

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
(SDÜHFD)

SULEYMAN DEMIREL
LAW REVIEW
(SDLR)



Cilt: **15**, Sayı: **1**, Yıl: **2025**
Volume: **15**, No: **1**, Year: **2025**

ISPARTA

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (SDÜHFD)

SULEYMAN DEMIREL
LAW REVIEW (SDLR)

Cilt (Volume): **15**, Sayı (Number): **1**, Yıl (Year): **2025**, ISPARTA
ISSN: **2146-7129**

DERGİNİN TARANDIĞI İNDEKSLER



TR DİZİN Hukuk Veri Tabanı



SOBIAD Sosyal Bilimler Atıf Dizini



JURIX Hukuk Dergileri Veri Tabanı



EBSCO Legal Source

EBSCO Central & Eastern European Academic Source

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (SDÜHFD)

SULEYMAN DEMIREL
LAW REVIEW (SDLR)

Cilt (Volume): **15**, Sayı (Number): **1**, Yıl (Year): **2025**, ISPARTA
ISSN: **2146-7129**

Sahibi / Owner

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Yüksel METİN

Editör / Editor

Prof. Dr. Yüksel METİN

Editör Yardımcıları / Co-Editors

Prof. Dr. Faruk TURHAN
Prof. Dr. M. Fahrettin ÖNDER
Dr. Öğr. Üyesi Didem ERDOĞAN

Yazın Editörleri / Spelling Editors

Arş. Gör. Egemen ESEN
Arş. Gör. İsmail AKBAŞ
Arş. Gör. Furkan Sabri ÖZGÜL
Arş. Gör. Gökçe TUNÇ
Arş. Gör. Ozancan BELCİ
Arş. Gör. Yağmur Esin ÇAYLI

Yayın Dili Editörleri / Editors of the Publication Language

Doç. Dr. Meltem İNELİ CİĞER
Doç. Dr. Muhammed Emre TULAY
Dr. Öğr. Üyesi Hasan ÇATAKLI
Dr. Öğr. Üyesi Selim CİĞER

Son Okuyucular / Proofreaders

Arş. Gör. İrem Banu BAŞER ÖCAL
Arş. Gör. Tuğba KOYUN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD), Aralık ve Haziran aylarında olmak üzere yılda iki sayı olarak yayımlanan ulusal hakemli bir dergidir. Dergide yayımlanan eserlerdeki görüşler ve sorumluluk yazarına aittir. Yazar/yazarlar dergiye gönderdikleri çalışmalarının **Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0)** lisansı ile yayımlanmasını kabul ederler. CC BY-NC 4.0 lisansı, eserin ticari kullanım dışında her boyut ve formatta paylaşılmasına, kopyalanmasına, çoğaltılmasına ve orijinal esere uygun şekilde atıfta bulunmak kaydıyla yeniden düzenleme, dönüştürme ve eserin üzerine inşa etme dâhil uyarlanmasına izin verir. Yazarlara telif ücreti ödenmez. Yazara, eserin yayımlandığı sayı gönderilir.

Kapak Tasarım / Cover Design

SDÜ Basın ve Halkla İlişkiler Dizgi

Baskı / Published By

SDÜ Basımevi Isparta

ISSN: 2146-7129

İletişim Adresi / Contact Info

Web: <http://hukuk.sdu.edu.tr/tr/dergi.html>

E-mail: hukukdergi@sdu.edu.tr

Tel: 0 246 211 00 02

Faks: 0 246 237 07 71 32260

SDÜ Hukuk Fakültesi Yayın Komisyonu, Doğu Yerleşkesi, ISPARTA

Yayın Kurulu / Editorial Board

Prof. Dr. Enver BOZKURT	Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Gaziantep/Türkiye
Prof. Dr. Faruk TURHAN	Süleyman Demirel Üniversitesi, Isparta/Türkiye
Prof. Dr. M. Fahrettin ÖNDER	Süleyman Demirel Üniversitesi, Isparta/Türkiye
Prof. Dr. Meltem DİKMEN CANIKLIOĞLU	Ankara Bilim Üniversitesi, Ankara/Türkiye
Prof. Dr. Osman İSFEN	Fernuniversität in Hagen, Almanya
Prof. Dr. Yüksel METİN	Süleyman Demirel Üniversitesi, Isparta/Türkiye
Doç. Dr. Meltem İNELİ CİĞER	Süleyman Demirel Üniversitesi, Isparta/Türkiye
Doç. Dr. Oğuz CANER	Bursa Uludağ Üniversitesi, Bursa/Türkiye
Doç. Dr. Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ	Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir/Türkiye
Dr. Öğr. Üyesi Ayşenur ŞAHİN CANER	Bursa Uludağ Üniversitesi, Bursa/Türkiye
Dr. Öğr. Üyesi Hakan KOLÇAK	Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi, Rize/Türkiye
Dr. Öğr. Üyesi İbrahim DURHAN	İnönü Üniversitesi, Malatya/Türkiye
Dr. Fatma RAACH	Jendouba Üniversitesi, Tunus
Dr. Gamze OVACIK	McGill Üniversitesi, Kanada
Dr. Larisa VASİLESKA	St. Kliment Ohridski, Makedonya
Dr. Mariagiulia GIUFFRÉ	Edge Hill Üniversitesi, Ormskirk/İngiltere
Dr. Nikolas Feith TAN	Melbourne Üniversitesi, Avustralya
Dr. Rodziana Mohamed RAZALI	Universiti Sains Islam Malaysia, Malezya

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Adem SÖZÜER	Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Timur DEMİRBAŞ	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Feridun YENİSEY	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan HAKERİ	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Havva Güzin ÜÇİŞİK	Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Helene LAMBERT	University of Westminster / London
Prof. Dr. İsmail KAYAR	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. M. Selami MAHMUTOĞLU	Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK	Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Turan YILDIRIM	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK	İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yavuz ATAR	İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yener ÜNVER	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ	Anayasa Mahkemesi Üyesi
Dr. Silvia TELLENBACH	Max - Planck - Institut / Almanya

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
YAYIN İLKELERİ

- 1- Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD) “Hakemli Dergi” statüsünde yılda iki sayı (Aralık ve Haziran) olarak yayınlanır. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayın hakları Süleyman Demirel Üniversitesi’ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
- 2- Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazılar, yayınlanmak üzere kabul edildiği takdirde, dönemine göre ilgili sayıda yayınlanır. Fakat Yayın Kurulu, makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış yazının bir sonraki sayıda yayınlanmasına karar verebilir.
- 3- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
- 4- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olan yazılar kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
- 5- Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce ve Almanca dilde yazılan eserler de yayımlanacaktır. Fakat eserler hangi dilde kaleme alınırsa alınsın yazıların başlığı, özetleri ile anahtar sözcüklerinin Türkçe ve İngilizcesi eklenerek gönderilmesi gerekir.
- 6- Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıla” verdikleri kabul edilir. Bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, yayın komisyonu tarafından geri çevrilir.
- 7- Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-mail adreslerini bildirmelidirler.
- 8- Yazılar bilgisayarda calibri, ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 12 punto, yazı aralığı 1.0 olacak şekilde ve A4 boyutunda hazırlanıp, iki nüsha bilgisayar çıktısı halinde verilmelidir. Yazarların eserlerini DergiPark sistemi üzerinden göndermeleri gerekmektedir.
- 9- Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, yazarların isteğine bağlı olarak hakem denetimine sunulmayacak makalelere de yer verilecektir. Ayrıca dergimize kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlar da gönderilebilir. Bu nitelikteki yazılar, Yayın Kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.
- 10- Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yaza soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir.
- 11- Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Dipnotlarda, yazarın adı, soyadı gösterilmeli; eser adı, yayın yeri, tarihi ve sayfa numarası yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yazım kuralları hakkında detaylı bilgi için DergiPark Akademik portalında yer alan Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinin yazım kurallarına bakılabilir (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/sduhfd/writing-rules>).

İÇİNDEKİLER / CONTENT

KAMU HUKUK / PUBLIC LAW

Dr. Öğr. Üyesi Eylem ÇAKMAZ	1
Hukuk Devleti Çerçevesinde Hukuki Güvenlik İlkesi: Anayasa Mahkemesi Kararları Üzerine Bir İnceleme	
<i>The Principle of Legal Security within the Rule of Law Framework: An Analysis Based on the Turkish Constitutional Court Decisions</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Gonca EROL	59
Olağan Dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Sınırlarının Gri Alanları	
<i>The Gray Areas of the Subject Matter Boundaries of Presidential Decrees</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Ezgi PALAS DAĞLI	127
Türk Hukukunda Eğitim Hizmeti İlkelerinin Özel Okullar Bakımından Değerlendirilmesi	
<i>Evaluation of Education Service Principles in terms of Private Schools in Turkish Law</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Sümeyye ŞİMŞEK KARABEKİROĞLU	171
Kentsel Dönüşüm Sürecinde Yaşanan Bazı Sorunlar ve Öneriler	
<i>Certain Problems and Suggestions in Urban Transformation Process</i>	
Doç. Dr. Abdullah Batuhan BAYTAZ.....	211
Kanun Madde Gerekçelerinin Normların Yorumlanmasındaki Rolü ve Cinsel Saldırı Suçunun Eşe Karşı İşlenmesi	
<i>The Role of the Justifications of the Articles in the Interpretation of the Norms and the Crime of Sexual Assault Against the Spouse</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Buminhan DUMAN	253
Dr. Öğr. Üyesi Selen EVİRGEN	
Yağma Suçunun Konusu Üzerine Bir Değerlendirme (Taşınmazlar Yağma Suçunun Konusunu Oluşturabilir mi?)	
<i>An Evaluation on the Subject of the Crime of Plunder (Can Immovables Constitute the Subject of the Crime of Plunder?)</i>	
Doç. Dr. Erdi ŞAFAK.....	291
Samet Hamza RUSO	
Uluslararası Antlaşmaların Üçüncü Taraflar Açısından Bağlayıcılığı "Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Örneği"	
<i>Binding Force of International Agreements on Third Parties "The Example of the Turkish Republic of Northern Cyprus"</i>	

Asst. Prof. Dr. Ebru DEMİR.....	315
Türkiye's Climate Policies: "Who Will Make Sacrifices Then?"	
<i>Türkiye'nin İklim Politikası: "Peki Fedakarlığı Kim Yapacak?"</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Ali TURAN	343
İstanbul Barosu Tarihinden Bir Parça: Osmanlı (İstanbul) Barosu Dahili Nizamnamesi	
<i>A Piece of the History of Istanbul Bar Association: Internal Regulations of Ottoman (Istanbul) Bar Association</i>	
 ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW	
Doç. Dr. Pakize Ezgi AKBULUT	407
Ayırt Etme Gücünden Yoksunluğun Borçlar Hukukunda Hukuki İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları ve Özellik Arz Eden Haller	
<i>The Consequences of Incapacity to Judgment in Terms of Capacity to Act in the Law of Obligations and Specific Cases of Interest</i>	
Doç. Dr. Gökhan ŞAHAN.....	433
Öğr. Gör. Ahmet BAŞKAN	
Şerh Edilmiş Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinden Doğan Hak ile İpotek Hakkı Arasındaki Öncelik İlişkisi	
<i>The Priority Relationship between the Right Arising from the Annotated Contract of Promise to Sell Real Estate and the Mortgage Right</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Esmâ KIRAÇ ADIR	471
Konser Sözleşmesinin Hukuki Niteliği	
<i>Legal Nature of the Concert Contract</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Hasibe Sena AKKIŞLA	515
İklim Değişikliğinin Tarımsal Ürün Kira Sözleşmesine Etkileri	
<i>Impacts of Climate Change on Agricultural Product Lease Contracts</i>	
Müjgan Elif KAPLAN	567
7343 Sayılı Kanun ile Getirilen Değişiklikler Işığında Boşanma Kararının Çocuklar Açısından Sonuçları	
<i>The Consequences of Divorce Decree for Children in Light of the Amendments Introduced by Law No. 7343</i>	

Doç. Dr. Özgür OĞUZ	595
Dr. Öğr. Üyesi Çetin TERZİ	
Arş. Gör. Dr. Doğukan KÜÇÜK	
Arş. Gör. Mehmet Şükrü YILDIZ	
İş Sağlığı ve Güvenliği Bakımından İşçilerin Yönetime Katılması	
<i>Participation of Employees in terms of Occupational Health and Safety</i>	
Öğr. Gör. Dilek ŞENEL.....	647
4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Dezavantajlı Gruplara Yönelik Düzenlemeler ve	
Dezavantajlı Grupların İşgücü Piyasasındaki Görünümü	
<i>Regulations on Disadvantaged Groups in Labour Law No. 4857 and an Outlook of</i>	
<i>Disadvantaged Groups in the Labour Market</i>	
Öğr. Gör. Selçuk CENGİZ.....	701
İşyerinde Gerçekleşen Psikolojik Taciz Nedeniyle İşçilerin Başvuracakları Hukuki Çareler	
<i>Legal Remedies Available to Workers due to Psychological Harassment Occurring in the</i>	
<i>Workplace</i>	
Arş. Gör. İlayda YILMAZ	771
Prof. Dr. Mehmet Fahrettin ÖNDER	
Kaçınılmazlığın Madenlerde Meydana Gelen İş Kazası ve Meslek Hastalıkları Bakımından	
Değerlendirilmesi	
<i>Evaluation of Inevitability in Terms of Occupational Accidents and Occupational Diseases</i>	
<i>Occuring in Mines</i>	
Doç. Dr. Doğa Ekrem DOĞANCI	819
Genel İşlem Koşulları İçerik Denetiminde Toplama ve Dengeleme Etkilerinin Kapsamı ve	
Türlerine İlişkin Bir İnceleme	
<i>An Analysis of the Scope and Types of Aggregation and Balancing Effects in the Content</i>	
<i>Control of General Terms and Conditions</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Himmet KOÇ	901
7518 Sayılı Kanunla Getirilen Düzendeki Kripto Varlıklara Yönelik Bir Analiz	
<i>An Analysis on Crypto Assets in the Order Introduced by The Law No 7518</i>	
Arş. Gör. Dr. Selman Yavuz GÖKCE	953
Son Gelişmeler Ekseninde Çekin Şekil Şartları	
<i>Formal Requirement of Cheques in the Light of Recent Legislation</i>	

Öğr. Gör. Zeliha KARAMAN OKAY	981
Yargıtay ve BAM Kararları Işığında Sigorta Şirketine Yapılan Yazılı Başvurunun Arabuluculuk Bakımından İncelenmesi	
<i>Analysis of the Written Application to the Insurance Company in Terms of Mediation in Light of Supreme Court and Regional Court of Appeal Decisions</i>	
Dr. Öğr. Üyesi İsmet MAZLUM.....	1011
Hukuk Yargılamasında Hedef Süre Uygulaması	
<i>Target Time Application in Civil Proceedings</i>	

DOI LİSTESİ / DOI NUMBERS

SDÜHFD

Cilt: 15, Sayı: 1, Yıl: 2025

Kamu Hukuku Makaleleri:

1. Dr. Öğr. Üyesi Eylem ÇAKMAZ : DOI 10.52273/sduhfd..1637729
2. Dr. Öğr. Üyesi Gonca EROL : DOI 10.52273/sduhfd..1650055
3. Dr. Öğr. Üyesi Ezgi PALAS DAĞLI : DOI 10.52273/sduhfd..1640846
4. Dr. Öğr. Üyesi Sümeyye ŞİMŞEK KARABEKİROĞLU : DOI 10.52273/sduhfd..1674934
5. Doç. Dr. Abdullah Batuhan BAYTAZ : DOI 10.52273/sduhfd..1650423
6. Dr. Öğr. Üyesi Buminhan DUMAN : DOI 10.52273/sduhfd..1664732
Dr. Öğr. Üyesi Selen EVİRGİN
7. Doç. Dr. Erdi ŞAFAK : DOI 10.52273/sduhfd..1568194
Samet Hamza RUSO
8. Dr. Öğr. Üyesi Ebru DEMİR : DOI 10.52273/sduhfd..1675282
9. Dr. Öğr. Üyesi Ali TURAN : DOI 10.52273/sduhfd..1667676

Özel Hukuk Makaleleri:

1. Doç. Dr. Pakize Ezgi AKBULUT : DOI 10.52273/sduhfd..1616572
2. Doç. Dr. Gökhan ŞAHAN : DOI 10.52273/sduhfd..1659865
Öğr. Gör. Ahmet BAŞKAN
3. Dr. Öğr. Üyesi Esmâ KIRAÇ ADIR : DOI 10.52273/sduhfd..1675307
4. Dr. Öğr. Üyesi Hasibe Sena AKKIŞLA : DOI 10.52273/sduhfd..1609898
5. Müjgan Elif KAPLAN : DOI 10.52273/sduhfd..1559610
6. Doç. Dr. Özgür OĞUZ : DOI 10.52273/sduhfd..1567051
Dr. Öğr. Üyesi Çetin TERZİ
Arş. Gör. Dr. Doğan KÜÇÜK
Arş. Gör. Mehmet Şükrü YILDIZ
7. Öğr. Gör. Dilek ŞENEL : DOI 10.52273/sduhfd..1608375
8. Öğr. Gör. Selçuk CENGİZ : DOI 10.52273/sduhfd..1659071
9. Arş. Gör. İlayda YILMAZ : DOI 10.52273/sduhfd..1540518
Prof. Dr. Mehmet Fahrettin ÖNDER
10. Doç. Dr. Doğa Ekrem DOĞANCI : DOI 10.52273/sduhfd..1633855
11. Dr. Öğr. Üyesi Himmet KOÇ : DOI 10.52273/sduhfd..1628595
12. Arş. Gör. Dr. Selman Yavuz GÖKCE : DOI 10.52273/sduhfd..1585528
13. Öğr. Gör. Zeliha KARAMAN OKAY : DOI 10.52273/sduhfd..1662202
14. Dr. Öğr. Üyesi İsmet MAZLUM : DOI 10.52273/sduhfd..1675632

EDİTÖRDEN

Değerli Okuyucularımız,

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin yeni sayısı ile siz değerli okurlarımızla yeniden buluşmanın mutluluğunu yaşıyoruz. Hukukun dinamik doğası içerisinde gerek teorik gerekse uygulamaya dönük güncel tartışmalara ışık tutmayı amaçlayan dergimizin bu sayısı da farklı hukuk disiplinlerinden kıymetli akademik katkılar içermektedir. Her biri alanında uzman akademisyenler ve araştırmacılar tarafından kaleme alınan çalışmaların hukuk biliminin gelişimine katkı sağlayacağına inanıyoruz.

Bu sayıda kamu hukuku alanında dikkat çeken araştırma makaleleri yer almaktadır. Dr. Öğr. Üyesi Eylem Çakmaz *“Hukuk Devleti Çerçevesinde Hukuki Güvenlik İlkesi: Anayasa Mahkemesi Kararları Üzerine Bir İnceleme”* başlıklı çalışmada hukuk devleti ilkesini anayasa yargısı perspektifiyle ele alırken; Dr. Öğr. Üyesi Gonca Erol *“Olağan Dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Sınırlarının Gri Alanları”* başlıklı çalışmada yürütme yetkisinin sınırlarına dair önemli tespitlerde bulunmaktadır. Dr. Öğr. Üyesi Ezgi Palas Dağlı *“Türk Hukukunda Eğitim Hizmeti İlkelerinin Özel Okullar Bakımından Değerlendirilmesi”* adlı çalışmada eğitim hakkının özel hukuk boyutunu tartışmakta; Dr. Öğr. Üyesi Sümeyye Şimşek Karabekiroğlu ise *“Kentsel Dönüşümde Yaşanan Sorunlar ve Öneriler”* başlıklı yazısıyla toplumsal bir gerçekliğe hukuk perspektifinden yaklaşmaktadır.

Ceza hukuku alanında Doç. Dr. Abdullah Batuhan Baytaş'ın *“Kanun Madde Gerekçelerinin Normların Yorumlanmasındaki Rolü ve Cinsel Saldırı Suçunun Eşe Karşı İşlenmesi”* başlıklı çalışması dikkat çekmektedir. Bu çalışmada normların yorumlanmasında kanun madde gerekçelerinin işlevi ele alınmakta ve cinsel saldırı suçunun eşe karşı işlenmesi özelinde özel hayata dair suç tiplerinin hukuki değerlendirmesi yapılmaktadır. Dr. Öğr. Üyesi Buminhan Duman ve Dr. Öğr. Üyesi Selen Evirgen *“Yağma Suçunun Konusu Üzerine Bir Değerlendirme (Taşınmazlar Yağma Suçunun Konusunu Oluşturabilir mi?)”* adlı ortak çalışmalarında taşınmazların bu suçun konusu olup olamayacağına dair özgün bir yorum getirmektedir. Uluslararası hukuk alanında ise Doç. Dr. Erdi Şafak ve Samet Hamza Ruso'nun birlikte kaleme aldıkları *“Uluslararası Antlaşmaların Üçüncü Taraflar Açısından Bağlayıcılığı “Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Örneği”* başlıklı çalışma devletlerarası ilişkilerde sıklıkla tartışılan önemli bir konuyu ele almaktadır.

Uluslararası hukuk ve çevre hukuku kapsamında Dr. Öğr. Üyesi Ebru Demir'in İngilizce kaleme aldığı *"Türkiye'nin İklim Politikası: Peki Fedakarlığı Kim Yapacak?"* başlıklı çalışması iklim adaleti tartışmalarına katkı sunarken; Dr. Öğr. Üyesi Ali Turan'ın *"İstanbul Barosu Tarihinden Bir Parça: Osmanlı (İstanbul) Barosu Dahili Nizamnamesi"* adlı yazısı hukuk tarihi bakımından zengin bir içerik ortaya koymaktadır.

Bu sayımızda ayrıca özel hukuk alanında çeşitli güncel ve önemli meseleleri ele alan özgün araştırma makaleleri de yer almaktadır. Doç. Dr. Pakize Ezgi Akbulut *"Ayırt Etme Gücünden Yoksunluğun Borçlar Hukukunda Hukuki İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları ve Özellik Arz Eden Haller"* başlıklı çalışmasında işlem ehliyetinin sınırlarını incelerken; Doç. Dr. Gökhan Şahan ve Öğr. Gör. Ahmet Başkan *"Şerh Edilmiş Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinden Doğan Hak ile İpotek Hakkı Arasındaki Öncelik İlişkisi"* çalışmasında taşınmaz üzerindeki hakların karşılıklı önceliğini tartışmaktadır.

Dr. Öğr. Üyesi Esma Kırış Adır'ın *"Konser Sözleşmesinin Hukuki Niteliği"*, Dr. Öğr. Üyesi Hasibe Sena Akkışla'nın *"İklim Değişikliğinin Tarımsal Ürün Kira Sözleşmesine Etkileri"*, Av. Müjgan Elif Kaplan'ın *"7343 Sayılı Kanun ile Getirilen Değişiklikler Işığında Boşanma Kararının Çocuklar Açısından Sonuçları"* başlıklı çalışmaları medeni hukuk ve sözleşme hukukuna özgün katkılar sunmaktadır.

İş hukuku kapsamında ise Doç. Dr. Özgür Oğuz, Dr. Öğr. Üyesi Çetin Terzi, Arş. Gör. Dr. Doğukan Küçük ve Arş. Gör. Mehmet Şükrü Yıldız'ın *"İş Sağlığı ve Güvenliği Bakımından İşçilerin Yönetime Katılması"* başlıklı ortak çalışmaları; Öğr. Gör. Dilek Şenel'in *"4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Dezavantajlı Gruplara Yönelik Düzenlemeler ve Dezavantajlı Grupların İşgücü Piyasasındaki Görünümü"* ve Öğr. Gör. Selçuk Cengiz'in *"İşyerinde Gerçekleşen Psikolojik Taciz Nedeniyle İşçilerin Başvuracakları Hukuki Çareler"* başlıklı yazıları iş hukukunun sosyal boyutunu ortaya koymaktadır.

Arş. Gör. İlayda Yılmaz ve Prof. Dr. Mehmet Fahrettin Önder'in birlikte kaleme aldıkları *"Kaçınılmazlığın Madenlerde Meydana Gelen İş Kazası ve Meslek Hastalıkları Bakımından Değerlendirilmesi"*, Doç. Dr. Doğa Ekrem Doğancı'nın *"Genel İşlem Koşulları İçerik Denetiminde Toplama ve Dengeleme Etkilerinin Kapsamı ve Türlerine İlişkin Bir İnceleme"*, Dr. Öğr. Üyesi Himmet Koç'un *"7518 Sayılı Kanunla Getirilen Düzendeki Kripto Varlıklara Yönelik Bir Analiz"* ve Arş. Gör. Dr. Selman Yavuz Gökce'nin *"Son Gelişmeler Ekseninde Çekin Şekil Şartları"* başlıklı çalışmaları da özel hukukun farklı alanlarında dikkate değer değerlendirmeler sunmaktadır.

Alternatif çözüm yolları ve usul hukuku açısından ise Öğr. Gör. Zeliha Karaman Okay'ın *“Yargıtay ve BAM Kararları Işığında Sigorta Şirketine Yapılan Yazılı Başvurunun Arabuluculuk Bakımından İncelenmesi”* ve Dr. Öğr. Üyesi İsmet Mazlum'un *“Hukuk Yargılamasında Hedef Süre Uygulaması”* başlıklı çalışmaları dikkat çekmektedir.

Bu sayının hazırlanmasında emeği geçen tüm yazarlarımıza, titiz değerlendirmeleriyle katkı sunan hakemlerimize ve yayına hazırlık sürecinde özveriyle çalışan yayın ekibimize içten teşekkürlerimi sunarım. Toplamda yirmi üç özgün araştırma makalesine yer verdiğimiz bu sayının, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi aracılığıyla hukuk camiasına ve araştırmacılara faydalı olmasını temenni ederim.

Saygılarımla...

