, Dinler, "Türk Diasporasının Seçme ve Seçilme Hakkı: Yurtdışı Seçim Çevresi İçin Bir Öneri", s. 85.

<sup>97</sup> Koçak, Dinler, "Türk Diasporasının Seçme ve Seçilme Hakkı: Yurtdışı Seçim Çevresi İçin Bir Öneri", s. 110.

<sup>98</sup> Abadan-Unat vd., *Avrupa'da Yaşayan Türklerin Oy Verme Davranışları ve 2014 Türkiye Cumhurbaşkanlığı Seçimi*, s. 6.

alan, Almanya'da yaşayan vatandaşlarla yapılan görüşmelerde öne çıkan bir açıklama önemlidir: Buna göre yurt dışı oyların, seçim merkezlerinde sayılmaması aidiyet duygusunda ve seçimin şeffaflığına olan güvene olumsuz etki yaratmaktadır.<sup>99</sup>

Özetle yukarıda yer verdiğimiz üç unsurun tamamını aynı anda sağlamak günümüz koşullarında zordur. Bu üç unsura bir de siyasi fırsat eşitliği eklendiğinde yurt dışında oy kullanma konusu tartışmalı bir hale gelecektir.

#### **D. Vatandaşlık Bağı ve Güncel Politika Bilinci Eksikliği**

İHAM kararlarına da yansıyan bir diğer aleyhe argüman ise yurt dışında yaşayan vatandaşların ana vatanlarındaki güncel politik ve sosyal gelişmelerle ilgili bilgi eksikliğidir. Buna yeni nesil göçmenlerin ana vatanla hiç yaşamadığı ve ana vatanla ilgili algılarının ailelerinden duydukları ve kısa süreli tatillerinde edindikleri gözlemlerle sınırlı olduğu gerçeği de eklenince bu argüman güçlenmektedir. Özellikle yeni nesil vatandaşların bir kısmının Türkçe konusunda dahi ana vatandaki yaşlılarına göre dezavantajlı olduğu dikkate alındığında bu kişilerin güncel siyasi gelişmeleri ne ölçüde değerlendirebileceği şüphelidir.

Bazı yazarlar göçmen vatandaşların zihnindeki ülke ve kültür algısının adeta göç ettikleri tarihte dondurulmuş olduğunu öne sürmektedir.<sup>100</sup> *Bauböck'e* göre bu dondurulmuş algı, yurt dışında yaşayan vatandaşların daha radikal etnik gruplarda mobilize olmasına; yurt içindeki azınlıklarla ilgili olumlu gelişmeleri bu dondurulmuş algının yarattığı hislerle reddetmesine ve komşu ülkelerle ilişkilerin geliştirilmesine de yine duygusal yaklaşmasına neden olabilmektedir.<sup>101</sup> Nitekim Ermeni diasporasının, Ermenistan'ın Türkiye ile

<sup>99</sup> Abadan-Unat vd., *Avrupa'da Yaşayan Türklerin Oy Verme Davranışları ve 2014 Türkiye Cumhurbaşkanlığı Seçimi*, s. 22.

<sup>100</sup> Bauböck, "Stakeholder Citizenship and Transnational Political Participation: A Normative Evaluation of External Voting", s. 2416.

<sup>101</sup> Bauböck, "Stakeholder Citizenship and Transnational Political Participation: A Normative Evaluation of External Voting", s. 2416.



geliştirebileceği olumlu ilişkiler önünde engel olduğu ve tarihsel barış fırsatlarının kaçtığına neden olduğu ileri sürülebilmektedir.<sup>102</sup>

Buna karşın bu görüşün her toplum için geçerli olmadığı, bazı göçmen topluluklarının ana vatanlarındaki gelişmelere karşı daha duyarlı ve rasyonel oldukları da ileri sürülmüştür.<sup>103</sup> Öte yandan *Honohan'a* göre güncel bilgi düzeyi, ülke içinde yaşayan vatandaşlar için bir kriter değilken, bunun yurt dışında yaşayan vatandaşlarda bir şart olarak aranması makul değildir.<sup>104</sup>

Güncel politikaya dair vatandaşlık bilinci sağlansa da pratik olarak bunu engelleyen bir olgu mevcuttur. O da şudur: Şüphesiz yurt dışı oyların güvenle tamamlanıp ülkeye getirilmesi için yurt dışı oylamalarının daha erken sona ermesi kabul edilebilir bir tedbirdir. Ancak yurt dışı seçim merkezlerindeki oylamaların erken sonra ermesi, yurt içindeki seçimler gerçekleştirilene kadar olan siyasi gelişmelerin seçmen davranışına yansıtılmaması riskini taşımaktadır.<sup>105</sup> İngiliz Başbakanlardan *Harold Wilson'a* atfedilen bir sözle *siyasette bir hafta uzun bir süredir*.<sup>106</sup> Hatta bir hafta bir yana Türkiye Cumhuriyeti'nin 9. Cumhurbaşkanı *Süleyman Demirel'e* atfedilen bir başka söze göre de *siyasette 24 saat uzun bir süredir*.<sup>107</sup> Ancak yurt dışında oylamanın önceden açılması ve yurt içindeki sandıklardan daha önce kapanması nedeniyle bu "uzun süreler" içindeki gelişmeler yurt dışı seçmenin tercihine yansımayacaktır.<sup>108</sup>

---

<sup>102</sup> Gallia Lindenstrauss, "When the Diaspora Becomes an Obstacle: The Armenian Diaspora and the Negotiations between Turkey and Armenia, 2009-2010", *Negotiating in Times of Conflict*, ed. Gilead Sher, Anat Kurz, INSS, London 2010, s. 63-79.

<sup>103</sup> Lappin, "The Right to Vote for Non-Resident Citizens in Europe", s. 881.

<sup>104</sup> Honohan, "Should Irish Emigrants Have Votes?", s. 553.

<sup>105</sup> Gündoğmuş, "YURT DIŞI TÜRKLERİN SİYASAL KATILIMINDA YURT DIŞI SEÇİM ÇEVRESİ", s. 769.

<sup>106</sup> Adrian Beard, *The Language of Politics*, 1. publ Routledge, London 2000, s. 1.

<sup>107</sup> Seyfi Öngider, *Çankaya'nın Bütün Adamları*, Aykırı, İstanbul 2006, s. 163.

<sup>108</sup> Bu eş-zamansızlık, özellikle iki türlü seçimlerde kendisini göstermektedir. Örneğin Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde adaylardan birisi, ikinci turda aday

Netice olarak yapısal farklılıklar mevcuttur ve bu yapısal farklılıklar yurt dışı seçmenin oy tercihlerinde etkili olması gereken güncel bilginin sağlanamaması sonucuna yol açmaktadır. Dahası seçim zamanlarındaki farklılıklar da yurt dışı toplulukları ve ana vatandaki seçmen arasındaki *eş zamanlılık*<sup>109</sup> hissini dolayısıyla aynı topluma ait olma hissini zayıflatmaktadır.

### E. Aşkın Temsil

Aşkın temsil özellikle çifte vatandaşlık ya da çoklu vatandaşlık durumlarında ortaya çıkan bir sorundur. *Guerra'ya* göre bir bireyin temsili tabi olduğu hukuk düzenine göre belirlenmelidir ve bir kişi, kural olarak tek bir hukuk düzeninden etkilenmektedir.<sup>110</sup> Bu argüman birlikte yabancılara oy hakkı tanınması tartışmalarında da geçerli olabilecektir. Çifte vatandaşlık durumunda da yurt dışı seçmenin haksız bir şekilde çifte oy hakkına sahip olduğu öne sürülmektedir.<sup>111</sup>

Gerçekten de demokrasi evreninde hem ana vatani hem de ev sahibi ülke açısından oy hakkına sahip olan bir kişinin diğer insanlara göre daha avantajlı olduğu söylenebilir. Fakat bu görecelilik karşısında, eşit oy ilkesinin küresel ölçekte değerlendirilmesinin güçlüğü öne sürülebilir. Yani bu halde Almanya'da yaşayan çifte vatandaş bir Türk'e aşkın temsilden kaçınmak için Almanya seçimlerinde oy hakkı tanınmazken, demokrasinin olmadığı bir ülke vatandaşı olan bir başka çifte vatandaşa oy hakkı tanınması gibi anlaşılması güç durumlar ortaya çıkabilir.

Aşkın temsil küresel ölçekte olabileceği gibi çıkar ve etkilenme kriterleri çerçevesinde de ortaya çıkabilir. Bir kişinin hiç gelmediği ülke için oy kullanması, kolonyalist bir sonuç dahi doğurabilir. Yurt dışında yaşayan vatandaşlar, ev sahibi ülkenin ekonomik ve siyaseten güçlü

---

olmaktan çekilebilir. Bu gibi durumlar güncel gelişmelerin seçmen davranışına zamanında etki etmesine engeldir.

<sup>109</sup> Eş zamanlılık hissini ulusun inşasındaki önemine dair Bkz. Benedict Anderson, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Verson, London 2006, s. 24.

<sup>110</sup> Lopez-Guerra, "Should Expatriates Vote?", s. 229.

<sup>111</sup> Lappin, "The Right to Vote for Non-Resident Citizens in Europe", s. 876.

olması sonucunda kendilerini ana vatandaki kişilerden üstün görebilir. Elbette bu argüman, ampirik çalışmalarla desteklenmedikçe, bir varsayımdan öteye geçememektedir. Ancak böylesi bir varsayımda ana vatan siyaseti, üçüncü bir ülke vatandaşı olan kişilerin etkisine açık olacaktır.

Aşkın temsil ile ilgili göz önünde bulundurulması gereken bir olgu da çifte vatandaşlık sahibi seçmenlerin yaşadıkları ülke ve ana vatanlarında farklı ideolojik tercihleridir. Nitekim, yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının görece daha sol, liberal partilere oy verme davranışı gözlemlenmekte, bu durum rasyonel bir tercih olarak nitelendirilmektedir.<sup>112</sup> Ancak bu argüman karşısında çifte vatandaşların aynı seçimlerde birden çok oy kullanmadığı ve her iki seçimin de birbirinden farklı bağlamlar olduğu göz ardı edilmemelidir.<sup>113</sup>

#### **F. İktidarın Genişletilmesi ve Siyasi Fırsat Eşitsizliği**

Yurt dışı seçim hakkının tanınması yurt dışında yaşayan vatandaşların ülkelerindeki siyasi partiler lehine mobilizasyonuna da yol açabilmektedir. Bunun sonucu olarak seçim propaganda çalışmaları ya da seçimlerde yaşanan çatışmalar ev sahibi ülkelerin arzu etmediği bir tablo ortaya çıkarabilmektedir.

Seçim çalışmalarının da etkisi ile yurt dışındaki vatandaş topluluğu iktidar tarafından gözlemlenebilmekte ve bir tür dış politika aracı olarak yabancı ülkelerdeki egemenlik sahalarını genişletmelerine olanak tanıyabilmektedir.<sup>114</sup> Ancak biz bu makalede ev sahibi ülke siyasetine etkiyi ele almayacağız. Yine de bu husus ev sahibi ülkeyle ilgili değil göç veren ülkenin, vatandaşları üzerindeki olası baskıyı yurt dışına genişletebilmesi riskini ihtiva etmektedir. Bunun sonucunda yurt dışına çıkan vatandaşın, ana vatandaki baskıdan kurtulamaması temel hak ve özgürlüklerini kullanamaması sonucu doğabilir. Muhafif

---

<sup>112</sup> Erdoğan, "Avrupa'da Türkiye Kökenli Göçmenler ve 'Euro-Turks-Barometre' Araştırmaları", s. 137.

<sup>113</sup> Honohan, "Should Irish Emigrants Have Votes?", s. 554.

<sup>114</sup> Laurie A. Brand, "Authoritarian States and Voting From Abroad: North African Experiences", *Comparative Politics*, C. 43, S. 1 (2010), s. 97.

vatandaşlar, iktidara görece daha yakın vatandaşlar karşısında, gittikleri ülkede de hak ve özgürlüklerini kullanmaktan çekinecektir.

Buna karşın iktidara daha yakın vatandaşlar örgütlenme ve ifade özgürlüğünü<sup>115</sup> daha kolay kullanabilecek, daha rahat propaganda yapabilecektir. Daha propaganda sürecinde doğan bu eşitsizlik, tüm seçim sürecini kapsayabilecektir. Buna bir de iktidar partilerinin, yurt dışı temsilcilikler üzerindeki organizasyonel hakimiyeti eklendiğinde siyasi partiler arasında eşit bir yarıştan söz edebilmek güçtür. Neticede seçimlerde fırsat eşitliği kamu görevlilerinin eylem ve söylemleri ile iktidar partisi lehine bozulabilir. Bundan kaynaklanan fırsat eşitliği, seçimlerin serbestliği ilkesinin bir ihlali olarak değerlendirilmektedir.<sup>116</sup>

### III. LEHE ve ALEYHE GÖRÜŞLER ÇERÇEVESİNDE ARA ÇÖZÜMLER

Lehe ya da aleyhe olsun yukarıda sınırlı bir şekilde aktarmaya çalıştığımız tüm argümanlara karşı yanıt vermek mümkündür. Ancak bu argümanların yanıtlanabilir ya da çürütülebilir olması bunların dayandığı endişelerin göz ardı edilmesini gerektirmez.

Her argüman kendi içinde belirli bir düzey doğruluk taşır. Bir kısmı tarihsel deneyimlere dayanan daha somut argümanlar iken bir kısmı potansiyel risklere dayanan niyet okumalar olarak bile değerlendirilebilir. Bununla birlikte yurt dışında yaşayan vatandaşların oy kullanma hakkı yönünde bir düzenleme yapılacaksa her iki kategorideki argümanlar göz önünde bulundurulmalıdır.

Aşağıda yer alan alt başlıkların bir kısmı karşılaştırmalı hukuktaki deneyimlerden yararlanılarak ele alınmıştır. Ancak bu başlıklardan her birinin yurt dışında yaşayan Türk seçmen için uygulanması gerektiği ya da uygulanabilir olduğu sonucu peşinen kabul edilmemelidir.

<sup>115</sup> Tarafların ifade özgürlüğünü eşit bir şekilde kullanabilmesi de ifade özgürlüğünün bir parçasıdır. Akartürk, s. 55.

<sup>116</sup> Kanadoğlu ve Duygun (n 22) 180.

### A. Zaman Sınırlaması

Yurt dışında yaşayan vatandaşların oy hakkının belirli bir süre geçtikten sonra düşmesini öngören örnekler mevcuttur. Bu görüşe göre belirli bir süreden sonra vatandaşın, ana vatanla ilgisi azalmakta ve kesilmektedir. Örneğin Birleşik Krallık, yurt dışında yaşayan vatandaşlarına oy hakkı tanımışken, bu hakkı göç tarihinden itibaren 15 yıl ile sınırlandırmıştı. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de bu uygulamayı ölçülü bulmuştur.<sup>117</sup> Son dönemde bu zaman sınırı kaldırılmıştır.<sup>118</sup>

Fakat zaman sınırlaması yurt dışında doğan ve Türkiye’de yaşama deneyimi olmayan vatandaşlar açısından oy hakkının tanınmaması anlamına gelmektedir. Bu da diasporanın büyük bir bölümünün oy hakkından dışlanması demektir. Şayet yukarıda söz ettiğimiz gibi diasporanın katkısından yararlanılmak isteniyorsa, süre sınırlamasının gündeme gelmemesi gerekir. Burada şu soru akıllara gelebilir: yurt dışında doğan vatandaşlarla sonradan gidenler arasında bu yönde bir ayırım yapılabilir mi? Kanaatimizce yurt dışında doğan vatandaşların olası bir zaman sınırlamasından muaf tutulması ciddi eşitsizlikler doğuracaktır.

Özetle zaman sınırlaması Türk diasporasının yapısı ile diaspora ana vatan ilişkileri dikkate alındığında, şimdilik, uygulanabilir görünmemektedir. Bu ancak diaspora oy oranının ana vatan oy oranı karşısında yüksek oranlara ulaşması ardından dikkate alınabilir. O olasılıkta da aşağıda değineceğimiz yurt dışı seçim çevresinden gelecek olan temsilcilerin sayısının sınırlandırılması ile sayısal orandan kaynaklanan dengesizlik çözülür.

<sup>117</sup> Schindler v. The United Kingdom, 19840/09 (ECtHR 09 Eylül 2013).

<sup>118</sup> Ancak bu sınırlama 2022 Seçim Kanunu’nda, 2023 yılında yapılan bir yasa değişikliği ile kalkmış ve yurt dışında yaşayan Birleşik Krallık vatandaşlarının da oy kullanması olanaklı hale gelmiştir. Sürece ilişkin bilgi edinmek için Bkz. Neil Johnston, “Overseas Voters. Research Briefing”, House of Commons 16.01.2024.