Editör
Prof. Dr. Yüksel METİN

KAMU HUKUKU

PUBLIC LAW

Hukuk Devleti Çerçevesinde Hukuki Güvenlik İlkesi: Anayasa Mahkemesi Kararları Üzerine Bir İnceleme^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Eylem ÇAKMAZ^(**)

Öz

Hukuk devleti, bireylerin temel haklarının korunmasını güvence altına alan ve hukuki güvenliğin sağlanmasını zorunlu kılan bir yönetim anlayışıdır. Hukuki güvenlik ilkesi, kanunların açık, net, öngörülebilir ve istikrarlı olması, keyfi uygulamalara yer verilmemesi ve adil yargılanma hakkının korunmasını içermektedir. Bu ilke, ulusal ve uluslararası düzenlemeler, yargı kararları ve özellikle AYM'nin uygulamaları aracılığıyla hayata geçirilmektedir.

Belirsiz yasal düzenlemeler, uzun yargılama süreçleri, hukuka aykırı işlemler hukuki güvenlik ilkesinin ihlaline yol açmaktadır. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru ve iptal davaları yoluyla hukuki güvenlik ilkesinin somutlaştırılmasını sağlayarak hak ihlallerinin önlenmesi ile temel hakların korunmasında etkili bir başvuru yolu olmaktadır. Bu çalışmada, AYM'nin hukuki güvenlik ilkesine ilişkin kararları, norm denetimi ve bireysel başvuru kararları üzerinden incelenerek söz konusu ilkenin farklı denetim yöntemleri aracılığıyla nasıl yorumlandığı ve uygulandığı analiz edilmiştir. Denetim yollarındaki bu farklılıkların hukuki güvenlik ilkesine etkisi, güncel kararlar ışığında değerlendirilmiştir. İlk bölümde, hukuki güvenlik ilkesinin kavramsal ve teorik olarak çerçevesi çizilmiştir. Ardından, bu ilkenin ihlallerinin temel haklar üzerindeki etkileri incelenmiştir. Sonraki bölümde, Mahkeme'nin hukuk devleti ile hukuki güvenlik ilkesini ilişkilendirdiği güncel karar örnekleri üzerinden, Mahkeme'nin bu ilkeye

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 11.02.2025 - Kabul Edildiği Tarih: 13.04.2025.

Atıf Şekli: Eylem Çakmaz, 'Hukuk Devleti Çerçevesinde Hukuki Güvenlik İlkesi: Anayasa Mahkemesi Kararları Üzerine Bir İnceleme' (2025) 15(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 57.

DOI: 10.52273/sduhfd..1637729.

^(**) Erciyes Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Kayseri, Türkiye.

E-posta: eylem.ckm@erciyes.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0531-0297>.

yaklaşımı belirlenmiştir. Sonuç olarak, anayasa yargısında hukuki güvenlik ilkesinin uygulanmasına dair tartışmalı konulara çözüm önerileri sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler

Hukuk Devleti, Hukuki Güvenlik İlkesi, Temel Haklar, Anayasa Mahkemesi, Yargı Denetimi.

The Principle of Legal Security within the Rule of Law Framework: An Analysis Based on the Turkish Constitutional Court Decisions

Abstract

The rule of law represents a governance approach that ensures the protection of individuals' fundamental rights and the establishment of legal security. The principle of legal security requires that laws be clear, precise, predictable, and consistent, that arbitrary practices are avoided, and that the right to a fair trial is upheld. This principle is applied through national and international regulations, judicial decisions, and, notably, the practices of the Turkish Constitutional Court.

Unclear legal regulations, prolonged judicial procedures, and unlawful actions result in violations of legal security. The Court, through individual applications and annulment cases, plays a crucial role in preventing rights violations and safeguarding fundamental rights by concretizing legal security. This study examines the Court's decisions on the principle of legal security, exploring its interpretation and application through norm control and individual applications. The first section provides a conceptual and theoretical explanation of legal security. The second section analyzes the impact of violations on fundamental rights. The third section identifies the Court's approach to legal security with case examples linking it to the rule of law. Finally, the study proposes solutions to challenges in implementing legal security in constitutional jurisprudence.

Keywords

Rule of Law, Legal Security, Fundamental Rights, Constitutional Court, Judicial Review.

Extended Summary

The principle of legal security constitutes a fundamental element of the rule of law, ensuring that individuals can foresee the legal consequences of their actions and rely on the stability of legal norms. This principle requires legal rules to be clear, precise, and predictable, thereby preventing arbitrary state intervention and safeguarding fundamental rights. In a democratic legal order, individuals must be able to anticipate the legal framework within which they operate. If legal norms are vague, inconsistent, or subject to abrupt changes, individuals may face uncertainty, which in turn weakens public trust in the legal system.

Within the Turkish legal system, the Turkish Constitutional Court has a significant duty and function to ensure legal certainty by reviewing the constitutionality of laws in accordance with constitutional principles. The Court addresses the standards of accessibility, predictability, and stability of legal norms within the scope of the rule of law and the principle of legal security. Through both abstract and concrete norm control, as well as individual applications, the Court interprets and applies the principle of legal security in various contexts. This study examines the Court's approach to legal certainty by analyzing its rulings on norm control and individual application case law from a broad perspective.

The research employs a case analysis methodology to understand the principle of legal security within the framework of constitutional provisions and to explore the Court's interpretation and evaluation criteria for this principle. It also highlights the gap in the legal literature regarding the analysis of the principle of legal security through case law and examines it from the perspective of constitutional adjudication. First, the study defines the rule of law by presenting its fundamental elements, grounded in the Court's conceptualization of the rule of law. It then explores the constitutional basis of legal security, focusing on Article 2, which enshrines the principle of the rule of law; Article 13, which regulates the limitation of fundamental rights; and Article 36, which guarantees the right to a fair trial. In the next section, the study examines key rulings by the Court, illustrating how the principle of legal security has been interpreted and applied in various legal contexts. The study then assesses whether the Court's approach provides adequate protection against legal uncertainty.

One of the key findings is that the Turkish Constitutional Court consistently emphasizes that legal norms must be accessible and understandable so that individuals can regulate their conduct accordingly. Predictability is an essential component of legal security, as it ensures that individuals can make informed decisions based on existing legal provisions. The Court has repeatedly ruled that laws should not be excessively vague or ambiguous, which may lead to arbitrary interpretation and enforcement. Although judicial interpretation can sometimes clarify legal uncertainties, excessive vagueness in legislation violates the principle of legal security and undermines the protection of fundamental rights.

A prominent aspect of legal security in the jurisprudence of the Court is the principle of non-retroactivity. The Court has consistently emphasised that laws should not have retroactive effect, especially when they affect acquired rights. Legal uncertainty arises

when individuals cannot reasonably anticipate changes affecting their legally recognised rights because of vague, arbitrary rules, frequent amendments or repeal of laws. The Court has emphasised that once a right has been acquired under a valid legal framework, it cannot be arbitrarily altered by subsequent legislation, and that even if the law changes, acquired rights should still be protected. This principle serves to protect individuals from the unpredictability of legislation and to ensure continuity in legal relationships.

Another important issue addressed by the Court's judgments is the need for legal clarity. Unclear or contradictory laws create uncertainty and make it difficult for individuals to understand their legal obligations. The Court has ruled that legal rules must be sufficiently precise to prevent discretionary or arbitrary application by administrative and judicial authorities. Where the wording of a legal provision has given rise to divergent judicial interpretations, the Court has intervened to ensure uniformity in legal practice. The requirement of legal clarity applies not only to legislative acts but also to administrative regulations and executive decisions. The Court has emphasised that arbitrary administrative action undermines legal certainty and public confidence in the rule of law.

Procedural safeguards also play an important role in maintaining legal security. The Court has emphasised that accessible legal remedies, reasonable time limits for legal action, and well-founded judicial decisions are essential to ensure a predictable legal system. Article 36 of the Constitution, which guarantees the right to a fair trial, plays an important role in this respect, particularly with regard to the rule of law and the principle of legal security. The Court has ruled that inconsistencies in judicial decisions or unpredictable procedural changes may violate the principle of legal security. Maintaining consistency in judicial practice is essential to maintain public confidence in the legal system.

Despite the Court's emphasis on legal security, this study identifies several structural challenges that weaken its effective implementation in practice. Frequent amendments to legislation, particularly through omnibus bills, undermine legal stability and make it difficult for individuals to anticipate legal changes. Rapid and unpredictable changes to legal norms also undermine the fundamental rights of individuals. In addition, the independence of the judiciary remains a key factor in ensuring legal security. The independence and impartiality of the judiciary are necessary to maintain the integrity and consistency of legal interpretation.

The study also emphasizes the importance of the right to effective remedies and access to courts. Procedural obstacles such as excessive delays in court proceedings, inconsistent application of legal principles, and contradictions between court decisions lead to uncertainty and insecurity, thereby undermining public trust in the judiciary. The Court has ruled that individuals must have access to timely and effective legal remedies against arbitrary decisions, meaning that the right to appeal to higher courts and access to legal avenues should not be obstructed. Therefore, strengthening procedural safeguards is essential to ensure the full realization of legal security in practice.

Consequently, legal security is a cornerstone of the rule of law, ensuring that individuals can anticipate the legal effects of their actions and rely on the stability of legal norms. The Turkish Constitutional Court plays an important role in the application and interpretation of this principle, in particular in the protection of fundamental and acquired rights, the elimination of legal uncertainty and the protection of procedural rights. However, persistent problems such as frequent legislative changes, inconsistencies in judicial decisions, and limited access to legal remedies hinder the effective implementation of legal security. Enhancing legal clarity and stability, strengthening the independence of the judiciary, and improving procedural safeguards are essential steps to ensure the full realisation of legal security in practice by ensuring predictability. Addressing these issues will enable the legal system to better protect fundamental rights and maintain the stability of constitutional principles.

Giriş

Hukuk devleti (*rule of law*)¹, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini tanıyan, bu hakları koruyan, hukuku uygulayan ve ona bağlı olan bir devlet yapısını ifade etmektedir. Hukuk devletinin işlevselliğini somutlaştıran kurumların başında gelen Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi (AYM), bireylerin hukuki güvenliğini teminat altına almak amacıyla bir denetim fonksiyonu icra etmektedir. AYM'nin kararları, hukuk güvenliği ilkesinin uygulamada nasıl hayata geçirileceğini belirleyerek bu ilkenin anayasal düzeydeki temel hak ve özgürlüklerle ilişkisini düzenlemektedir. AYM'nin hukuki güvenlik ilkesini değerlendirirken hangi normları kullanacağı, bu normları bağımsız mı yoksa destekleyici bir ölçü norm olarak mı ele alacağı konusunda belirsizlikler mevcuttur. AYM özellikle 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması, 40. maddesinde belirtilen temel hak ve hürriyetlerin korunması ve 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi ve hukukun genel ilkeleri çerçevesinde hukuk güvenliği ilkesine ilişkin kriterler geliştirmekte ve kararlarını bu kapsamda şekillendirmektedir. Mahkeme, kanunların belirli, öngörülebilir ve uygulanabilir olmasını hukuk devleti ilkesinin ayrılmaz bir unsuru olarak değerlendirmektedir. Bu bağlamda kanunların keyfi yorumlara açık olmamasını, bireylerin adil yargılanma haklarının korunmasını ve hukuki belirsizliklerin giderilmesini sağlayan ölçütler geliştirmiştir. AYM, hukuki güvenlik ilkesini farklı

¹ Literatürde '*rule of law*' terimi, '*hukukun üstünlüğü*' anlamında da kullanılmaktadır. Ancak, Anayasa Hukuku terminolojisinde daha yerleşik bir karşılık olarak '*hukuk devleti*' şeklinde ifade edilmektedir. Hukuk devleti kavramı, Kıta Avrupası Hukuk geleneğinden gelen ve özellikle Alman Kamu Hukukunda geliştirilen '*rechtsstaat*' terimine dayanmaktadır. Rechtsstaat, "*recht*" (hukuk) ve "*staat*" (devlet) kelimelerinin birleşiminden oluşur ve devletin hukuka bağlılığını, keyfilikten uzak yönetimi ve temel hakların korunmasını esas alır. "*Rule of law*" benzer şekilde hukukun üstünlüğünü ifade etse de, tarihsel gelişimi ve vurguladığı unsurlar bakımından '*rechtsstaat*' kavramıyla tamamen özdeş değildir. Nitekim '*hukuk devleti*' ifadesi kelime anlamı bakımından "*state of law*" şeklinde çevrilebilirse de, bu terim İngiliz hukukunda teknik bir karşılığa sahip değildir. Bu nedenle, çalışmada kavramsal yakınlığı ve öğretideki kullanım yaygınlığı dikkate alınarak '*hukuk devleti*' teriminin çeviri karşılığı olarak "*rule of law*" ifadesi tercih edilmiştir. Blandine Kriegel, et al. *The State and the Rule of Law*, Princeton University Press, (1995)11-14 <<http://www.jstor.org/stable/j.ctt7t6j3>> Erişim Tarihi 10 Nisan 2025; Kemal Gözler, İngilizce ve Fransızcadan Türkçeye Anayasa Hukuku Sözlüğü, <<https://www.anayasa.gen.tr/ahgt-sozluk-ing-fr-tr.htm>> Erişim Tarihi 10 Nisan 2025; Mustafa Yaylalı, "Hukuk Devleti ve Hukukun Üstünlüğü Kavramları: Albert Venn Dicey ve Hans Kelsen", *Liberal Düşünce Dergisi*, 23/91-92 (2018) 95; İlker, Kılıç, "İki Hukuk Devleti, İki Devlet Teorisi Mübadele Mantiği, Sermaye Mantiği", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4/1 (2019) 93; Onur Çağdaş Artantaş, "'Rechtsstaat', Hukuk Devleti ve Kamu Personeline Rücu'un Zorunluluğu," Prof. Dr. Metin Günday'a Armağan C.I, *Atılım Üniversitesi Yayınları* No:65 (2020) 158.

alanlarda uygulamış ve bu bağlamda geriye yürümezlik, kazanılmış hakların korunması, hukuki açıklık, öngörülebilirlik, belirlilik, mahkeme kararlarının gerekçelendirilmesi, mağduriyetlerin giderilmesi, kanun yollarına başvurma hakkı, mahkemeye erişim hakkı ve sürelerin korunması, hukuki istikrar gibi unsurları dikkate almıştır. Bunun yanı sıra, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği durumlarda bireylerin haklarını koruma amacıyla da hukuki güvenlik ilkesini bir referans noktası olarak kullanmıştır. Hukuki güvenlik ilkesinin sağlanmasına yönelik bu çabalar, yargı meşruiyeti ile kurumsal istikrar arasındaki dengeyi muhafaza etmekte ve anayasal hakların AYM nezdindeki yorumunun istikrar kazanmasına katkıda bulunmaktadır. Böylece, hukuk güvenliği ilkesinin korunması, AYM'nin hem bireylerin temel haklarını güvence altına almasına hem de hukuk devleti ilkesinin anayasal düzeyde sürekliliğini sağlamasına yönelik belirleyici bir rol oynamaktadır.

Türk hukuk sisteminde hukuki güvenliğin sağlanması, yargı kararlarının uygulanması ve kanunların öngörülebilir olması ile mümkün hale gelmektedir. Ancak, zaman zaman ortaya çıkan hukuki belirsizlikler, çelişkili düzenlemeler ve uygulamalardaki tutarsızlıklar, hukuki güvenlik ilkesinin zayıflamasına sebebiyet vermekte; bu durum temel hak ve özgürlükler üzerinde olumsuz etkilere yol açmaktadır. Hukuki güvenliğin sağlanamaması, bireylerin hak arama yollarında karşılaştıkları engellerin artmasına ve hukukun genel ilkelerinin zedelenmesine neden olmaktadır. Hukuki güvenliğin artırılabilmesi için yasal düzenlemelerin daha belirgin hale getirilmesi, yargı bağımsızlığının kuvvetlendirilmesi ve bireylerin haklarını etkin biçimde arayabilmeleri amacıyla hukuki yolların erişilebilirliğinin sağlanması zorunludur.

Bu çalışmada, anayasada yer alan hukuk devleti ilkesinin ayrılmaz bir parçası olan hukuki güvenlik ilkesinin, AYM tarafından nasıl yorumlandığı ve mahkeme tarafından nasıl şekillendirildiği ele alınacaktır. Mahkemenin yaklaşımını daha net bir şekilde değerlendirebilmek için öncelikle hukuk güvenliği ilkesinin teorik çerçevesi belirlenecektir. Öncelikle ilkenin anayasadaki yeri ele alınacak ve temel hak ve özgürlüklerle ilişkisi incelenecektir. Daha sonra, AYM'nin hukuki güvenlik ilkesini nasıl yorumladığı ve kararlarında hangi ölçütlere dayandığı güncel karar örnekleri üzerinden analiz edilecektir.

I. Hukuki Güvenlik İlkesi

Modern devletin önemli unsurlarından biri olarak kabul edilen hukuki güvenlik ilkesi, tarihsel süreç boyunca çeşitli felsefi düşüncelerin etkisiyle şekil-

lenmiş ve hukuk devletinin temel taşlarından biri haline gelmiştir. Antik Roma döneminde, '*ius naturale*' (doğal hukuk) kavramı, bireylerin haklarını koruma ve adaletin sağlanması amacını taşımıştır². Roma hukuk sisteminde yasalara saygı, bireylerin hukuki güvenliğini artıran unsurlar olarak ön plana çıkmış ve hukuk, yalnızca bir toplumsal düzen aracı değil, aynı zamanda bireysel hakların güvencesi olarak işlev görmüştür. Roma hukukunun önemli bir figürü olan Cicero, '*doğal hukuk*' kavramıyla hukuk devletinin gelişiminde ve yasaların sadece insan yapımı olmasının yeterli olmadığını, adil ve doğru olması gerektiğini ileri sürmüştür³. Cicero, devletin yasaların üstünlüğüne dayalı olarak yönetilmesi gerektiğini, keyfi yönetim biçimlerine karşı çıkarak⁴ dile getirmiş ve yasaların bireylerin güvenliğini sağlamada en temel yolu olduğunu savunmuştur⁵. Orta Çağ, dini otoritelerin hukuki düzeni belirlediği bir dönem olarak karakterize edilirken, feodal sistemin getirdiği parçalı yapı ve her senyörün kendi topraklarında hukuki yetki taşıması nedeniyle bireylerin haklarının korunmasında önemli belirsizliklere yol açmıştır⁶. Bu belirsizlikler, hukuki güvenlik ihtiyacını artırmış ve bireylerin haklarını koruma arayışını güçlendirmiştir. Modern hukuk devleti anlayışının temelini atan düşünürlerden biri olan John Locke, '*doğal haklar*' kavramını öne çıkararak, devletin en temel görevlerinden birinin bireylerin haklarını korumak olduğunu savunmuştur⁷. Locke'un hukuk devleti anlayışı, iktidarı bireylerin doğal hakları ile sınırlayarak, devletin temel amacının bu hakları korumak olduğuna dayanmaktadır⁸. Devlet, gücünü keyfi bir biçimde kullanma yetkisine sahip değildir; aksine, yasalar aracılığıyla bireylerin haklarının korunmasını sağlamakla yükümlüdür⁹. Locke'un düşüncesinde, doğal yasa-

² Augustus Henry Frazer, Lefroy, 'Rome and Law', *Harvard Law Review*, Vol. 20(8) (1906-1907) 617.

³ Marcus Tullius Cicero, *Yasalar Üzerine*, Çev. C. Cengiz Çevik, (1. Basım, Türkiye İş Bankası Yayınları 2016) 38-39.

⁴ Cicero, *Yasalar Üzerine* (n 3) 22-23.

⁵ İbid 18, 25.

⁶ Ayferi Göze, *Siyasi Düşünceler ve Yönetimler*, (13. Bası, Beta Yayıncılık 2011) 87.

⁷ Oktay Uygun, *Devlet Teorisi*, (7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2020) 230-231; Ayferi Göze, *Siyasi Düşünceler ve Yönetimler* (n 6) 172; Mehmet Akad, Vural Dinçkol ve Nihat Bulut, *Genel Kamu Hukuku*, (16. Baskı, Der Yayınları, 2020) 45.

⁸ Yahya Kâzım Zabunoğlu, Maksut Mumcuoğlu, Abdurrahman Saygılı ve Hamdi Gökçe Zabunoğlu, *Devletin Genel Kuramı Dersleri Cilt-1.*, (Yetkin Yayınları 2021) 73; Mehmet Akad, Vural Dinçkol ve Nihat Bulut, *Genel Kamu Hukuku* (n 7) 132 vd.

⁹ Ayferi Göze, *Siyasi Düşünceler ve Yönetimler* (n 6) 174; Mehmet Akad, Vural Dinçkol ve Nihat Bulut, *Genel Kamu Hukuku* (n 7) 136.

ların üstünlüğü ile birey haklarının korunması, hukuk devletinin temel ilkeleri olarak öne çıkmaktadır¹⁰. Kuvvetler ayrılığı prensibi ile Montesquieu, ‘*Kanunların/Yasaların Ruhu Üzerine*’ adlı eserinde, yasaların bir ölçüye bağlanmasını ve keyfi bir biçimde belirlenmemesini savunarak, hukuk sistemlerinin temel ilkele-ri ile bu ilkelerden türeyen kuralların ve yasaların varlığına dikkat çekmiştir¹¹. Montesquieu, ölçülü hareketin yasalara saygıyı içerdiğini belirterek yasaların ihlal edilmesinin yönetimi zorba bir yönetime dönüştüreceğini savunmaktadır¹². Aydınlanma düşüncesi ile birlikte eşitlik, bireysel haklar ve özgürlükler ön plana çıkmıştır. Bu bağlamda, Rousseau’nun toplum sözleşmesi fikri, bireylerin devletle olan ilişkisini yeniden tanımlayarak, devletin meşruiyetini bireylerin rızasına ‘genel iradeye’ dayandırmıştır¹³. Yazılı anayasaların gelişimi, birey haklarının güvence altına alınmasını sağlamış ve bu süreçte ‘*hukuk, herkes için eşit ve adil olmalıdır*’ anlayışı, hukuki güvenliğin temelini oluşturmuştur. Anayasal sistemler, bireylerin haklarını koruma amacını taşıırken, aynı zamanda bu hakların istikrarlı bir şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla gerekli kuralları belirleyip bu kuralların denetimini gerçekleştirme yoluna gitmiş; bu durum anayasa yar-gısının gelişimini de beraberinde getirmiştir.

Hukuk devletinin bir gereği olan bu ilke,¹⁴ hukukun uygulanmasındaki belirsizlikleri ve ani değişim risklerini ortadan kaldırmayı garanti eden bir koruma ilkesi olarak tanımlanmaktadır¹⁵. Kanunların açık¹⁶, hukuki düzenlemelerin net,

¹⁰ John Locke, *Two Treatises of Government*, Second Edition, (Cambridge University Press 1967) 87, 98 vd.; Ayferi Göze, *Siyasi Düşünceler ve Yönetimler* (n 6) 169-170.

¹¹ Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine* (*De l'esprit des lois*), Çev. Berna Günen, (IV. Basım, Türkiye İş Bankası Yayınları 2019) 195, 197, 237; Oktay Uygun, *Devlet Teorisi* (n 7) 245; Ayferi Göze, *Siyasi Düşünceler ve Yönetimler* (n 6) 189, 192, 196.

¹² İbid 198, 201; Montesquieu, *Kanunların/Yasaların Ruhu Üzerine* adlı eserinde kapsamlı bir tartışma sunmaktadır. Yasaların adil, öngörülebilir ve belirgin olması gerektiğine dair görüşleri genellikle “Devlet yapısıyla ilişkine göre siyasi özgürlüğü tesis eden kanunlar” (XI. kitap) ve “Vatandaşlarla ilişkine göre, siyasi özgürlüğü tesis eden kanunlar” (XII. kitap) bölümlerine bakılabilir. Bkz. Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine* (n 11).

¹³ Ayferi Göze, *Siyasi Düşünceler ve Yönetimler* (n 6) 220-221; Yahya Kâzım Zabunoğlu, Maksut Mumcuoğlu, Abdurrahman Saygılı ve Hamdi Gökçe Zabunoğlu, *Devletin Genel Kuramı Dersleri* (n 8) 73.

¹⁴ Khaled Al-Sharaiyri and Ali Jabbar, ‘The Role of the Legislative, Executive, and Judicial Powers in Protecting the Principle of Legal Security’, *Pt. 2 Journal Legal Ethical&Regulatory Issues*, 24/7 (2021) 1.

¹⁵ Oktay Uygun, ‘Hukukun Üstünlüğü İlkesi’, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19(3) (2022: Özel Sayı) 522; Mehpare Çaptuğ, ‘Hukuki Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi’, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 9/17 (2021) 133.

etkili ve istikrarlı olması, sürprizlere veya belirsizliklere maruz kalmamaları anlamına gelmektedir¹⁷. Bir diğer ifadeyle hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, kişilerin tüm fiil ve muamelelerinde devlete güven duyabilmelerini ve devletin kanuni düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirmektedir¹⁸. Aynı zamanda, kamu otoritelerinin hukuki ilişkilerde istikrar sağlaması ve anayasal adalet gereği asgari bir istikrar düzeyi temin etmesi zorunludur¹⁹. Hukukun temel bir prensibi olarak sık sık değişiklik yapılması suretiyle hukuki istikrarı ve belirliliği ortadan kaldıran kuralların oluşturulmamasını, geçmişe yürüyen kuralların mevcut kazanılmış haklara müdahale etmemesini ve bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alınmasını sağlamaktadır²⁰. Bu bakımdan bireylerin hukuki güvenliği, sadece yasal düzenlemelerle değil, aynı zamanda anayasal adaletin sağlanması ve eşitlik ilkesinin uygulanmasıyla mümkün kılınmaktadır. Raz, bireylerin hangi davranışların yasaklandığını veya hangi haklara sahip olduğunu bilmesinin, onları hukukun koruması altında hissettirdiğini ifade etmektedir²¹. Ona göre, özgürlük yalnızca yasaların varlığıyla değil, aynı zamanda bu yasaların bireylerin yaşamlarına nasıl etki edeceğinin öngörülebilirliği ile de temin edilmektedir²².

¹⁶ Kanunların açıklığı, hukukiliğin en temel bileşenlerinden biridir. Ancak açıklık konusuna dair hukuk biliminde önemli bir eksiklik bulunmaktadır. Kanunlarda yer alan ancak anlam açısından belirsiz olan açıklık (sahte açıklık), dürüst ve açık uçlu belirsizlikten daha zararlı olarak nitelendirilmektedir. Aristoteles'in de belirttiği gibi, ancak ele aldığımız konunun doğası izin verdiği ölçüde kesinliğe ulaşılabilir. Bu bağlamda, açıklığın anlaşılması meselesi genellikle yargıya bırakılmakta, bu da zamanla keyfiliğe ve belirsizliğe yol açmaktadır. Bkz. L.L. Fuller, *Hukukun Ahlakı*, Çev. Engin Arıkan, (1. Baskı, Tekin Yayınevi 2016) 80-82, 87.

¹⁷ Kanunlardaki çelişkiler ve uyumsuzluklar (inconvenient) hukukiliğe zarar verebilir denilmektedir, bkz. Fuller, *Hukukun Ahlakı* (n 16) 80 vd. Ayrıca Ali Majeed, Al-Agaili, 'The principle of Legal Security Between The Constitutional Text and The Practical Reality', *Arab Center for Studies and Scientific Research*, Cairo (2019)'den aktaran: Khaled, Qais and Jabbar, 'The Role of the Legislative, Executive, and Judicial Powers in Protecting the Principle of Legal Security' (n 14) 4.

¹⁸ Sema Aksoy, 'Açılış Konuşması.' İçinde Kamu Hukukçuları Platformu, *Hukuk Güvenliği*, ed. Ece Göztepe, (Türkiye Barolar Birliği 2013) 9.

¹⁹ Aldrou, Qais and Jabbar, 'The Role of the Legislative, Executive, and Judicial Powers in Protecting the Principle of Legal Security' (n 14) 2.

²⁰ Mehmet Altundış, 'Hukuki Güvenlik İlkesi', *Yasama Dergisi*, 10 (2008) 61.

²¹ Yazara göre, iptal edilebilir (voidable) kurallar, genellikle iptal edilene kadar geçerlidir. Bu özel bir iptal şeklidir. Bazen iptal edildiklerinde geriye dönük olarak iptal edilirler. Diğer durumlarda, bunlardan bazı sonuçlar, onlara iyi niyetle güvenen insanların çıkarlarını korumak amacıyla ya da başka nedenlerle korunur. (dipnot 141). Bkz. Joseph Raz, *The Authority Of Law*, (Oxford University Press, 1979) 146-147 <<http://ndl.ethernet.edu.et/bitstream/123456789/77486/1/17.pdf>>Erişim Tarihi 8 Kasım 2024.

²² Gülriz Uygur, 'Adalet ve Hukuk Devleti', *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 53/3 (2004) 37

Hukuki güvenlik ilkesi, literatürde hukuk güvenliği, ‘hukuksal güvenlik’ ve ‘hukuki güvenlik’ gibi farklı terimlerle ifade edilmektedir²³. Bu bağlamda, Almanca literatürde ‘recht’ hukuk kelimesinden türetilen ‘rechtssicherheit’ kavramının ‘hukuk güvenliği’ olarak çevrilmesi, Fransızca ve İngilizce metinlerde ve yargı kararlarında yer alan ‘la sécurité juridique’, ‘legal certainty’ ve ‘legal security’ kavramlarıyla örtüşmekte ve bu terimlerin Türkçede karşılığı olarak ‘hukuki güvenlik’ ilkesi kullanılmaktadır²⁴. ‘Legal certainty’ terimi, Türk hukuk literatüründe ‘hukuki belirlilik’ veya ‘hukuki kesinlik’ olarak çevrilmektedir²⁵. Hukuki güvenlik ilkesinin hem ulusal hem de uluslararası düzeyde hukuk devletinin temel bir ilkesi olarak kabul edildiği görülmektedir²⁶. Anayasa Mahkemesi, bir kanun hükmünün anayasaya aykırı olduğu düşüncesiyle açılan iptal davasına ilişkin gerekçeli kararında hukuki güvenlik ilkesini şöyle tanımlamıştır²⁷;

“Hukuki güvenlik, kişilerin kamu otoriteleriyle ilişkilerinde bugün ve geleceğe dönük olarak güven duygusu içinde olmaları demektir. Hukuki güvenlik ilkesi gereğince, her birey, yasadın belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını ve bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir.”

Hukuki güvenlik ilkesi çeşitli hukuk dallarında farklı şekillerde kullanılabilen bir terimdir²⁸. Anayasa hukukunda bu ilke, anayasal düzenlemelerin sıklıkla değiştirilmesini ve bireylerin anayasal haklarının korunmasını sağlamaktadır. Örneğin, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ve geçmişe/geriye yürümezliği ilkesi bu kapsamda değerlendirilmektedir. Ceza hukukunda hukuki güvenlik ilkesi, suçla-

²³ Bayram Keskin ve Zühal Yağcı, ‘Türk İdare Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesinin Uygulanması’, *Terazi Hukuk Dergisi*, 13/148 (2018)56; Çaptuğ, ‘Hukuki Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi’ (n 15) 134-135.

²⁴ James R. Maxeiner, ‘Some Realism About Legal Certainty in the Globalization of the Rule of Law’, in *The Rule of Law in Comparative Perspective*, ed. Mortimer Sellers and Tadeusz Tomaszewski, Chapter IV, (Springer, 2010) 31-32’den aktaran: Selda Çağlar, ‘Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik-Hukuk Güvenliği İlişkisi’, *Hukuk Güvenliği*, ed. Ece Göztepe, (Türkiye Barolar Birliği 2013) 40.

²⁵ Selda Çağlar, *Hukuk Devletin Hukuki Belirlilik Üzerinden Değerlendirilmesi*, Beta Yayınevi (2013) 181’den aktaran: Keskin ve Yağcı, ‘Türk İdare Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi’ (n 23) 57; Selda Çağlar, ‘Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik-Hukuk Güvenliği İlişkisi’ (n 24) 30.

²⁶ Çaptuğ, ‘Hukuki Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi’ (n 15) 135.

²⁷ AYM, E.2007/23 K.2011/64 KT. 14.4.2011, R.G. Tarih-Sayı: 27.10.2011-28097; AYM, E.2013/71 K.2013/77 KT. 18.6.2013 R.G. Tarih-Sayı: 26.07.2013-28719

²⁸ Keskin ve Yağcı, ‘Türk İdare Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi’ (n 23) 56.

rın ve cezaların önceden belirli ve açık olmasını, ceza normlarının geçmişe/geriye yürümezlik ilkesine uygun olması gerektiğini, suçta ve cezada kanunilik ilkesini ifade etmektedir²⁹. İdare hukukunda, hukuki güvenlik ilkesi, idarenin işlemlerinin hukuka uygun, öngörülebilir ve şeffaf olmasını gerektirir; bu ilke, idari işlemlerde haklı beklenti ilkesi, kazanılmış hakların korunması, idari işlemlerin geri alınması ve geçmişe yürümezlik gibi durumlarla somutlaştırılmaktadır³⁰. Vergi hukukunda ise, vergi kanunlarının ve bunların uygulanma süreçlerinin, düzenleyici işlemlerin ve yargı kararlarının açık, anlaşılır ve belirgin olması; yargı kararları arasında çelişki bulunmaması; kanunların geriye/geçmişe doğru yürümemesi; mükellef haklarının korunması ve kıyas yasağı ilkesini içermektedir³¹. Hukuki güvenlik ilkesi, kullanım alanı hukuk dalları arasında farklılık gösterse de benzer temel unsurlar taşır; bunlar belirlilik, istikrar ve öngörülebilirliktir.³²

Öğretide hukuki güvenlik ilkesi, dar ve geniş anlamda ele alınmaktadır. Ancak her iki durumda da net bir tanımının yapılamadığı görülmektedir. Dar anlamda hukuki güvenlik ilkesi, bireylerin mevcut hukuki durumlarının istikrarlı ve öngörülebilir olmasını ifade etmektedir³³. Dar anlamdaki bu tanım, hukuki normların belirli, açık ve anlaşılır olmasını, sık sık değişmemesini ve geriye dönük olarak uygulanmamasını içermektedir³⁴. Yürürlüğe giren hukuk kuralları, bu ilke gereği sürekli olarak değiştirilememelidir. Toplumun ihtiyaçları, değerleri

²⁹ TCK madde 2’de Suçta ve Cezada Kanunilik ilkesini düzenlemiştir. Buna göre “(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükümlenemez. (2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz. (3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz”; Tuğrul Katoğlu, ‘Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi’, *Hukuk Güvenliği*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları (Ankara: Kamu Hukukçuları Platformu 8-9 Kasım 2013)151-152; Cengiz Otacı, ‘Öngörülebilirlik Bağlamında Ceza Hukuku İçtihatları ve İçtihatların Sağlaması Gereken Hukuki Güvenlik’, *İstanbul Barosu, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi HFSA27* (2016)278-279; Ezgi Aygün Eşitli, ‘Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi’, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 104 (2013) 234.

³⁰ Keskin ve Yağcı, ‘Türk İdare Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi’ (n 23) 58.

³¹ Yusuf Karakoç, *Genel Vergi Hukuku*, (2. Baskı, Yetkin Yayınları 2019) 80-81.

³² Temel Gürdal ve Şebnem Ekeryılmaz, ‘Vergilemede Hukuki Güvenlik İlkesinin Danıştay Kararları Işığında İncelenmesi’. *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, 13(2) (2018) 205-226.

³³ İsmail Köküarı, *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, (Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmış Doktora Tezi, 2015) 17-18; Çaptuğ, ‘Hukuki Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi’ (n 15) 143.

³⁴ Çaptuğ, ‘Hukuki Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi’ (n 15) 140-143.

ve koşullarına da bağlı olan hukukun dinamik yapısı, kanunların zaman zaman değişmesini gerektirebilir; ancak bu değişiklikler, bireylerin hukuki güvenliğini tehdit etmeyecek bir çerçevede ve belirli ilkeler doğrultusunda gerçekleştirilmelidir. Bu noktada kanunların değişkenliği ile hukuki güvenlik ilkesi arasındaki dengenin sağlanıyor olması gerekmektedir.

Geniş anlamda hukuki güvenlik ilkesi ise, sadece bireylerin mevcut hukuki durumlarının istikrarını değil, aynı zamanda hukuk sisteminin bütünlüğünü, adaletin sağlanmasını ve devletin hukuka dayalı bir yönetim anlayışını ifade eden temel bir ilkedir. Geniş anlamdaki bu tanım, hukukun tüm unsurlarını diğer deyişle yasama, yürütme ve yargı organlarının faaliyetlerinin hukuka dayanmasını ifade etmektedir³⁵. Dolayısıyla hukukun üstünlüğünü, adil yargılama hakkını, mahkemelerin bağımsız ve tarafsız olmasını, yargı denetimini ve devletin genel hukuki düzeninin yasalarla güvence altına alınmasını kapsamaktadır³⁶. Hukuk devletin tanımı, bazı yazarlar hukuki güvenlik ilkesini doğrudan bir temel ilke olarak kabul ederken, diğer yazarlar bu ilkeyi hukuk devletin bir unsuru ya da sonucu olarak ele almaktadır³⁷. Hukuki güvenlik ilkesinin içeriğinin net bir şekilde belirlenememesi, bu ilkenin belirlilik ve açıklık unsurlarındaki temel amacını sorgulatmaktadır. Paradoksal olarak bu çelişki, hukukun uygulanabilirliği ve bireylerin haklarının korunması açısından önemli bir tartışma konusu haline gelmektedir. Bu bağlamda kapsamlı olan ilkenin öncelikle içeriğinin belirlenmesi³⁸ ve tanımlanması, yargısal aktivizmin önlenmesi açısından büyük bir önem taşımaktadır.

Öte yandan hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarından biri olan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının da hukuk güvenliği ilkesi ile sıkı bir ilişkisi bulunmaktadır³⁹. Kişisel güvenlik hakkı, bireylerin devlet veya diğer bireyler tarafından

³⁵ Köküarı, *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi* (n 33) 19-21.

³⁶ Keskin ve Yağcı, 'Türk İdare Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi' (n 23) 57.

³⁷ Örneğin Gözler, hukuki güvenlik ilkesini hukuk devletin özel gerekleri olarak görmektedir. Bkz. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, (22. Baskı, Ekin Kitabevi 2018) 82-88; Günday ve Özbudun ise, bu ilkenin hukuk devletin ayrılmaz bir parçası olduğunu savunmaktadır. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, (19. Basım, Yetkin Yayınları 2019) 124; Metin Günday, *İdare Hukuku*, (10. Baskı, İmaj Yayınevi 2011) 39, 45.

³⁸ Çaptuğ, 'Hukuki Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi' (n 15) 139,145; Katoğlu, 'Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi' (n 29) 143-144.

³⁹ Tolga Şirin, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, (MRK Baskı ve Tanıtım, 2018)57 <https://www.anayasa.gov.tr/media/3544/01_ozgurluk_guvenlik_hakki.pdf> Erişim Tarihi:17 Ekim 2024.

keyfi olarak tutulma, zorla kaybettirilme, işkence ve kötü muameleye karşı korunmasını içermektedir. Ayrıca bu hak, bireylere özgürce yaşama, hareket etme ve güvenli bir şekilde var olma güvencesi sağlamaktadır. Anayasaya göre, herkesin, kanunla belirlenen görev ve yetki esaslarına dayalı olarak atanmış bir hâkim tarafından yargılanması⁴⁰ kişisel güvenliğin sağlanmasında temel şarttır. Kişilerin kanuni hâkiminden başka mercilerce muhakeme edilmesi, bu alanda özel bir işleme bağlı tutulması, hukuk devletiyle bağdaşmaz. Söz konusu hak, adil yargılanma hakkı ve savunma hakkı gibi diğer temel haklarla yakından ilişkilidir. Hukuki süreçlerde bireylerin adil bir şekilde yargılanması ve savunmalarını yapabilmesi, kişisel güvenlik hakkının bir parçasıdır ve bu hakların korunması, hukuki güvenlik ilkesinin sağlanmasına bağlıdır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 3. maddesi, herkesin yaşama, özgürlük ve kişi güvenliği hakkı olduğunu belirtmektedir. Aynı şekilde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 5. maddesi de "kişi özgürlüğü ve güvenliği" hakkını koruma altına almaktadır⁴¹. 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 19. maddesi⁴², kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını koruma altına almaktadır. İlgili maddeye göre, herkes kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir. Şekil ve şartları kanunda gösterilmek üzere hiç kimse kanuna aykırı olarak özgürlüğünden yoksun bırakılamaz. Söz konusu madde, hukuki güvenlik ilkesiyle doğrudan bağlantılıdır⁴³; çünkü

⁴⁰ 1982 Anayasası'nın 37. maddesi kanuni hâkim güvencesini düzenlemiştir. Buna göre, "Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz."

⁴¹ AİHS göre, "Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir". <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur> Erişim Tarihi 08 Ekim.2024.

⁴² Hiç kimse, belirli haller dışında özgürlüğünden yoksun bırakılamaz. Bu haller şunlardır; mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezalar ve güvenlik tedbirleri, mahkeme kararları veya kanun gereği yakalama veya tutuklama, küçüklerin gözetimi veya tedavi amacıyla alınan tedbirler, toplum için tehlike oluşturan kişilerin tedavi veya ıslahı, usulüne aykırı olarak ülkeye girmeye çalışan kişilerin yakalanmasıdır. Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, hâkim kararı ile tutuklanabilir. Hâkim kararı olmaksızın yakalama, suçüstü veya gecikmesinde sakınca olan hallerde yapılabilir. Yakalanan veya tutuklanan kişilere, sebepleri ve hakları hakkında bilgi verilmelidir. Yakalanan veya tutuklanan kişi, en geç kırk sekiz saat içinde hâkim önüne çıkarılmalıdır. Bu süreler, olağanüstü hal ve savaş hallerinde uzatılabilir. Yakalanma durumu yakınlarına derhal bildirilir. Tutuklanan kişilerin, makul sürede yargılanma ve serbest bırakılma hakları vardır. Hürriyeti kısıtlanan kişi, durumu hakkında karar verilmesini isteme hakkına sahiptir. Genel prensiplere göre, hürriyeti kısıtlananların uğradığı zarar, Devletçe tazmin edilir.

⁴³ Hukuki güvenlik hakkı, bireylerin hukuk karşısında kendilerini güvende hissetmelerini sağlayan bir anayasal haktır ve devletin bireylerin bu güvenden mahrum kalmaması için gerekli düzenlemeleri yapma sorumluluğunu ifade eder. Hukuku güvenlik adına, hakların güvensiz-

hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik, kişisel güvenlik hakkının etkin bir şekilde korunmasını öngörmektedir. Anayasalarda yer alan kişisel güvenlik hakkı, mevcut temel haklar tarafından koruma altına alınmayan unsurları güvence altına almak için de kullanılmalıdır. Diğer ifadeyle güvenlik hakkı yalnızca genel anlamda bir koruma sağlamakla kalmaz, aynı zamanda diğer temel hakların kapsamadığı özel durumları da koruma altına alarak bireylerin hukuki güvenliğini güçlendirmektedir⁴⁴.

Bunun yanı sıra hukuki güvenlik ilkesi, maddi güvenlik hakkı ile de bağlantılıdır; çünkü bireylerin mal varlıklarının korunması ve ekonomik faaliyetlerinin sürdürülebilirliği, sosyal hakları hukuki belirlilik ve istikrar gerektirir. Maddi güvenlik hakkı, bireylerin mülkiyet haklarını, sosyal ve ekonomik statülerini koruma amacına hizmet eden temel bir haktır. Bu hak, bireylerin sahip oldukları mal varlıklarını, kazanılmış haklarını ve yasal düzenlemelerle korunmuş mülkiyetlerini güvence altına almaktadır. Ayrıca, bireylerin ekonomik durumlarının beklenmedik yasal değişikliklerden olumsuz etkilenmesini önlemektedir. Bireylerin hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması, kazanılmış haklarının korunması ve sürekli değişen mevzuatın yol açabileceği belirsizliklerin ortadan kaldırılması bu ilkenin temel unsurlarını oluşturmaktadır.

II. 1982 Anayasasında Hukuk Devleti ve Hukuki Güvenlik İlkesi

Hukuk devletinin tesisinde ve devamlılığının sağlanmasında hukuki güvenlik ilkesi, temel bir unsur olarak değerlendirilmektedir. Bu ilke, 1982 Anayasası'nda hukuk devleti ilkesiyle birlikte ele alınan ve hukukun genel ilkelerinden biri olarak kabul edilen bir ilkedir⁴⁵. Anayasada, hukuki güvenlik ilkesine bağlı olarak birçok madde bulunmaktadır. Bu ilke, hukukun üstünlüğünü sağlamak

leştirilmesi riskler barındırır. "Hakların güvence altına alınması" ile hakların 'güvensizleştirilmesi' aynı anlama gelmez. Bkz. Liora Lazarus, 'Mapping the Right to Security', *Oxford: Hart Publishing*, 2007, p. 325-346 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2209228> Erişim Tarihi 27 Eylül.2024.

⁴⁴ Hakların güvenliği, hukuki güvenlik hakkı ve hukuki güvenlik ilkesi birbirinden farklı olsa da ilişkili kavramlardır. Bkz. Lazarus, 'Mapping the Right to Security' (n 43) 328.

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Evrensel hukuk ilkeleri ya da hukukun genel ilkeleri olarak anılan kavramlar, hakkın kötüye kullanılması, iyi niyet, sözleşmelere sadakat, ayrımcılık yapılmaması, ölçülülük, kazanılmış haklara saygı, haklı beklentilerin korunması, kanunların geriye yürümemesi, hukuk güvenliği, adalet, eşitlik, kanunilik, belirlilik ve öngörülebilirlik gibi evrensel düzeyde tanınan hukukun üstün ilkelerini" kapsamaktadır. Bkz. AYM, E. 2012/102 K.2012/207 KT. 27.12.2012 R.G. Tarih-Sayı: 02.04.2013-28606 mük.; Çaptuğ, 'Hukuku Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi' (n 15) 138.

için gerekli mekanizmaları içermektedir. Anayasaların hukukun üstünlüğünü sağlama işlevi, bireylerin güvenliğini teminat altına almak ile kamu düzeni arasındaki dengeyi kurarak, hukuki belirsizlikleri ortadan kaldırmak suretiyle bireylerin haklarını korumayı amaçlamaktadır.

Günümüzde hukuk devleti, hukukun üstünlüğünün kabul edildiği, devletin tüm organlarının hukuka tabi olduğu ve bireylere hukuki güvenliğin sağlandığı bir devlet şeklini ifade etmektedir. Başka bir deyişle, hukuk devleti, devletin her türlü işlem ve eylemlerinin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesi ve hukukun üstünlüğünün sağlanması esasına dayanan bir yönetim biçimidir⁴⁶. Hukuk devletinde devlet, hem kendi koyduğu kurallara uymak hem de bireylerin hak ve özgürlüklerini korumakla yükümlüdür. Hukuk devleti hukuk normlarının hiyerarşik düzeni olarak da tanımlanır⁴⁷. Pozitif hukuk düzeni⁴⁸ anayasa, kanunlar, yönetmelikler ve diğer hukuki düzenlemelerden oluşmaktadır. Anayasa, kanunlar ve diğer hukuki düzenlemeler, bireylerin haklarını ve yükümlülüklerini belirlerken aynı zamanda devlete de belli sınırlar çizmektedir⁴⁹. AYM'nin içtihatlarında kabul ettiği yerleşmiş hukuk devleti tanımı, *"Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti, eylem ve işlemlerinin hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla bağlı olan, yargı denetimine açık ve yasaların üstünde, yasa koyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkelerine bağlı bir devlettir (AYM, E. 2001/406 K. 2004/20)"*⁵⁰ şeklinde yapılmaktadır. Karardan da

⁴⁶ Abdurrahman Eren, Anayasa Hukuku Ders Notları, (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2018) 205-206; Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 2019 (n 37) 124.

⁴⁷ Jean Claude Paye, *Hukuk Devletin Sonu*, 1. Baskı, (Ankara: İmge Yayınevi 2009) 230.

⁴⁸ Pozitif hukuk, bir toplumda geçerli olan yazılı ve resmi hukuk kurallarını ifade etmektedir. Bu kurallar, bireylerin davranışlarını yönlendirir ve devletin hukuki çerçevesini belirlemektedir.

⁴⁹ Hukuk devletinin normatif ilkeleri, sadece yasaların varlığına değil bu yasaların adil ve hukuk kurallarına uygun bir şekilde uygulanmasına dayanması gerektiğini belirtmek gerekir.

⁵⁰ AYM, E. 1985/31 K.1986/11 KT. 27/3/1986 R.G. Tarih-Sayı: 09.05.1986-19102; AYM, E.2018/117, K.2023/212, KT. 07.12.2023, §42; AYM, E.2018/154 K.2019/11 KT.14/3/2019 R.G. Tarih-Sayı: 25/4/2019 - 30755; AYM, E. 2013/158 K. 2014/68 KT.27.3.2014 R.G. Tarih-Sayı: 09.04.2014-28967; AYM, E.2014/73 K.2014/98 KT.22.5.2014 R.G. Tarih-Sayı: 17.9.2014-29122; AYM, E.2014/34 K.2014/79 KT.9.4.2014 R.G. Tarih-Sayı: 09.09.2014-29114; AYM, E.2012/24 K.2012/95 KT.15.6.2012 R.G. Tarih-Sayı: 13.10.2012-28440; AYM, E.2007/44 K.2009/148 KT. 15.10.2009 R.G Tarih-Sayı: 28.04.2010-27565; AYM, E.2009/33 K.2010/78 KT.3.6.2010 R.G. Tarih-Sayı: 23.10.2010-27738; AYM, E.1985/31 K.1986/11 KT. 27/3/1986 R.G. Tarih-Sayı: 09.05.1986-19102; AYM, E.1963/124 K.1963/243 KT.11/10/1963 R-Sayı: 4.12.1963/11572; AYM, E.1976/1 K.1976/28 KT.25/5/1976 RG-S.,16.8.1976/15679

anlaşılacağı üzerine devletin hukuk devleti kapsamında çizilen sınır, anayasaya uyma, hukukun üstün kurallarıyla bağlı olma ve yargı denetimine açık olmaktır.

AYM'nin bir kararında da⁵¹, "... hukuk devletinde kanun koyucu organ da dâhil olmak üzere, devletin bütün organları üstünde hukukun mutlak bir hâkimiyeti haiz olması, kanun koyucunun yasama faaliyetlerinde kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı tutması lazımdır. Zira kanunun da üstünde kanun koyucunun bozamayacağı temel hukuk prensipleri ve Anayasa vardır ve kanun koyucu bunlardan uzaklaştığı takdirde meşru olmayan bir tasarrufta bulunmuş olur" denilmektedir. Yine Mahkeme, "Anayasa Mahkemesinin sıkça vurguladığı gibi hukuk devleti ilkesi uyarınca temel hakları sınırlayan kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kuralların belirli, öngörülebilir ve keyfiliğe izin vermeyecek şekilde düzenlenmesi gerekir (bkz. AYM, E. 2013/39, K. 2013/65, 22/5/2013; İ.K. [GK], B.No: 2019/20904, 15/4/2021, par. 47)" hususuna işaret etmiştir⁵².

Devletlerin yapısı, hükümet sistemleri veya benimsedikleri ideolojilere bağlı olarak hukuk devletinin gerekleri farklı biçimlerde ortaya çıkabilir⁵³. Nitekim Mahkeme bir diğer kararında da, "Hukuk devletinin somut uygulamasında farklı hukuk devleti anlayışları ve farklı devlet uygulamalarının ortaya çıkması kaçınılmazdır. Bundan dolayı anayasa koyucunun hukuk devleti ilkesinin nasıl hayata geçirileceğini belirleme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olması doğaldır. Bu nedenle hukuk devleti ilkesinin ortadan kaldırılmasından ya da anlamsız hale getirilmesinden söz edebilmek için, devlet organlarının hukuka bağlılığı ilkesini veya bunun kurumsal güvencelerini ortadan kaldıran bir değişikliğin yapılmış olması gerekir. Yoksa anayasa koyucunun farklı hukuk devleti uygulama modellerinden herhangi birisine yönelik tercihinin yerindeliğine ilişkin yargısal denetim yetkisi bulunduğu söylenemez"⁵⁴ olduğunu ifade etmiştir.