## B. Göç Nedenine Bağlı Sınırlama

Sınırlandırma türlerinden bir diğeri de yurt dışında bulunma amacına özgü olabilir. Örneğin Danimarka yurt dışında yaşayan her vatandaşına oy hakkı tanımamıştır. Sadece uluslararası organizasyonlarda, şirketlerde çalışanlar, öğrenciler ve bunların eşlerine oy hakkı tanımıştır. Bu sebeplerle göç eden bireylerin geçici olarak yurt dışında bulunduğu kanısının daha güçlü olduğu söylenebilir.<sup>119</sup>

Ne var ki sadece bu kişilere oy hakkı tanınıp, yurt dışında yaşayan diğer vatandaşlara tanınmaması da çok küçük bir kesime oy hakkı tanınması anlamına gelecektir. Bir üstteki başlıkla bağlantılı olarak bunun da uygulanabilir olmadığını, üstüne bazı kişilerin çeşitli öğrenim programlarına kaydolarak bu kısıtı aşabileceği yani suiistimal edebileceği; dolayısıyla eşitliksiz bir durum oluşabileceği söylenebilir.

## C. Yurt Dışı Seçim Çevresi

Yurt dışı seçmen oyları, ülke genelindeki seçim bölgelerine orantılı olarak dağıtılabilir ya da farklı bir seçim bölgesinden seçilecek olan milletvekillerinin belirlenmesinde dikkate alınabilir. *Spiro* bu ayrımı “*asimile edilmiş temsil*” ve “*ayrık temsil*” olarak nitelendirmektedir.<sup>120</sup> Türkiye’de geniş çevre usulü uygulanmaktadır.<sup>121</sup> Yani tüm milletvekillikleri ülke çapındaki oy oranına göre paylaşılmamakta; seçim çevrelerine ayrılan milletvekillikleri, o çevredeki oy oranına göre, paylaşılmaktadır.

Burada akla gelen sorular şudur: Yurt dışındaki seçmenin oy kullanmasındaki amaç ve motivasyon yurt içindeki seçimlere etki etmek

<sup>119</sup> Alain Brun, “A European or a National Solution to the Democratic Deficit?”, s. 24.

<sup>120</sup> Spiro, Peter J., “A Tribute To The Work Of Kim Barry: The Construction Of Citizenship In An Emigration Context: Symposium: Perfecting Political Diaspora”, *New York Law Review*, C. 81, S. 207 (t.y.), s. 207-33. Spiro, bu makalede İngilizce, “*assimilated*” ve “*discrete representation*” ifadelerini kullanmıştır.

<sup>121</sup> Duygu Kulaç, “Eşit Oy Hakkı”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 1 (2021), s. 217.

midir yoksa temsil edilmek midir?<sup>122</sup> Amaç temsilcilerle, yurt dışındaki seçmenin bağı ve aidiyet duygusunu korumaksa, yurt dışı seçmenin oyu ile sürpriz olarak seçilen bir milletvekili bu amacı ne kadar yerine getirebilir?<sup>123</sup> Bu soruları aşağıda yanıtlamaya çalışalım.

Milli egemenlik anlayışını kabul eden Türk Anayasa hukukunda milletvekilinin sadece kendi seçim bölgesini ya da seçmenlerini değil tüm milleti temsil ettiği anlayışı mevcuttur.<sup>124</sup> Nitekim Anayasa'nın 80. maddesinde de bu husus teyit edilmiştir. Dolayısıyla yurt dışı seçim çevresinin mevcut olmaması ilk bakışta yurt dışında yaşayan vatandaşların temsil edilmediği anlamına gelmez. Zira Türkiye'nin herhangi bir ilinden seçilen bir milletvekili yurt içi ya da yurt dışında yaşayan tüm vatandaşları temsil eder. Ancak yurt dışı seçim bölgesinin tesis edilmesi, yurt dışındaki vatandaşların daha doğrudan temsilini sağlayacak ve onların yurt içindeki seçimlere etki etmesinden doğan olumsuz algıyı da yumuşatacaktır.<sup>125</sup> Fransa, Hırvatistan, İtalya, Portekiz, Cezayir, Angora, Kolombiya, Ekvator gibi ülkeler münhasır bir yurt dışı seçim çevresi belirleyen ülkeler arasındadır.<sup>126</sup>

Yurt dışı seçmenin temsili için en özgün örneklerden birisi yurt dışındaki vatandaşlara özgülenmiş bir meclis örneğidir. Fransa, yurt dışındaki vatandaşların temsil edildiği bir yabancılar meclisi kurmayı öngörmektedir.<sup>127</sup> Bu Meclis daha sonra kendi arasından parlamentoya

<sup>122</sup> Gündoğmuş, "YURT DIŞI TÜRKLERİN SİYASAL KATILIMINDA YURT DIŞI SEÇİM ÇEVRESİ", s. 775.

<sup>123</sup> Gündoğmuş, "YURT DIŞI TÜRKLERİN SİYASAL KATILIMINDA YURT DIŞI SEÇİM ÇEVRESİ", s. 776.

<sup>124</sup> Kanadoğlu, Duygun, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, s. 116.

<sup>125</sup> Erdoğan, "Avrupa'da Türkiye Kökenli Göçmenler ve 'Euro-Turks-Barometre' Araştırmaları", s. 141.

<sup>126</sup> Erdoğan, "Extending the Rights of Diaspora Through External Voting in the Balkan Countries", s. 1769. Münhasıran yurt dışı seçim çevresinin oluşturulmasında Fransa 1948 yılında öncü devletlerden birisi olmuştur, bunda kolonyalizmin de etkisi olduğu ifade edilmektedir. Erdoğan, "Extending the Rights of Diaspora Through External Voting in the Balkan Countries", s. 1769.

<sup>127</sup> Gündoğmuş, "YURT DIŞI TÜRKLERİN SİYASAL KATILIMINDA YURT DIŞI SEÇİM ÇEVRESİ", s. 774.

ya da kabineye temsilciler gönderebilir. Gönderilen temsilcinin yetkisi sadece yurt dışında yaşayan vatandaşları ilgilendiren konularla da sınırlandırılabilir. Ancak kanaatimizce bu yol karmaşık bir temsil sorunu ortaya çıkartacaktır. Daha sonra demokratik katılım araçlarının gelişmesi ile demokrasinin daha modüler parçalara bölünmesi gündeme gelebilir. Fakat, yasama erki Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde (TBMM) tecelli ederken, bir başka grup vatandaşın başka bir çatı altında temsil edilmesi egemenlik ilkesine aykırı olacaktır. Ayrıca bu yeni çatı siyaseten cılız bir ses olarak kalacak ve atıl bir anayasal kuruma dönüşebilecektir.

Yurt dışı seçim bölgesi tek mi olmalı yoksa çeşitli seçim bölgeleri mi belirlenmelidir? Her iki seçenek de dikkate alınabilir ancak bu durumda nüfus yoğunluğu az olan seçim bölgeleri lehine bir dengesizlik oluşturulmamalıdır. Zira yurt dışı seçim bölgesi uygulamaları bazen yurt dışı oylarını sınırlama aracına dönüşebilir. Örneğin Senegal, bir yurt dışı seçim bölgesinin tanınması için asgari seçmen sayısı arayan ülkelerdendir.<sup>128</sup> Nitekim Kuzey Makedonya örneğinde de yurt dışı seçim çevreleri yeterli çoğunluğa ulaşamadığı için 2020 seçimlerinde temsilci gönderememiştir.<sup>129</sup>

O halde bir yurt dışı seçim çevresi belirlenecekse bu çevreden seçilecek olan temsilcilerin TBMM'de üye olarak görev yapması daha yerinde olacaktır. Yurt dışı seçim çevresinin belirlenmesi halinde bu çevreye kaç milletvekili kontenjanı tanınacağı tartışmalı bir hale gelecektir. Seçim çevreleri arasındaki farklar ölçülü olduğu sürece eşit oy ilkesine aykırılık teşkil etmez.<sup>130</sup> Ancak kişi başına düşen milletvekili sayısının çok aşağılarda olması halinde bu belirleme temsilde adalet ilkesiyle çelişecektir. Şüphesiz bu çevreden gelen temsilci sayısının, yurt içindekiler kadar çok olmaması gerekir. Fakat üye sayısının çok az

<sup>128</sup> Nadja Braun, Maria Gratschew, "Introduction", *Voting from Abroad: The International IDEA Handbook*, ed. Andrew Ellis vd., Handbook Series, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Stockholm 2007, s. 5.

<sup>129</sup> Erdoğan, "Extending the Rights of Diaspora Through External Voting in the Balkan Countries", s. 1771.

<sup>130</sup> Kulaç, "Eşit Oy Hakkı", s. 217.



olması da bazı sorunlar oluşturacaktır. Üye sayısının az olması siyasi partilerin birbirine yakın sandalyeye sahip olması bunun sonucunda da partilerin tasvip edilmeyecek yöntemlerle milletvekillerini etki altına almaya çalışması riski doğurabilecektir.<sup>131</sup> Yurt dışı temsilci sayısı az kalsa da bu yönde bir manipülasyon sembolik bir değer taşıyabilir.

Yurt dışı seçim çevresi kontenjanının belirlenmesinde, yurt dışında yaşayan vatandaşların ülkede yaşayan vatandaşlarla menfaat ve kader birliğinde olmadığı yönündeki eleştirilere kulak verilmelidir. Bu endişe ve temsil arasında bir denge oluşturulmalıdır. *Dinler ve Koçak*, 2023 yılında kaleme aldıkları makalede siyasi partilerin yurt dışı seçim önerilerini derlemiş, ayrıca kendi önerilerini de eklemiştir. Yazarlara göre yurt dışı seçmen, toplam seçmenin %5'ini oluşturmaktadır ve bu oranın karşılığı olarak 600 üyesi olan TBMM'de (zamanla artırılarak) 30 üye ile temsil edilmelidir.<sup>132</sup>

Özetle yukarıda belirttiğimiz gibi ölçülü olmak kaydı ile yurt dışı seçim çevresi kontenjanı, yurt dışında yaşayan nüfusun artması da dikkate alınarak, Meclisin (azami) %10 gibi bir oranla sınırlandırılabilir. Böylece yurt dışında yaşayan vatandaşlar temsil edilebilirken, ülkenin temel politikalarının belirlenmesinde menfaat çatışması riski de bertaraf edilmiş olur. Zira yurt dışı seçim bölgesinin tesis edilmemesi, yurt dışındaki vatandaşın temsilinden ziyade yurt içindeki sandalye dağılımına etkiye sebep olmuştur. Yurt dışı oyları yurt içinde dağıtılırken, bazı seçim bölgelerinde milletvekili sayılarının değişmesine de neden olmuştur.<sup>133</sup> Yurt dışı seçim bölgelerinin belirlenmesine ek olarak yurt dışı temsilcilerinin de yurt dışı bölgelerinden olması gerektiğinin düzenlenmesi ile bu temsil derecesi artacaktır.

#### D. Seçim Türü Kısıtlamaları

Aleyhe görüşlerde öne çıkanlardan bir tanesi de yurt dışında yaşayan vatandaşlar ve ana vatanda yaşayan vatandaşlar arasında çıkar

<sup>131</sup> Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, Beta, İstanbul 2015, s. 320.

<sup>132</sup> Koçak, Dinler, "Türk Diasporasının Seçme ve Seçilme Hakkı: Yurtdışı Seçim Çevresi İçin Bir Öneri", s. 120.

<sup>133</sup> Koçak, Dinler, "Türk Diasporasının Seçme ve Seçilme Hakkı: Yurtdışı Seçim Çevresi İçin Bir Öneri", s. 79.

çatışması olabileceği yönünde idi. Peki bu çıkar çatışması seçim türlerine göre getirilecek farklı uygulamalar ile giderilebilir mi?

Öncelikle bir üst başlıkta belirttiğimiz gibi farklı bir meclis oluşturulup bu meclis aracılığı ile sadece yurt dışında yaşayan vatandaşları ilgilendiren konularla yetkilendirilmiş temsilcilerin belirlenmesi fikrini şimdilik karmaşık bulduğumuzu yineleyelim. Dahası halihazırda modüler demokrasi örnekleri için erken olduğunu ve zaten çalışmanın kapsamının bu konuyu ele almak için yeterli olmadığını da belirtelim.<sup>134</sup>

Yine de uygulamada yerel ve genel seçimlere ilişkin bazı kısıtlamalar mevcuttur. Türkiye örneğinde yerel seçimler için yurt dışında yaşayan vatandaşlar oy kullanamamaktadır. Bu gayet anlaşılabilir bir kısıttır. Bazı ülkeler ise bu tarz bir sınır koymamıştır. Örneğin Rusya yurt dışı oy hakkını hem genel hem yerel seçimler için hatta federe seçimler için dahi tanımaktadır.<sup>135</sup> Görüleceği üzere yerel seçimler genel olarak yurt dışı oy hakkı kapsamında değerlendirilmiştir. Örneğin Slovenya da bu kapsamdadır.<sup>136</sup> Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi de yerel yönetim konularına ilişkin seçim hakkı kısıtlarını meşru bulmuştur.<sup>137</sup>

O halde Türkiye örneğinin genel trendle uyumlu olduğu söylenebilir. Çıkar çatışması bağlamında sadece yürütme erkini tek başına üstlenmiş olan Cumhurbaşkanı'nın seçilmesi ile ilgili bir tartışma yürütülebilir. Zira çıkar çatışması daha çok ekonomik alanda olmaktadır ve ekonomi yönetimi de Cumhurbaşkanı'nın yetkisi altındadır. Ancak 2017 Anayasa değişikliklerinden sonra Cumhurbaşkanı'nın düzenleyici işlem yapabilmesi ile ilgili gelişmeler neticesinde, Cumhurbaşkanı

---

<sup>134</sup> Konuyla ilgili fikir vermesi açısından Bkz. Gündoğmuş, "YURT DIŞI TÜRKLERİN SİYASAL KATILIMINDA YURT DIŞI SEÇİM ÇEVRESİ", s. 770.

<sup>135</sup> Braun, Gratschew, "Introduction", s. 4.

<sup>136</sup> Erdoğan, "Extending the Rights of Diaspora Through External Voting in the Balkan Countries", s. 1772.

<sup>137</sup> "CCPR - Gillot v. France", 21.07.2002. 13.3.

seçimlerinin yurt dışı seçmen üzerindeki etkisinin arttığı da gözlemlenmektedir.

Sonuç olarak şimdilik Türkiye için, milletvekili seçimleri, referandum ve cumhurbaşkanlığı seçimlerini kapsayan ancak yerel seçimleri kapsamayan yurt dışı oy hakkı uygulaması makuldür.

#### E. En az 5 yıl yaşamış olma şartı

İHAM, yurt dışındaki vatandaşların oy hakkı için asgari bir süre ana vatanda yaşama şartının keyfi olmadığı ve taraf devletin takdir marjı içerisinde olduğunu belirtmiştir.<sup>138</sup> Bu şart genellikle ülke dışında doğmuş olan ve daha önce ülke içinde yaşamamış olan vatandaşlar için öngörülmektedir. Nitekim İHAM, İtalya'da 4 yıl<sup>139</sup>, Fransa'da 10 yıl<sup>140</sup>, Birleşik Krallık'ta 15 yıl<sup>141</sup> ikamet etmiş olma şartlarını uzun bulmakla beraber meşru kabul etmiştir.<sup>142</sup> Mahkeme, ikamet şartının, seçmenin bölgesel sorunlarını tam anlamıyla idrak edebilmesi beklentisi ve azınlıkların korunması gibi amaçlara hizmet ettiğini belirtmiştir.<sup>143</sup>

Türk hukukunda vatandaşlığı sonradan kazanan kişiler için dahi ülkede belirli bir süre ikamet etme şartı aranmamaktadır.<sup>144</sup> Esasında yurt dışında doğmuş ve Türkiye'de hiç yaşamamış yeni nesil göçmenler açısından kültürel bağların korunduğu ve aile büyüklerinin dimağlarındaki dondurulmuş hali ile de olmuş olsa ülkeye dair bir algıya sahip oldukları söylenebilir.

Ancak sonradan vatandaşlığa geçen kişiler açısından burada bir ayrıma gitme zorunluluğu mevcuttur. Günümüzde yatırım koşulu ile vatandaşlık alınması yaygın bir uygulamadır. Türkiye'de bu uygulamanın geçerli olduğu bir ülkedir. Fakat bu uygulama

<sup>138</sup> *Sevinger and Eman v. the Netherlands* (dec.), 17173/07, 17180/07 (ECtHR 06 Eylül 2007).

<sup>139</sup> *Polacco and Garofalo v. Italy* (dec.), 3816/04, 3827/04 (EComHR 15 Eylül 1997).

<sup>140</sup> *Py v. France [extracts]*, 66289/01 (ECtHR 11 Ocak 2005).

<sup>141</sup> *Schindler v. The United Kingdom* de 52.

<sup>142</sup> Lappin, "The Right to Vote for Non-Resident Citizens in Europe", s. 867.

<sup>143</sup> *Py v. France [extracts]* de 56.

<sup>144</sup> Topuzkâmiş, *Vatandaşlık Üzerine Bir Tez*, s. 326.

vatandaşlığın manevi değerini adeta *devalüasyona* uğratmaktadır. Dahası bu uygulamalar dünya üzerinde seçkin bir sınıfın adeta birer *pasaport koleksiyoncusuna* dönüşmesine yol açmaktadır. Bu uygulamaların çoğalmasında “*tasada, sevinçte ve kederde birlik*” algısı zayıflayacaktır. Bu algının zayıflaması vatandaşlık haklarının zayıflamasına yol açtığı gibi vatandaşlık görevinin sorgulanmasına, vatan hizmetinin yerine getirilmesinde isteksizliğe yol açabilecektir. Bu nedenle sonradan vatandaşlığa geçilmesinde ikamet şartının korunması ve aranması şarttır.