Mahkeme, verdiği kararlarla, hukuk devletini, tüm eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olduğu, bireylerin hukuki güvenliğini sağladığı ve insan haklarına saygılı bir hukuk düzeni kurarak bu düzeni devam ettirmekle görevli bir devlet olarak tanımlamıştır⁵⁵. Hukuk devletinin sağlanması için bunların yanında devle-

⁵¹ AYM, E.1963/124 K.1963/243 KT.11/10/1963 RG-S.,4.12.1963/11572

⁵² AYM, E.2022/47 K.2023/124 KT.13/7/2023 RG-S., 27/9/2023 - 32322

⁵³ Eren, *Anayasa Hukuku Ders Notları* (n 46) 206-207.

⁵⁴ AYM, E.2010/49 K.2010/87 KT.7.7.2010 RG-S., 01.08.2010-27659

⁵⁵ AYM, E.1976/1 K.1976/28 KT.25/5/1976 RG-S.,16.8.1976/15679

tin eylem işlemlerinin hukuka uygunluğunu denetleyecek mekanizmanın oluşturulması özellikle yürütmenin işlemlerinin yargısal denetime açık olması gerekmektedir. 1924 Anayasası, yürütmenin bazı eylem ve işlemleri yargı denetimi dışında bırakılmışken, 1961 Anayasası'nın 114. maddesi, idarenin hiçbir işlem ve eyleminin yargı denetimi dışında bırakılamayacağını belirtmiş, 1971 değişikliğiyle idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu düzenlemiştir. 1961 Anayasası, 1924 Anayasası'nda düzenlenen ve 1961 Anayasası'nda da yer verilen "*anayasanın üstünlüğü ilkesinin*" denetiminin yapılması için AYM'nin kurulmasını öngörerek, hukuki güvenlik ilkesinin temel dayanaklarından birini oluşturmuştur. Böylece, Anayasanın üstünlüğü ilkesi, somut bir denetim mekanizmasıyla desteklenmiş ve hukuki güvenlik adına önemli bir adım atılmıştır. 1982 Anayasası ise, 2. maddesiyle "*Türkiye Cumhuriyeti... bir hukuk devletidir*" şeklinde düzenlemiştir. Anayasa'nın 125. maddesi "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu hüküm, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak idarenin hesap verebilirliğini anayasal güvence altına almaktadır. Hukuk devleti anlayışının bir sonucu olarak, idarenin yargı denetimine tabi olması, hem eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunu sağlamakta hem de bireylere hukuki güvence sunmaktadır. Bu denetim, bağımsız ve tarafsız bir yargı organı tarafından gerçekleştirilmekte olup, idarenin hukuka aykırı kararlarında sorumlu tutulmasını mümkün kılmaktadır. Hukuka aykırı işlem ve eylemler yargı denetimiyle karşılaşırken, yargısal denetim dışında tutulan işlemler hukuk devleti ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır. Anayasa'nın 125. maddesi ile yargı denetiminin genel bir ilke olarak kabul edilmesine rağmen, bazı işlemler bu denetimin dışında bırakılmaktadır. 2010 Anayasa değişiklikleriyle bu tür işlemlerin kapsam daraltılmış ve hukuk devleti ilkesi açısından olumlu adımlar atılmış olsa da, hala yargı denetimine tabi olmayan işlemlerin varlığı mevcuttur. Bu durum, hukuki güvenlik ilkesinin tam anlamıyla hayata geçirilmesi açısından tartışılmaya devam edecek bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yürütmenin yargısal denetimi, idarenin işlemlerinin kanuna uygunluğunun sağlanması açısından gereklidir. Ancak yasama organının yargısal denetimi de, kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi bakımından son derece kritik bir rol oynamaktadır. Bu iki denetim mekanizması, hukuk devletinin temel gerekleridir⁵⁶. Ülkemizde Anayasa Mahkemesi, kanun koyucunun kanun yapım sürecindeki aslilik ve genellik ilkesine bağlı olarak kullandığı takdir yetki-

⁵⁶ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, (14. Bası, Yetkin Yayınevi 2013) 132.

sinin sınırını hukukun genel ilkeleri kapsamında kabul etmiş ve yasama organının bir sınırlama düzenlerken ölçülülük ilkesini de gözetmesi gerektiğine kararlarında yer vermiştir⁵⁷.

Yürütmenin ve yasamanın işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetlenmesinde, bu denetimi gerçekleştirecek yargı organlarının bağımsızlığı bir hukuk devletinde olması gereken temel unsurlardan biridir. Bağımsız yargı organları, yürütme ve yasama organlarının eylem ve işlemlerini tarafsız bir şekilde değerlendirecek, hukuka uygunluklarını denetlemelidir. Bu bağımsızlık, yargının, siyasi veya diğer dış baskılardan etkilenmeden, adil ve doğru kararlar alabilmesini sağlamaktadır.

Hukuk devletinin gereklerinden bir diğeri ise, kanuni hâkim güvencesidir. Kanuni hâkim güvencesi, bireylerin yargı önünde, yalnızca kanunla yetkilendirilmiş ve belirlenmiş mahkemelerde yargılanmasını sağlamaktadır⁵⁸. Kanuni hâkim güvencesi, mahkemelerin sadece hukuka uygun kararlar vermesini değil, aynı zamanda yargı organlarının belirli normlar çerçevesinde hareket etmesini temin etmektedir. Bu bağlamda, kanuni hâkim güvencesi, kişilerin hukuki güvenliğini teminat altına alarak adil bir yargılama sürecinin sağlanmasını mümkün kılmaktadır. Hukuk devletinin gereklerinden biri olan kanuni hâkim güvencesi 1961 Anayasasında 32. maddede kimsenin tabi hâkim dışında bir mahkeme önünde yargılanamayacağı ve tabi hâkimden başka merci önünde yargılamaya yönelik yargı yetkisine sahip merciler kurulamaz denmiş, 1971 yılında yapılan değişiklikle ise *“madde hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz”* şeklinde düzenleme 1982 Anayasasında da aynı şekilde yer almıştır. 1982 Anayasa’nın 37. maddesi kanuni hâkim ilkesini doğrudan düzenlemiştir. Anayasanın 38. maddesi ise *“Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır. Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur. Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz. Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.”*

⁵⁷ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, (16. Bası, Beta Yayınevi 2013) 219.

⁵⁸ 1982 Anayasasının 142. Maddesi *“Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir”* hükmüne yer vererek kanuni hâkim ilkesine atıf yapmaktadır.

şeklinde düzenlenmiştir. Daha sonra 2001 yılında değişiklik yapılarak savaş ve çok yakın savaş tehdidi dışında ölüm cezası verilemeyeceği, kanuna aykırı olarak elde edilen bulguların delil sayılamayacağı ve sözleşmeden doğan borçların yerinde getirilmemesinin özgürlüğü bağlayıcı cezaya yol açmayacağı eklenmiştir⁵⁹. Son olarak 2004 yılındaki değişiklikle ölüm cezası tamamen kaldırılmış ve vatandaşın suç sebebiyle yabancı ülkeye verilmemesinde Uluslararası Ceza Divanına üye olmanın verdiği yükümlülükler istisna olarak düzenlenmiştir.

1982 Anayasası'nın 138. maddesinin birinci fıkrası, hâkimlerin görevlerinde bağımsız olduğunu ve kararlarını Anayasaya, kanunlara ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre vermeleri gerektiğini belirtmektedir. Hâkimin hukuka uygun karar vermesi, yalnızca kanun hükümlerine bağlı kalmasını değil, aynı zamanda hukukun genel ilkelerini de dikkate almasını zorunlu kılmaktadır. Açıkça düzenlenmemiş olsa bile, hukuk devleti ilkesinin gereği olarak ve hukuk devleti kavramına dâhil olduğu için hâkim, hukukun genel ilkelerini dikkate almak zorundadır⁶⁰. Anayasa Mahkemesi bir kararında, hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerince kabul edilen ilkeleri hukukun genel ilkeleri olarak tanımlamıştır⁶¹. Anayasa Mahkemesi bir başka kararında hukuku genel ilkelerinden biri olarak kazanılmış haklara saygı ilkesinin hukuk devletinin gereği olduğu, Anayasanın da bu ilkeye aykırı hüküm koyamayacağını, başka bir kararında da kazanılmış haktan bahsedebilmek için hakkın, kazanıldığı zamanda yürürlükte bulunan hukuk kurallarına uygun olarak ve bütün sonuçlarıyla fiilen kazanılmış olması şartlarının gerektiğini kabul etmiştir⁶².

III. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuki Güvenlik İlkesi

A. Hukuki Güvenlik İlkesinin Uygulanmasında AYM'nin Rolü

AYM'nin, hukuk devletinin bir unsuru olan hukuki güvenlik ilkesinin somut bir hukuki denetim mekanizması ile desteklenmesini sağlayarak, bu ilkenin korunmasında önemli bir rol üstlendiğini vurgulamıştık. Bu bağlamda mahkeme, kanunların ve olağan dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin anayasaya uygunluğunu denetleyerek, hukuki güvenliği temin etmektedir. Buradaki

⁵⁹ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 2013 (n 57) 133.

⁶⁰ İbid 134.

⁶¹ AYM, E.1963/166 K.1964/76 KT.22/12/1964 RG-S., 28.4.1965/11985

⁶² AYM, E.1963/106 K.1963/270 KT.11/11/1963 RG-S., 29.1.1964/11619; AYM, E.1986/3 K.1986/15 KT.3/7/1986 R.G. Tarih-Sayı: 10.12.1986-19307

denetim, hukuki güvenliğin temeli olan kanunların açık, anlaşılır ve öngörülebilir olmasını sağlama görevine dayanmaktadır. Zira belirsiz ve öngörülemez kanunlar, bireylerin hak ve özgürlüklerine yönelik tehditler oluşturmaktadır. AYM, temel hak ve özgürlüklere müdahale edebilecek yetkileri yürütme ve idareye bırakan kanun hükümlerini denetlerken çok daha dikkatli bir değerlendirme yapmak zorundadır⁶³. Demokratik rejimlerde yürütme ve idarenin güçlerini kötüye kullanma potansiyeli, AYM'nin bu riskleri minimize etmek amacıyla hukukun üstünlüğünü tesis edici bir denetleyici işlev üstlenmesini zorunlu kılmaktadır. AYM'nin rolü, yalnızca kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemekle sınırlı kalmayıp, aynı zamanda hukuki güvenliği tesis ederek bireylerin haklarına olan güvenini pekiştirmeyi de kapsamaktadır. Zira temel hak ve özgürlükler, insan onurunu koruyan unsurlar olarak hukukun temeli niteliğindedir.

Hukuki güvenlik ilkesinin tam anlamıyla uygulanabilmesi, aynı zamanda yargı bağımsızlığıyla da doğrudan ilişkilidir. Bağımsız bir yargı, devletin tüm faaliyetlerinin hukukun üstünlüğü çerçevesinde sürdürülmesini güvence altına alarak hukuki güvenlik ilkesinin somut şekilde hayata geçirilmesine olanak tanımaktadır⁶⁴. AYM, kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyerek anayasa ile çelişen kanun maddelerini iptal etmektedir. Bu tür iptal kararları da hukukun öngörülebilirliğini ve güvenilirliğini sağlamaktadır. Örneğin, AYM'nin bir kanunun belirli bir hükmünü iptal etmesi halinde, bu hükmün anayasaya aykırı olduğu tescillenerek, bu kanundan kaynaklanan hukuki belirsizlikler ortadan kaldırılmış olur. Mahkeme bireysel başvuruya ilişkin verdiği kararlarda ise, bireylerin haklarının ihlal edilip edilmediğini değerlendirir ve varsa, bu ihlallerin mağduriyetlerini gidermeyi amaçlar. AYM'nin verdiği kararlar ile yargısal kurallar (içtihatlar) oluşturulur ve bu içtihatlar, hukuk uygulayıcıları için bağlayıcı niteliktedir. AYM'nin, temel hak ve özgürlüklerle ilgili olarak oluşturduğu içtihatlar, çeşitli davalarda aynı şekilde uygulanmış ve bu da hukuk pratiğinde bir tutarlılık/istikrar sağlamaktadır.

⁶³ Kamu Hukukçuları Platformu, *Hukuk Güvenliği*, (Ankara: Türkiye Barolar Birliği 2013)121. <https://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/HUKUK_GyVENL_.pdf> Erişim Tarihi 22 Şubat 2025

⁶⁴ Joseph Raz, 'Hukuk Devleti ve Erdemi', (Çev. Bilal Canatan) *Hukuk Devleti (Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal)*, ed. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, (Adres Yayınları 2008) 153-156 Aktaran: Cengiz Gül, *İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti*, (1. Baskı, Adalet yayınevi 2010) 185.

AYM, yürürlükteki hukuk kurallarının çelişkili, maddelerin birbiriyle tutarsızlığı, belirsiz veya çeşitli yorumlara açık olduğu durumlara karar vererek buradaki uyuşmazlığı gidermeye çalışır. Örneğin, 6111 sayılı Kanun, vergi ve sosyal güvenlik alacaklarının yeniden yapılandırılmasını öngörmekteydi. AYM, 1.11.2012 tarihli kararında, bu kanunun bazı hükümlerinin⁶⁵ anayasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir⁶⁶. Söz konusu kararda, bazı düzenlemelerin vatandaşların haklarını ve yükümlülüklerini nasıl etkileyeceği konusunda belirsizlikler içerdiğini tespit ederek bu düzenlemelerin anayasaya uygun olmadığına karar vermiş ve ilgili maddeleri iptal etmiştir. Yine Mahkeme, Avukatlık Kanunu'na ilişkin bir kararında⁶⁷ AYM, avukatlık mesleğine kabule engel hallerin belirsiz olduğunu belirterek, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri çerçevesinde bu kuralı iptal etmiştir.

Uzun hukuki süreçler ve yargılamalar, hukuki güvenlik ilkesinin zayıfladığı durumlar arasında yer almaktadır. Yargılamaların gereğinden fazla uzun sürmesi devletin keyfi uygulamalarına zemin hazırlayarak, bireylerin hukuki güvencelerini zayıflatır. Bu durum, bireylerin hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı ve diğer temel haklarını ihlal etmektedir. Bunun yanı sıra hukuki süreçlerdeki eşitsizlikler de adaletin tarafsız ve adil bir şekilde dağıtılmasını engellemektedir. Örneğin, maddi imkânları kısıtlı olan bireyler, yeterli hukuki temsil ve danışmanlık⁶⁸ alamadıkları için süreçlerde dezavantajlı konumda olabilmektedir. Bu

⁶⁵ Örneğin geçici 2. Maddesi iptal edilmiştir. Kararda, “Anayasa’nın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri, devletin tüm işlemlerinde hukuka uygun hareket etme zorunluluğudur. Ayrıca, hukuk devleti bireyler için öngörülebilir bir hukuk düzeninin varlığını da gerektirir.” şeklinde belirtilmektedir. Ayrıca kararda, “Geçici 6. maddedeki malik aleyhine hükümlerin geleceğe yönelik olarak uygulanması halinde kamulaştırma için Anayasa ve Kanun’da öngörülen bütün güvenceler etkisiz kalabilecektir. Kuralla, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 15 yıl boyunca 2026 yılına kadar idarelerin özel mülkiyete kamulaştırmaz el atma yoluyla müdahalesine yol açılmaktadır. Böylece idareler kamulaştırma yapmak yerine, hukuka aykırı olarak el atmak suretiyle taşınmazları elde edebileceklerdir. Böyle bir durumda devletin hukuka bağlılığı ilkesi zedeleneyeceği gibi bireyler açısından hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik de ortadan kalkacaktır. Bir hukuk devletinde kanunların hukuka aykırı uygulamaları teşvik etmesi kabul edilemez.” olduğuna karar verilerek iptal edilmiştir. AYM, E.2010/83 K.2012/169 KT.1.11.2012 R.G. Tarih-Sayı: 22.02.2013-28567

⁶⁶ AYM, E. 2010/83 K.2012/169 KT. 1.11.2012 R.G. Tarih-Sayı: 22.02.2013-28567

⁶⁷ AYM, E.2012/116, K.2013/32, KT.28.2.2013 R.G. Tarih-Sayı: 13.08.2013-28734; Aynı nitelikte diğer kararlar için, AYM, E.2013/39, K.2013/65, KT. 22.5.2013 R.G. Tarih-Sayı: 12.07.2013-28705; AYM, E.2010/29, K.2010/90, KT. 16.07.2010 R.G. Tarih-Sayı: 4.12.2010- 27775

⁶⁸ Adli yardım uygulamasında da hukuki güvenlik ilkesini zedeleyecek bazı sorunlar mevcuttur. Adli yardımın gerekli hızda ve etkinlikle çalıştırılmaması ve avukatların karşılaştığı sorunlar,

durum, adaletin sağlanmasında eşit bir zemin yaratmadığı gibi hukuka güvenlerini de zedelemektedir. Yahut yargı organlarının bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesine uygun hareket etmemesi de hukuki süreçlerdeki eşitsizlikleri ve yargıya güvensizliği derinleştirebilir. Siyasi baskılar veya dış etkenler, hâkimlerin kararlarını etkileyerek adaletin dağıtımında hakkaniyetsizliklere yol açabilir. Bu tür sorunlar, bireylerin devlete ve hukuki sisteme olan güvenlerini sarsmakta ve hukukun üstünlüğüne olan inancı zayıflatmaktadır.

2010 yılında yapılan anayasa değişikliği ile Anayasa'nın 148. maddesine *"Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır. Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz. Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir"* hükmü eklenerek kişilere belirli şartların gerçekleşmesi sonucu AYM'e doğrudan başvurma hakkı tanınmıştır. AYM, bireysel başvurulara verdiği kararlarda, hukuki güvenlik ilkesini kullanmaktadır. Bireylerin temel haklarının ihlali durumunda başvurabilecekleri etkin hukuki yolların bulunması⁶⁹, hukuki güvenliğin somut bir biçimde sağlanması için vazgeçilmez bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin AYM'nin bir bireysel başvuru kararında, başvuru, yargı kararlarının yeterince gerekçelendirilmemesi ve hukuka aykırı uygulamalarla ilgili itirazda bulunmuştur. AYM, *"idari işlemlerde, ilgili kişilerin hangi kanun yollarına başvurabileceklerinin ve başvuru sürelerinin belirtilmesinin zorunlu olduğu kuralına rağmen, dava konusu edilen işlemlerde bu hususlara yer verilmediği için başvurunun süresi içinde dava açmadığını"* belirterek, başvurunun iddiasının

bu sistemin çalışmasını zorlaştırmakta dolayısıyla hak arama özgürlüğünü engellenmektedir. Aykut Okur ve Mehmet Kalay, 'Adli Yardım Sorunlar ve Çözümleri', s.377 <<https://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerII/114.pdf>> Erişim Tarihi 3 Ekim 2024.

⁶⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Türkiye Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru mekanizmasını genel olarak etkin bir iç hukuk yolu olarak kabul etmektedir. Bu kabul, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 35. maddesi uyarınca, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralına dayanır. AİHM, bir başvuruyu değerlendirmeden önce, başvuru sahibinin ülkesindeki iç hukuk yollarını tüketip tüketmediğini inceler. Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru yolu bu bakımdan etkin bir iç hukuk yolu olarak kabul edilmektedir. Ancak, AİHM, bir iç hukuk yolunun etkin olup olmadığını değerlendirirken, verilen kararların niteliği, uygulanabilirliği, yargılamanın gecikme sorunu yaşayıp yaşamadığı ve ihlallerin etkili bir şekilde giderilip giderilmediği gibi unsurları dikkate almaktadır. Bkz. Yasemin Özdek, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, (2. Baskı, Kırmızı Kalem Yayınları 2004) 317.

ciddi olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, gerekçeli kararların kişilere hukuki güvenlik sağladığını vurgulayarak, adil yargılanma hakkının bir unsuru olan gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır⁷⁰.

B. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuki Güvenlik İlkesi

Yaptığımız araştırmada, ‘hukuk güvenliği’ kavramının AYM’nin 697 bireysel başvuru kararında en az bir kez kullanıldığı tespit edilmiştir. Benzer şekilde, ‘hukuki güvenlik’ terimiyle yapılan taramalarda 693 bireysel başvuru kararına ulaşılmıştır. Norm denetimine ilişkin kararlarda ise ‘hukuki güvenlik’ adıyla yapılan taramada 208 karara, ‘hukuk güvenliği’ ifadesiyle gerçekleştirilen tarama sonucunda ise 322 karara rastlanmıştır. Bu kararların derinlemesine incelenmesi, hukuk güvenliği ilkesinin hangi ölçü norm olarak kullanıldığı, mahkemenin hukuki güvenlik ilkesi yoluyla temel hakların korunmasındaki rolü, bu ilkenin somutlaşmış görünümü olan yargı kararlarıyla uygulanması ve yorumlanması biçimlerine dair detaylı bilgi edinilmesini sağlayacaktır.

İncelenen kararlarda, AYM’nin hukuki güvenlik ilkesi bağlamında öngörülebilirlik, belirlilik, şeffaflık, açıklık, kararların gerekçelendirilmesi, kazanılmış hakların korunması, kanun yolları ve süreler ile mağduriyetlerin giderilmesi gibi kriterler çerçevesinde değerlendirmeler yaptığını göstermektedir. Bu temel kriterlerin AYM’nin kararlarında nasıl uygulandığını, aşağıda her bir başlık altında detaylı olarak analizi yapılacaktır.

1. Hukuki Öngörülebilirlik ve Belirlilik İlkesi

AYM’nin kararlarında hukuki güvenlik ilkesine yönelik yorumlar, esasen hukukun öngörülebilirliği, belirliliği ve şeffaflığını sağlamaya yöneliktir. Öngörülebilirlik, bireylerin kuralların ve idari uygulamaların ne tür sonuçlar doğuracağını önceden kestirebilmesini ve buna göre hayatlarını planlamalarını ifade eder⁷¹. Bu kavram, hem şekli hem de maddi olarak iki boyuta sahiptir. Şekli öngörülebilirlik, yapılan hukuki düzenlemelerle hak ve güvenin korunmasıdır. Maddi öngörülebilirlik ise, bireylerin davranışlarının sonuçlarını öngörmelerine olanak tanıyan güvenli bir hukuk düzenidir⁷². Mahkeme hukuki öngörülebilirliği

⁷⁰ Yavuzlar Nakliyat Turizm Petrol San. ve Tic. Ltd. Şti., B. No: 2013/3914, K.T: 10/3/2016. <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/3914>> Erişim Tarihi 22 Şubat 2025.

⁷¹ AYM, E.2013/39 K.2013/65 KT.22.5.2013 RG-S.,12.07.2013-28705; AYM, Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri [GK], B. No: 2014/4705, 29/5/2014, §57.

⁷² Keskin ve Yağcı, ‘Türk İdare Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesinin Uygulanması’ (n 23) 61.

ve belirliliği, “Hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duymasını ve devletin, yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem bireyler hem de idare açısından herhangi bir duraksamaya veya kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlemler içermesini ifade eder”⁷³ şeklinde tanımlamıştır.

AYM, “kanun metninin, bireylerin gerektiğinde hukuki yardım alarak, hangi somut fiil ve durumlara hangi hukuki yaptırımların veya sonuçların bağlandığını yeterli açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân tanıyacak şekilde düzenlenmiş olması gerekmektedir. Bu doğrultuda, kanunun uygulanmasından önce, muhtemel etkilerinin ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması zorunludur”⁷⁴ olarak açıklamıştır.

Belirlilik ilkesi, yargı kararlarının ve idari işlemlerin bireylerin hak ve yükümlülüklerini açık, net ve anlaşılır bir şekilde tanımlaması, muğlak ifadelere yer verilmemesi ve çelişkilerden arındırılması gerektiğini ifade etmektedir⁷⁵. Mahkeme kararlarında açıklık yorum/akıl yürütme ilkelerine uymayı gerektirmektedir⁷⁶. AYM, belirlilik ilkesini, her bireyin kanunlar karşısında hangi somut eylem veya durumun hangi hukuki sonuçlara veya yaptırımlara yol açacağını ve bu durumların idareye ne tür müdahale yetkisi tanıyacağını bilmesi olarak açıklamıştır. Özellikle, bir kanunun belirsiz ve muğlak olması durumunda bireylerin hukuki durumlarını öngörememesi, adil yargılanma hakkı ile mülkiyet hakkı gibi temel hakların ihlaline yol açabilir. Nitekim AYM’nin bir kararında, vergi düzenlemelerinin geriye dönük uygulanmasının hukuk güvenliği ilkesine aykırı olduğunu belirtmiş ve bu düzenlemenin iptaline karar vermiştir⁷⁷. Benzer şekilde, AYM, sosyal güvenlik haklarına ilişkin bir kararında da hukuki güvenlik ilkesine

⁷³ AYM, E.2020/14, K.2020/58, 15/10/2020, § 16; AYM, E.2023/36 K.2023/142 KT. 26/7/2023 R.G. Tarih-Sayı: 13/10/2023 - 32338; AYM, E.2023/162 K.2024/20 KT. 23/1/2024 R.G.Tarih-Sayı: 3/4/2024-32509. Benzer nitelikteki kararlar için AİHM, Altuğ Taner Akçam v. Türkiye, B. No: 27520/07, 25.10.2011, § 87; AİHM, Yıldırım v. Türkiye, B.No: 3111/10, 18.12.2012, § 57.

⁷⁴ AYM, E.2013/39 K.2013/65 KT. 22.5.2013 RG-S.,12.07.2013-28705

⁷⁵ AYM, Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri [GK], B. No: 2014/4705, 29/5/2014, §56

⁷⁶ Keskin ve Yağcı, ‘Türk İdare Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesinin Uygulanması’ (n 23) 59.

⁷⁷ AYM, E.2023/105, K.2023/208, 30/11/2023, § 28-29.

aykırı olduğu tespit edilen düzenlemelerin iptaline hükmetmiştir⁷⁸. AYM, bir kararında da şu tespitlerde bulunmuştur⁷⁹;

“Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin temel ilkelereinden biri “belirlilik” ilkesidir. Bu ilkeye göre, yasa düzenlemelerinin hem bireyler hem de idare açısından herhangi bir tereddüde veya şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması gerekmektedir. Ayrıca, kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu tedbirler içermesi de zorunludur. Belirlilik ilkesi, hukuki güvenlik ile yakından ilişkilidir; bireylerin hangi somut eylem ve olgulara hangi hukuki müeyyidelerin veya sonuçların bağlandığını, bu eylemlerin idareye hangi müdahale yetkilerini doğurduğunu bilmesi gerekmektedir. Ancak bu şekilde, bireyler kendilerine düşen yükümlülükleri öngörülebilir ve davranışlarını buna göre belirleyebilirler. Hukuki güvenlik, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini ve devletin yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir (Anayasa Mahkemesi, 26.12.2013, E.2013/67, K.2013/164)”

Yargılamanın önceden belirlenmiş kurallar temelinde yürütülmesi de hukuki güvenlik ilkesini güçlendirir. Keza anayasa yargısının varlık sebebi yalnızca temel hakların korunması değil aynı zamanda yasama organının işlemlerinin hukuka uygunluğunu denetleme yetkisini de kapsamaktadır. AYM, 2003 yılında TBMM İçtüzüğünde yapılan değişikliğe ilişkin başvuruda, yürütmeyi durdurma kararı verirken aşağıdaki değerlendirmeleri yapmıştır⁸⁰;

“Hukuk devleti, siyasal iktidarı hukukla sınırlandırarak ve devlet faaliyetlerinin düzenli bir şekilde sürdürülebilmesi için gerekli hukuki altyapıyı oluşturarak istikrara hizmet eder. Bu istikrarın temeli ise hukuki güvenlik ve öngörülebilirliktir. Hukuki güvenlik ve öngörülebilirliğin sağlanabilmesi için kuralların genel, soyut, açık ve anlaşılabilir olması gerekmektedir. Meclis çalışmalarını düzenleyen İçtüzük kurallarının da

⁷⁸ AYM, E.2010/55 K.2011/140 KT. 20.10.2011 RG-S.,14.02.2012-28204

⁷⁹ AYM, E. 2015/94 K.2016/27 KT. 7.4.2016 RG-S.,03.05.2016-29701; AYM, E.2013/71 K.2013/77 KT. 18.6.2013 RG-S., 26.07.2013-28719; AYM, E.2015/41, K.2017/98, KT. 4.5.2017, §§ 153, 154; AYM, E.2020/47 K.2023/36, KT.22.02.2023, §14; AYM, E.2021/83, K.2022/168, KT. 29.12.2022, §50.

⁸⁰ AYM, E.2003/30 K.2003/38 KT.29.4.2003 RG-S., 09.07.2003/25163; Selda Çağlar, ‘Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik - Hukuk Güvenliği İlişkisi’ (n 24) 64.

bu nitelikleri taşıması, hukuk devletinin bir gereği olmasının yanı sıra, milletvekillerinin Anayasa'nın 87. maddesinde belirtilen görevlerini yerine getirebilmeleri ve yetkilerini kullanabilmeleri için de bir ön koşuldur."

AYM kararında vurgulandığı üzere, hukuk devletinin temel unsurlarından biri olan hukuki güvenlik ilkesi, devletin faaliyetlerinin öngörülebilir ve tahmin edilebilir olmasını gerekli kılmaktadır. Bu ilkeye göre, takdir yetkisini aşırı zorlayacak ve keyfiliğe yol açabilecek düzenlemelerden kaçınılmalıdır. Hukuk devletinin bir unsuru olan belirlilik ilkesine göre, maddi hukuk ve usul kurallarının öngörülebilir bir açıklıkla düzenlenmesi ve kişilerin haklı beklentilerini açıkça ihlal etmeyecek şekilde yapılandırılması zorunludur. Aksi durumda, verilen yetkilerin belirsizliği, takdir yetkisinin keyfiliğe dönüşmesine neden olabilir ve kanunların belirsiz ya da yetersiz düzenlemeleri, bu yetkilerin kullanımına ilişkin işlemlerin hukuki denetiminin etkili bir şekilde yapılmasını engelleyebilir. Belirlilik ilkesi, yalnızca bireylerin hukuki güvenliğini sağlamakla kalmaz, aynı zamanda idarenin istikrarını da temin etmektedir. Belirsiz ve öngörülemez kurallar, Anayasa'nın 2. maddesi ile bağdaşmaz. AYM'nin bireysel başvuru kararlarında da hukuki güvenlik ilkesine sıkça atıfta bulunduğu gözlemlenmektedir. Mahkeme, bu bağlamda bir bireysel başvuru kararında aşağıdaki değerlendirmeyi yapmıştır⁸¹;

"Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de kanuni düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılan ve temel hak güvencelerinde korunan ortak değerdir. Kural olarak hukuk güvenliği kanunların ve buna bağlı düzenleyici işlemlerin geriye yürütülmemesini zorunlu kılar (AYM, E.2009/39, K.2011/68, 28/4/2011)".

AYM, bireysel başvuru yoluyla hukuki güvenlik ilkesini somut vakalarda nasıl uyguladığı ve yorumladığını aşağıdaki ilgili kararlarında göstermektedir;

"Belirlilik ilkesi, bir kuralın keyfiliğe yol açmayacak bir içerikte olmasını ifade eder. Temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin kanuni düzenle-

⁸¹ AYM, Onur Taahhüt Taşımacılık İnşaat Ticaret ve Sanayi A.Ş. ve Yedigöze İnşaat Danışmanlık Otomotiv İç ve Dış Ticaret Ltd. Şti. [1.B.], B. No. 2022/41426, KT. 6.3.2024, R.G. Tarih ve Sayı: 11/6/2024-32573

menin içerik, amaç ve kapsam bakımından belirli, muhataplarının hukuksal durumlarını algılayabilecekleri açıklıkta olması gerekir. Diğer taraftan temel hakka müdahale eden kuralda kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu birtakım güvenceler içermesi gereklidir. Belirlilik ilkesi bu yönden de bir güvence sağlamaktadır. Bu ilkeye göre yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, Bir kanuni düzenlemede hangi davranış veya olgulara hangi hukuksal sonuçların bağlanacağı ve bu bağlamda kamusal makamlar için nasıl bir müdahale yetkisinin doğacağı belirli bir kesinlik ölçüsünde ortaya konmalıdır. Bu durumda bireylerin hak ve yükümlülüklerini öngörerek davranışlarını bu doğrultuda tanzim etmeleri olanaklı hâle gelebilir. Böylece hukuk güvenliği sağlanarak kamu gücünü kullanan organların keyfî davranışlarının önüne geçilmiş olur (Hayriye Özdemir, B. No: 2013/3434, 25/6/2015, par. 56, 57; Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri, par. 56; Halk Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş., par. 38; Hamit Yakut [GK], B. No: 2014/6548, 10/6/2021, par. 79); norm denetimine ilişkin kararlarda belirliliğe ilişkin açıklamalar için çok sayıda karar arasından ikisi için bkz. AYM, E.2009/51, K.2010/73, 20/5/2010; AYM, E.2011/18, K.2012/53, 11/4/2012).

... AYM çeşitli kararlarında bireylerin kendilerine düşen yükümlülükleri öngörme ve davranışlarını ona göre belirleme imkânını vermeyen normlar hukuk güvenliği ilkesini zedeleyeceğini ve bunun da bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini engellediğini vurgulamıştır. Çünkü hukuksal durumların takdirindeki belirsizlik, temel haklar alanında getirilen güvencelerin işlevsiz hâle gelmesine neden olur (Sara Akgül [GK], B. No: 2015/269, 22/11/2018, par. 108). Ayrıca belirtmek gerekir ki ilgili kanuni düzenleme temel haklara ne oranda müdahale ediyorsa söz konusu düzenlemede aranacak belirlilik oranı da aynı doğrultuda yükselecektir (Sara Akgül, par. 109; Hayriye Özdemir, par. 58; Hamit Yakut [GK], B. No: 2014/6548, 10/6/2021, par. 80)⁸²

⁸² AYM, E.2022/129, K.2023/189, 08/11/2023, §5-6.

“...Hukuki belirliliğin sağlanması, hukuk kurallarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de kanuni düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını ifade eden hukuki güvenlik ilkesinin hayata geçirilmesi bakımından da son derece önemlidir (AYM, E.2020/14, K. 2020/58, 15/10/2020, § 16)⁸³”.

AYM, hukuki güvenlik ilkesini, devletin kanunların öngörülebilirliği, bireylerin devlete güven duyabilme kabiliyeti ve kamu otoritelerinin keyfi uygulamalara karşı korunmasını sağlayan bir mekanizma olarak görmektedir. AYM, hukuki güvenlik ilkesinin sağlanabilmesi için yasal düzenlemelerin hem bireyler hem de idare açısından açık, anlaşılır, öngörülebilir ve uygulanabilir olması gerektiğini vurgulamaktadır. Hukuki belirlilik ilkesine göre, bir kanunun keyfi uygulamalara yol açmayacak şekilde net bir içeriğe sahip olması önemlidir. Bu durum, özellikle temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemelerde daha katı bir belirlilik standardı gerektirir. Mahkeme, kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarını önlemek için kanunların koruyucu güvenceler içermesi gerektiğini de belirtmiştir. Bu, hukuk devletinin temel ilkelerinden olan hukuki belirlilik ve güvenlik ilkelerinin ayrılmaz bir parçasıdır. AYM, hukuki güvenlik ilkesinin bireylerin haklarını ve yükümlülüklerini öngörebilmelerini, buna göre davranışlarını düzenleyebilmelerini ve devlete güven duyabilmelerini sağladığını ifade etmektedir. Aynı zamanda devletten yasal düzenlemelerinde bu güveni zedeleyecek yöntemlerden kaçınması beklenir. AYM, temel haklara yönelik sınırlamalarda belirlilik düzeyinin, sınırlamanın ağırlığı ile orantılı olarak artması gerektiğini vurgulamaktadır. Temel haklara ne kadar büyük bir müdahale söz konusuysa, düzenlemelerin de o kadar açık ve net olması gerekir.

AYM bir başka kararında⁸⁴, *“Esasen temel hakları sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa’nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devletinin temel unsurlarından olan hukuki belirlilik ilkesi uyarınca kanuni güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, §§ 153, 154). Dolayısıyla Anayasa’nın 13. ve 35. maddelerinde sınırlama ölçütü olarak belirtilen kanunilik, Anayasa’nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesi ışığında*

⁸³ AYM, E.2021/83, K.2022/168, 29/12/2022, §14.

⁸⁴ AYM, E.2023/49, K.2024/54, KT. 22/2/2024, R.G. Tarih-Sayı: 2/4/2024 - 32508, § 20.

yorumlanmalıdır.” şeklinde açıklamıştır. Mahkeme, kanunilik ilkesinin, Anayasa’nın 13. ve 35. maddelerinde yer alan sınırlama ölçütleri çerçevesinde, hukuk devleti ilkesine uygun şekilde yorumlanması gerektiğini belirtmiştir.

Bireylerin, yargı kararları ve idari işlemler hakkında yeterince bilgilendirilmesi ve bu süreçlerin sonuçlarına ilişkin net bilgiye sahip olmaları gerekmektedir. Tebliğ yapılmaması, bilgilendirme sürecini aksattığından hukuki belirsizlik yaratmaktadır⁸⁵. Ayrıca, resmi tebligatın gerçekleştirilememesi, bireylerin başvuru haklarını kullanmalarını da engelleyebilir. Örneğin, bir kararın tebliğ edilmemesi, bireyin itiraz etme veya yargı yoluna başvurma süresini kaçırmasına neden olabilir. Süresinde gerçekleştirilmeyen tebligat, başvuru hakkının kısıtlanmasına yol açarak hukuki güvenliği ihlal edebilir. AYM, adil yargılanma hakkının bir parçası olarak, başvuru hakkının hukuki durumunu anlaması ve yargı sürecine etkin bir şekilde katılabilmesini gerekli görmektedir⁸⁶.

AYM, hukuki güvenlik ilkesini, Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletini hukukun genel ilkeleriyle desteklenmesi nedeniyle bu ilkeyi destekleyici bir ölçü norm olarak benimsemiştir.

2. Açıklık ve Şeffaflık İlkeleri

AYM göre yargı kararları ve idari işlemler açık, şeffaf ve gerekçeli olmalıdır. Açıklık ve şeffaflık ilkeleri hukukun öngörülebilirliğini ve adil yargılanma hakkını destekleyerek hukuki güvenliğin sağlanması açısından zorunlu görülmektedir. AYM, bir kararında konuyu şöyle açıklamıştır;

“Hukuk devletinde kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Kanunda bulunması gereken bu nitelikler hukuki güvenliğin sağlanması bakımından da zorunludur. Zira bu ilke hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duy-

⁸⁵ Köküarı, *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi* (n 33) 74; Keskin ve Yağcı, ‘Türk İdare Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesinin Uygulanması’ (n 23) 60.

⁸⁶ Köküarı, *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi* (n 33) 75; AYM, E.2013/71 K.2013/77 KT.18.6.2013 RG-S.,26.07.2013-28719; AYM, E.2012/70 K.2012/157 KT.18.10.2012 RG. Tarih-Sayı:13.02.2013-28558; AYM, E.2012/20 K.2012/132 KT.27.9.2012 RG-S.,26.07.2013-28719; AYM, E.2008/34 K.2008/153 KT.31.10.2008 RG. Tarih-Sayı: 06/12/2008-27076

gusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, §§ 153, 154). Dolayısıyla Anayasa'nın 13. maddesinde sınırlama ölçütü olarak belirtilen kanunilik, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır (AYM, E.2020/77, K.2021/93, 16/12/2021, §18)⁸⁷.

Kanunların, bireylerin hangi somut eylem ve olgulara hangi hukuksal yaptırımların uygulanacağını öngörebilmelerini sağlayacak kadar açık olması gerekmektedir. AYM'e göre, bir eylemin hangi hukuki sonuçlara yol açacağı ve bu sonuçları uygulamakla yetkili olan mercilerin hangi çerçevede hareket edeceği açık bir şekilde tanımlanmalıdır. AYM, bir kararında bu hususu şöyle ifade etmiştir⁸⁸;

"Anayasa'nın anılan maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesine göre kanuni düzenlemeler, kişiler ve idarece kapsam ve sınırlarının herhangi bir tereddüde yer vermeyecek ölçüde açık ve net olmalıdır. Bu bağlamda hukuki belirlilik ilkesi gereğince yasal düzenlemelerin istikrarlı bir şekilde aynı olaylarda benzer sonucu doğuracak şekilde uygulanmaya elverişli olması, hukuka aykırı davranışlar için öngörülen yaptırımlar ile bu kapsamda ilgili mercie tanınan yetkinin kullanımının kişiler ve idarece belirli bir kesinlik içinde yerine getirileceğinin öngörülmesi gerekmektedir. Bu durum aynı zamanda hukuki güvenliğin sağlanmasına da katkı sunmaktadır (AYM, E.2018/137, K.2022/86, 30/06/2022, § 860)⁸⁹.

AYM'e göre, adil yargılanma hakkını sınırlayan düzenlemelerin yalnızca şeklen var olması yeterli değildir; kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde açık, belirli ve öngörülebilir nitelikte olması gerekmektedir. Ayrıca, idarenin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlemlerin alınmasının zorunlu olduğunu vurgulamıştır;

"...Bu kapsamda adil yargılanma hakkını sınırlamaya yönelik bir kanuni düzenlemenin şeklen var olması yeterli olmayıp kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli ve öngörülebilir nitelikte olması gerekir. Esa-

⁸⁷ AYM, E.2023/162 K.2024/20 KT. 23/1/2024 R.G.Tarih-Sayı: 3/4/2024-32509

⁸⁸ AYM, E. 2022/47 K.2023/124 KT.13/7/2023 R.G. Tarih-Sayı: 27/9/2023 - 32322

⁸⁹ AYM, E.2020/79, K.2023/113, KT.22.06.2023, §73.

sen temel hakları sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olması Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devletinde, kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir.⁹⁰

3. Hukuki İstikrar

Hukuki istikrar ilkesi, hukuk sisteminde süreklilik ve tutarlılığı ifade eder ve bu ilkenin temel amacı, hukuk kurallarının ve idari işlemlerin istikrarlı bir şekilde uygulanmasını sağlamaktır. Bu bağlamda, istikrarın iki temel unsuru bulunmaktadır: Birincisi, hukuk sisteminin sürekliliği; ikincisi ise mevcut kuralların ve uygulamaların tutarlılığıdır⁹¹. Anayasa Mahkemesi, belirlilik ve hukuki istikrar ilkelerini birlikte değerlendirirken, bu ilkelerin bireylerin haklarını koruma ve idarenin etkin ve tutarlı bir şekilde çalışmasını sağlama işlevini vurgulamaktadır.

AYM'nin bir kararında⁹²; *"Hukuk güvenliği, bireyin hukuki durumunun süreci yönündeki beklentilerinin belirli koşullar içinde güvence altına alınması anlamına gelir. Ancak, hukuk güvenliği ilkesi, zaman içinde değişen şartlar ve gelişen ihtiyaçlara göre kanunlarda değişiklik yapılmasına engel değildir. Bir hukuk sisteminin, değişen ihtiyaçlara uyum sağlayabilecek esnekliğe sahip olması gerekir. Aksi takdirde, hukuk sisteminin durağanlaşması ve toplumun dinamik yapısına uyum sağlayamamaya ihtiyaçlara cevap veremez hale gelmesi kaçınılmazdır"* yorumu yaparak hukuk sisteminin esnekliğini ve değişen koşullara uyum yeteneğini göz önünde bulundurmıştır.

AYM'nin bir diğer kararında, hukuk devleti ilkesinin hukuk güvenliğini ve adaleti sağlamaya yönelik olduğu, kanunların kamu yararı amacıyla çıkarılması zorunlu kılındığı belirtilmiştir. Mahkeme, hukuk güvenliği ve adalet kavramları ile istikrar arasında sıkı bir bağ bulunduğunu; hukuk güvenliği ve adaletin, çağdaş kamu yönetimi anlayışında istikrarın temelini oluşturduğunu vurgulamıştır. Ayrıca, *"kanunların genelliği"* ile ilgili değerlendirmesinde, kanunların

⁹⁰ AYM, E.2020/79, K.2023/113, KT. 22.06.2023, §115-116.

⁹¹ Keskin ve Yağcı, 'Türk İdare Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesinin Uygulanması' (n 23) 60.

⁹² AYM, E.2011/113, K.2012/108, KT. 18.07.2012, RG-S.,1.01.2012-28515

belli kişileri hedef almaması, özel bir durum gözetmemesi ve önceden saptanarak soyut biçimde herkese uygulanabilecek kurallar içermesi gerektiğini ifade etmiştir⁹³.

Mahkemeye göre, hukuk devleti ilkesinin temel gerekliliklerinden biri hukuki istikrarın sağlanmasıdır. Bu durum, hukuk kurallarının ve idari işlemlerin sürekli ve tutarlı bir biçimde uygulanmasını gerektirir. Hukuki istikrarın sağlanabilmesi, öncelikle hukuk normlarının birbirleriyle çelişmez bir yapı sergilemesine bağlıdır. AYM, devletin hukuki güvenliği zedeleyici nitelikte ve birbirleriyle çelişen normatif düzenlemelerden kaçınması gerektiğine ilişkin şu tespiti yapmıştır⁹⁴; “Hukuk devletin temel unsurları arasında hukuk güvenliği ilkesi de yer almaktadır. Anılan ilkenin gereklerinden biri hukuki istikrarın sağlanmasıdır. Hukuk devleti, devlet faaliyetlerinin düzenle sürdürülebilmesi için gerekli hukuksal altyapıyı oluşturarak hukuki istikrara, dolayısıyla hukuk güvenliğine hizmet eder. Hukuki istikrarın sağlanabilmesi ise her şeyden önce hukuk normlarının birbirleriyle çelişki içinde olmamasına bağlıdır. Bu açıdan devletin, hukuk güvenliğini zedeleyici nitelikte, birbirleriyle çelişki oluşturan normatif düzenlemelerden kaçınması gerekir.”⁹⁵

4. Kanun Yolları ve Süreler

Anayasa Mahkemesi, mahkeme kararlarının hukuka uygun olup olmadığına yönelik uyuşmazlıkların çözümü için yargı makamlarına başvurmayı kanun yoluna başvurma olarak nitelendirmiştir⁹⁶. AYM göre, mahkemeye erişim hakkı, sadece ilk derece mahkemesine dava açma hakkını değil; itiraz, istinaf veya temyiz gibi kanun yollarına başvurma imkânını da kapsamaktadır⁹⁷.

Kanun yolları ve sürelerin belirsiz veya hakkaniyete aykırı olması, bireylerin adil yargılanma hakkını zedeleyebilir. AYM, bu tür düzenlemelerin hukuki güvenlik ilkesine aykırı olup olmadığını denetleyerek, bireylerin hak arama özgürlüğünü ve hukuk düzeninin istikrarını koruma işlevi görmektedir. Anayasa’nın 141. maddesinin dördüncü fıkrasında “Davaların en az giderle ve mümkün olan

⁹³ AYM, E. 2008/31, K. 2011/94, KT. 9.06.2011, RG-S., 21.10.2011-28091

⁹⁴ AYM, E.2019/111, K.2023/63, KT. 05.04.2023, § 144.

⁹⁵ AYM, E.2022/50, K.2022/107, KT. 28.09.2022, § 84.

⁹⁶ Hasan İşten, B. No: 2015/1950, KT.22.2.2018, § 37.

⁹⁷ Ali Atlı, B. No: 2013/500, KT.20.3.2014, § 49; AYM, E.2022/144, K.2023/137, KT.26.07.2023, §33.

süatle sonuçlandırılması, yargının görevidir” denilmek suretiyle davaların makul bir süre içinde bitirilmesi gerekliliği açıkça ifade etmiştir. AYM, “*Bu nedenle devlet, yargılamaların gereksiz yere uzamasını engelleyecek etkin çareler oluşturmak zorundadır (AYM, E.2013/4, K.2013/35, 28/2/2013)*⁹⁸” şeklinde vurgu yapmıştır.

Mahkeme bir kararında⁹⁹, “*kanun yolu usulünün ve merciinin belirlenmesi hususu kanun koyucunun takdirine bırakılmıştır. Ancak, kanun koyucu bu takdir yetkisini kullanırken hukukun genel ilkelerine ve Anayasa’daki kurallara, özellikle de hukuk devleti ilkesine ve adil yargılama hakkına uygun hareket etmelidir. Anayasa’nın 36. maddesi kapsamında korunan kanun yoluna başvurma hakkının etkili bir şekilde sağlanabilmesi için kanun yolu merciinin, incelenen kararı gerektiğinde değiştirme yetkisine de sahip olması gerekir*” şeklinde değerlendirmede bulunmuştur. AYM, “*mahkemenin dosya üzerinden sonuçlandırılacak itirazlarda dahi yargısal sürecinin uzamasına neden olacak şekilde her durumda duruşma açarak yargılamaya devam etmek zorunda bırakılmasını, Anayasa’nın 141. maddesinde düzenlenen yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmasına ilişkin ilkesine aykırılık*” oluşturduğuna dikkat çekmiştir¹⁰⁰.

Hukuk güvenliği, sadece yargıya erişim hakkının varlığı ile değil, aynı zamanda bu yolların etkin bir şekilde kullanılabilmesi ile de doğrudan ilişkilidir. Mahkeme, davaların makul bir süre içinde sonuçlandırılmasının gerekliliğini açıkça ifade etmiş ve devletin, yargılamaların gereksiz yere uzamasını engelleyecek etkin çareler oluşturması gerektiğini belirtmiştir¹⁰¹. Bu bağlamda, kanun koyucunun, kanun yolu usulünün ve merciinin belirlenmesi hususunda takdir yetkisini kullanırken, hukukun genel ilkelerine, Anayasa’daki kurallara ve özellikle de hukuk devleti ilkesine uygun hareket etmesi gerektiği ifade edilmektedir. Anayasa’nın 36. maddesi kapsamında korunan kanun yoluna başvurma hakkının etkili bir şekilde sağlanabilmesi için kanun yolu merciinin, incelenen kararı gerektiğinde değiştirme yetkisine sahip olması gerektiği de vurgulanmıştır¹⁰². Mahkeme, dosya üzerinden sonuçlandırılacak itirazlarda dahi, yargısal sürecin uzamasına neden olacak şekilde duruşma açma zorunluluğunun, Ana-

⁹⁸ AYM, E.2020/79, K.2023/113, 22/06/2023, §82.

⁹⁹ AYM, E.2011/64 K. 2012/168 KT.1.11.2012 RG-S.,13.03.2013-28586

¹⁰⁰ AYM, E.2020/79, K.2023/113, 22/06/2023, §184.

¹⁰¹ AYM, E.2013/4 K. 2013/35 KT. 28.2.2013 RG-S.,18.04.2013-28622

¹⁰² AYM, E.2023/160, K.2024/77, 14/03/2024, §31.

yasa'nın 141. maddesinde düzenlenen makul sürede yargılama ilkesine aykırılık teşkil ettiğini değerlendirmiştir.