### F. Vatandaşlık Sınavı ve Dil Bilgisi Şartı

Vatandaşlığın devalüasyona uğraması ve demografi mühendisliğinin önlenmesi; yeni vatandaşların mevcut toplumsal hayata ve kültüre uyum sağlayabilmesi için bazı ülkeler vatandaşlık verirken, vatandaşlık sınavı yapmaktadır. Örneğin İspanya, İspanyol kültürü ve yasaları sınavı; Danimarka, Danimarka toplumu ve tarihi sınavı, Almanya, başarılı bir entegrasyon eğitimi ve vatandaşlık sınavı; İngiltere, İngiltere’de yaşam sınavı uygulamada görünen örneklerdendir.<sup>145</sup>

Eğitim şartının vatandaşlar için bir oy kullanma kriteri olup olmaması insan hakları hukuku açısından tartışmalıyken, BM İnsan Hakları Komitesi ülkelere, seçmen eğitimini bir yükümlülük olarak öngörmüştür.<sup>146</sup> Ancak buradaki seçmen eğitimi seçimlerde oy hakkının kullanımına ilişkindir. BM İnsan Hakları Komitesi, oy hakkı bağlamında, ikametle birlikte nesil ya da eğitime dayalı ayrımı kabul etmemektedir.<sup>147</sup> Eğitim düzeyi temel bir ayrım “genel oy” ilkesine aykırı olacaktır. Halihazırdaki vatandaşların oy hakkının kullanılmasının özel bir vatandaşlık eğitimine bağlanması da Türkiye için Anayasal temelden mahrumdur.

<sup>145</sup> Ayselin Yıldız, “Göç ve Entegrasyon Politikalarında Vatandaşlık”, *Göç Araştırmaları Dergisi*, C. 3, S. 2 (2017), s. 49.

<sup>146</sup> “CCPR General Comment No. 25: Article 25 (Participation in Public Affairs and the Right to Vote)”, s. 11.

<sup>147</sup> “CCPR General Comment No. 25: Article 25 (Participation in Public Affairs and the Right to Vote)”, s. 15.

O halde uzun yıllar yurt dışında yaşayan ya da Türkiye’de hiç yaşamamış kişiler açısından bir oy hakkı şartı olarak vatandaşlık eğitimi ya da sınavı gibi koşulun getirilmesi için Anayasa değişikliği şarttır. Şimdilik bu uygulama ancak sonradan vatandaşlığa geçenler için uygulanabilir. Benzer durum dil bilgisi için de geçerlidir. Kaldı ki böyle bir şart ülke içinde yaşayan azınlıklar, anne / babası vasıtasıyla vatandaşlık kazanıp sonradan Türkiye’ye dönenler için haksız bir sınırlama doğurabilir.

## SONUÇ

Çalışma kapsamında ele alınan argümanlarla ilgili “siyah ve beyaz” gibi net sonuçlara ulaşmak güçtür. Ancak bu argümanların güçlü ve zayıf yönleri şöyledir:

- Yurt dışı oy hakkının tanınması Anayasa’nın bir gereğidir;
- Seçim hakkı bir insan hakkıdır. Fakat bu hakkın ikamet esasına göre sınırlandırılması şimdilik meşru kabul edilmektedir;
- Yurt dışında yaşayan Türk toplumu vatandaşlık ve aidiyet hissine, geri dönme perspektifine sahiptir. Milli egemenlik ilkesi gereği millet kavramına mensup olma koşullarını göstermiştir;
- Diasporanın hem maddi, hem siyasi, hem akademik, hem ekonomik, hem de kültürel katkıları mevcuttur;
- Göç sürekli bir olgudur ve yurt dışındaki Türk toplumu da dönüşmektedir; mevcut siyasi sonuçlara göre bir değerlendirme yapmak sakıncalıdır ve gerçekçi değildir;
- Yurt dışında yaşayan vatandaşlar ev sahibi ülkede de siyasi haklara sahip değilse ciddi bir demokratik temsil açığı oluşmaktadır.

Buna karşın:

- Yurt dışı seçmenin ülkeye dair bilgisi eksik ya da eski olabilir; ülkenin yeni koşullarına anlamakta direnç gösterebilirler;
- Yurt dışı seçmenin politikleşmesi ana vatandaki iktidarın egemenliğini genişletmesine yol açabilir; yurt dışındaki muhalif vatandaşlar üzerinde baskı araçları oluşturabilir;

- Yurt dışı seçimlerinin uygulanmasında seçimlerin güvenliği, seçimlerin kolaylığı ve seçimlerin maliyeti arasında yarışan bir menfaat vardır. Bunu dengelemek fiiliyatta zordur;
- Çoklu vatandaşlık örneklerinde yurt dışı seçmenin oy kullanması aşkın bir temsil sorunu doğurmaktadır;
- Yurt dışı seçmeni ana vatanla bağlarını korusa da bir *homo economicus* olarak ana vatandaki vatandaşlarla çıkar çatışması içindedir.

Yukarıda lehe ve aleyhe görüşleri derleyip bazı çözümler getirdik. Bunları özetlemeden önce sonuç bölümünde yurt dışında yaşayan Türk göçmenlerin özgün yapısına dair bazı tespitleri vurgulamak gerekir. Ancak bu tespitlerden sonra bu argümanların ne ölçüde yurt dışı Türk toplumu için geçerli olduğu değerlendirilmelidir.

Yapılan araştırmalar yurt dışındaki Türk vatandaşlarının kendilerini Türk olarak tanımlama eğilimlerini koruduklarını göstermektedir.<sup>148</sup> Yeni nesil göçmenlerde dahi günün birinde Türkiye'ye dönme fikrinin açık olması onların ana vatanla bağını koruyan bir toplum olduğunun; sevinç, tasa ve kederde birlik bağlarının korunduğunun göstergesidir. Yurt dışındaki Türk seçmenin seçimlere katılım oranı da oldukça yüksektir. Türkiye'deki orana göre düşük kalmaktaysa da birçok Avrupa ülkesinin genel seçimlerdeki katılım oranına yaklaşmaktadır.<sup>149</sup> 14 Mayıs 2023 seçimlerinde yurt dışı seçmenlerinin seçime katılım oranı %53,80 oranıyla rekor düzeye ulaşmıştır.<sup>150</sup>

Ana vatan siyaseti açısından da yurt dışı Türk topluluğu ana vatanla ilişkisi kopmuş başka bir topluluk olarak görülmemektedir. Türk hukuk politikasındaki gelişmeler gözlemlendiğinde diasporanın ayrıcalıklı bir yer tuttuğu görülebilir. 4112 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişki Kanun ile getirilen yeni bir

<sup>148</sup> Erdoğan, "Avrupa'da Türkiye Kökenli Göçmenler ve 'Euro-Turks-Barometre' Araştırmaları", s. 130.

<sup>149</sup> Turan, "Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşı Seçmenin Yurtdışı Merkezlerde Oy Hakkı", s. 2884.

<sup>150</sup> Koçak, Dinler, "Türk Diasporasının Seçme ve Seçilme Hakkı: Yurtdışı Seçim Çevresi İçin Bir Öneri", s. 79.

statü önemli bir örnektir.<sup>151</sup> Bu değişikliğe göre Türk vatandaşlıktan izinle çıkartılanlar, vatandaşlığın getirdiği birtakım hakları korumaya devam edecektir. Bu yeni statü seçme ve seçilme hakkını içermese de<sup>152</sup>, “ayrıcalıklı bir yabancı” statü yarattığı şeklinde yorumlanmıştır.<sup>153</sup> Çifte vatandaşlık yasağının yarattığı bu sorun karşısında “mavi kart” uygulaması geliştirilmiştir. Mavi kart sahipleri Türk vatandaşlığının getirdiği birçok imkana sahip olsa da seçme ve seçilme hakkına sahip değildir.<sup>154</sup> Özetle yurt dışındaki Türk vatandaşlarının seçme hakkının olması, onların temsili ve aidiyet hislerini korumak için önemlidir.

Bizim bu argümanlar neticesinde kanaatimiz ise şudur: Lehe görüşler daha somut tarihsel deneyimlere dayanmaktadır. Aleyhe görüşlerden ise yalnızca çıkar çatışması diğerlerine göre somut kalmaktadır. Diğerleri ise daha çok varsayımlardan ibaret gibi görünmektedir. Ekonomik çıkar çatışması da konjonktürelidir. Bu varsayımda dahi ciddi ekonomik buhranlara rağmen, birçok akrabası ana vatanda yaşayan yurt dışı seçmenin oy hakkını, kendi ülkesi aleyhine kullanacağını varsaymak adeta bir niyet okumaktır. Kaldı ki yurt içinde ikamet eden bir kişi de farklı para birimleriyle para kazanabilir. Bu durum, yurt içinde ikamet eden kişi açısından da çıkar çatışması argümanı ileri sürülebilir.

Sonuç olarak yurt dışı seçim hakkı tanınmalıdır. Ancak hem bu temsilin gerçek manada işleme hem de yurt içindeki vatandaşın

<sup>151</sup> Kanun No: 4112, 07/06/1995, 12/06/1995 tarihli ve 22311 sayılı Resmî Gazete.

<sup>152</sup> Seçme ve seçilme hakkının yanında kapsam dışı kalan diğer haklar kamu görevin girme, muafin araç ya da eşya ithal etme gibi haklardır. Rona Aybay, Nimet Özbek, Gizem Ersen Perçin, *Vatandaşlık Hukuku*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2019, s. 192.

<sup>153</sup> Aybay, Özbek, Perçin, *Vatandaşlık Hukuku*, s. 187.; Turgut Turhan, “Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (TVK. Md. 29 Üzerine Bir İnceleme)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 46, S. 1 (1997), s. 48.

<sup>154</sup> Necla Öztürk, “Mavi Kart Hamillerinin Türk Vatandaşlarına Tanınan Haklardan Aynen Yararlanacağına İlişkin Düzenlemeye Eleştirel Bir Bakış”, *Public and Private International Law Bulletin*, C. 41, S. 2 (2021), s. 962, doi:10.26650/ppil.2021.41.2.951839.

aidiyet bağlarını sorgulamaması için bazı tedbirlere değinmekte fayda vardır:

- Yurt dışı için özel bir seçim bölgesi belirlenmelidir;
- Yurt dışı seçmenlerin seçeceği temsilcilerin de kendi içlerinden olmasını sağlayacak kota uygulamaları olmalıdır;
- Seçim bölgesine ayrılacak kontenjan çok az olmamalı ancak denge her zaman yurt içi lehine korunmalıdır;
- Yurt dışı sandıklar sadece belirli diplomatik temsilciliklerde kurulmalıdır;
- Tüm temsilciliklerde sandık kurmak, sandık gözetmeni sağlamanın yaratacağı eşitsizlikten dolayı seçmen sayısının az olduğu ülkelerde her temsilcilikte sandık kurma yoluna gidilmemelidir;
- Yurt dışındaki seçimler yurt içindeki seçimlerle yakın tarihlerde ve daha kısa dönemlerde gerçekleştirilmelidir;
- Yurt dışı oylar yurt dışında sayılmalıdır.

Bu tedbirler dikkate alındığı takdirde yurt dışında yaşayan Türk toplumuna özgün koşullara göre anayasal bir çözüme erişmek mümkün olacaktır. Yurt dışında yaşayan Türklerin ana vatana ilgisiz olmadığı açıktır. Ancak ana vatandaki vatandaşların, anayasal kurumların kararlarından daha doğrudan etkilendiği de bir gerçektir. Bu iki olgu arasındaki denge yukarıdaki araçlarla kurulabilir. Aksi halde yurt dışındaki seçmenlerin kendilerini gerçek anlamda temsil etmesi mümkün olmayacaktır. Seçim güvenliği ve fırsat eşitliğinin sağlanmadığı hallerde ise yurt dışında yaşayan vatandaşlar, siyasilerce salt oy kaynağı olarak algılanacaktır. Bu durum da bir süre sonra yurt içinde yaşayan vatandaşlar ve yurt dışında yaşayan vatandaşlar arasındaki birlik ve dayanışma duygusunu zayıflatacaktır.



## ZUSAMMENFASSUNG

*Studien zum Wahlrecht von im Ausland lebenden Bürgern haben die Aufmerksamkeit verschiedener Sozialwissenschaften, insbesondere der Politikwissenschaft und der Soziologie, auf sich gezogen. In letzter Zeit ist auch ein wachsendes Interesse der Rechtswissenschaftler in der Türkei an diesem Thema zu verzeichnen. Allerdings konzentrierten sich diese Arbeiten auf Themen, die etwa die Wahlverfahren und die Ergebnisberechnung von Wahlen betreffen. Wie umfangreich die Debatten in der internationalen Literatur über die türkische Diaspora sind, wurde nicht ausreichend erörtert.*

*In dieser Studie werden Argumente für und gegen ein Wahlrecht für im Ausland lebende Staatsbürger erörtert. Die konventionellen Argumente dafür und dagegen sind weit davon entfernt, die politische und soziale Position der im Ausland lebenden türkischen Bürger zu erfassen. Daher wurden weitere Argumente im Lichte der aktuellen Debatten hinzugefügt. Es sei darauf hingewiesen, dass die Argumente für und gegen ein entsprechendes Wahlrecht natürlich nicht auf die hier diskutierten begrenzt sind.*

*Die erste Erkenntnis der Studie ist, dass die im Ausland lebenden türkischen Bürger noch immer Verbindungen zu ihrem Heimatland aufrechterhalten. Die türkische Gemeinschaft im Ausland weist jedoch kein einheitliches Profil auf. Die erste Gruppe, die hervorsticht, sind die Türken, die als Gastarbeiter nach Europa migriert sind. Davon zu unterscheiden sind deren Kinder und Enkelkinder. Schließlich gibt es eine neue Gruppe von Menschen, die aus politischen oder wirtschaftlichen Gründen oder wegen ihrer Vorstellung eines anderen Lebensstils migrieren. Eine neue Gruppe mit den schwächsten Bindungen an das Land, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, sind die Neubürger, die die Staatsangehörigkeit durch Investitionen in dem Land erwerben. Die Vielfalt dieser Gruppen führt uns notwendigerweise zu einigen Zwischenlösungen in Bezug auf die Vertretung ausländischer Wähler.*

*Für ein entsprechendes Wahlrecht sprechen insbesondere folgende Erwägungen:*

*- Die Anerkennung des Wahlrechts im Ausland ist in der Verfassung verankert,*

- Das Wahlrecht ist ein Menschenrecht. Allerdings wird die Einschränkung dieses Rechts auf der Grundlage des Aufenthaltsorts bisher als legitim angesehen,

- Die im Ausland lebende türkische Gemeinschaft hat ein Gefühl der Zugehörigkeit und die Aussicht auf eine Heimkehr in ihr Heimatland. In Übereinstimmung mit dem Prinzip der nationalen Souveränität hat sie die Bedingungen für die Zugehörigkeit zum Konzept der Nation demonstriert.

- Die Diaspora leistet einen materiellen, politischen, akademischen, wirtschaftlichen und kulturellen Beitrag,

- Die Migration ist ein fortlaufendes Phänomen, und auch die türkische Gemeinschaft im Ausland wandelt sich; es ist unpraktisch und unrealistisch, eine Bewertung auf der Grundlage der tatsächlichen politischen Folgen vorzunehmen,

- Wenn die im Ausland lebenden Bürger im Gastland keine politischen Rechte haben (auch im Gastland), würde es ein wichtiges demokratisches Repräsentationsdefizit geben.

Die Gegenargumente lauten dagegen:

- Die Kenntnisse der ausländischen Wähler über das Land können unzureichend oder nicht mehr aktuell sein; sie sind möglicherweise nicht in der Lage, die neuen Realitäten des Landes zu verstehen,

- Die Politisierung der ausländischen Wählerschaft kann zu einer Ausweitung der Hegemonie der Regierung im Heimatland führen; sie kann Instrumente für unfairen politischen Druck auf oppositionelle Bürger im Ausland hervorbringen,

- Bei der praktischen Anwendung von Auslandswahlen gibt es eine Interessenkonkurrenz zwischen der Sicherheit der Wahlen, der Erleichterung der Wahlen und den Kosten der Wahlen. Die Abwägung dieser Interessen ist in der Praxis nicht ganz einfach,

- Die Wahl der ausländischen Wähler bei Mehrstaatigkeit stellt ein Problem der transzendentalen Repräsentation (Überrepräsentation) dar,

- Wähler im Ausland behalten ihre Bindungen an das Heimatland bei, aber als homo oeconomicus stehen sie in einem Interessenkonflikt mit den Bürgern im Heimatland.

Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Argumente, die für ein entsprechendes Wahlrecht sprechen, auf konkreteren historischen Erfahrungen basieren. Von den Gegenargumenten ist nur der Interessenkonflikt ein in faktischer Hinsicht ernstzunehmendes Argument. Die anderen scheinen eher Hypothesen zu sein. Der wirtschaftliche Interessenkonflikt ist ebenfalls konjunkturell bedingt. Auch bei dieser Annahme ist es reine Spekulation, wenn man annimmt, dass Wähler im Ausland, von denen viele Verwandte im Mutterland haben, trotz schwerer wirtschaftlicher Depressionen ihr Wahlrecht auf Kosten ihres eigenen Landes nutzen könnten. Außerdem kann eine Person mit Wohnsitz in der Türkei Geld in verschiedenen Währungen verdienen. In diesem Fall kann auch für den Einwohner ein Interessenkonflikt geltend gemacht werden.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Vertretung der im Ausland lebenden Bürger ein Verfassungsauftrag ist. Um jedoch sicherzustellen, dass diese Vertretung tatsächlich funktioniert und die Bürger im Heimatland den Wert ihrer nationalen Zugehörigkeit nicht in Frage stellen, wäre es sinnvoll, einige spezifische Maßnahmen umzusetzen:

- für die im Ausland lebenden Bürger sollte ein besonderer Wahlbezirk festgelegt werden,

- es sollte Quotenanwendungen geben, um sicherzustellen, dass die von den Wählern im Ausland zu wählenden Vertreter auch aus ihrer eigenen Gruppe kommen,

- die Quote, die einem ausländischen Wahlbezirk zugewiesen wird, sollte nicht zu gering sein, aber das Gleichgewicht sollte immer zugunsten der einheimischen Bevölkerung gewahrt werden,

- Wahllokale für ausländische Wähler sollten nur in bestimmten diplomatischen Vertretungen eingerichtet werden,

- Länder, in denen die Zahl der ausländischen Wähler gering ist, sollten nicht in jeder Mission Wahllokale einrichten, da die Bereitstellung von

*Beobachtern in jedem Wahllokal zu Ungleichheiten (insbes. zwischen den politischen Parteien) führen würde,*

*- Wahlen im Ausland sollten in zeitlicher Nähe zu den Wahlen im Inland und in kürzeren Zeiträumen abgehalten werden,*

*- die im Ausland abgegebenen Stimmen sollten im Ausland gezählt und dokumentiert werden.*

## KISALTMALAR CETVELİ

AB	: Avrupa Birliği
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BM	: Birleşmiş Milletler
İHAM	: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHAS	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TVK	: Türk Vatandaşlık Kanunu

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

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

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

**Peer-Review:** Externes Peer-Review-Verfahren.

**Interessenkonflikt:** Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

**Finanzielle Unterstützung:** Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

**KAYNAKÇA**

- ABADAN UNAT, Nermin, *Turks in Europe: From Guest Worker to Transnational Citizen*, Berghahn Books, New York 2012.
- ABADAN-UNAT, Nermin vd., *Avrupa'da Yaşayan Türklerin Oy Verme Davranışları ve 2014 Türkiye Cumhurbaşkanlığı Seçimi*, Boğaziçi Üniversitesi & Friedrich Ebert Stiftung, İstanbul 2014.
- AKARTÜRK, Ekrem Ali, *Oy Hakkının Anayasal İlkeleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- ALAIN BRUN, Rainer, "A European or a National Solution to the Democratic Deficit?", *Debating European Citizenship*, ed. Bauböck, Rainer, IMISCOE Research Series, Springer International Publishing, Cham 2019, s. 27-29, doi:10.1007/978-3-319-89905-3.
- ANDERSON, Benedict, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Verso, London 2006.
- ATATÜRK, Mustafa Kemal, *Vatandaş İçin Medenî Bilgiler*, Milliyet Matbaası, İstanbul 1930.
- AYBAY, Rona, Nimet Özbek, Gizem Ersen Perçin, *Vatandaşlık Hukuku*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2019.
- BAUBÖCK, Rainer, "Expansive Citizenship: Voting beyond Territory and Membership", *PS: Political Science and Politics*, C. 38, S. 4 (2005), s. 683-87.
- BAUBÖCK, Rainer, "New Dimensions Of Citizenship: Contribution: Stakeholder Citizenship And Transnational Political Participation: A Normative Evaluation Of External Voting", *Fordham L. Rev.*, C. 75, S. 5 (2007), s. 2393-2447.
- BAUBÖCK, Rainer, "Stakeholder Citizenship and Transnational Political Participation: A Normative Evaluation of External Voting", t.y.
- BEARD, Adrian, *The Language of Politics*, 1. publ., Routledge, London 2000.

- BECKMAN, Ludvig, "Citizenship and Voting Rights: Should Resident Aliens Vote?", *Citizenship Studies*, C. 10, S. 2 (2006), s. 153-65, doi:10.1080/13621020600633093.
- BÖREKÇİ, Eşref Barış, "Oy Hakkının İnternette Oy Kullanımı ile Dönüşümü", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23, S. 1 (2021), s. 607-38, doi:10.33717/deuhfd.899918.
- BRAND, Laurie A., "Authoritarian States and Voting From Abroad: North African Experiences", *Comparative Politics*, C. 43, S. 1 (2010), s. 81-99.
- BRAUN, Nadja, Maria Gratschew, "Introduction", *Voting from Abroad: The International IDEA Handbook*, ed. Andrew Ellis vd., Handbook Series, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Stockholm 2007, s. 1-8.
- "CCPR - Gillot v. France", 21.07.2002.
- "CCPR General Comment No. 25: Article 25 (Participation in Public Affairs and the Right to Vote)", Office of The High Commissioner For Human Rights 07.12.1996.
- Concluding observations of the Committee (Philippines) (CMW 22 Mayıs 2009).
- Doyle v. the United Kingdom (dec.), 30158/06 (ECtHR 06 Şubat 2007).
- ERDOĞAN, M Murat, "Avrupa'da Türkiye Kökenli Göçmenler ve 'Euro-Turks- Barometre' Araştırmaları", *Göç Araştırmaları Dergisi*, C. 1, S. 1 (2015), s. 1, 108-48.
- ERDOĞAN, Zahide, "Extending the Rights of Diaspora Through External Voting in the Balkan Countries: An Analysis of the Seven Independent States of the Former Yugoslavia", *Anemon Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 9, S. 6 (2021), s. 1763-79, doi:10.18506/anemon.974576.
- "European Commission for Democracy Through Law, Code of Good Practise in Electoral Matters", 30.10.2002, <https://rm.coe.int/0900010168092af01>.

“European Commission for Democracy Through Law, Report on Out-of-Country Voting”, 24.06.2011, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)022-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)022-e).

GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin, Bursa 2019.

GÜNDOĞMUŞ, Bekir, “Yurt Dışı Türklerin Siyasal Katılımında Yurt Dışı Seçim Çevresi: Niçin ve Nasıl?”, *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 31, S. 2 (2021), s. 765-79, doi:10.18069/firatsbed.868791.

GÜNEŞ, Mehmet, “Küresel Siyasette Demokratik Katılım Örneği Olarak: Yurtdışındaki Vatandaşların Siyasal Katılımı”, Turgut Özal Uluslararası Ekonomi ve Siyaset Kongresi IV, Malatya, 2017.

Hilbe v. Liechtenstein (dec.), 31981/96 (ECtHR 07 Eylül 1999).

HONOHAN, Iseult, “Should Irish Emigrants Have Votes? External Voting in Ireland”, *Irish Political Studies*, C. 26, S. 4 (2011), s. 545-61, doi:10.1080/07907184.2011.619749.

İNCE, Vedat Martin, “Üç Nesil Almanya Türklerinin ‘Kesin Dönüş’ Algılarının Değerlendirilmesi (Evaluation of Perceptions of reMigration” (Homecoming) by Three Generations of German Turks)”, *Türk Turizm Arastirmalari Dergisi*, 2023, 6, doi:10.26677/TR1010.2023.1232.

JOHNSTON, Neil, “Overseas Voters. Research Briefing”, House of Commons 16.01.2024.

KABOĞLU, İbrahim Ö., *Anayasa Hukuku Dersleri*, Legal, İstanbul 2019.

KANADOĞLU, Osman Korkut, Ahmet Mert DUYGUN, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, On İki Levha, İstanbul 2023.

KOCHENOV, Dimitry, “Free Movement and Participation in the Parliamentary Elections in the Member State of Nationality: An Ignored Link?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, C. 16, S. 2 (2009), s. 197-223, doi:10.1177/1023263X0901600204.



KOÇAK, Fatma, Veysel DINLER, "Türk Diasporasının Seçme ve Seçilme Hakkı: Yurtdışı Seçim Çevresi İçin Bir Öneri", *Yasama Dergisi*, S. 47 (2023), s. 47-75.

KULAÇ, Duygu, "Eşit Oy Hakkı", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 1 (2021), s. 211-35.

LAPPIN, Richard, "The Right to Vote for Non-Resident Citizens in Europe", *International and Comparative Law Quarterly*, C. 65, S. 4 (2016), s. 859-94, doi:10.1017/S0020589316000336.

LINDENSTRAUSS, Gallia, "When the Diaspora Becomes an Obstacle: The Armenian Diaspora and the Negotiations between Turkey and Armenia, 2009-2010", *Negotiating in Times of Conflict*, ed. Gilead Sher, Anat Kurz, INSS, London 2010, s. 63-79.

LOPEZ-GUERRA, Claudio, "Should Expatriates Vote?\*", *Journal of Political Philosophy*, C. 13, S. 2 (2005), s. 216-34, doi:10.1111/j.1467-9760.2005.00221.x.

Melnychenko v. Ukraine, 17707/02 (ECtHR 19 Ekim 2004).

"Migrationsbericht des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge im Auftrag der Bundesregierung", Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge, Berlin 2012.

OWEN, David, "Transnational Citizenship and the Democratic State: Modes of Membership and Voting Rights", *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, C. 14, S. 5 (2011), s. 641-63, doi:10.1080/13698230.2011.617123.

ÖNGİDER, Seyfi, *Çankaya'nın Bütün Adamları*, Aykırı, İstanbul 2006.

ÖZTÜRK, Necla, "Mavi Kart Hamillerinin Türk Vatandaşlarına Tanınan Haklardan Aynen Yararlanacağına İlişkin Düzenlemeye Eleştirel Bir Bakış", *Public and Private International Law Bulletin*, C. 41, S. 2 (2021), s. 955-78, doi:10.26650/ppil.2021.41.2.951839.

PERRUCHOUD, Richard, Jillyanne REDPATH - CROSS, (ed.), *Göç Terimleri Sözlüğü*, Uluslararası Göç Örgütü (IOM) 2004.

Polacco and Garofalo v. Italy (dec.), 3816/04, 3827/04 (EComHR 15 Eylül 1997).

Py v. France [extracts], 66289/01 (ECtHR 11 Ocak 2005).

RAGAZZI, Francesco Rossi, Kristina BALALOVSKA, “Diaspora Politics and Post-Territorial Citizenship in Croatia, Serbia and Macedonia”, *SSRN Electronic Journal*, 2011, doi:10.2139/ssrn.2388857.

“Resolution 1459 (2005) Abolition of restrictions on the right to vote”, Parliamentary Assembly 24.06.2005.

RHODES, Sybil, Arus HARUTYUNYAN, “Extending Citizenship to Emigrants: Democratic Contestation and a New Global Norm”, *International Political Science Review*, C. 31, S. 4 (2010), s. 470-93, doi:10.1177/0192512110374044.

Schindler v. The United Kingdom, 19840/09 (ECtHR 09 Eylül 2013).

Sevinger and Eman v. the Netherlands (dec.), 17173/07, 17180/07 (ECtHR 06 Eylül 2007).

Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece, 42202/07 (ECtHR [GC] 15 Mart 2012).

Sitaropoulos and Others v. Greece, 42202/07 (ECtHR 08 Temmuz 2010).

SONG, Sarah, “Democracy and Noncitizen Voting Rights”, *Citizenship Studies*, C. 13, S. 6 (2009), s. 607-20, doi:10.1080/13621020903309607.

SPIRO, Peter J., “A Tribute To The Work Of Kim Barry: The Construction Of Citizenship In An Emigration Context: Symposium: Perfecting Political Diaspora”, *New York Law Review*, C. 81, S. 207 (t.y.), s. 207-33.

TANÖR, Bülent, Necmi YÜZBAŞIOĞLU, 1982 *Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta, İstanbul 2023.

TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, Beta, İstanbul 2015.

TOPUZKAMIŞ, Şafak Evran, *Vatandaşlık Üzerine Bir Tez*, On İki Levha, İstanbul 2013.

- TURAN, Hilmi Can, "Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşı Seçmenin Yurtdışı Merkezlerde Oy Hakkı", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 15, S. 174 (2017), s. 2879-94.
- TURHAN, Turgut, "Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (TVK. Md. 29 Üzerine Bir İnceleme)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 46, S. 1 (1997), s. 41-65.
- X. Et Association c. Italie, 8987/80 (ECHR 05 Haziran 1981).
- YALDIZ, Fırat, "A Critical Approach to the Term Turkish Diaspora: Is There 'the' Turkish Diaspora?", S. 91 (t.y.).
- YILDIZ, Ayselin, "Göç ve Entegrasyon Politikalarında Vatandaşlık", *Göç Araştırmaları Dergisi*, C. 3, S. 2 (2017), s. 36-67.
- YILDIRIM, Selda Geyik, "Immigration And Afghans: 'Consistent Refugees'", *Göç Araştırmaları Dergisi*, C. 4, S. 2 (2018), s. 128-59.
- Zdanoka v. Latvia, 72794/01 (ECtHR [GC] 16 Mart 2006).
- E. 2008/33, K. 2008/112 (AYM 29 Mayıs 2008).
- E. 2018/69, K. 2018/47 (AYM 31 Mayıs 2018).

## **RAPORLAR/BERICHTE**



## 75 Jahre Grundgesetz - Tagungsbericht zum Geburtstag der deutschen Verfassung

### Anayasa'nın 75 yılı - Alman Anayasası'nın Yıldönümüne İlişkin Konferans Raporu

Doç. Dr. Joachim KRETSCHMER\* / Dr. Taner AYDIN\*\*

Dr. Karen KLEIN\*\*\* / Dr. Susanne SCHUSTER\*\*\*\*

#### ÖZ

*23 Mayıs 2024 tarihinde Alman Anayasası 75. yaş gününü kutladı. Bu vesileyle, Alman Akademik Değişim Servisi'nin (DAAD) uzun dönemli öğretim görevlileri, Joachim Kretschmer'in moderatörlüğünde Türk-Alman Üniversitesi (TAU) Hukuk Fakültesi'nde bir konferans düzenlendi. Anayasa'nın tarihsel bağlamını ve en önemli ifadelerini özetleyen kısa bir girişin ardından, anayasa hukuku, medeni hukuk, çevre koruma ve ceza hukuku konularında dört sunum yapıldı. Bunlar arasında Lüth kararı (temel hakların yatay etkisi), Soraya kararı (genel kişilik hakkının yargısal gelişimi), iklim kararı (iklimin korunması ve özgürlüğün zamanlar arası güvence altına alınması) ve cezaevi kararı (temel hak sahibi olarak mahkûmlar) yer almaktadır<sup>1</sup>.*

---

\* Langzeitdozent an der TDU/TAÜ im Bereich Strafrecht und Strafprozessrecht, (kretschmer@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-7255-813X.

\*\* Langzeitdozent an der TDU/TAÜ im Bereich öffentliches Recht, (taner.aydin@tau.edu.tr). ORCID: 0009-0004-5189-2966.

\*\*\* Fachkoordinatorin und Langzeitdozentin an der TDU/TAÜ im Bereich Privatrecht, (karen.klein@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0003-0544-4738.

\*\*\*\* Langzeitdozentin an der TDU/TAÜ im Bereich öffentliches Recht, (susanne.schuster@tau.edu.tr), ORCID: 0009-0005-4383-3349.

<sup>1</sup> Unser Dank für die Übersetzung ins Türkische gilt Arş. Gör. Eylül Yağmur Coşan.

**Anahtar Kelimler:** *Temel Kanun, Federal Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru, temel hakların yatay etkisi, genel kişilik hakkı, iklim koruma hedefleri, temel hak sahibi olarak mahkûmlar.*

## 75 years of “Grundgesetz” - Conference report on the anniversary of the German Constitution

### ABSTRACT

*On May 23, 2024, the Constitution of the Federal Republic of Germany (“Grundgesetz”) celebrated its 75th birthday. To honor this occasion, the long-term lecturers of the German Academic Exchange Service (DAAD) held a conference at the Faculty of Law of the Turkish-German University (TDU/TAÜ), moderated by Joachim Kretschmer. After a short introduction summarizing the historical context of the German Constitution and its most important statements, four presentations took place, focusing on constitutional law, civil law, environmental protection and criminal law. These topics included the Lüth judgement (indirect third-party effect of fundamental rights), the Soraya decision (judicial development of the general right of personality), the climate decision (climate protection and intertemporal guarantees of freedom) and the penal system decision (prisoners as holders of fundamental rights).*

**Keywords:** *German Constitution, Federal Constitutional Court, constitutional complaint, indirect third-party effect of fundamental rights, general right of personality, climate protection, prisoners as holders of fundamental rights.*

### I. Einleitung

Am 23. Mai 2024 feierte das deutsche Grundgesetz einen runden Geburtstag. Unter dem Motto „Wir gratulieren 75 Jahre“, stellten die Langzeitdozent\*innen des Deutschen Akademischen Austauschdiensts (DAAD) ihre „Lieblingsentscheidungen“ des Bundesverfassungsgerichts

vor. Entsprechend der Aufgabengebiete der Langzeitdozenten lagen die Schwerpunkte dabei sowohl im Verfassungsrecht und besonderen öffentlichen Recht als auch im Zivil- und Strafrecht. Die einzelnen Beiträge werden im Folgenden zusammenfassend und unter Beibehaltung der Vortragsform dargestellt.<sup>2</sup>

## II. Eröffnung (Joachim Kretschmer)

Freiheit, Gleichheit, Menschenwürde, Rechtsstaat – mit diesen vier Begriffen kann man das deutsche Grundgesetz beschreiben.

Am 23. Mai 1949 wurde das Grundgesetz vom Parlamentarischen Rat in Bonn verkündet. Den Entwurf hatte das Plenum dieser verfassungsgebenden Versammlung am 8. Mai 1949 angenommen. Die drei Besatzungsmächte der Westzone, die Vereinigten Staaten, Großbritannien und Frankreich, hatten das Grundgesetz am 12. Mai 1949 genehmigt.

Was war dieser Parlamentarische Rat?

Der Parlamentarische Rat bestand aus 65 stimmberechtigten Mitgliedern. Diese waren von den Länderparlamenten der drei westlichen Besatzungszonen gewählt worden. Von den 65 Mitgliedern waren nur vier Frauen. Dieser Parlamentarische Rat war die verfassungsgebende Versammlung.

Das deutsche Grundgesetz ist nicht durch eine Volksabstimmung angenommen worden. Weder 1949 noch 1990 nach der Wiedervereinigung.

Aber warum heißt das Grundgesetz eigentlich Grundgesetz? Das ist ein eigenartiger Name für eine Verfassung. Denn eine Verfassung war und ist das Grundgesetz rechtlich betrachtet.

Die Bezeichnung als Grundgesetz sollte seinen provisorischen Charakter ausdrücken. 1949 war der politische Blick auf die Wiedervereinigung Deutschlands gerichtet. Deutschland war in zwei Zonen aufgeteilt. Die sog. Westzone mit den Besatzungsmächten der

---

<sup>2</sup> Die Vortragsform wird leicht abgewandelt beibehalten. Daher wird weitgehend auf weiterführende Nachweise in den Fußnoten verzichtet.



Vereinigten Staaten, Großbritannien und Frankreich, und die sog. Ostzone, die Sowjetische Besatzungszone. Das Grundgesetz galt nur in der sog. Westzone. Es war der politische Wille des Parlamentarischen Rats, dass erst mit der Wiedervereinigung zu einem einheitlichen Deutschland eine endgültige Verfassung verabschiedet werden soll. Und daher vermied man die Bezeichnung Verfassung und nannte das Grundgesetz eben Grundgesetz. Und so ist es bis heute geblieben. Nichtsdestotrotz war und ist das Grundgesetz eine Verfassung und sind die Grundrechte Menschenrechte.

### **III. Die Grundrechte, das Bundesverfassungsgericht und das Lüth-Urteil aus dem Jahr 1958 (Taner Aydın)**

Wie jede Verfassung enthält auch das Grundgesetz grundlegende Regelungen zu Aufbau, Organisation und Funktionsweise des Staates. So finden sich Regelungen zu Gesetzgebung, zu den Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern, zu Stellung und Aufgaben der Verfassungsorgane, zu den Wahlen des Parlaments, zu den öffentlichen Finanzen und vieles andere mehr. Das alles sind zentrale und für die Staatsorganisation unabdingbare Festsetzungen. Wenn man aber nach dem eigentlichen Kern des Grundgesetzes fragt, würden die meisten wohl die Grundrechte nennen. Die Grundrechte kann man mit guten Gründen als das Herzstück des Grundgesetzes bezeichnen. Die besondere Bedeutung der Grundrechte wird schon auf den ersten Blick deutlich: nicht irgendwelche organisationsrechtlichen Vorschriften stehen gleich zu Beginn der Verfassung, sondern eben die Grundrechte. Das ist kein Zufall, sondern volle Absicht: nach den Erfahrungen des Nationalsozialismus sollte nicht mehr der Staat, sondern der/die Bürger/in, das Individuum im Zentrum staatlichen Denkens und Handelns stehen. Ein Paradigmenwechsel. Und es ist nicht irgendein Grundrecht, sondern die Menschenwürde, die am Beginn des Grundrechtskatalogs steht. Auch das ist kein Zufall, sondern veranschaulicht das neue Staatsverständnis in beeindruckender Weise. Man mag sich fragen, was das unerhört Neue daran sein soll. Schließlich kannte auch die Weimarer Reichsverfassung schon Grundrechte und selbst in der Paulskirchenverfassung von 1848 waren diese bereits

vorgesehen. Aber: die Grundrechte der Weimarer Reichsverfassung waren zwar verbindlich, sie verpflichteten allerdings nur den Staat, ohne den Bürgern eine Möglichkeit zur Durchsetzung ihrer Rechte zu geben. Was sind Grundrechte wert, wenn man sie nicht auch gerichtlich einklagen kann? Das sahen auch die Väter und Mütter des Grundgesetzes so. Daher sind die Grundrechte des Grundgesetzes keine mehr oder weniger verbindlichen Programmsätze, sondern voll einklagbare subjektive Rechte.

An dieser Stelle muss ein ganz besonderes Gericht genannt werden, nämlich das Bundesverfassungsgericht. Man kann nicht über das Grundgesetz sprechen, ohne nicht auch über das Bundesverfassungsgericht zu sprechen. Die Väter und Mütter des Grundgesetzes waren sich einig: wenn die neue Bundesrepublik nicht an denselben Fehlern wie die Weimarer Republik leiden und die anstehenden Herausforderungen meistern können soll, dann muss sie auf eine besondere Weise geschützt werden – unter anderem durch ein starkes Verfassungsgericht. Das Bundesverfassungsgericht fungiert seitdem als ‚Hüter der Verfassung‘. Es hat wie keine andere Institution die Durchsetzung und weitere Entwicklung unserer Verfassung geprägt.

Grund genug, sich einige Eckdaten anzuschauen: Das Bundesverfassungsgericht ist ein Gericht und zugleich ein Verfassungsorgan, das auf die Überprüfung von Verstößen des Verfassungsrechts beschränkt ist. Es ist mithin kein Superrevisionsgericht und unterscheidet sich insoweit etwa vom amerikanischen Supreme Court, welcher ein oberstes Gericht für sämtliche Rechtsstreitigkeiten darstellt. Das Bundesverfassungsgericht besteht aus zwei Senaten mit jeweils acht Richterinnen und Richtern und entscheidet etwa über Verfassungsbeschwerden, über (abstrakte und konkrete) Normenkontrollen, über Organ- und Bund-Länder-Streitigkeiten oder über Verbote verfassungswidriger Parteien. Unter den 16 Richter\*innen befinden sich 7 Richterinnen, was einem Anteil von rund 44 % entspricht. Die mit Abstand bedeutendste Verfahrensart ist die Verfassungsbeschwerde. Von den im Jahr 2022 rund 4.900 Verfahren lag der Anteil der Verfassungsbeschwerde bei 95 %. Von den erledigten Verfahren des Jahres 2022 waren insgesamt

57 Verfassungsbeschwerden erfolgreich. Das entspricht einer Quote von 1,69 %.<sup>3</sup>

Eine dieser Verfassungsbeschwerden hat bereits wenige Jahre nach Gründung des Bundesverfassungsgerichts zu einer bis heute nachwirkenden Leitentscheidung des Gerichts geführt. Das sog. Lüth-Urteil hat nicht nur hinsichtlich der Meinungsfreiheit, sondern auch mit Blick auf die Bedeutung der Grundrechte grundlegende Weichenstellungen getroffen.<sup>4</sup> Der Sachverhalt ist schnell erzählt: Erich Lüth, Publizist aus Hamburg, rief 1950 öffentlich zum Boykott des Kinofilms „*Unsterbliche Geliebte*“ des Regisseurs Veit Harlan auf. Harlan hatte mit seinem antisemitischen Propagandafilm „*Jud Süß*“ während der Zeit des Nationalsozialismus große Erfolge gefeiert und galt Lüth daher als ‚*Naziregisseur Nr. 1*‘. Harlan musste sich nach Kriegsende für seinen Film vor einem Strafgericht verantworten, wurde jedoch freigesprochen. Lüth wollte unterdessen nicht akzeptieren, dass Regisseure wie Harlan in der Bundesrepublik ihre Karriere fortsetzten. Gegen den Boykottaufruf wehrten sich indessen die mit Produktion und Verleih des Films betrauten Unternehmen und beantragten vor dem Landgericht Hamburg eine entsprechende Unterlassungsverfügung. Das Landgericht folgte dem Antrag und untersagte Lüth den Boykottaufruf, weil es sich dabei um eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung nach § 826 BGB handle. Lüth legte gegen diese Entscheidung Verfassungsbeschwerde beim BVerfG ein – und hatte Erfolg. Das BVerfG sah durch die Unterlassungsverfügung das Grundrecht auf Meinungsfreiheit von Lüth verletzt. Darüber kann man zunächst einmal stutzen. Denn sind Grundrechte nicht in erster Linie Abwehrrechte gegenüber dem Staat? Regeln diese also nicht das Verhältnis zwischen Staat und Bürger? Wie kommen plötzlich Grundrechte bei einer rein privatrechtlichen Streitigkeit ins Spiel? Ja, sagt das BVerfG, Grundrechte sind in erster Linie Abwehrrechte des Einzelnen gegenüber dem Staat, und daran sollte auch dieses Urteil nichts ändern. Grundrechte sind nach Ansicht des BVerfG aber viel

---

<sup>3</sup> <https://de.statista.com/themen/11722/bundesverfassungsgericht/#topic>  
Overview (Abruf am 30.5.2024).

<sup>4</sup> BVerfGE 7, 198–230.

mehr als das. Sie sind Ausdruck einer ‚objektiven Werteordnung‘, die auf die gesamte Rechtsordnung und damit auch auf die Zivilrechtsordnung ausstrahle. Auch Zivilrechtsnormen dürften nicht im Widerspruch zum Wertesystem des Grundgesetzes stehen und müssten daher in dessen Geiste ausgelegt werden. Dafür kämen insbesondere Generalklauseln in Betracht, die durch ihre tatbestandliche Weite besonders dafür geeignet seien, die in den Grundrechten enthaltene Werteordnung zur Geltung zu bringen. Das BVerfG bezeichnet Generalklauseln daher auch als ‚Einbruchstellen‘ der Grundrechte in das bürgerliche Recht.

Die Lehre von der ‚mittelbaren Drittwirkung‘ der Grundrechte (dieser Ausdruck macht deutlich, dass die Grundrechte weiterhin nicht unmittelbar zwischen Privaten, sondern nur vermittelt über die Normen des Zivilrechts gelten) ist seitdem fester Bestandteil der Grundrechtsdogmatik und weist nach wie vor eine hohe Relevanz auf. So wird aktuell etwa erörtert, inwieweit große und wirkmächtige Internetplattformen wie ‚Facebook‘ an Grundrechte wie die Meinungsfreiheit gebunden sind. Fragen wie diese werden auch heute noch anhand der Leitlinien der wegweisenden Lüth-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts diskutiert.

#### **IV. Allgemeines Persönlichkeitsrecht und richterliche Rechtsfortbildung: Der Soraya-Beschluss des BVerfG aus dem Jahr 1973 (Karen Klein)**

Der Soraya-Beschluss des BVerfG<sup>5</sup> stellt eine grundlegende Entscheidung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht sowie den Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung dar. Was war geschehen? Das Leben von Soraya Esfandiary-Bakhtiary, der geschiedenen Ehefrau des damaligen Schahs von Iran, wurde vor allem in der deutschen Regenbogenpresse aufgegriffen. Ein zum Axel-Springer-Konzern gehörender Verlag veröffentlichte im Jahr 1961 in einer Wochenzeitschrift ein „Exklusiv-Interview“ mit ihr, das auch private Details aus ihrem Leben enthielt. Das Problem dabei: Das Interview war frei erfunden. Daher verklagte Soraya den Verlag und den geschäftsführenden Redakteur auf Schadensersatz wegen Verletzung ihres allgemeinen

---

<sup>5</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.2.1973 – 1 BvR 112/65, BeckRS 1973, 107005 (Soraya).

Persönlichkeitsrechts. Die Zivilgerichte gaben der Klage statt und sprachen Soraya 15.000 DM als Geldentschädigung zu.<sup>6</sup>

Sie konnten sich dabei auf eine Entscheidung des BGH stützen, die damals nur wenige Jahre alt war: Im sog. Herrenreiter-Urteil<sup>7</sup> aus dem Jahr 1958 hatte der Bundesgerichtshof erstmals eine Geldentschädigung für immaterielle Nachteile gewährt, die auf einer Persönlichkeitsrechtsverletzung beruhten. Rechtlich war das nicht ganz leicht zu begründen. Denn § 847 BGB a.F.<sup>8</sup> zählte nur bestimmte Rechtsgüter auf, deren Verletzung zur Geltendmachung von immateriellem Schadensersatz berechtigte. Unter ihnen war (und ist, § 253 Abs. 2 BGB)<sup>9</sup> das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht zu finden. Auch die ausdrücklich aufgezählte „*Freiheitsentziehung*“ kam als Anknüpfungspunkt nicht in Betracht, da damit nur die körperliche Bewegungsfreiheit geschützt werden sollte. Wie sich aus § 253 BGB a.F. ergab, war und ist diese Aufzählung abschließend gemeint („*nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen*“, heute § 253 Abs. 1 BGB). Trotzdem bejahte der BGH den Anspruch, da „*ein Schutz der ‚inneren Freiheit‘ ohne das Recht auf Ersatz auch immaterieller Schäden weitgehend unwirksam wäre*“.<sup>10</sup> Wurde im Herrenreiter-Urteil dafür noch (methodisch fragwürdig) mit einer Analogie – der Freiheitsberaubung „*im Geistigen*“

---

<sup>6</sup> LG Mannheim, Urt. v. 24.8.1962 – 7 O 73/61: Die Beklagten werden zur Zahlung von 15.000 DM verurteilt. OLG Karlsruhe, Urt. v. 3.7.1963 – 1 U 7/63, BeckRS 1963, 105692: Die Berufung der Beklagten wird als unbegründet zurückgewiesen. BGH, Urt. v. 8.12.1964 – VI ZR 201/63, NJW 1965, 685–686: Die Revision der Beklagten bleibt ohne Erfolg.

<sup>7</sup> BGH, Urt. v. 14.2.1958 – I ZR 151/56, NJW 1958, 827–830 (Herrenreiter).

<sup>8</sup> § 847 Abs. 1 BGB a.F. lautete: „*Im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie im Falle der Freiheitsentziehung kann der Verletzte auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen.*“

<sup>9</sup> Der aktuelle § 253 Abs. 2 BGB lautet: „*Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.*“

<sup>10</sup> BGH, Urt. v. 14.2.1958 – I ZR 151/56, NJW 1958, 827 (830) (Herrenreiter).

– gearbeitet,<sup>11</sup> leitete der BGH in späteren Entscheidungen<sup>12</sup> den Anspruch direkt aus der Verfassung ab. Seither beruft sich die Rechtsprechung auf Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 1 Abs. 1 GG.

Diese Judikatur war aber nicht unbestritten und veranlasste im Soraya-Fall den Verlag und den geschäftsführenden Redakteur dazu, Verfassungsbeschwerde einzulegen. Die Beschwerdeführer rügten unter anderem die Verletzung des Grundsatzes der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 und 3 GG). Denn, so ihr Vortrag: Der Anspruch auf immateriellen Schadensersatz bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts werde *contra legem* gewährt. Eine entsprechende Rechtsfolge lasse sich weder unmittelbar noch durch Analogie aus dem BGB ableiten. Vielmehr würden sich die Gerichte die Befugnisse des Gesetzgebers anmaßen.<sup>13</sup> Mit anderen Worten: In Frage standen die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung.

Das BVerfG erklärte die Rechtsprechung der Zivilgerichte für verfassungsgemäß. Im Wesentlichen trug das Gericht hierfür folgende Argumente vor: Die Rechtsprechung sei nach Art. 20 Abs. 3 GG an „*Gesetz und Recht*“ gebunden. Diese Formel zeige, dass sich Gesetz und Recht nicht immer decken müssten, da eine Lückenlosigkeit der positiven Gesetze praktisch unerreichbar sei. „*Recht*“ sei daher mehr als die Gesamtheit der geschriebenen Gesetze. Es beruhe auf der „*verfassungsmäßigen Rechtsordnung als einem Sinnanzien*“. Dieses Recht zu finden sei Aufgabe der Rechtsprechung. Der Richter dürfe dabei aber nicht willkürlich vorgehen, sondern müsse seine Entscheidung rational begründen, also darlegen, dass das geschriebene Gesetz seine Funktion, ein Rechtsproblem gerecht zu lösen, nicht erfülle und diese Lücke daher zu schließen sei. Fraglich könnten mithin nur die Grenzen der

---

<sup>11</sup> BGH, Urt. v. 14.2.1958 – I ZR 151/56, NJW 1958, 827 (830) (Herrenreiter), auch wenn eine Anknüpfung an die Verfassung in der Entscheidung bereits anklingt.