5. Mağduriyetlerin Giderilmesi

Hukuki güvenlik ilkesi gereği, mağdurların başvurabilecekleri etkili bir yargı yolunun bulunması gerekir. Bu bakımdan AYM mağduriyetlerin giderilmesinde, bireylerin hak arama özgürlüğünü ve etkin başvuru hakkını gözetmektedir. AYM, anayasal hak ihlallerini gidermek için bireylerin başvurabileceği etkili ve adil yargı yollarının sağlanmadığı durumlarda hukuki güvenliğin ihlal edildiğine karar verebilmektedir. Mağduriyetlerin giderilmesinde hukuki öngörülebilirlik, bireylerin hak arama yollarının açık ve belirli olmasını gerektirmektedir. Bu durum, mağdurların haklarını ararken karşılaşacakları sürecin belirsizlik içermemesi ve hak kaybına yol açmaması açısından önem taşımaktadır. AYM bu yöndeki bir kararında, *"926 sayılı Kanun'un 33. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen kararlardan biriyle sonuçlananların rütbe terfii ve kademe ilerlemesi yapamamaları nedeniyle mağduriyetlerinin oluştuğunun kabul edildiği anlaşılmaktadır. Ancak bu yöndeki mağduriyetin varlığının kabul edilmiş olmasına karşın maaş farkının ödenmemesini öngören kurala yönelik herhangi bir gerekçe yer verilmemiştir"*¹⁰³. AYM, hukuki güvenlik ilkesi kapsamında mağduriyetlerin giderilmesi sürecinde, bireylerin haklarını etkin bir şekilde kullanmalarını, adil yargılama hakkının korunmasını ve mağduriyetlerin öngörülebilir, makul bir yargı süreciyle telafi edilmesini sağlamaya yönelik bir yaklaşım benimsemektedir.

Mahkeme, hukuki güvenlik ilkesini mağduriyetlerin giderilmesinde, hukuki öngörülebilirlik, hak arama özgürlüğü, etkin başvuru hakkı, adil yargılanma, tazminat ve geriye yürümezlik ilkeleri çerçevesinde değerlendirmektedir. Bireysel başvurular kapsamında AYM, somut olayın özelliklerine göre mağduriyetin nasıl giderileceğine dair hukuki güvenlik ilkesine dayalı bir dizi ölçüt geliştirmektedir. Örneğin ihlal tespiti yaptıktan sonra, mağduriyetin giderilmesi için gerekli adımların atılmasına karar verebilir veya mağduriyetin giderilemeyeceği durumlarda, maddi ve manevi zararların tazmin edilmesine hükmedebilir. Bireysel başvurulara ilişkin hak ihlallerinde, öncelikle bireyin uğradığı zararların telafisini değerlendiren AYM, telafinin mümkün olmadığı hallerde ise tazminat veya yargılamanın yenilenmesi gibi alternatif giderim yollarını tercih ederek hukuki güvenliğini sağlamaktadır. Ayrıca AYM, ihlallerin tekrarının önlenmesi

¹⁰³ AYM, E.2023/49, K.2024/54, 22/02/2024, §25.

amacıyla gerekli yasal düzenlemelerin yapılmasını önermekte ve kanunlardan kaynaklanan çelişki ve uyumsuzlukları gidermeye yönelik adımlar atılmasını teşvik etmektedir. AYM'ye göre mağdur sıfatı iki şekilde belirlenir. Mahkeme, doğrudan ve dolaylı mağduru şu şekilde tanımlamıştır;

"Bireysel başvuru yolunu işletebilecekler esas itibarıyla ihlale yol açtığı ileri sürülen kamu gücü eylem veya işleminden ya da ihmalden dolayı güncel bir kişisel hakkı doğrudan etkilenen kişiler (doğrudan mağdur) olmakla birlikte somut olayın koşullarına ve ihlal edilen hakkın niteliğine göre doğrudan mağdur ile arasında kişisel ve özel bir bağ bulunan, dolayısıyla da Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) (ihlalden olumsuz olarak etkilenmiş veya ihlalin sona ermesinden meşru ve kişisel bir menfaati bulunan kimseler de dolaylı mağdur sıfatıyla bireysel başvuruda bulunabilecektir (Engin Gök ve diğerleri, B. No: 2013/3955, 14/4/2016, § 47)¹⁰⁴".

AYM, bireysel başvurularda mağdurun bizzat başvuru yapmasının mümkün olmadığı ve başvurucular ile mağdur arasında yakın akrabalık ilişkisi bulunan durumlarda, başvurucuların ihlalden doğrudan etkilenmemiş olmalarına rağmen, dolaylı bir etki altında olmaları nedeniyle kendi adlarına başvuru yapabilmelerini kabul etmektedir¹⁰⁵. AYM göre, idari makamlar ve derece mahkemeleri tarafından başvuru lehine bir tedbir veya karar alındığında ve bu ihlal uygun ve yeterli bir şekilde giderildiğinde, ilgili tarafın artık mağdur olduğu iddia edilemeyecektir. Ancak, mağduriyetin giderilmesi, ihlal edilen hakkın niteliği, ihlali tespit eden kararın gerekçesi ve bu karar sonrasında ilgili tarafın maruz kaldığı zararların devam edip etmediğine bağlıysa mağduriyeti değerlendirecektir¹⁰⁶. Mahkeme bir kararında “Başvurucunun ileri sürdüğü iddialar hak-

¹⁰⁴ Murat Yılmaz ve diğerleri, B. No: 2016/8554, 14/12/2023, §79.

105 Evanur Bozdağ ve Fatma Bozdağ, B. No: 2018/33655, 13/4/2022, § 110); Fatma Aktuğ ve diğerleri, B. No: 2020/12600, 14/2/2024, § 47. Bu davada AYM, “*Somut başvuruda başvurucular, yakınları olan T.B.nin gözaltında iken kötü muameleyle uğradığını iddia etmiştir. T.B.nin gözaltına alındıktan hemen sonra konulduğu nezarethanede intihar ettiği dikkate alındığında T.B.nin bizzat başvuru yapmasının mümkün olmadığı, bu nedenle T.B. ile yakın akrabalık ilişkisi bulunan başvurucuların kötü muamele yasağı bakımından da dolaylı mağdur sıfatlarının bulunduğu kabulü gerekir*” dolaylı mağduriyeti kişi bakımından yetki hususu açısından kabul edilebilir bulmuştur. Ayrıca AYM Adem Kilit ve diğerleri, B. No: 2021/44561, 21/11/2023, §124 kararında dolaylı mağdurlukla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Serap Sivri, B. No: 2019/6198, 23/11/2021, §§48, 49 kararına atıf yapmıştır.

¹⁰⁶ Sadık Koçak ve diğerleri, B. No: 2013/841, 23/1/2014, § 83; Abdurrahman Aydoğdu, B. No: 2019/21873, 31/3/2022, §21.

kında araştırmalara ve incelemelere dayalı olarak verilen derece mahkemesi kararının konuyla ilgili ve yeterli gerekçe içerdiği, askerliğe sevk işlemi nedeniyle idari makamların kusurunun tespit edildiği ve somut koşullar dikkate alınarak tazminata hükmedildiği görülmektedir. Dolayısıyla mağduriyetin giderilmesine yönelik etkili yargısal sistem kurma yükümlülüğünün sağlandığı anlaşılmaktadır¹⁰⁷” vurgusu yapmıştır ayrıca şöyle bir tespitte bulunmuştur;

“Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı üzerine yeniden yargılama yapılabilmesi için başvuranın, tarafların veya Cumhuriyet savcısının bir talebi gerekmediği gibi mahkemenin kabul edilebilirlik incelemesi yapma yetkisi de bulunmamaktadır. 6216 sayılı Kanun’un 50. maddesi uyarınca ilgili mahkemeye ihlal kararının ulaşması ile gereğinin yapılması zorunlu olduğu gibi, ihlal kararı ve ihlal nedenleri doğrudan yasal kabul edilebilirlik sebebinin oluşturmaktadır. Önemli bir farklılık da yeniden yapılacak yargılamada Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirtilen nedenlerin ve gerektiğinde kararda belirtilen hususların gözetilmesinin zorunlu oluşudur. Nitekim Anayasa Mahkemesi ihlalin sürdürülmesinin önlenmesi ve mağduriyetin giderilmesi amacıyla ihlal kararında mahkemece yapılması gereken bazı hususlara da (hükmün ortadan kaldırılması ve infazın durdurulması kararı verilmesi gibi) hükmedebilmektedir (Kadri Enis Berberoğlu (3), § 98).¹⁰⁸”

AYM’nin bireysel başvuru süreçlerinde ihlal tespitinin ardından mağduriyetin giderilmesinde önemli noktalara değinilmiştir. İhlal kararının ilgili mahkemeye ulaşmasıyla o mahkemenin gereğini yerine getirmesi zorunludur. Bu durum, mahkemelerin AYM’nin kararlarını dikkate almasının hukukun üstünlüğü ilkesinin bir gereği olduğunu göstermektedir. Yeniden yargılama sürecinde, somut olayın gerekliliklerine bağlı olarak mağduriyetin giderilmesinde ve hukuکی güvenliğin sağlanmasında ihtiyati tedbir gibi usul hukuku kapsamındaki önlemlerin alınabileceği de belirtilmiştir. Ayrıca, AİHM’nin Türkiye’de bireysel başvuru yolunun etkililiğini değerlendirdiği Hasan Uzun kararına atıfta bulunularak, bireysel başvuru mekanizmasının yeterliliği de vurgulanmıştır¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Tanju Bozkurt (2), B. No: 2015/459, 18/7/2019, §46.

¹⁰⁸ Erol Eşrefoğlu [GK], B. No: 2018/23111, 1/7/2021, §69.

¹⁰⁹ Erol Eşrefoğlu [GK], B. No: 2018/23111, 1/7/2021, Karşı Oy yazısı.

6. Mahkeme Kararlarının Belirliliği ve Gerekçelendirilmesi

İçeriği net olmayan, uzun cümleler ve anlaşılmayan kararlar, bireylerin hak ve yükümlülüklerini öngörememesine neden olduğundan hukuki güvenliği zedeleyebilmektedir. Örneğin, bir ceza kararında cezanın hangi hukuki norma dayandığının açıkça belirtilmemesi, bireylerin hangi eylemlerinin hukuka aykırı olduğunu anlamalarını zorlaştırır. Gerekçesiz kararlar, keyfi yargılamaya yol açabileceği için, hukuki güvenliği tehlikeye sokma ihtimalini barındırır. Şöyle ki, bir idari kararın neden iptal edildiğinin açıklanmaması ya da gerekçesiz açıklanması keyfilik şüphesi barındırabilir. Buna karşın gerekçeli kararlar, kararın denetlenebilir olmasını ve hukuka uygunluğunun anlaşılmasını sağlayacaktır. Bu bakımdan AYM, 2023 tarihli bir kararında¹¹⁰ *“Anayasa’nın 141. maddesinin üçüncü fıkrasında ise “Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.” denilerek mahkeme kararlarında gerekçe gösterme yükümlülüğü öngörülmüştür. Hükmün tamamlanması kapsamında verilen ek kararın ilk kararla çelişkili olmamasının hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri ile adil yargılanma hakkı bağlamında kuralda öngörülen başvuru yolunun etkinliğinin sağlanması açısından önemli bir işlevi bulunmaktadır. Zira kişiler ancak çelişki içermeyen, ileri sürülen esaslı iddiaların açık ve net bir şekilde karşılandığı gerekçeli karar vasıtasıyla hukuk kurallarının somut olaya uygulanmasında öngörülebilir sonuçlarla karşılaşp karşılaşmadıklarını değerlendirebilir. Aynı davada yargı mercilerinin maddi vakıaların yorumlanmasında aynı anda farklı sonuçlara ulaşmasına yol açabilecek uygulamalar, çelişkili gerekçelerin ortaya çıkmasına neden olabilir. Bu durum ise hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesi ile adil yargılanma hakkını ihlal ederek hükmün tamamlanması kurumunun etkin ve yeterli olma işlevini ortadan kaldıracaktır”* şeklinde açıklama yapılarak gerekçeli kararın önemine değinilmiş ve bireylerin hukuki güvenliğinin sağlanması açısından açık, net ve anlaşılır kararların gerekliliği belirtilmiştir. AYM, anayasanın 141. maddesini 36. maddeyle birlikte yorumlayarak adil yargılanma hakkının gerekçeli karar hakkını da içerdiği sonucuna ulaşmıştır¹¹¹. AYM, bir başka kararında¹¹², *“Gerekçeli karar*

¹¹⁰ AYM, E.2020/70, K.2023/106, 01/06/2023, §31.

¹¹¹ AYM, E.2022/89, K.2022/129, 26/10/2022, §30-31. Kararda, *“Anayasa’nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiş ancak gerekçeli karar hakkından açıkça söz edilmemiştir. Bununla birlikte Anayasa’nın 141. maddesinin üçüncü fıkrasında “Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.” denilerek kararlarını gerekçeli olarak yazma yükümlülüğü mahkemelere yüklenmiştir. Anayasa’nın 36. maddesi, 141. maddesinin üçüncü fıkrası ışığında yorumlandığında adil yargılanma hakkının gerekçeli karar hakkını da güvence altına aldığı anlaşılmaktadır. Öte yandan adil yargılanma hakkı doğası ge-*

hakkı, kişilerin adil bir şekilde yargılanmalarını sağlamayı ve denetlemeyi amaçlamaktadır. Tarafların muhakeme sırasında ileri sürdükleri iddialarının kurallara uygun biçimde incelenip incelenmediğini bilmeleri ve ayrıca demokratik bir toplumda, kendi adlarına verilen yargı kararlarının sebeplerini toplumun öğrenmesinin sağlanması için de gereklidir” tespitinde bulunmuştur.

AYM’nin bir diğer kararında, “...Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (AYM, E.2013/39, K.2013/65, 22/5/2013). Bu noktada gerekçeli karar hakkının hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin tesisinde önemli bir araç olarak işlev gördüğünü söylemek yanlış olmayacaktır. Zira kişiler ancak gerekçeli karar vasıtasıyla somut olayın hukuk kuralları karşısında nasıl konumlandırıldığını öğrenebilmekte ve buna karşı etkili bir savunma geliştirme imkânı bulabilmektedir. Derece mahkemelerince gerçekleştirilen araştırma ve incelemeler neticesinde tespit edilen hususların hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerini temin edecek ve keyfî uygulamaların önüne geçecek şekilde somut olayın özelliği dikkate alınarak gerekçeli kararda ortaya konulması gerekir. Bu kapsamda sadece şeklî anlamda bir gerekçenin varlığı yeterli değildir, aynı zamanda gerekçenin makul olması şartı aranmaktadır. Makul gerekçeden anlaşılması gereken, mahkemelerin dava konusu maddi olay ve olguların kanıtlanmasını, delillerin değerlendirilmesini, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanmasını, uyumsuzlıkla ilgili vardığı sonucu, sonuca varmada kullandığı takdir yetkisinin sebeplerini ortaya koymasındır¹¹³” ifade edilmiştir. Aynı kararın karşı oy gerekçesinde AYM¹¹⁴, mahkeme kararlarının gerekçeli olması, adil yargılanma hakkının temel bir unsuru olarak kabul edilmekte olduğu

reği gerekçeli karar hakkını da içermektedir. Bu sebeple gerekçeli karar hakkının Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının temel güvencelerinden biri olduğu” sonucuna ulaşılmaktadır. Bkz. Hilmi Kocabey ve diğerleri, B. No: 2018/27686, 17/11/2021, §77.

¹¹² Sencer Başat ve diğerleri [GK], B. No: 2013/7800, 18/6/2014, §§31,34.

¹¹³ Zafer Guguş, B. No: 2020/2951, 28/2/2024, §34-35.

¹¹⁴ Zekeriya Akın, B. No: 2020/10117, 17/7/2024, Karşı Oy gerekçesi; Zafer Guguş, B. No: 2020/2951, 28/2/2024, §25-28. Ayrıca Bkz. Vesim Parlak, B. No: 2012/1034, 20/3/2014, §34; İbrahim Ataş, B. No: 2013/1235, 13/6/2013, §23; Vedat Benli, B. No: 2013/307, 16/5/2013, §30, 34.

belirtilmiştir. Derece mahkemeleri, dava konusu olayların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi ve hukuk kurallarının yorumlanması süreçlerinde ulaştıkları sonuçları, makul bir şekilde gerekçelendirme yükümlülüğüne sahiptir. Bu gerekçelerin, keyfi bir izlenim vermemesi ve makul bir biçimde sunulması halinde adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği kabul edilmektedir. Makul gerekçe, mahkemenin olayları nasıl nitelendirdiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandığını ortaya koyarak, olaylar ile hüküm arasındaki bağlantıyı açıklamalıdır. Tarafların, davaya ilişkin olarak hukuk düzenince hangi sebeplerle haklı veya haksız görüldüklerini anlamaları için, usulüne uygun olarak oluşturulmuş ve kuşkuya yer vermeyecek bir açıklıkta gerekçe bölümünün bulunması gerekmektedir. Gerekçeli kararlar, davanın taraflarının mahkeme kararının dayanağını öğrenerek yargıya güven duymalarını sağlarken, aynı zamanda kanun yoluna etkili başvuru yapmalarını da mümkün kılmaktadır. Gerekçesi belirsiz bir karara karşı kanun yoluna başvurmanın etkinliği sorgulanabilmektedir.

AYM, gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği durumlarda, bireylerin adil yargılanma haklarının zedelendiğine ve hukukun öngörülebilirliğinin sağlanamadığına yukarıdaki kararlar ile hükmetmiştir. Mahkeme, kararlarında, tarafların iddialarının titizlikle incelenmesi ve yargı kararlarının gerekçelerinin açıklanmasının, adaletin tecellisi ve toplumsal güvenin tesis edilmesi açısından elzem olduğunu vurgulamaktadır. Dolayısıyla, gerekçeli karar hakkı, sadece bireysel hakların korunması değil, aynı zamanda demokratik değerlerin ve hukukun üstünlüğünün de güçlendirilmesi için elzemdir.

7. Kanunların Geriye/Geçmişe Yürümezliği

Hukukun temel prensiplerinden biri olan geriye yürümezlik/geçmişe etki yasağı ilkesinin temel dayanağı, hukuki güvenlik ilkesidir¹¹⁵. Anayasa'ya aykırılığı tespit edilen bir kanunun hukuk dünyasında hiç doğmamış sayılması, bu kanuna dayanılarak yapılmış işlemlerin geçersiz hale gelmesine yol açmaktadır. Bu durum, kişiler açısından hukuki güvenliği zedeleyip, hukuk düzeninin istikrarını olumsuz etkileyebilir. 1982 Anayasası'nın 152. maddesinde de belirtildiği üzere, AYM'nin kararlarının geçmişe uygulanmazlığı¹¹⁶, hukuki güvenliği sağlama ama-

¹¹⁵ Mehmet Altundış, 'Hukuki Güvenlik İlkesi' (n 19) 79; AYM, E.2018/103, K.2019/4, 13/2/2019, § 15; AYM, E.2018/108, K.2019/5, 13/2/2019, §20.

¹¹⁶ "Geriye yürümezlik, vergi yasaları için de doğal bir zorunluluktur. Bu zorunluluğu kaçınılmaz kılan görüşler öğretilde çoğunluk kazanmıştır. Devlete ve hukuk düzenine güven noktasında yoğunlaşan bu görüşler genelde (yöntem yasalarındaki zorunluluklar dışında) tüm yasalar için geçerli olan bir durumdur. Ayırıklık koşulları bir yana bırakıldığında, genel kural, geriye yürü-

cı taşımaktadır¹¹⁷ ve geçmiş işlemlerin geçerliliğini koruyarak hukuk düzeninin istikrarını sağlamaktadır. AYM'nin *"Türk anayasal sisteminde hukuka güven ilkesini sarsmamak ve ayrıca devlet yaşamında bir karmaşaya neden olmamak için Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümezliği kuralı kabul edilmiştir. Böylece hukuksal ve nesnel alanda etkilerini göstermiş, sonuçlarını doğurmuş bulunan durumların iptal kararlarının yürürlüğe gireceği güne kadar ki dönem için geçerli sayılması sağlanmıştır"*¹¹⁸. Yine aynı karara ilişkin yaptığı açıklamada, *"Somut olayda görülen davada Yargıtay'ın aynı dairesinin diğer içtihadıyla çelişecek şekilde karar vermesi söz konusudur. Makul bir gerekçe ortaya konulmayıp ve sonrasında istikrarlı bir şekilde uygulanmadan benzer nitelikteki uyuşmazlığın zıttı olacak şekilde davanın neticelenmesi hukuki belirsizliğe yol açmıştır"*¹¹⁹.

AYM, kanunların geriye yürümezliği ilkesine dair çeşitli kararlarında, geriye yürüme kavramını *"gerçek geriye yürüme"* ve *"gerçek olmayan geriye yürüme"* olarak iki şekilde ele almaktadır. Gerçek geriye yürüme, yeni bir kuralın geçmişte tamamlanmış ve hukuki sonuçlar doğurmuş olan olaylara uygulanmasıdır. Buna karşın, gerçek olmayan geriye yürüme, yeni kuralın eski kural yürürlükteyken başlayıp, henüz tamamlanmamış hukuki durumlara ve ilişkilere uygulanmasıdır. Mahkeme, bu tür bir uygulamayı geriye yürüme olarak nitelendirmemektedir (AYM, E.2016/150, K.2017/179; E.2010/93, K.2012/20)¹²⁰.

mezliğin her yasa için egemen bir özellik olduğudur. Zorunlu nedenlerle (örneğin kamu yararı gibi) geriye yürüme durumunda önceki etkileme söz konusu olabilir. Yükümlüler arasında eşitsizliğe yol açmayacak düzenlemeler, üstelik yükümlülerin yararına olunca, geriye yürütülmekle hukuksal güvenlik ilkesini çiğnemiş sayılamaz." Ayrıca Mahkeme, *"...gerçek anlamda bir geriye yürüme, yani, önceki yasa döneminde tamamlanmış ve hukuksal sonuçlarını doğurmuş hukuksal durum ve ilişkilerin, yeni yasaya bağlı olması değil, önceki yasa yürürlükte iken başlamakla birlikte henüz sonuçlanmamış hukuksal ilişkilere yeni kuralların uygulanması, daha açık bir anlatımla gerçek bir geriye yürümeme söz konusudur"* demektedir. Bkz. AYM, E.1989/6 K.1989/42 KT.7.11.1989 RG-S., 06.04.1990-20484. <<https://normkararlarbilgi.ban-kasi.anayasa.gov.tr/ND/1989/42?KararNo=1989%2F42>> Erişim Tarihi 20 Ekim 2024.

¹¹⁷ AYM, E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017, §309.

¹¹⁸ AYM'in 12.2.2019 tarihli Basın Duyurusu. Anayasa Mahkemesi Birinci Bölümü 22/1/2019 tarihinde, Aşır Tunç, B. No: 2015/17453 başvurusunda Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/bildirimler/bireysel-basvuru-basin-duyurulari/yargitayin-yerlesik-ictihatlarina-aykiri-olarak-karar-verilmesi-nedeniyle-hakkaniyete-uygun-yargılanma-hakkinin-ihlal-edilmesi/>> Erişim Tarihi 20 Ekim 2024.

¹¹⁹ AYM Basın Duyurusu, 12.2.2019.

¹²⁰ AYM, E.2023/169, K.2024/82, 14/03/2024, §18.

AYM'nin 2019 tarihli kararında; *"Hukuk devletinin korumakla yükümlü olduğu evrensel ilkelerden biri hukuki güvenlik ilkesidir. Hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılan ortak değerdir. ...Kural olarak hukuki güvenlik, kanunların geriye yürütülmemesini zorunlu kılar. Daha önce tesis edilmiş bulunan işlemlerin doğurduğu hukuki sonuçları ortadan kaldıracak şekilde yasama tasarrufunda bulunulması, hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturur. "Kanunların geriye yürümezliği ilkesi" uyarınca kanunlar kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirmesi, kazanılmış hakların korunması, mali hakların iyileştirilmesi gibi istisnai durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılır. Sonradan yürürlüğe giren kanunların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması, hukukun genel ilkelerindendir. Ancak kanun koyucu kişilerin lehine haklar sağlayan kanuni düzenlemeleri geçmişe etkili olacak şekilde yapma konusunda takdir yetkisine sahiptir"*¹²¹ şeklinde bir yorumunda bulunmuştur.

Yine başka bir kararında; *"Hukuk güvenliği, ilke olarak kanunların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. Bu ilke uyarınca kamu yararı, kamu düzeni, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrık durumlar dışında sonradan çıkan bir kanun yürürlüğe girdiği tarihten önceki olaylara uygulanmaz. Vergi alanındaki düzenlemeler de kanunlarla gerçekleştirildiğinden geriye yürümezlik vergi kanunları için de doğal bir zorunluluktur (AYM, E.2011/74, K.2012/15, 26/1/2012)"*¹²² ifadesine yer verilmiştir. Kararda geriye yürümezlik/geçmişe uygulanmayacağı ilkesinin hukuki güvenlik ilkesine olan etkisi vurgulanarak hukukun öngörülebilirliğinin sağlanması gerekliliği belirtilmiştir. Aynı zamanda mahkeme, kararında, *"Mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ölçüsüz biçimde sınırlandırılmasına neden olan kural, alacağın tahsili sürecinin başlamasından sonra geçmişe etkili yasama tasarruflarıyla kararın uygulanma imkânını önemli oranda zorlaştırması yönüyle de devlete olan güven duygusunu zedelemekte ve hukuki güvenlik ilkesini ihlal etmektedir"*¹²³ diyerek önemli bir hususa vurgu yapmıştır.

¹²¹ AYM, E. 2018/108, K.2019/5, KT. 13.2.2019, RG-S.,14/3/2019-30714

¹²² A.N.A. [1.B.], B. No: 2014/109, 20/9/2017, §68.

¹²³ AYM, E.2018/108, K.2019/5, 13/02/2019, §35.

8. Kazanılmış Hakların Korunması

Bireylerin hukuka uygun bireysel işlemle elde ettiği kesinleşmiş haklar ve statüler kazanılmış hak olarak tanımlanmaktadır¹²⁴. Kazanılmış haklara saygı, 1982 Anayasası'nda açıkça düzenlenmemiş olsa da, hukukun genel ilkelerinden biri olarak her zaman geçerliliğini korumaktadır¹²⁵. Kazanılmış bir hakkın varlığını kabul edebilmek için, o hakkın elde edilmesi sürecinde yürürlükteki hukuk kurallarına uygun olması şarttır. Bunun yanı sıra, ilgili hakkın bütün sonuçlarıyla yasalara uygun bir biçimde elde edilmesi gerekmektedir. Kazanılmış hakların geri alınması yahut geçmişe etkili bir şekilde hak ve statülerin ortadan kaldırılması, hukuki güvenlik ilkesinin sağladığı istikrar ve öngörülebilirlik açısından engelleyici bir nitelik taşımaktadır. Anayasa Mahkemesi konuyla ilgili bir kararında¹²⁶ “...kazanılmış hakların tanınması ve korunması hukuk devletlerinde benimsenen bir ana hukuk kuralıdır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında bu kuralı ortadan kaldıracak hiçbir hüküm yoktur; olabilmesi de düşünülemez.” şeklinde ifade etmiştir. Mahkeme, kazanılmış hakların, bireylerin haklarının güvence altına alınmasının yanı sıra, devletin hukuk karşısındaki yükümlülüklerini de kapsadığını belirtmektedir. Bu bağlamda, bireylerin geçmişte elde ettikleri hakların korunması, hukukun genel ilkeleri çerçevesinde bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. AYM bu yöndeki bir diğer kararında konuyu, “Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin temel gereklerinden biri de kazanılmış haklara saygı gösterilmesidir. Kazanılmış haklara saygı, hukuk güvenliği ilkesinin bir sonucudur¹²⁷. Kazanılmış hak; kişinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş, kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haktır (AYM, E.2017/160, K.2017/178, 28/12/2017, § 17; E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, § 201)”¹²⁸ şeklinde yorumlamıştır.

¹²⁴ Keskin ve Yağcı, ‘Türk İdare Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesinin Uygulanması’ (n 23) 66-67.

¹²⁵ “Kazanılmış haklara saygı ilkesi, hukukun genel ilkelerinden biri olup hukuk güvenliği ilkesinin bir sonucudur. Kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın yeni kanundan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekir. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş haktır. Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar ise bu nitelikte değildir. Kanunlarda yapılan değişiklikler kazanılmış hakları etkilemediği ve hukuk güvenliğini zedelediği sürece bu değişikliklerin hukuk devleti ilkesine aykırı oldukları ileri sürülemez”, AYM, E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017, § 311.

¹²⁶ AYM, E.1976/51; K.1976/16, 10.3.1977; AYM, E.1963/106 K.1963/270, 11.11.1963.

¹²⁷ AYM, E.2021/125, K.2023/213, 07/12/2023, §267.

¹²⁸ AYM, E.2023/61, K.2024/10, 18/01/2024, §24.

AYM kararına göre kazanılmış hak kavramı¹²⁹, “*hukukun en belirsiz, uygulama sahası çok dar, genel hukuksal durumlarda konu edilemeyen bir kavramdır. Yönteme ilişkin kural işlemlerin değişmesi kişiler yönünden kazanılmış hak doğurmaz. Çünkü yönteme değişiklik getiren yeni kuralın, yeni olayda uygulanması kamu yararının daha fazla bulunduğu var sayımına dayanır. Kişi, işin yapıldığı andaki hukuken geçerli yönteme bağlı olarak öznel ilişki kurma durumundadır. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan (maaş gibi) tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş, kişisel niteliğe dönüşmüş, somutlaşmış haklar için söz konusudur*” şeklinde açıklanmıştır. Ayrıca mahkeme şu hususa kararlarında sıklıkla vurgu yapmıştır;

“Kazanılmış haklar Hukuk Devleti kavramının temelini oluşturan en önemli unsurlardandır. Kazanılmış hakları ortadan kaldıracı nitelikte sonuçlara yol açan yorumlar Anayasanın 2. maddesinde açıklanan ‘Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir hukuk devletidir’ hükmüne aykırılık oluşturacağı gibi toplumsal kararlılığı, hukuksal güvenceyi ortadan kaldırır, belirsizlik ortamına neden olur ve kabul edilemez¹³⁰”.

AYM, usule ilişkin kazanılmış hakta da bir kişinin yargılama sürecinde veya belirli bir hukuki süreçte elde ettiği hakların korunmasını gözetmektedir. Usule ilişkin kazanılmış haklar, tarafların yargılamada veya diğer hukuki işlemlerde belirli bir usulün uygulanacağına dair beklentilerini güvence altına almaktadır. AYM, usule ilişkin kazanılmış hak ilkesini şöyle açıklamıştır; “*Usule ilişkin kazanılmış hak ilkesi usul hukukuna ilk olarak Yargıtay’ın içtihadı birleştirme kararları ile girmiş bir ilkedir (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 4/2/1959 tarihli ve E.1957/13, K.1959/5 sayılı karar; aynı yöndeki Yargıtay içtihadı için bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 9/5/1960 tarihli ve E1960/21, K1960/9 sayılı kararı). Söz konusu içtihadı birleştirme kararlarıyla çizilen çerçeveye göre bu ilke; ilk derece mahkemeleri bakımından mahkemenin bozma kararına uyması hâlinde artık bozma kararı doğrultusunda inceleme yapmak ve/veya hüküm vermek zorunda olmasını, ayrıca bozma kararı dışında kalan kısım hakkında yeniden inceleme yaparak karar verememesini; temyiz mercii yönünden ise bozma kararında belirtilen bozma gerekçeleriyle*

¹²⁹ AYM, E. 1989/23 K. 1990/26 KT.25.10.1990 RG-S., 09.01.1991-20750; AYM E.2005/38 K.2008/53 KT. 7.2.2008 RG-S., 08.04.2008-26841

¹³⁰ İsmail Tuncel [GK], B. No: 2019/8609, 21/12/2023, §23; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 20/12/2013 tarihli ve E.2013/23-131, K.2013/1681 sayılı kararı; Ahmet Özgan ve Şule Özgan [GK], B. No: 2020/21347, 21/12/2023, §28.

kendisinin de bağlı olmasını ve bozma kararı dışında kalan kısım hakkında tekrar inceleme yapamamasını ifade etmektedir (bazı farklarla birlikte bkz. AYM, E.2019/115, K.2020/31, 12/6/2020, §§ 3,4)¹³¹. Mahkeme, usule ilişkin kazanılmış hak kavramını kanunilik ilkesi kapsamında değerlendirmektedir¹³². Ayrıca Mahkeme, “Sonuç itibarıyla yargılama süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde içtihat hukukuyla geliştirilmiş olan usule ilişkin kazanılmış hak ilkesi ve bu içtihadın kısmen kanunlaştırılmış hâli olan 2577 sayılı Kanun’un 50. maddesi dikkate alınarak usule ilişkin kazanılmış hak ilkesinden ayrılmayı gerektirecek şekilde tekrar bozma kararı verilmesini gerektiren zorlayıcı ve istisnai durumların ortaya konulmaması ve başvurunun kararın sonucunu değiştirebilecek nitelikteki esaslı iddialarının karşılanmaması nedeniyle gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği kanaatine varılmıştır” şeklindeki değerlendirmesiyle usule ilişkin kazanılmış hak kavramını gerekçeli karar hakkıyla desteklemiştir¹³³. Dolayısıyla AYM, bir yasal düzenlemenin kazanılmış hakları geri alması ve usule ilişkin kazanılmış hakların ihlal edilmesinin adil yargılanma hakkına zarar vereceği gerekçesiyle anayasaya aykırılık kararı verebilmektedir.

Sonuç

Hukukun temel prensibi olan hukuki güvenlik ilkesi, AYM tarafından 1982 Anayasası’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin bir unsuru olarak ele alınmıştır. Temel hakların korunması, keyfi uygulamalarının önüne geçilmesi açısından hukuki güvence sayılan bu ilkeyi, AYM, norm denetimlerinde ve bireysel başvurulara ilişkin kararlarında uygulamıştır. Mahkeme, hukuk devleti ilkesi ile anayasada hukuki güvenlik ilkesiyle doğrudan bağlantılı normları birlikte ele alarak yorumlamış, kararlarında istikrarı ve öngörülebilirliği temin etmeye yönelik bir yaklaşım sergilediği görülmüştür.

AYM’nin hukuki güvenlik ilkesine ilişkin yorumlarının bazı kararlarında tartışmalara yol açtığı ve ilkeyi esnek bir şekilde uyguladığı yönünde eleştiriler bulunsa da, mahkemenin hukuki güvenliği sağlama ve temel hakları koruma

¹³¹ İsmail Tuncel [GK], B. No: 2019/8609, 21/12/2023, §40; AYM, E.2019/115, K.2020/31, 12/6/2020, §4.

¹³² İsmail Tuncel [GK], B. No: 2019/8609, 21/12/2023, §41-44, 51.

¹³³ Müflis Estaş Kum Mad. Nak. Tic. ve San A.Ş. [GK], B. No: 2019/17103, 12/10/2023, §51; Usûlî kazanılmış hak ilkesi ise, yine kararda belirtildiği gibi, ilk derece mahkemesinin bozma kararı- na uyarak bu yönde karar vermesi hâlinde temyiz merciinin bozma gerekçeleriyle kendisinin de bağlı olmasını ve bozma kararı dışında kalan kısım hakkında tekrar inceleme yapamaması- nı gerektirmektedir. Ayrıntılı açıklama için bkz. AYM, E.2019/115, K.2020/31 KT.12/6/2020

amacı taşıyan kararlar verdiği de görülmektedir. Mahkeme'nin, hukuk devleti ilkesini hukuki güvenlik ilkesini yorumlayarak güçlendirdiği ve bu doğrultuda geliştirdiği sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca, hukuki güvenlik ilkesi bağlamında AYM kararlarını bütüncül bir şekilde ele alan bir çalışma bulunmamakta olup, literatürdeki bu eksiklik, karar taramaları yapılarak mahkemenin yaklaşımını daha iyi anlayabilmek açısından önemlidir. Mahkeme, özellikle bireysel başvurularda hukuki güvenlik ilkesini birey lehine genişletici bir şekilde yorumlayarak, temel hakların korunmasına olumlu bir katkı sağlamaktadır. Ancak, söz konusu ilkenin kapsamı ve uygulanabilirliğine dair belirsizlik, mahkemenin takdir yetkisinin sınırlarını genişletme riski taşıdığı için yargısal aktivizme yol açabilecek bir potansiyel barındırmaktadır. İlkenin içeriğinin net bir şekilde belirlenmemesi, hukuki güvenliğin kendisinin tehlikeye girmesi anlamına gelebilmektedir. AYM'nin hukuki güvenlik ilkesini, hukuk devleti ilkesine bağlı destekleyici ölçü norm mu yoksa bağımsız ölçü norm olarak mı ele aldığı literatürde kesinlik kazanmış bir konu değildir. Bu durum hukukun temel bir prensibinin içeriğinin nasıl tespit edilmesi gerektiği ve bu içeriğin açıkça belirlenip belirlenmemesinin bir sorun oluşturup oluşturmayacağı sorularını gündeme getirmektedir. Bir diğer konu ise, hukukun temel prensibi olarak kabul edilen ilke kurallarının, evrensel bir standartla mı yoksa yoruma açık bir biçimde mi uygulanması gerektiği hususudur. Bu kuralların yargı kararlarıyla uygulanarak somut normlara dönüştürülmesi süreci ile ilke kurallarının evrensel bir temele oturması arasında belirgin bir farkın olup olmadığı sorunu da tartışmalıdır ancak test edilmesinin mümkün olmadığı diğer bir husustur. İlke kurallarının, hukukun temel dayanakları olması sebebiyle evrensel kabul görmeleri ve belirli bir standart çerçevesinde uygulanmaları gerektiğini savunsak bile, bu ilkelerin dinamik bir yorum süreci ile somut olaylara uyarlanması, hukuk sisteminin değişen toplumsal koşullara adapte olabilmesi ve adaletin sağlanması açısından gerekli olabilirliği de iddia edilebilir. Bu bağlamda hukuki güvenlik ilkesi, bir hukuki düzenin temel prensiplerinin değerlendirilmesi açısından önemli bir dayanak ise, bu temel prensibin içeriğinin tespit edilmesi yahut açıkça belirlenip belirlenmemesi meselesi, hukuk teorisi ve uygulaması bakımından çeşitli tartışmaları gündeme getirecektir. Faraza, bu prensibin içeriğinin açıkça belirlenmemesi durumunda, özellikle hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik açısından sorunlar doğacaktır. Bu tür belirsizlikler, hem bireylerin hukuka güvenini zedeleyebilir hem de hukuk normlarının keyfi uygulanma riskini artırabilir. Öte yandan, bu prensibin evrensel yorumla sabit bir standartta olacak şekilde tanımlanması, hukuk sisteminin esnekliğini sınırlayarak adaletin somut olaylara uygun şekilde tesis edilmesini

güçleştirebilir. Bu nedenle, hukuki güvenlik ilkesinin içeriğinin tespiti sürecinde, normların hem temel hukuk düzeniyle uyumlu hem de uygulamada öngörülebilir bir şekilde yorumlanabilir olması sağlanmalıdır. Bu bağlamda ilkenin sınırlarının belirlenmesi yalnızca kanun koyucunun değil, aynı zamanda yargısal organların ve doktrinel çalışmaların katkısıyla tamamlayıcı hale gelebilir. AYM'nin takdir marjını ölçülülük ilkesine uygun şekilde kullanması, temel haklar ile hukuki güvenlik arasındaki dengenin sağlanması açısından gereklidir.

Mahkeme kararları analiz edildiğinde, hukuki güvenlik ilkesinin anayasada doğrudan düzenlenen hukuk devleti ilkesine dayalı olarak içeriği oluşmakta ve mahkeme içtihatlarıyla bunu şekillendirmektedir. AYM'nin kararlarında istikrar ve öngörülebilirlik sağlanabilmesi için öncelikle hukuk devleti ilkesini ve bu ilkeye bağlı alt ilkeleri netleştirmesi gerekmektedir. Çünkü bu ilkelerin bireyler lehine etkin bir şekilde işlev görmesi, hukuki güvenliğin sağlanması açısından belirleyici olacaktır.

1982 Anayasası'nın 153. maddesi, AYM kararlarının kesinliğini, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağını hükme bağlamıştır. İlgili madde hukuki güvenlik ilkesi bakımından şekli ve maddi kesinlik unsurlarını içermektedir. Anayasa, AYM kararlarına doğruluk karinesi atfederek hukuki güvenliği tesis edecek hükümlere yer vermiştir. AYM kararlarına karşı kanun yollarının kapalı olması ve herkesi bağlayacak olması şekli bir kesinliği içerirken, Anayasanın 152. maddesindeki düzenleme ise mahkeme tarafından işin esasına girilerek verilen ret kararı durumunda aynı kanun hükmünün Resmi Gazete'de yayımlanmasından itibaren 10 yıl süreyle yeniden yargıya taşınamaması maddi kesinliği ifade etmektedir. AYM iptal kararlarının geriye yürümeyeceği ya da bu kararların yürürlüğe girişinin ertelenmesi gibi hususlar hukuki güvenliği pekiştiren diğer düzenlemeler arasında yer almaktadır.

AYM aynı zamanda hukuki güvenlik ilkesini belirlilik ilkesiyle birlikte yorumlamaktadır bilhassa temel haklara yönelik sınırlamalarda sınırlamanın ağırlığı ile orantılı olarak yüksek bir belirlilik düzeyinin aranması gerektiğini vurgulamaktadır. Bir diğer deyişle mahkeme, temel haklara yönelik müdahalelerin derecesi arttıkça ilgili düzenlemelerin açık ve net olmasını zorunlu görmektedir. Kanunilik ilkesini, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan sınırlama ölçütleri doğrultusunda hukuk devleti ilkesine uygun olarak yorumlanması gerektiğini belirten Mahkeme, kanunların belirsiz veya muğlak olmamasını kararlarında sıklıkla vurgulamıştır. Bununla birlikte kararlarında, bireylerin hak ve yükümlülüklerinin

net bir biçimde tanımlanmasının hukuki güvenlik açısından önemine dikkat çekmiştir. Ani veya köklü değişikliklerin hukuki güvenlik ilkesini ihlal edebileceğini dikkate alarak kanunların sürekli ve öngörülemez şekilde değiştirilmesinin bireylerin haklarının ihlaline sebebiyet vereceğini de belirtmiştir. Kararlarında, kanunların pratikte uygulanabilirliğini değerlendirmesi de hukuki güvenliğin tesisi açısından önemlidir. AYM, kanunların açıklığı, öngörülebilirliği ve istikrarı gibi unsurları değerlendirirken, bu unsurların ihlali durumunda o kanunun hukuki güvenlik ilkesine dolayısıyla hukuk devletine aykırı olduğuna karar vermiştir.

Netice olarak, Mahkeme'nin hukuki güvenlik ilkesine uygun hareket ederek, kararlarında önceki içtihatlarla tutarlılığı sağlaması, istikrar ve öngörülebilirlik ilkelerini güçlendirmesi, ayrıca yeni kararlar alırken tartışmalı meseleleri ve kanunlardaki muğlak ifadeleri açıklığa kavuşturarak belirsizlikleri gidermesi, hukuki güvenliğin etkin bir şekilde uygulanmasını ve bireylerin hukuk sistemine duyduğu güvenin artırılmasına katkı sağlayacaktır.

Kaynakça

Kitaplar ve Makaleler

- Aksoy, Sema. "Açılış Konuşması." İçinde Kamu Hukukçuları Platformu, *Hukuk Güvenliği*, ed. Ece Göztepe, Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2013.
- Altundış, Mehmet. "Hukuki Güvenlik İlkesi". *Yasama Dergisi*, 10 (1 Aralık 2008) 60-94.
- Artantaş, Çağdaş Onur. "'Rechtsstaat', Hukuk Devleti ve Kamu Personeline Rücu'un Zorunluluğu," Prof. Dr. Metin Günday'a Armağan C. I, Atılım Üniversitesi Yayınları No:65 (2020): 157-172.
- Aygün Eşitli, Ezgi. "Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi", *Türkiye Barolar Birliği (TBB) Dergisi*, 104 (2013), 225-246.
- Cicero, Marcus Tullius. *Yasalar Üzerine*, Çev. C. Cengiz Çevik, 1. Basım, İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları, 2016.
- Çağlar, Selda. "Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik-Hukuk Güvenliği İlişkisi", *Hukuk Güvenliği*, ed. Ece Göztepe, Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2013.
- - *Hukuk Devletin Hukuki Belirlilik Üzerinden Değerlendirilmesi*, İstanbul: Beta Yayınevi, 2013.
- Çaptuğ, Mehpere. "Hukuki Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi". *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 9/17 (2021): 133-160.
- Eren, Abdurrahman. *Anayasa Hukuku Ders Notları*, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Göze, Ayferi. *Siyasi Düşünceler ve Yönetimler*, 13. Bası, İstanbul: Beta Basım A.Ş., 2011.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 22. Baskı, Bursa: Ekin Kitabevi, 2018.
- - İngilizce ve Fransızcadan Türkçeye Anayasa Hukuku Sözlüğü, Erişim tarihi 10 Nisan 2025. <https://www.anayasa.gen.tr/ahgt-sozluk-tr-ing-fr.pdf> içinde: Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 1. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi, 2010, XVI+496.
- Gül, Cengiz. *İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti*, 1. Baskı, Ankara: Adalet yayınevi. 2010.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*, 10. Baskı, Ankara: İmaj Yayınevi, 2011.
- Gürdal, Temel ve Ekeryılmaz, Şebnem. "Vergilemede Hukuki Güvenlik İlkesinin Danıştay Kararları Işığında İncelenmesi", *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, 13/2 (2018): 205-226.
- Kamu Hukukçuları Platformu, *Hukuk Güvenliği*, Ed. Ece Göztepe, Ankara: Türkiye Barolar Birliği 2013. Erişim Tarihi 20 Ekim 2024. <https://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/HUKUK_GyVENL_.pdf> Erişim Tarihi 22 Şubat 2025.
- Karakoç, Yusuf. *Genel Vergi Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Katoğlu, Tuğrul, "Ceza Ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi", Kamu Hukukçuları Platformu, *Hukuk Güvenliği*, ed. Ece Göztepe, Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2013.

- Keskin, Bayram ve Yağcı, Zühal. "Türk İdare Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesinin Uygulanması". *Terazi Hukuk Dergisi*, 13/148 (2018): 56-74.
- Khaled, Aldrou; Al-Sharaiyri, Qais and Jabbar, Ali. "The Role of the Legislative, Executive, and Judicial Powers in Protecting the Principle of Legal Security". *Pt. 2 Journal Legal Ethical&Regulatory*, Issues 24/7 (2021):1-9.
- Kılıç, İlker. "İki Hukuk Devleti, İki Devlet Teorisi Mübadele Mantiğı, Sermaye Mantiğı", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4/1 (2019):93-117.
- Kriegel, Blandine, et al. *The State and the Rule of Law*, Princeton University Press, 1995 <<http://www.jstor.org/stable/j.ctt7t6j3>> Erişim Tarihi 10 Nisan 2025.
- Köküsarı, İsmail. *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, 2015.
- Lazarus, Liora. "Mapping the Right to Security", Oxford: *Hart Publishing* (2007): 325-346, Erişim Tarihi 30 Ağustos 2024. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2209228
- Lefroy, Augustus Henry Frazer (A.H.F), "Rome and Law", *Harvard Law Review*, Vol. 20/8 (1906-1907): 606-619. <https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/hlr20&id=671&men_tab=srchresults> Erişim Tarihi 13 Ekim 2024.
- Locke, John. *Two Treatises of Government*, Second Edition, Cambridge University Press, 1967.<https://books.google.com.tr/books?hl=tr&lr=&id=5FziTdwA6WAC&oi=fnd&pg=PR2&dq=JOHN+LOCKE+Two+Treatises+of+Government&ots=rH80KXHkBi&sig=MYEYNbSxPLFIWYgvl8O2MaSmx4&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false> Erişim Tarihi 6 Kasım 2024.
- Locke, John. *Two Treatises of Government*, A New Edition, Corrected. In Ten Volumes. Vol. V. London. <<https://www.yorku.ca/comninel/courses/3025pdf/Locke.pdf>> Erişim Tarihi 7 Kasım 2024.
- Montesquieu. *Kanunların Ruhu Üzerine (De l'esprit des lois)*, Çev. Berna Günen, IV. Basım, İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları, 2019.
- Okur, Aykut ve Kalay, Mehmet. "Adli Yardım Sorunlar ve Çözümleri", *Genç Hukukçular Okuma Grubu*. <<https://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerII/114.pdf>> Erişim Tarihi 1 Ekim 2024.
- Otacı, Cengiz, "Öngörülebilirlik Bağlamında Ceza Hukuku İçtihatları ve İçtihatların Sağlaması Gereken Hukuki Güvenlik", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi HFSA27*, İstanbul Barosu (2016): 275-312.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*, 14. Bası, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2013.
- - *Türk Anayasa Hukuku*, 19. Basım, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Paye, Jean Claude. *Hukuk Devletinin Sonu*, 1. Baskı, Ankara: İmge Yayınevi, 2009.
- Raz, Joseph. "Hukuk Devleti ve Erdemi", Çev. Bilal Canatan, *Hukuk Devleti (Hukuki Bir İlke Siyasal Bir İdeal)*, ed. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük (Ankara: Adres Yayınları) 2008.

- Raz, Joseph. *The Authority Of Law*, Oxford University Press, New York, 1979. <<http://ndl.ethernet.edu.et/bitstream/123456789/77486/1/17.pdf>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2024.
- Şirin, Tolga. *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara: MRK Baskı ve Tanıtım, 2018. <https://www.anayasa.gov.tr/media/3544/01_ozgurluk_guvenlik_hakki.pdf> Erişim Tarihi 17 Eylül 2024.
- Teziç, Erdoğan. *Anayasa Hukuku*, 16. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2013.
- Uygun, Oktay. *Devlet Teorisi*, 7. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- - "Hukukun Üstünlüğü İlkesi", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), C.XIX, (2022: Özel Sayı): 521-558.
- Uygur, Gülriz, "Adalet ve Hukuk Devleti", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 53/3 (2004): 29-38.
- Yaylalı, Mustafa. "Hukuk Devleti ve Hukukun Üstünlüğü Kavramları: Albert Venn Dicey ve Hans Kelsen", *Liberal Düşünce Dergisi*, 23/91-92 (2018): 95-111.
- Zabunoğlu, Y. Kâzım; Mumcuoğlu, Maksut; Saygılı, A. ve Zabunoğlu, H. Gökçe. *Devletin Genel Kuramı Dersleri Cilt-1*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.