<sup>12</sup> BGH, Urt. v. 19.9.1961 – VI ZR 259/60, NJW 1961, 2059 (2060) (Wunderwurzeln/Ginseng); BGH, Urt. v. 5.3.1963 – VI ZR 55/62, NJW 1963, 902 (903) (Fernsehansagerin).

<sup>13</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.2.1973 – 1 BvR 112/65, BeckRS 1973, 107005, Rn. 20 (Soraya).

richterlichen Rechtsfortbildung sein. Insofern verwiesen die Richter auf das Alter des BGB, das zum Zeitpunkt der Entscheidung bereits seit über 70 Jahren in Kraft war. Mit dem zeitlichen Abstand zwischen Gesetzesbefehl und richterlicher Einzelfallentscheidung wachse *„die Freiheit des Richters zur schöpferischen Fortbildung des Rechts“*. Der Inhalt der Norm könne und müsse sich mit den sozialen Verhältnissen und den gesellschaftlich-politischen Anschauungen wandeln. Insofern habe das BVerfG Methodenfragen des Zivilrechts grundsätzlich nicht zu beurteilen. Solange ein Ergebnis auf einem zivilrechtlich vertretbaren Weg zustande gekommen sei, könne es von Seiten der Verfassung nicht beanstandet werden; zumal, wenn es gerade der Durchsetzung derselben diene. Schließlich wies das Gericht auf den Entscheidungszwang hin, unter dem Richter stünden. Da zuvor verschiedene Gesetzesinitiativen zur Regelung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gescheitert seien, könne einem Richter nicht zugemutet werden, ein solch ungewisses Gesetz abzuwarten; denn die formale Gesetzestreue ginge in diesem Fall zulasten der Gerechtigkeit im Einzelfall. Das BVerfG kam mithin zu dem Ergebnis, dass der BGH lediglich die *„Grundgedanken der von der Verfassung geprägten Rechtsordnung mit systemimmanenten Mitteln weiterentwickelt“* habe und wies die Verfassungsbeschwerde daher zurück.<sup>14</sup>

Seither ist die Gewährung von Geldentschädigung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts verfassungsrechtlich abgesegnet. Sie wurde in der Zwischenzeit auch durch den Gesetzgeber anerkannt,<sup>15</sup> obwohl weiterhin keine gesetzliche Regelung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts existiert. Gerade angesichts des rasanten technischen Fortschritts von künstlicher Intelligenz und des

---

<sup>14</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.2.1973 – 1 BvR 112/65, BeckRS 1973, 107005, Rn. 37–44 (Soraya).

<sup>15</sup> In BT-Drs. 14/7752, 24 findet sich im Zuge der Neuregelung des § 253 BGB folgender Hinweis: *„Dass Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht ausdrücklich in die Aufzählung der Schmerzensgeldansprüche auslösenden Rechtsgutsverletzungen aufgenommen sind, steht auch künftig einer Geldentschädigung bei nach § 823 BGB erheblichen Persönlichkeitsrechtsverletzungen nicht entgegen.“*

zunehmenden Einflusses sozialer Medien sowie der damit verbundenen Möglichkeiten, Persönlichkeitsrechte anderer zu verletzen, bleibt es spannend zu beobachten, ob und wie sich das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Zukunft weiterentwickeln wird.

### **V. Neue Grundrechte braucht das Land: Intergenerationelle Schutzverpflichtung und intertemporale Freiheitssicherung – Klima-Beschluss 2021 (Susanne Schuster)**

Und jetzt ein Brückenschlag zu heute...

Das Bundesverfassungsgericht entwickelt auch heute noch *neue* Grundrechte und ist an der Bestimmung der Reichweite der Grundrechte aktiv beteiligt. In diesem Zusammenhang war der Klima-Beschluss<sup>16</sup> eine der bahnbrechenden Entscheidungen der letzten Jahre, der eine *intergenerationelle Schutzverpflichtung* für den und eine *intertemporale Freiheitssicherung* durch den Staat ausformulierte. Darüber hinaus hat das Bundesverfassungsgericht nebenbei – aus Sicht der Autorin – einen Grundstein für die Entwicklung der *Staatszielbestimmung* des Schutzes der natürlichen Lebensgrundlagen aus Art. 20a GG hin zu einem veritablen Grundrecht gelegt, indem es ausführte, das relative Gewicht des Klimaschutzgebotes aus Art. 20a GG nehme mit Blick auf die Zukunft bei fortschreitendem Klimawandel zu.

Aber was waren Grundlage und Inhalt des Beschlusses?

Als Erstes ist hervorzuheben, dass die Frauenquote der an der Entscheidung beteiligten Bundesverfassungsrichter\*innen im Vergleich zum Parlamentarischen Rat und der derzeitigen Gesamtquote des Bundesverfassungsgerichts mit 50 % erfreulicherweise erstaunlich hoch war.

Als Zweites ist anzumerken, dass die mittlerweile sehr ausführlichen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts<sup>17</sup> nicht mehr allein einen – in den meisten Fällen sehr komplexen Sachverhalt –

---

<sup>16</sup> BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18.

<sup>17</sup> Im Vergleich zum Lüth-Urteil (24 Seiten) und dem Soraya-Beschluss (13 Seiten) hatte der Klima-Beschluss 106 (!) Seiten (basierend auf der Veröffentlichung der Entscheidungen auf der Internetseite des BVerfG).



entscheiden, sondern den Leser\*innen eine Art Lehr- bzw. Handbuch mitgeben. So führt der Klima-Beschluss in seinen ersten 33 Seiten zu den rechtlichen Grundlagen aus, beispielsweise zum deutschen Klimaschutzgesetz,<sup>18</sup> dem Pariser Klima-Übereinkommen<sup>19</sup> und zum geltenden Recht der Europäischen Union. Ebenso finden sich Ausführungen zu den tatsächlichen Grundlagen des Klimawandels unter Bezugnahme auf die Berichte des Weltklimarates (*Intergovernmental Panel on Climate Change, IPCC*), zum Treibhauseffekt und den Folgen der Erderwärmung sowie zu notwendigen Emissionsminderungspflichten.

Aber nun zum Sachverhalt:

47 Personen (Kinder, Jugendliche und junge Erwachsene aus Deutschland und aus Bangladesch und Nepal) sowie Umweltvereinigungen (unter anderem der Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, die Deutsche Umwelthilfe, Fridays for Future und Greenpeace) haben – insgesamt vier – Verfassungsbeschwerden gegen Vorschriften des deutschen Klimaschutzgesetzes (§§ 3 und 4 KSG) eingelegt, wegen des Unterlassens, weitere Maßnahmen zur Reduktion der Treibhausgasemissionen zu treffen. Die Beschwerdeführer\*innen sahen in der damals geltenden Fassung des Klimaschutzgesetzes – dem deutschen Beitrag zur Umsetzung der Verpflichtungen aus dem Pariser Klima-Übereinkommen – keine ausreichenden Regelungen zur (alsbaldigen) Reduktion von Treibhausgasen, die erforderlich seien, um die – seit Paris 2015 verpflichtenden – Klimaschutzziele zu erreichen.

Im Rahmen der *Beschwerdebefugnis* stellte das Bundesverfassungsgericht eingangs klar, dass sich die Beschwerdeführer\*innen auf eine staatliche Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG berufen könnten. Die Staatszielbestimmung des Art. 20a GG gewähre indes keine subjektiven, einklagbaren Rechte. Ob es – wie von den Beschwerdeführer\*innen vorgetragen – ein *Grundrecht auf ein ökologisches Existenzminimum* oder ein *Recht auf eine menschenwürdige*

---

<sup>18</sup> Bundes-Klimaschutzgesetz vom 12.12.2019, vgl. BT-Drs. 19/14337.

<sup>19</sup> FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1. Deutsche Übersetzung: Amtsblatt der Europäischen Union v. 19.10.2016, L 282/4 DE.

Zukunft gebe, bedurfte „*keiner abschließenden Entscheidung*“ – so das Bundesverfassungsgericht.<sup>20</sup> Denn, der Gesetzgeber sei nicht untätig geblieben, sondern sei insbesondere dem Pariser Klima-Übereinkommen beigetreten und habe mit dem Klimaschutzgesetz konkrete Maßnahmen zur Reduktion von Treibhausgasen geschaffen.

Im Ergebnis hatten die Verfassungsbeschwerden teilweise Erfolg.

Das Bundesverfassungsgericht stellte fest, dass den Staat eine allgemeine staatliche Schutzpflicht für das Leben und die körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG treffe, eine staatliche Pflicht, „*sich schützend und fördernd vor die Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit zu stellen*“ und vor rechtswidrigen Eingriffen anderer zu bewahren. Dies sei Teil der subjektiven Grundrechtsberechtigung.

Diese Schutzpflicht sei als *intergenerationelle Schutzverpflichtung* auch in die Zukunft gerichtet, so dass auch künftige Generationen bereits heute grundrechtsfähig seien. Die Schutzpflicht verlange ein international ausgerichtetes Handeln zum globalen Schutz des Klimas und verpflichte den Staat, international auf Klimaschutzaktivitäten hinzuwirken und diese sodann national einzubetten.

Im Ergebnis stellte das Bundesverfassungsgericht aber fest, dass diese Schutzpflicht nicht verletzt sei. Der deutsche Gesetzgeber habe im Rahmen des ihm eröffneten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums gehandelt und insbesondere das Klimaschutzgesetz geschaffen, das vom Bundesverfassungsgericht als nicht völlig untauglich qualifiziert wurde.

*Aber:* Der Gesetzgeber habe keine hinreichenden Vorkehrungen für Emissionsminderungen nach dem Jahr 2030 geschaffen. Das Gericht führte aus, wegen der bis 2030 zugelassenen Emissionen könnten nach dem Jahr 2030 gegebenenfalls sehr hohe Emissionsminderungspflichten notwendig werden. Dies sei als *eingriffsähnliche Vorwirkung* auf die allgemeine Handlungsfreiheit künftiger Generationen aus Art. 2 Abs. 1 GG zu qualifizieren. Denn die bis 2030 mit dem Klimaschutzgesetz festgelegten Emissionsmengen reduzierten die nach 2030 noch

---

<sup>20</sup> BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, Rn. 113.

verbleibenden Emissionsmöglichkeiten künftiger Generationen erheblich. Es ergäbe sich eine Pflicht zur Sicherung grundrechtsgeschützter Freiheiten auch *über die Zeit und über die Generationen* hinweg im Sinne eines Schutzes vor einer einseitigen Verlagerung der durch Art. 20a GG aufgegebenen Treibhausgasminderungslast in die Zukunft (*intertemporale Freiheitssicherung*). Denn, mit jeder heute ausgestoßenen Emissionsmenge verkleinere sich der Spielraum für die CO<sub>2</sub>-relevanten Freiheitsbetätigungen in der Zukunft. Dies stelle einen Eingriff in Art. 20a GG in Verbindung mit der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG dar.

Im Rahmen der *Verhältnismäßigkeit* führte das Bundesverfassungsgericht sodann weiter aus, dass einer Generation keine mildere Reduktionslast zugestanden werden dürfe während sie große Teile des CO<sub>2</sub>-Budgets verbräuche, wenn nachfolgende Generationen wegen einer dann notwendigen radikaleren Reduktionslast mit schwerwiegenden Freiheitseinbußen rechnen müssten. Dabei stellte das Bundesverfassungsgericht fest, dass bei der Abwägung mit anderen Verfassungsprinzipien das relative Gewicht des Klimaschutzgebots aus Art. 20a GG bei fortschreitendem Klimawandel zunehme. Dies könnte aus Sicht der Autorin einen ersten Schritt in Richtung Grundrechtsqualität darstellen.

Im Ergebnis hat das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber aufgegeben, dass er wegen der Gefahr schwerwiegender Grundrechtsbeeinträchtigungen zukünftiger Generationen frühzeitig transparente Maßgaben für die weitere Ausgestaltung verbleibender Emissionsmöglichkeiten nach 2030 formulieren müsse. § 4 Abs. 4 KSG, der die Emissionsmengen nach 2030 als durch Rechtsverordnung zu regeln festgeschrieben hatte, genügte diesen Anforderungen aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts nicht. Da grundlegende Freiheits- und Gleichheitsrechte künftiger Generationen betroffenen seien, bedürfe es eines förmlichen (Parlaments-)Gesetzes.

Das Bundesverfassungsgericht stellte damit im Ergebnis die Verfassungswidrigkeit der §§ 3, 4 KSG insoweit fest, als Minderungsziele nach 2030 – bis zum Zeitpunkt der Klimaneutralität,

die Art. 20a GG fordere – fehlten und setzte dem Gesetzgeber eine Frist zur Neuregelung bis zum 31. Dezember 2022, die er genutzt und die Vorschriften des Klimaschutzgesetzes entsprechend angepasst hat.

Eine abschließende Kritik soll nicht vorenthalten werden:

Mit seiner bahnbrechenden Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht indes nicht festgestellt, welcher konkreten Maßnahmen es zur tatsächlichen Reduktion der Treibhausgasemissionen zur Erreichung der sich aus dem Pariser Klima-Übereinkommen ergebenden Klimaschutzziele bedürfe. Der Expertenrat für Klimafragen stellte 2022 fest, dass beispielsweise im Verkehrssektor mit einer deutlichen Überschreitung der festgelegten Emissionsmengen zu rechnen sei. Dies zeigt, dass bereits die bis 2030 festgelegten Emissionsreduktionsraten, die das Bundesverfassungsgericht nicht angegriffen hat, nicht dazu ausreichen, die Klimaschutzziele 2030 zu erreichen.

Und noch eine abschließende Bemerkung:

Hinsichtlich der Verfassungsbeschwerden aus *Bangladesch* und *Nepal* stellte das Bundesverfassungsgericht zwar positiv fest, dass von der die Bundesregierung treffenden staatlichen Schutzpflicht auch Personen außerhalb des Bundesgebietes umfasst seien. Denn, aus Art. 1 Abs. 3 GG ergebe sich gerade keine Beschränkung der Grundrechtsbindung, sondern es bestünde eine umfassende Bindung der deutschen Staatsgewalt – auch weltweit. Staatlicher Schutz könnte aber nicht inhaltsgleich im Ausland wie im Inland gewährleistet werden. Denn, die Bundesrepublik habe außerhalb ihres Staatsgebietes nicht die gleichen Schutzmöglichkeiten und könne zum Schutz von im Ausland lebenden Betroffenen insbesondere nicht alleine handeln. Daher genüge die Bundesregierung aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts den sie treffenden Schutzpflichten durch ihr internationales Eintreten für den Klimaschutz und die bisher getroffenen Maßnahmen zur Umsetzung des international Vereinbarten.

## **VI. Geltung der Grundrechte auch im Strafvollzug: Beschluss des Bundesverfassungsgerichts von 1972 (Joachim Kretschmer)**

Gilt das Grundgesetz auch im Gefängnis? Können sich auch Strafgefangene auf die Menschenrechte des Grundgesetzes berufen? Darf nur auf Grund eines Gesetzes in die Menschenrechte der Strafgefangenen eingegriffen werden?

44.232 Personen, die zu einer Freiheitsstrafe verurteilt sind, saßen zum Stichtag 1. März 2024 in deutschen Haftanstalten. Die Gefängnispopulation ist männlich. Nur etwa 5 % sind Frauen.

In den Anfangszeiten des Grundgesetzes war die Geltung des Grundgesetzes im Strafvollzug eingeschränkt. Es galt die Lehre des besonderen Gewaltverhältnisses. Grundrechte galten in solchen besonderen Gewaltverhältnissen nicht. Die Wirkung der Grundrechte galt in solchen Rechtsbeziehungen implizit als eingeschränkt. Ein Gesetz war nicht notwendig, um die Eingriffe in die Freiheitsrechte der Strafgefangenen zu rechtfertigen. Mit einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe nach dem Strafgesetzbuch war der Grundrechtsschutz der Strafgefangenen gesetzlich eingeschränkt.

Nach dem Kammergericht Berlin<sup>21</sup> (= Oberlandesgericht) schließt Straftat ihrer Natur nach die uneingeschränkte Ausübung zahlreicher Grundrechte aus: *„Mit dem Verlust der persönlichen Freiheit als Strafe wird denkgesetzlich ein vollständiger Gewahrsam des Inhabers der staatlichen Gewalt hinsichtlich des betroffenen Staatsbürgers begründet. Infolge dieses Machtverhältnisses verliert der Gefangene im Prinzip tatsächlich alle diejenigen Grundrechte, zu deren uneingeschränkter Ausübung er der persönlichen Freiheit bedarf. Er hat dementsprechend uneingeschränkt nur noch das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit.“*

---

<sup>21</sup> Kammergericht Berlin, Urt. v. 9.12.1965 – 3 VAs 34/65, NJW 1966, 1088 (1089).

## Was sagt das Grundgesetz dazu?

### Art. 1:

(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

(2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.

(3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.

Es war daher eine verfassungsrechtliche Selbstverständlichkeit, als 1972 das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe den vollständigen Grundrechtsschutz auch auf den Strafvollzug ausdehnte. Das Bundesverfassungsgericht:<sup>22</sup> *„Das GG ist eine wertgebundene Ordnung, die den Schutz von Freiheit und Menschenwürde als den obersten Zweck allen Rechts erkennt; sein Menschenbild ist allerdings nicht das des selbtherrlichen Individuums, sondern das der in der Gemeinschaft stehenden und ihr vielfältig verpflichteten Persönlichkeit (...). In Art. 1 Abs. 3 GG werden die Grundrechte für Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung für unmittelbar verbindlich erklärt. Dieser umfassenden Bindung der staatlichen Gewalt widerspräche es, wenn im Strafvollzug die Grundrechte beliebig oder nach Ermessen eingeschränkt werden könnten. Eine Einschränkung kommt nur dann in Betracht, wenn sie zur Erreichung eines von der Wertordnung des GG gedeckten gemeinschaftsbezogenen Zweckes unerlässlich ist und in den dafür verfassungsrechtlich vorgesehenen Formen geschieht. Die Grundrechte von Strafgefangenen können also nur durch oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden, das allerdings auf – möglichst engbegrenzte – Generalklauseln nicht wird verzichten können.“*

Das Grundgesetz und die Grundrechte gelten auch im Strafvollzug. Das ist heute eine verfassungsrechtliche Selbstverständlichkeit. Und so kam es 1977 zum Strafvollzugsgesetz des

---

<sup>22</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.3.1972 – 2 BvR 41/71, NJW 1972, 811 (812).

Bundes. Mit der Föderalismusreform 2006 wurde der Strafvollzug in die Gesetzgebungskompetenz der Bundesländer verlagert. Im Ergebnis haben wir heute in Deutschland 16 Strafvollzugsgesetze der Länder.

Warum habe ich diese Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1972 als meine ‚Lieblingsentscheidung‘ ausgewählt?

In dieser Entscheidung geht es um Minderheitenschutz durch das Grundgesetz. Minderheitenschutz gehört zu Demokratie und Rechtsstaat. Minderheitenschutz ist eine Kernaufgabe der Menschenrechte. Es geht um den grundrechtlichen Schutz von Personengruppen am Rande der Gesellschaft. Strafgefangene sind unsichtbar für die Gesellschaft. In der totalen Institution des Gefängnisses ist der Schutz durch das Grundgesetz besonders wichtig. Strafgefangene sind auch Bürger und Bürgerinnen des Staats. Deren Resozialisierung kann nur unter Achtung der Menschenwürde und der Menschenrechte gelingen.

Der Grundrechtsschutz der Strafgefangenen wurde in den Folgejahren bis heute durch das Bundesverfassungsgericht konkretisiert. Immer wieder kommt es zu Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu dem Thema Strafvollzug. Immer wieder muss sich das Gericht mit Verfassungsbeschwerden von Strafgefangenen beschäftigen. Oft, aber nicht nur, geht es um die Meinungsfreiheit aus Art. 5 GG.

Ein Strafgefangener schrieb aus der Haft einen Brief an seine ehemalige Verlobte. Er schrieb über einen Bediensteten der Justizvollzugsanstalt: *„ich kenne das echte ‚Arschloch‘ noch nicht, über das echt jeder lästert, weil es echt ein Prolet sein soll!“* und den *„[...] schieß Nazi- und Bullenstaat Bayern“*. Die Justizvollzugsanstalt hielt diesen Brief an. Die gesetzliche Grundlage ist Art. 34 des Strafvollzugsgesetzes von Bayern.<sup>23</sup> Beschwerde und Klage des Strafgefangenen gegen diese

---

<sup>23</sup> Art. 34 Anhalten von Schreiben (Bayern):

(1) Der Anstaltsleiter oder die Anstaltsleiterin kann Schreiben anhalten, wenn

1. die Erfüllung des Behandlungsauftrags oder die Sicherheit oder Ordnung der Anstalt gefährdet würde,

Maßnahme blieben erfolglos. Die Äußerung gefährde die Sicherheit und Ordnung der Anstalt. Der Strafgefangene zeige eine absolute Missachtung von Autoritäten.

Es ist dann wieder das Bundesverfassungsgericht,<sup>24</sup> das der Justizvollzugsanstalt und den Instanzgerichten die Bedeutung der Grundrechte im Strafvollzug deutlich machen muss: *„Die angegriffenen Beschlüsse verletzen den Beschwerdeführer in seinen Grundrechten aus Art. 5 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG. Sie verkennen Bedeutung und Tragweite des Grundrechts auf Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), indem sie dem daraus folgenden Vertraulichkeitsschutz nicht hinreichend Rechnung tragen.“* Das Bundesverfassungsgericht gewährt bei ehrverletzenden Äußerungen über nicht anwesende Dritte in besonders engen Lebenskreisen eine beleidigungsfreie Sphäre, wenn die Äußerung Ausdruck des besonderen Vertrauens ist: *„Der Schutz der Vertrauenssphäre geht aber auch dann nicht verloren, wenn sich der Staat Kenntnis von vertraulich gemachten Äußerungen verschafft. Das gilt auch für die Briefkontrolle bei Strafgefangenen.“* Der Kreis möglicher Vertrauenspersonen sei dabei nicht auf Ehegatten oder Eltern beschränkt, sondern erstrecke sich auf ähnlich enge – auch rein freundschaftliche – Vertrauensverhältnisse.

Das Bundesverfassungsgericht<sup>25</sup> betont immer wieder die Bedeutung der Meinungsfreiheit in Art. 5 GG:<sup>26</sup> *„Das Recht, Maßnahmen*

- 
2. die Weitergabe in Kenntnis ihres Inhalts einen Straf- oder Bußgeldtatbestand verwirklichen würde,
  3. sie grob unrichtige oder erheblich entstellende Darstellungen von Anstaltsverhältnissen enthalten,
  4. sie grobe Beleidigungen enthalten,
  5. sie die Eingliederung anderer Gefangener gefährden können oder ...

<sup>24</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.3.2021 – 2 BvR 194/20, BeckRS 2021, 7035.

<sup>25</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.6.2019 – 1 BvR 2433/17, NStZ-RR 2019, 277 (278).

<sup>26</sup> Art. 5 GG: (1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der



*der öffentlichen Gewalt ohne Furcht vor staatlichen Sanktionen auch scharf kritisieren zu können, gehört zum Kernbereich der Meinungsfreiheit, weshalb deren Gewicht insofern besonders hoch zu veranschlagen ist (...). Die Meinungsfreiheit erlaubt es insbesondere nicht, den Bf. auf das zur Kritik am Rechtsstaat Erforderliche zu beschränken und ihm damit ein Recht auf polemische Zuspitzung abzusprechen.“* Kritik am Staat und seinen Organen und so auch Kritik am Strafvollzug und seinen Organen gehören zum Kernbereich der Meinungsfreiheit. Der Staat und seine Organe dürfen nicht empfindsam gegenüber kritischen Äußerungen sein.

Ein großer Teil der wenigen erfolgreichen Verfassungsbeschwerden (bspw. 2020: 111 von 5.316) ist auf Verfassungsbeschwerden von Strafgefangenen zurückzuführen. BVerfG:<sup>27</sup> Verfassungswidrige Vergütung von Gefangenenarbeit. BVerfG:<sup>28</sup> Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen beaufsichtigte Urinproben in Justizvollzugsanstalt. BVerfG:<sup>29</sup> Ablehnung eines Interviews eines Gefangenen durch einen Journalisten. BVerfG:<sup>30</sup> Verstoß gegen Menschenwürde wegen Unterbringung in zu kleinem Haftraum. Diese und andere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zeigen, dass auf der Ebene der Justizverwaltung und der Instanzgerichte die Geltung und Bedeutung der Grundrechte der Strafgefangenen noch immer zu gering geachtet wird. Das ist zu bedauern. Retter und Wahrer der Grundrechte der Strafgefangenen ist dann erst das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe.

---

*Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.*

*(2) Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.*

<sup>27</sup> BVerfG, Urt. v. 20.6.2023 – 2 BvR 166/16, 2 BvR 1683/17, NJW 2023, 2405–2420.

<sup>28</sup> BVerfG, Beschl. v. 22.7.2022 – 2 BvR 1630/21, NJW 2022, 2610–2613.

<sup>29</sup> BVerfG, Beschl. v. 16.6.2022 – 2 BvR 784/21, NStZ-RR 2022, 259–261.

<sup>30</sup> BVerfG, Beschl. v. 23.6.2016 – 2 BvR 566/15, NStZ 2017, 111–113.

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Strafvollzug von 1972 war daher von besonderer Bedeutung: Die Grundrechte gelten überall. Es gibt keine grundrechtsfreie Zone in der Gesellschaft.

## VII. Abschließende Bemerkungen (*Joachim Kretschmer*)

Das Bundesverfassungsgericht als Hüter der Verfassung genießt in der deutschen Bevölkerung hohes Ansehen. 80 % der deutschen Bevölkerung sprechen dem Gericht ihr Vertrauen aus.<sup>31</sup> Und 81 % der deutschen Bevölkerung sagen, dass sich das Grundgesetz bewährt habe.<sup>32</sup> Diese hohen Zahlen zeigen den Wert des Grundgesetzes und des Bundesverfassungsgerichts: Freiheit, Gleichheit, Menschenwürde, Rechtsstaat.

---

<sup>31</sup> Aus *Rath*, Die öffentliche Wahrnehmung des Bundesverfassungsgerichts, APuZ/bpb 2021.

<sup>32</sup> Nach einer Studie der TU Dresden: <https://tu-dresden.de/tu-dresden/newsportal/news/75-jahre-grundgesetz-hohe-akzeptanz-und-bereitschaft-zur-verteidigung-der-deutschen-verfassung> (Abruf am 28.5.2024).

## ZUSAMMENFASSUNG

*Das Grundgesetz vom 23. Mai 1949 ist die Verfassung der Bundesrepublik Deutschland, über deren Einhaltung das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe als ‚Hüter‘ wacht. Zu den Aufgaben dieses Gerichts gehört es, das Grundgesetz verbindlich auszulegen und die Durchsetzung der darin verbrieften Grundrechte sicherzustellen. Gerade die letzte Funktion kam während der Konferenz in den Beiträgen zum Verfassungsrecht, Zivilrecht, Umweltschutz und Strafrecht – und in insoweit ganz unterschiedlichen Lebensbereichen – zum Ausdruck.*

*Es wurde dargelegt, dass aus den Grundrechten nicht nur Abwehrrechte des Bürgers gegenüber dem Staat resultieren, sondern die in ihnen zum Ausdruck kommende objektive Werteordnung im Wege der mittelbaren Drittwirkung, insbesondere über Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe, auch in das Privatrecht ausstrahlt (Lüth-Urteil).*

*Im Zusammenhang mit der verfassungsrechtlichen Prüfung des durch die Zivilgerichte ausgestalteten allgemeinen Persönlichkeitsrechts wurden die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung ausgelotet, weil mehrere Gesetzesinitiativen zur Regelung dieses Bereichs gescheitert, gleichzeitig aber gravierende Lücken im Persönlichkeitsschutz zu Tage getreten waren (Soraya-Beschluss).*

*Auch zu den höchst aktuellen Fragen des Klimaschutzes hat das Bundesverfassungsgericht Stellung bezogen. Dabei ging das Gericht nicht nur auf die sich in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht stellenden Fragen zum Klimawandel ein, sondern kreierte mit der intertemporalen Freiheitssicherung auch eine neue Dimension einer intergenerationellen Schutzverpflichtung (Klima-Beschluss).*

*Die Wertgebundenheit des Grundgesetzes, das den Schutz von Freiheit und Menschenwürde als den obersten Zweck allen Rechts anerkennt, kam schließlich auch in der letzten Entscheidung zum Ausdruck, in der das Bundesverfassungsgericht darlegte, warum auch Strafgefangene Grundrechtsträger sein müssen (Strafvollzugs-Beschluss).*

*Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe nicht nur über die Einhaltung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland wacht, sondern in seinen Entscheidungen auch der freiheitlich-demokratischen Grundordnung und den Grundrechten Wirkung verschafft. Die Konferenz an der Türkisch-Deutschen Universität am 23. Mai 2024 bot ein schönes Forum, um einen Ausschnitt aus der Vielgestaltigkeit dieser Entscheidungen kennenzulernen.*

## ÖZET

23 Mayıs 1949 tarihli Anayasa, Almanya Federal Cumhuriyeti'nin anayasasıdır ve Karlsruhe'deki Federal Anayasa Mahkemesi bu anayasaya uyulmasının "koruyucusudur". Bu mahkemenin görevlerinden biri, Anayasa'yı bağlayıcı bir şekilde yorumlamak ve burada yer alan temel hakların uygulanmasını sağlamaktır. Özellikle bu son işlev, konferans sırasında anayasa hukuku, medeni hukuk, çevre koruma ve ceza hukuku üzerine yapılan sunumlarda ve bu bağlamda hayatın çok farklı alanlarıyla ilişkili olarak ifade edildi.

Temel hakların sadece vatandaşların devlete karşı koruyucu haklarını doğurmadığı, aynı zamanda bu haklarda ifade edilen objektif değerler sisteminin, özellikle genel hükümler ve tanımlanmamış hukuki kavramlar yoluyla özel hukuk üzerinde yatay etkiye sahip olduğu açıklanmıştır (Lüth kararı).

Hukuk mahkemeleri tarafından düzenlenen genel kişilik hakkının anayasal denetimi ile bağlantılı olarak, bu alanı düzenlemeye yönelik çeşitli yasama girişimlerinin başarısız olması, ancak aynı zamanda kişilik haklarının korunmasında ciddi boşlukların ortaya çıkması nedeniyle hukukun yargısal gelişiminin sınırları araştırılmıştır (Soraya kararı).

Federal Anayasa Mahkemesi iklimin korunmasına ilişkin son derece güncel konularda da bir duruş sergilemiştir. Mahkeme bunu yaparken sadece iklim değişikliğiyle ilgili hukuki ve fiili meseleleri ele almakla kalmamış, aynı zamanda özgürlüğün zamanlar arası güvence altına alınmasıyla nesiller arası koruma yükümlülüğüne yeni bir boyut kazandırmıştır (İklim kararı).

Özgürlüğün ve insan onurunun korunmasını tüm hukukun en yüce amacı olarak kabul eden Anayasa'nın değerlere bağlı doğası, incelenen son kararda da ifade edilmiştir; Federal Anayasa Mahkemesi'nin kararında mahkûmların da neden temel haklara sahip olması gerektiği açıklanmıştır (Cezaların infazına ilişkin karar).

Özetle, Karlsruhe'deki Federal Anayasa Mahkemesi'nin, sadece Almanya Federal Cumhuriyeti Anayasası'na uygunluğu denetlemekle kalmayıp, aynı zamanda kararlarında özgür demokratik temel düzene ve temel haklara da etki ettiğini belirtmek gerekir. Türk-Alman Üniversitesi'nde 23 Mayıs 2024 tarihinde düzenlenen konferans, bu çok yönlü kararlardan oluşan bir seçkiyi tanımak için etkin bir forum sağlamıştır.

## **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın İlkeleri ve Yazım Kuralları**

### **A. Yayın İlkeleri**

1. Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (TAÜHFD)/Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR), "Hakemli Dergi" statüsünde, yılda iki sayı (Haziran, Aralık) basılı olarak yayımlanır. Ayrıca çalışmaların PDF biçimli tam metinleri <http://hfd.tau.edu.tr> adresinde yayımlanır.

2. Dergiye gönderilen çalışmalar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

3. Derginin yayın dili Türkçe ve Almanca'dır, fakat niteliği dikkate alınarak İngilizce metinler de kabul edilecektir.

4. Dergide kamu hukuku ve özel hukuk alanlarında yazılmış makale ve çeviri çalışmalarına yer verilir. Ayrıca dergide, karar ve kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri, sempozyum bildirimleri ve bilgilendirici notlara da yer verilebilecektir. Bu nitelikteki çalışmaların kabulü veya geri çevrilmesi, dergi yayın kurulu tarafından yapılacaktır.

5. Çalışmanın yazarı adını, soyadını, iş adresini, telefon numaralarını ve e-posta adresini dergi sorumlusuna bildirmelidir.

6. Dergi yayın kurulu tarafından ilk değerlendirmede dergi yayın ilkelerine uygun bulunan makale çalışmaları, yazar adları metinden çıkarılarak, iki hakeme gönderilir. Hakem değerlendirmesi sonucunda hakemlerden birinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi durumunda çalışma, üçüncü bir hakeme gönderilir. Çalışmanın yayımlanabilmesi için en az iki hakemin olumlu görüş bildirmesi gerekir. Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan çalışmalar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir ve yazarları tarafından en geç 15 gün içinde teslimi gereklidir. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda çalışmanın yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir.

7. Çeviri çalışmaları bakımından, çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin muvafakati da iletilmelidir. Ayrıca asıl metnin tam bibliyografik künyesinin (asıl metnin yayımlandığı eserin adı, yazarı, baskı yeri, baskı yılı, cildi, sayısı ve sayfaları) bildirilmesi gerekir. Çeviri çalışmaları da makale çalışmaları için geçerli olan hakem değerlendirilmesine tabi tutulur.

8. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayıma kabul edilen çalışmanın çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki malî hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir. Dergi yayın kurulu, çalışmaların yayımlanması konusunda yetkili kılınır.

9. Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanması istenen çalışmaların tauhfd@tau.edu.tr veya ztdr@tau.edu.tr e-posta adresine "Microsoft Word" yazılımı formatında (.doc, .docx) gönderilmesi gerekmektedir.

10. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların içeriği ile ilgili tüm sorumluluk yazarlarına aittir.

## **B. Yazım Kuralları**

1. İmlâ ve noktalama açısından (özel kullanımlar dışında) Türk Dil Kurumu'nun İmlâ Kılavuzu esas alınmalıdır. Gönderilen yazılar dil ve anlatım açısından bilimsel ölçülere uygun olarak açık ve anlaşılır olmalıdır.

2. **Başlık:** Çalışmanın Türkçe başlığı, 12 punto olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile büyük harflerle sayfanın ortasına yazılmalıdır. İngilizce başlık, Türkçe başlıktan sonra, 12 punto olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile büyük harflerle sayfanın ortasına yazılmalıdır.

3. **Yazar/Yazarlar:** Yazar/yazarların isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın/yazarların unvanı, çalıştığı

kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir. Ayrıca yazar/yazarların "ORCID" bilgilerinin de sisteme girilmesi gerekmektedir.

**4. Öz ve Özet:** Türkçe "Öz", 10 punto yatık (italik) olarak koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile 1 satır aralığıyla yazılmalı ve 500 kelimeyi geçmemelidir. Öz'ü takiben aynı şekilde "Abstract" başlığıyla İngilizce Öz de yer almalıdır. Ayrıca çalışmalarının sonunda, çalışma Türkçe dilinde kaleme alınmışsa, 'Zusammenfassung' başlığıyla Almanca bir özetin; Almanca dilinde kaleme alınmışsa, Türkçe bir "Özet" in yer alması gerekir. Bu özet, en az 500, en fazla 1000 kelime kullanılarak hazırlanmalı ve çalışmanın temel çerçevesini, sorunsalını ve sonucunu ortaya koyan bir içerikte olmalıdır.

**5. Anahtar Kelimeler:** Öz kısımlarının altında Türkçe "Anahtar Kelimeler" e ve İngilizce "Keywords" e yer verilmelidir. Anahtar kelime sayısı, makalenin erişimine olanak verecek alanları içerecek şekilde en az 4, en fazla 8 kelimedenden oluşmalıdır.

**6. Çalışma Metni:** Metin, 12 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle 1,5 satır aralığında yazılır. Dipnotlar ise, 10 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakterinde, dik ve normal harflerle yazılır. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar tırnak içinde ve yatık (italik) karakter kullanılarak belirtilir. Yabancı dildeki deyim ve özel isimlerde yatık (italik) yazı kullanılır. Metin içindeki yabancı kelimeler yatık (italik) olarak yazılmalıdır. Virgül, nokta ve öteki noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır.

**7. Çalışma Metnindeki Başlıklar:** Konunun işlenişine göre rakam/harf sistemi esas alınarak yine 12 punto olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle ana, ara ve alt başlıklar kullanılabilir. Başlıklardaki her bir kelimenin ilk harfi büyük yazılmalıdır.

**8. Kısaltmalar:** Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile makalenin sonunda kaynakçadan önce yer alan



kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.

9. Metin içinde kullanılacak tablo ve şekillere sıra numarası ve başlık verilmelidir.

**10. Dipnot Gösterimi:** Dipnotlarda bir esere yapılan ilk atıfta yer alan bilgiler ile kaynakçada yer verilen eserin bilgileri aynı olacak şekilde yazılmalıdır. Dipnot gösterimleri aşağıdaki gibidir:

**a) Kitaplar İçin:**

Dipnotta kitaplara atıf yapmak için ilk olarak yazarın adı ve soyadı olmak üzere, kitabın başlığı, basıldığı yayınevi, basım yeri, basım yılı, sayfa numarası (s.) veya paragraf/kenar numarası (n.) gösterilir ve sonunda nokta kullanılır. Sadece kitap başlığı yatık (italik) verilmelidir.

**Örnek:** Mesut Serdar Çekin, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 23.

Birden fazla yazarlı kitaplara “yazarın adı soyadı/yazarın adı soyadı” şeklinde atıf yapılmalıdır. Hem tek yazarlı hem de birden fazla yazarlı kitaplar için sonraki dipnotlarda ise, “yazarın/yazarların soyadı, s. sayfa numarası” şeklinde atıf yapılmalıdır. (**Örnek:** Çekin, s. 71. – Akkanat/Çekin/Sarıkaya, s. 80.) Eğer aynı yazarın birden fazla kitabına atıf yapılacaksa, ilk atıftan sonraki atıflar için yazarın soyadı, kitabın başlığı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Kitap başlığı kısaltılabilir. (**Örnek:** Çekin, *Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, s. 73.)

**b) Makaleler İçin:**

Dipnotta makalelere atıf yapmak için yazarın adı ve soyadı, makale başlığı (tırnak içinde), makalenin yer aldığı eserin adı, cilt sayısı, basım sayısı, basıldığı yayınevi, basım tarihi (ay ve yıl olarak), makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı, sayfa numarası (s.) veya paragraf/kenar numarası (n.) gösterilir ve sonunda nokta kullanılır. Yalnızca makalenin yer aldığı eserin adı yatık (italik) verilir.

**Örnek:** Meltem Deniz Güner-Özbek, “Avrupa Birliği’nde ve Amerika Birleşik Devletleri’nde Havayoluyla Seyahat Eden Yolcuların

Haklarına İlişkin Düzenlemeler”, *Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı: Rona Aybay’a Armağan*, Aralık 2014, 1. Cilt, 1183-1227, s. 1200.

Birden fazla yazarlı makalelere “yazarın adı soyadı/yazarın adı soyadı” şeklinde atıf yapılmalıdır. Hem tek yazarlı hem de birden fazla yazarlı makaleler için sonraki dipnotlarda ise “yazarın/yazarların soyadı, s. sayfa numarası” şeklinde atıf yapılmalıdır. (**Örnek:** Güner-Özbek, s. 1190. – Göçmen/Keskin, s. 450.) Eğer aynı yazarın birden fazla makalesine atıf yapılacaksa, ilk atıftan sonraki atıflar için yazarın soyadı, makalenin başlığı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Makale başlığı kısaltılabilir. (**Örnek:** Güner-Özbek, Yolcu Hakları, s. 1205.)

**11. Kaynakça Gösterimi:** Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre alfabetik olarak sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır. Kaynakçada, sadece metin içinde atıf yapılan eserlere yer verilmelidir. Kararlar ve internet kaynakları için bölümlenme yapılabilir.

#### a) Kitaplar İçin:

Kaynakçada kitaplar için büyük harflerle sadece yazarın soyadı olmak üzere, yazarın önce soyadı, sonra adı, kitabın başlığı, basıldığı yayınevi, basım yeri ve basım yılı gösterilir. Kitabın başlığı yatık (italik) verilmelidir.

**Örnek:** ÇEKİN Mesut Serdar, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

#### b) Birden Fazla Yazarlı Kitaplar İçin:

Kaynakçada birden fazla yazarlı eserler için büyük harflerle sadece yazarların soyadı olmak üzere, yazarların önce soyadı, sonra adı, kitabın başlığı, basıldığı yayınevi, basım yeri ve basım yılı gösterilir. Kitabın başlığı yatık (italik) verilmelidir.

**Örnek:** AKKANAT Halil/ÇEKİN Mesut Serdar/SARIKAYA Murat, *Medeni Hukuk'ta Olay Çözüm Tekniği (Borçlar Hukuku – Eşya Hukuku Çözümlü Pratik Çalışmalar)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.

**c) Makaleler İçin:**

Kaynakçada makaleler için büyük harflerle sadece yazarın soyadı olmak üzere, yazarın önce soyadı, sonra adı, makale başlığı (tırnak içinde), makalenin yer aldığı eserin adı, cilt sayısı, basım sayısı, basıldığı yayınevi, basım tarihi (ay ve yıl olarak) ve makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı gösterilir. Yalnızca makalenin yer aldığı eserin adı yatkı (italik) verilir.

**Örnek:** GÜNER-ÖZBEK Meltem Deniz, "Avrupa Birliği'nde ve Amerika Birleşik Devletleri'nde Havayoluyla Seyahat Eden Yolcuların Haklarına İlişkin Düzenlemeler", *Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı: Rona Aybay'a Armağan*, Aralık 2014, 1. Cilt, 1183-1227.

## **Zeitschrift für Türkisch-Deutsche Rechtsstudien Publikationsrichtlinien und Redaktionsvorgaben**

### **A. Publikationsrichtlinien**

1. Die Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR) erscheint nach Durchführung eines Begutachtungsverfahrens von Werken in zwei Ausgaben pro Jahr (Juni, Dezember). Darüber hinaus werden Volltexte der Werke in PDF-Format unter <http://hfd.tau.edu.tr> veröffentlicht.

2. Die eingereichten Werke dürfen nicht anderweitig veröffentlicht sein oder werden.

3. Die Publikationssprache ist Türkisch und Deutsch; auch englische Texte werden ausnahmsweise aufgenommen.

4. In der Zeitschrift sind Aufsätze und Übersetzungen enthalten, die die Bereiche öffentliches Recht oder Privatrecht betreffen. Außerdem können Entscheidungs- und Buchrezensionen, Gesetzgebungsbewertungen, Symposiumsmeldungen und informative Notizen in der Zeitschrift veröffentlicht werden. Die Annahme oder Ablehnung der Beiträge erfolgt durch die Redaktion der Zeitschrift.

5. Der Beiträger muss den Vor- und Nachnamen, die Geschäftsadresse, eine Telefonnummer und E-Mail-Adresse angeben.

6. Die eingereichten Aufsätze werden von der Redaktion überprüft und Aufsätze, die den Richtlinien der Zeitschrift entsprechen, werden in anonymisierter Form zu zwei Begutachtern weitergeleitet. Im Fall eines Dissenses wird der Aufsatz einem dritten Begutachter gegeben. Mindestens zwei Begutachter müssen die Annahme vorschlagen, damit der Aufsatz veröffentlicht wird. Wenn nach redaktioneller Überprüfung festgestellt wird, dass der Aufsatz den Publikationsrichtlinien nicht entspricht, wird er zur Überarbeitung zurückgegeben.

7. Bei Übersetzungen sollen der Originaltext und die Zustimmung des Rechtsinhabers übermittelt werden. Außerdem ist das vollständige bibliographische Impressum des Originaltextes (der Name des Werks, in

dem der Originaltext veröffentlicht worden ist, Autor, Ort des Druckes, Jahr des Druckes, Band, Anzahl und Seiten) anzugeben. Übersetzungen unterliegen der Bewertung der Begutachter wie Aufsätze.

8. Die finanziellen Rechte zur Vervielfältigung, Verbreitung, öffentlichen Wiedergabe, Verarbeitung und Übersetzung der zur Veröffentlichung angenommenen Werke werden an die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Türkisch-Deutschen Universität für alle Formen und Medien im In- und Ausland übertragen. Der Autor akzeptiert, dass ihm keine Urheberrechtsgebühr bezahlt wird.

9. Die Werke, die in der Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien veröffentlicht werden sollen, sind an die E-Mail-Adresse tauhfd@tau.edu.tr oder ztdr@tau.edu.tr im Software-Format "Microsoft Word" (.doc, .docx) zu senden.

10. Die Haftung für den Inhalt der zur Veröffentlichung in der Zeitschrift eingereichten Studien liegt bei den Autoren.

## **B. Redaktionsvorgaben**

1. **Titel:** Der türkische Titel des Werkes soll in Times New Roman in 12 pt und in Großbuchstaben fett und zentriert geschrieben werden. Der englische und deutsche Titel soll nach dem türkischen Titel mit Times New Roman in 12 pt und in Großbuchstaben zentriert und fett geschrieben sein.

2. **Autor/Autoren:** Der Titel, die Institution, die Arbeitsgebiete und die E-Mail-Adresse von Autor / Autoren sind anzugeben. Außerdem sollen "ORCID" -Informationen von Autor / Autoren in das System eingegeben werden.

3. **Kurzfassung und Zusammenfassung:** Türkische "Öz" soll in 10 pt (kursiv) fett und in Times New Roman mit 1 Zeilenabstand geschrieben werden und 500 Wörter nicht überschreiten. Nach der Kurzfassung soll auch eine englische Kurzfassung mit dem Titel "Abstract" in der gleichen Art und Weise gegeben werden. Am Ende des Werkes, wenn das Werk in türkischer Sprache eingereicht wurde, befindet sich eine Zusammenfassung in deutscher Sprache mit der Überschrift "Zusammenfassung"; wenn das Werk in deutscher Sprache eingereicht

wurde, soll ein türkischer "Özet" eingefügt werden. Diese Zusammenfassung soll mit einem Minimum von 500 Wörtern und einem Maximum von 1000 Wörtern erstellt werden und den grundlegenden Rahmen, die Problematik und den Endergebnis skizzieren.

**4. Schlüsselwörter:** Unter dem Kurzfassungsteil sollen türkische "Anahtar Kelimeler" und englische "Keywords" stehen. Die Anzahl der Schlüsselwörter soll mindestens 4, höchstens 8 Wörter umfassen, um die Bereiche einzuschließen, die den Zugriff auf den Aufsatz erleichtern.

**5. Text:** Der Text wird in 12-pt geschrieben, wobei die Schriftart Times New Roman mit 1,5 Zeilenabstand ist und vertikale und normale Buchstaben verwendet werden. Die Fußnoten werden in 10 pt, mit Times New Roman, mit vertikalen und normalen Buchstaben geschrieben. Fußnoten sollen am Ende der Seite stehen. Zitate werden in Anführungszeichen und Kursivschrift dargestellt. Für ausländische Idiome und Eigennamen wird kursiver Typ verwendet. Fremdwörter im Text sollen kursiv geschrieben sein. Nach dem Komma, Punkt und anderen Satzzeichen steht ein Leerzeichen.

**6. Fußnotenanzeige:** Die beim ersten Zitat angegebenen Informationen über die Werke sollen in Fußnoten genauso geschrieben sein wie die Informationen über die Werke in der Bibliographie. Fußnotengestaltung ist wie folgt:

**a) Für Bücher:**

Um auf die Bücher in der Fußnote zu verweisen, werden zuerst Name und Nachname des Autors, der Verlag, der Ort der Veröffentlichung, das Jahr der Veröffentlichung, die Seiten- (s.) oder die Absatz-/Randnummer (n.) angezeigt und es steht am Ende ein Punkt. Nur der Titel des Buches soll kursiv sein.

**Zum Beispiel:** Philip Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip: Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Mohr Siebeck, 1986, s. 23.

Die Bücher, die sowohl von einem Einzelautor als auch von mehreren Autoren geschrieben sind, sollen bei folgenden Fußnoten als “

Nachname von Autor/Autoren, s. Seitennummer“ zitiert werden. (**Zum Beispiel:** Kunig, s. 71.) Wenn mehr als ein Buch desselben Autors zitiert werden soll, sollen der Nachname des Autors, der Titel des Buches und die Seitennummer für die folgende Zitate nach dem ersten Zitat angegeben werden. Der Titel des Buchs kann verkürzt werden. (**Zum Beispiel:** Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip*, s. 73.)

#### **b) Für Aufsätze:**

Um Aufsätze zu zitieren, sollen Vor- und Nachname des Autors, Titel des Artikels (in Anführungszeichen), Name des Werks, in dem sich der Aufsatz befindet, Anzahl der Bände, Anzahl der Ausgabe, Verlag, Erscheinungsdatum (in Monaten und Jahren), Seitenbereich, in dem der Aufsatz sich befindet, Seitennummer (s.) oder Absatz-/Randnummer (n.) im Fußnot angezeigt werden und am Ende steht ein Punkt. Nur der Name des Werks, in dem sich der Aufsatz befindet, soll kursiv sein.

**Zum Beispiel:** Matthias Mahlmann, “Menschenwürde in Politik, Ethik und Recht – universelle Fassade, kulturelle Relativität?”, in: F. Salinger, Y. Kim, S. Liu, C. Mylonopoulos, J. Tavares, K. Yamanaka, Y. Zheng, *Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2017, s. 267 – 281

Die Aufsätze, die sowohl von einem Autor als auch von mehreren Autoren geschrieben sind, sollen bei folgenden Fußnoten als “Nachname von Autor/Autoren, s. Seitennummer“ zitiert werden. (**Zum Beispiel:** Mahlmann, s. 270.) Wenn mehr als ein Aufsatz desselben Autors zitiert werden soll, sollen der Nachname des Autors, der Titel des Artikels und die Seitennummer für die folgende Zitate nach dem ersten Zitat angegeben werden. Der Titel des Aufsatzes kann verkürzt werden. (**Zum Beispiel:** Mahlmann, *Menschenwürde*, s. 270.)

ISSN 2687-3923



2687 3923