Kararlar

Anayasa Mahkemesi (AYM), Erişim Tarihi 13 Nisan 2025. <<https://kararlarbilgi.bankasi.anayasa.gov.tr>>

Norm Denetimi:

- AYM, Esas Sayısı: 2007/23 Karar Sayısı: 2011/64 Karar Tarihi: 14.4.2011, Resmi Gazete (R.G.) Tarih-Sayı: 27.10.2011-28097
- —, Esas Sayısı: 2013/71 Karar Sayısı: 2013/77 Karar Tarihi: 18.6.2013 R.G. Tarih-Sayı: 26.07.2013-28719
- Esas Sayısı: 2012/102 Karar Sayısı: 2012/207 Karar Tarihi: 27.12.2012 R.G. Tarih-Sayı: 02.04.2013-28606 mük.
- Esas Sayısı: 1985/31 Karar Sayısı: 1986/11 Karar Tarihi: 27/3/1986 R.G. Tarih-Sayı: 09.05.1986-19102
- Esas Sayısı: 2018/117, Karar Sayısı: 2023/212, Karar Tarihi: 7/12/2023, R.G. Tarih-Sayı: 4/6/2024 - 32566.
- Esas Sayısı: 2018/154 Karar Sayısı: 2019/11 Karar Tarihi:14/3/2019 R.G. Tarih-Sayı: 25/4/2019 - 30755
- Esas Sayısı: 2013/158 Karar Sayısı: 2014/68 Karar Tarihi: 27.3.2014 R.G. Tarih-Sayı: 09.04.2014-28967
- Esas Sayısı: 2014/73 Karar Sayısı: 2014/98 Karar Tarihi: 22.5.2014 R.G. Tarih-Sayı: 17.9.2014-29122

- Esas Sayısı: 2014/34 Karar Sayısı: 2014/79 Karar Tarihi: 9.4.2014 R.G. Tarih-Sayı: 09.09.2014-29114
- Esas Sayısı: 2012/24 Karar Sayısı: 2012/95 Karar Tarihi: 15.6.2012 R.G. Tarih-Sayı: 13.10.2012-28440
- Esas Sayısı: 2007/44 Karar Sayısı: 2009/148 Karar Tarihi: 15.10.2009 R.G. Tarih-Sayı: 28.04.2010-27565
- Esas Sayısı: 2009/33 Karar Sayısı: 2010/78 Karar Tarihi: 3.6.2010 R.G. Tarih-Sayı: 23.10.2010-27738
- Esas Sayısı: 1985/31 Karar Sayısı: 1986/11 Karar Tarihi: 27/3/1986 R.G. Tarih-Sayı: 09.05.1986-19102
- Esas Sayısı: 1963/124 Karar Sayısı: 1963/243 Karar tarihi:11/10/1963 R.G. Tarih-Sayı: 4.12.1963/11572
- Esas Sayısı:1976/1 Karar Sayısı:1976/28 Karar Tarihi:25/5/1976 R.G. Tarih-Sayı:16.8.1976/15679
- Esas Sayısı 1963/124 Karar Sayısı: 1963/243 Karar tarihi:11/10/1963 R. G. Tarih-Sayı:4.12.1963/11572
- Esas Sayısı: 2022/47 Karar Sayısı: 2023/124 Karar Tarihi: 13/7/2023 R.G. Tarih-Sayı: 27/9/2023 - 32322
- Esas Sayısı: 2010/49 Karar Sayısı: 2010/87 Karar Tarihi: 7.7.2010 R.G. Tarih-Sayı: 01.08.2010-27659
- Esas Sayısı:1976/1 Karar Sayısı:1976/28 Karar Tarihi:25/5/1976 R. G. Tarih Sayı:16.8.1976/15679
- Esas No:1963/166 Karar No:1964/76 Karar tarihi:22/12/1964 Resmi Gazete Tarih-Sayı:28.4.1965/11985
- Esas No:1963/106 Karar No:1963/270 Karar tarihi:11/11/1963 Resmi Gazete Tarih-Sayı: 29.1.1964/11619
- Esas Sayısı: 1986/3 Karar Sayısı: 1986/15 Karar Tarihi: 3/7/1986 R.G. Tarih-Sayı: 10.12.1986-19307
- Esas Sayısı: 2010/83 Karar Sayısı: 2012/169 Karar Tarihi: 1.11.2012 R.G. Tarih-Sayı: 22.02.2013-28567
- Esas Sayısı: 2012/116, Karar Sayısı: 2013/32, Karar Tarihi: 28.2.2013 R.G. Tarih-Sayı: 13.08.2013-28734
- Esas Sayısı: 2013/39, Karar Sayısı: 2013/65, Karar Tarihi: 22.5.2013 R.G. Tarih-Sayı: 12.07.2013-28705
- Esas Sayısı: 2010/29, Karar Sayısı: 2010/90, Karar Tarihi: 16.07.2010 R.G. Tarih-Sayı: 4.12.2010- 27775.
- Esas Sayısı: 2013/39 Karar Sayısı: 2013/65 Karar Tarihi: 22.5.2013 R.G. Tarih-Sayı: 12.07.2013-28705

- E. 2020/14, Karar Sayısı: 2020/58, Karar Tarihi: 15/10/2020, R.G. Tarih-Sayısı: 3/12/2020 - 31323.
- E.2023/105, Karar Sayısı: 2023/208, Karar Tarihi: 30/11/2023, R.G.Tarih-Sayı: 16/1/2024-32431.
- Esas Sayısı: 2023/36 Karar Sayısı: 2023/142 Karar Tarihi: 26/7/2023 R.G. Tarih-Sayı: 13/10/2023 - 32338
- Esas Sayısı: 2023/162 Karar Sayısı: 2024/20 Karar Tarihi: 23/1/2024 R.G.Tarih-Sayı: 3/4/2024-32509
- Esas Sayısı: 2013/39 Karar Sayısı: 2013/65 Karar Tarihi: 22.5.2013 R.G. Tarih-Sayı: 12.07.2013-28705
- Esas Sayısı: 2010/55 Karar Sayısı: 2011/140 Karar Tarihi: 20.10.2011 R.G. Tarih-Sayı: 14.02.2012-28204
- Esas Sayısı: 2015/94 Karar Sayısı: 2016/27 Karar Tarihi: 7.4.2016 R.G. Tarih-Sayı: 03.05.2016-29701
- Esas Sayısı: 2013/71 Karar Sayısı: 2013/77 Karar Tarihi: 18.6.2013 R.G. Tarih-Sayı: 26.07.2013-28719
- Esas Sayısı: 2015/41, Karar Sayısı: 2017/98, Karar Tarihi: 4.5.2017, R.G Tarih-Sayısı: 3.8.2017 - 30143.
- Esas Sayısı: 2022/129, Karar Sayısı: 2023/189, Karar Tarihi: 8/11/2023, R.G.Tarih-Sayı: 23/2/2024-32469.
- Esas Sayısı: 2021/83, Karar Sayısı: 2022/168, Karar Tarihi: 29/12/2022, R.G.Tarih-Sayı: 9/5/2023-32185.
- Esas Sayısı: 2020/47, Karar Sayısı: 2023/36, Karar Tarihi: 22/2/2023, R.G.Tarih-Sayı: 4/7/2023-32238.
- Esas Sayısı: 2021/83, Karar Sayısı: 2022/168, Karar Tarihi: 29/12/2022, R.G.Tarih-Sayı: 9/5/2023-32185.
- Esas Sayısı: 2023/49, Karar Sayısı: 2024/54, Karar Tarihi: 22/2/2024, R.G. Tarih-Sayı: 2/4/2024 - 32508.
- Esas Sayısı: 2013/71 Karar Sayısı: 2013/77 Karar Tarihi: 18.6.2013 R.G. Tarih-Sayı: 26.07.2013-28719
- Esas Sayısı: 2012/70 Karar Sayısı: 2012/157 Karar Tarihi: 18.10.2012 R.G. Tarih-Sayı: 13.02.2013-28558
- Esas Sayısı: 2012/20 Karar Sayısı: 2012/132 Karar Tarihi: 27.9.2012 R.G. Tarih-Sayı: 26.07.2013-28719
- Esas Sayısı: 2008/34 Karar Sayısı: 2008/153 Karar Tarihi: 31.10.2008 R.G. Tarih-Sayı: 06.12.2008-27076
- Esas Sayısı: 2023/162 Karar Sayısı: 2024/20 Karar Tarihi: 23/1/2024 R.G.Tarih-Sayı: 3/4/2024-32509

- Esas Sayısı: 2003/30 Karar Sayısı: 2003/38 Karar Tarihi: 29.4.2003 R.G. Tarih/Sayı: 09.07.2003/25163.
- Esas Sayısı: 2022/47 Karar Sayısı: 2023/124 Karar Tarihi: 13/7/2023 R.G. Tarih-Sayı: 27/9/2023 - 32322.
- Esas Sayısı: 2020/79, Karar Sayısı: 2023/113, Karar Tarihi: 22/6/2023, R.G.Tarih-Sayı: 11/10/2023-32336.
- Esas Sayısı: 2013/4, Karar Sayısı: 2013/35, Karar Tarihi: 28.2.2013, R.G. Tarih-Sayı: 18.04.2013-28622.
- Esas Sayısı: 2011/113, Karar Sayısı: 2012/108, Karar Tarihi: 18.07.2012, R.G. Tarih ve Sayısı: 1.01.2012-28515.
- Esas Sayısı: 2008/31, Karar Sayısı: 2011/94, Karar Tarihi: 9.06.2011, R.G. Tarih-Sayı: 21.10.2011-28091.
- Esas Sayısı: 2019/111, Karar Sayısı: 2023/63, Karar Tarihi: 5/4/2023, R.G.Tarih-Sayı: 10/10/2023-32335.
- Esas Sayısı: 2022/50, Karar Sayısı: 2022/107, Karar Tarihi: 28/9/2022, R.G.Tarih-Sayı: 27/12/2022-32056.
- Esas Sayısı: 2022/144, Karar Sayısı: 2023/137, Karar Tarihi: 26/7/2023, R.G. Tarih-Sayı: 24/10/2023 - 32349.
- Esas Sayısı: 2020/79, Karar Sayısı: 2023/113, Karar Tarihi: 22/6/2023, R.G.Tarih-Sayı: 11/10/2023-32336.
- Esas Sayısı: 2013/4, Karar Sayısı: 2013/35, Karar Tarihi: 28.2.2013, R.G. Tarih-Sayı: 18.04.2013-28622.
- Esas Sayısı: 2023/160, Karar Sayısı: 2024/77, Karar Tarihi: 14/3/2024, R.G.Tarih-Sayı: 18/4/2024-32521.
- Esas Sayısı: 2023/49, Karar Sayısı: 2024/54, Karar Tarihi: 22/2/2024, R.G. Tarih-Sayı: 2/4/2024 - 32508.
- Esas Sayısı: 2011/64 Karar Sayısı: 2012/168 Karar Tarihi: 1.11.2012 R.G. Tarih-Sayı: 13.03.2013-28586.
- Esas Sayısı: 2020/70, Karar Sayısı: 2023/106, Karar Tarihi: 1/6/2023, R.G. Tarih-Sayı: 3/10/2023 - 32328.
- Esas Sayısı: 2022/89, Karar Sayısı: 2022/129, Karar Tarihi: 26/10/2022, R.G.Tarih-Sayı: 29/12/2022-32058.
- Esas Sayısı: 2018/103, Karar Sayısı: 2019/4, Karar Tarihi: 13/2/2019, R.G. Tarih-Sayı: 14/3/2019 - 30714.
- Esas Sayısı: 2018/108, Karar Sayısı: 2019/5, Karar Tarihi: 13/2/2019, R.G. Tarih-Sayı: 14/3/2019 - 30714.
- Esas Sayısı: 1989/6, Karar Sayısı: 1989/42, Karar Tarihi: 7.11.1989 R.G. Tarih-Sayı: 06.04.1990-20484.

Esas Sayısı: 2016/150, Karar Sayısı: 2017/179, Karar Tarihi: 28.12.2017, R.G. Tarih-Sayı: 15.2.2018 - 30333

Esas Sayısı: 2023/169, Karar Sayısı: 2024/82, Karar Tarihi: 14/3/2024, R.G.Tarih-Sayı: 19/4/2024-32522

Esas Sayısı 2018/108, Karar Sayısı: 2019/5, Karar Tarihi: 13.2.2019, R.G. Tarih-Sayı: 14/3/2019-30714

Esas Sayısı: 2016/150, Karar Sayısı: 2017/179, Karar Tarihi: 28.12.2017, R.G. Tarih-Sayı: 15.2.2018 - 30333.

Esas Sayısı:1976/51, Karar Sayısı:1977/16, Karar Tarihi:10/3/1977, Resmi Gazete tarih/sayı:25.6.1977/15977.

Esas No:1963/106, Karar No:1963/270, Karar tarihi:11/11/1963, Resmi Gazete tarih/sayı:29.1.1964/11619

Esas Sayısı: 2021/125, Karar Sayısı: 2023/213, Karar Tarihi: 7/12/2023, R.G.Tarih-Sayı: 5/6/2024-32567.

Esas Sayısı: 2023/61, Karar Sayısı: 2024/10, Karar Tarihi: 18/1/2024, R.G.Tarih-Sayı: 26/3/2024-32501

Esas Sayısı:2019/115, Karar Sayısı:2020/31, Karar Tarihi:12/6/2020, R.G.Tarih-Sayı:19/8/2020-31218.

Esas Sayısı: 1989/23 Karar Sayısı: 1990/26 Karar Tarihi: 25.10.1990 R.G. Tarih-Sayı:09.01.1991-20750

Esas Sayısı: 2005/38 Karar Sayısı: 2008/53 Karar Tarihi: 7.2.2008 R.G. Tarih-Sayı: 08.04.2008-26841

Bireysel Başvuru:

Abdurrahman Aydoğdu, B. No: 2019/21873, Karar Tarihi: 31/3/2022

Adem Kilit ve diğerleri, B. No: 2021/44561, Karar Tarihi: 21/11/2023

Ahmet Özgan ve Şule Özgan [GK], B. No: 2020/21347, Karar Tarihi: 21/12/2023

Ali Atlı, B. No: 2013/500, Karar Tarihi: 20/3/2014

A.N.A. [1.B.], B. No: 2014/109, Karar Tarihi: 20/9/2017

Aşır Tunç, Başvuru Numarası (B. No): 2015/17453, Karar Tarihi: 22/1/2019

Engin Gök ve diğerleri, B. No: 2013/3955, Karar Tarihi: 14/4/2016

Erol Eşrefoğlu [GK], B. No: 2018/23111, Karar Tarihi: 1/7/2021

Evanur Bozdağ ve Fatma Bozdağ, B. No: 2018/33655, Karar Tarihi: 13/4/2022

Fatma Aktuğ ve diğerleri, B. No: 2020/12600, Karar Tarihi: 14/2/2024

Hasan İşten, B. No: 2015/1950, Karar Tarihi: 22/2/2018

Hilmi Kocabey ve diğerleri, B. No: 2018/27686, Karar Tarihi: 17/11/2021

İbrahim Ataş, B. No: 2013/1235, Karar Tarihi: 13/6/2013

İsmail Tuncel [GK], B. No: 2019/8609, Karar Tarihi: 21/12/2023

Murat Yılmaz ve diğerleri, B. No: 2016/8554, Karar Tarihi: 14/12/2023

Müflis Estaş Kum Mad. Nak. Tic. ve San A.Ş. [GK], B. No: 2019/17103, Karar Tarihi: 12/10/2023

Onur Taahhüt Taşımacılık İnşaat Ticaret ve Sanayi A.Ş. ve Yedigöze İnşaat Danışmanlık Otomotiv İç ve Dış Ticaret Ltd. Şti. [1.B.], B. No: 2022/41426, Karar Tarihi: 6/3/2024

Sadık Koçak ve diğerleri, B. No: 2013/841, Karar Tarihi: 23/1/2014

Sencer Başat ve diğerleri [GK], B. No: 2013/7800, Karar Tarihi: 18/6/2014

Serap Sivri, B. No: 2019/6198, Karar Tarihi: 23/11/2021

Tanju Bozkurt (2), B. No: 2015/459, Karar Tarihi: 18/7/2019

Vedat Benli, B. No: 2013/307, Karar Tarihi: 16/5/2013

Vesim Parlak, B. No: 2012/1034, Karar Tarihi: 20/3/2014

Yavuzlar Nakliyat Turizm Petrol San. ve Tic. Ltd. Şti., B. No: 2013/3914, Karar Tarihi: 10/3/2016

Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri [GK], B. No: 2014/4705, Karar Tarihi: 29/5/2014

Zafer Guguş, B. No: 2020/2951, Karar Tarihi: 28/2/2024

Zekeriya Akın, B. No: 2020/10117, Karar Tarihi: 17/7/2024

Olağan Dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Sınırlarının Gri Alanları^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Gonca EROL^(**)

Öz

6771 sayılı Anayasa değişikliği kanununun gündeme geldiği ilk dönemlerden itibaren, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi doktrinde birçok bakımdan tartışılmıştır. Özellikle Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisinin kapsamı ve sınırlarına ilişkin pek çok soru ortaya atılmış ve yetkinin sınırlarına ilişkin muğlak alanlara işaret edilmiştir. Geçen yaklaşık yedi yıllık süreçte, 179 Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkartılmış ve Anayasa Mahkemesi tarafından 90'ın üzerinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi denetim kararı yayınlanmıştır. Bu kararlar Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin konu bakımından sınırlarına ilişkin belirsizliklerin bir bölümünün giderilmesine katkı sağlamış olsa da hala yetkinin kapsamı ve sınırları konusunda geniş bir gri alanın varlığını koruduğu görülmektedir. Bu çalışmada, bu gri alanlarda hangi konuların yer aldığı araştırılmakta ve bu konulara ilişkin tartışmalar, eleştiriler, görüş ayrılıkları, uygulamadaki yaklaşımlar ile Anayasa Mahkemesi üyelerinin bunları değerlendirme biçimi Anayasa Mahkemesi kararları ışığında incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Münhasır Kanun Alanı, Yasak Alan, Mahfuz Alan, Anayasa Mahkemesi.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 03.03.2025 - Kabul Edildiği Tarih: 12.03.2025.

Atıf Şekli: Gonca Erol, 'Olağan Dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Sınırlarının Gri Alanları' (2025) 15(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 59, 125.

DOI: 10.52273/sduhfd..1650055.

^(**) Ankara Bilim Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye.

E-posta: gonca.erol@ankarabilim.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5170-4118>.

The Gray Areas of the Subject Matter Boundaries of Presidential Decrees

Abstract

Since the early stages of discussions on the constitutional amendment law No. 6771, the authority to issue presidential decrees has been widely debated in legal doctrine from various perspectives. Numerous questions have been raised particularly regarding the scope and limits of this authority, with attention drawn to ambiguous areas concerning its boundaries. Over the past seven years, 179 presidential decrees have been issued, and the Constitutional Court has published over 90 rulings reviewing these decrees. While these rulings have helped clarify some uncertainties regarding the subject matter limitations of presidential decrees, a significant gray area still remains concerning the scope and boundaries of this authority. In this study, the issues present within these gray areas are examined, along with the related debates, criticisms, differences of opinion, practical approaches, and the way Constitutional Court members assess them in light of the Court's rulings.

Keywords

Presidential Decree, Exclusive Legislative Area, Prohibited Area, Constitutional Court.

Extended Summary

The authority to issue presidential decrees (CBK) is not an unlimited regulatory power granted to the executive. It is a limited authority whose scope and boundaries are explicitly defined by the Constitution. While various constitutional provisions regulate this authority, the fundamental rule regarding the subject matter limitations of CBKs is found in Article 104/17's first four sentences. Accordingly: (1) CBKs can only be issued on matters related to executive power. (2) Fundamental rights, individual rights and duties, as well as political rights and duties, cannot be regulated by CBKs. (3) CBKs cannot be issued on matters that the Constitution explicitly requires to be regulated by law. (4) CBKs cannot be issued on matters that are explicitly regulated by law.

Numerous questions and differences of opinion have arisen regarding how these rules should be interpreted and applied. It has been pointed out that each rule contains certain ambiguities within itself. Some of these ambiguities have been eliminated over time through Constitutional Court (AYM) rulings, thereby clarifying certain gray areas that initially existed regarding the limits of the authority to issue CBKs. However, uncertainties still persist in certain areas, and differences of opinion continue due to variations in approaches to interpreting and applying the relevant rules in a consistent manner.

The rule that CBKs cannot be issued on matters unrelated to executive power simply means that CBKs cannot regulate issues related to legislative and judicial powers. Indeed, the AYM has annulled CBKs that regulate matters falling within the scope of legislative and judicial authority. However, it is still difficult to assert that the scope of issues related to executive power is definitively and indisputably clear. Differences of opinion still exist, particularly regarding certain aspects of administrative regulation.

The second limitation rule establishes a prohibited area in which CBKs cannot regulate matters related to fundamental rights and freedoms. According to this prohibition, CBKs cannot regulate the general principles in the first chapter of the second part of the Constitution, individual rights and freedoms in the second chapter, and political rights and duties in the fourth chapter. Regarding social rights, which are not included in the prohibited area, the prevailing view in legal doctrine is that they can be regulated by CBKs but cannot be restricted. Furthermore, since CBKs cannot be issued on matters that must be regulated exclusively by law, they also cannot be issued in areas within the social rights section where regulation by law is explicitly required.

Although this restriction rule clearly defines a prohibited area on paper, determining whether a CBK falls within this prohibited area in practice is not always easy. This is because objectively answering the question of at what level a CBK provision is related to a right and thus violates the prohibition is difficult. From one perspective, a regulation may be considered to directly affect a right, while from another, it may be seen as merely having an indirect impact or being entirely unrelated to the right. Examples of such differing interpretations can be found in AYM rulings.

Among the rules regulating the subject-matter limits of the power to issue CBKs, the one that has caused the most controversy in practice is the rule in Art.104/17's third

sentence, which states: “A CBK cannot be issued on matters that the Constitution stipulates must be regulated exclusively by law.”

This rule faces a significant challenge in its application. The primary reason for this difficulty is that certain articles of the Constitution explicitly state that specific matters shall be regulated by CBK, even though many of these matters fall within the exclusive domain of law as defined by the Constitution. This situation has led to a prolonged debate in legal doctrine over whether there exists a “reserved domain” for CBKs.

AYM has not explicitly addressed the debate on whether a “reserved CBK domain” exists. However, the way the court reviews CBKs and certain remarks in its rulings suggest that it does not support the reserved domain view. According to the AYM, there is no constitutional provision stating that CBKs issued under the four specified articles (art.104/9, 106/11, 108/4, 118/6) are exempt from the limitations in art.104/17. Therefore, these restrictions also apply to matters that the Constitution explicitly assigns to CBK regulation. However, the AYM emphasizes that these restrictions should be interpreted in conjunction with other constitutional provisions.

There are significant differences in opinion among AYM members regarding the application of the third limitation rule, stemming from various factors. One source of divergence is the interpretation of the term “establish” in Art.123/3, which some members understand differently. Another area of disagreement concerns the scope of authority granted by constitutional provisions allowing regulation via CBK, as members hold varying views on the extent of this authority. Additionally, differing approaches exist in reconciling provisions that mandate exclusive regulation by law, such as Art.123/1 and 128/2, with those permitting CBK regulation, leading to further interpretative conflicts.

The fourth and final rule regarding the limits of the power to issue CBK is the rule that “a CBK cannot be issued on matters explicitly regulated by law.” This rule has also been criticized on the grounds that its meaning is ambiguous. In particular, it has been emphasized that the meaning of “explicitly regulated by law” needs to be clarified.

It can be said that AYM has developed a systematic approach to addressing this ambiguity. When reviewing a CBK rule in terms of the fourth limitation rule, the AYM applies a two-step test. First, it determines whether there is a law that regulates the subject matter of the CBK. Then, to determine whether the law “explicitly” regulates the issue, it asks the question: “If the CBK rule did not exist, would this law provision apply to the regulated issue?” If the answer is yes, it concludes that the matter is explicitly regulated by law. Although this method has made a significant contribution to clarifying the meaning of the rule, it can still be said that some gray areas remain regarding the fourth rule.

Giriş

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (CBK) çıkarma yetkisi, yürütmeye tanınmış sınırsız bir düzenleme yetkisi değildir. Kapsamı ve sınırları bizzat Anayasa tarafından belirlenmiş sınırlı bir yetkidir. Anayasa, CBK çıkarma yetkisinin konu bakımından kapsamını şekillendiren, yeri geldikçe değineceğimiz farklı düzenlemelere yer veriyor olsa da olağan dönemlerde CBK çıkarma yetkisinin konu bakımından sınırları temel olarak 104/17'inci maddede düzenlenmiştir. Bu maddenin ilk dört cümlesi CBK çıkarma yetkisinin konu bakımından sınırlarını ortaya koymaktadır.¹:

“Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.”

O halde, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarma yetkisinin sınırlarını belirleyen dört temel kuralı şöyle sıralayabiliriz:

- (1) CBK ancak yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabilir.
- (2) Temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile siyasi haklar ve ödevler CBK ile düzenlenemez.
- (3) Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamaz.
- (4) Kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamaz.

CBK'ların konu bakımından sınırlarını belirleyen ilkelerin bu şekilde tespiti bir sorun yoktur. Nitekim gerek doktrinde gerekse AYM kararlarında bu hususta fikir birliği vardır. Görüş ayrılıkları ve konuya ilişkin soru işaretleri, bu kuralların nasıl yorumlanacağını ve uygulanacağını belirlemesi noktasında

¹ “Anayasa’da Cumhurbaşkanı’na CBK çıkarma yetkisi verilmekle birlikte bu yetki sınırsız değildir. Kanunlardan farklı olarak Anayasa’da CBK’yla düzenlenecek konular sınırlandırılmıştır. Konu bakımından yetki yönünden getirilen bu sınırlamalar Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk dört cümlesinde düzenlenmiştir.” AYM, E 2018/125 K 2020/4, 13.05.2020, §8.

ortaya çıkmaktadır. Dört kuralın her biri kendi içinde birtakım belirsizlikleri, gri alanları barındırmakta; her bir kurala yönelik çeşitli bakımlardan eleştiriler dile getirilmektedir.

Bu belirsizliklerin bir bölümü AYM kararları ile ortadan kaldırılmış, dolayısıyla ilk başta var olan CBK çıkarma yetkisinin sınırlarına ilişkin gri alanların bir bölümü AYM eliyle açıklığa kavuşturulmuştur. Ancak belli alanlarda hala muğlaklıklar bulunmakta, ilgili kuralların birbiriyle uyumlu biçimde yorumlanması ve uygulanmasında ortaya çıkan yaklaşım farklılıklarından kaynaklanan görüş ayrılıkları sürmektedir.

Bu çalışmada, CBK çıkarma yetkisinin konu bakımından sınırlarını belirleyen dört temel kural, anayasanın diğer ilgili maddeleri ile birlikte ele alınacak; sınırlama kurallarının içerisinde barındırdığı soru işaretleri, uygulamada yaşanan sorunlar, bunlara dair yöneltilen eleştiriler temel hatlarıyla ortaya konulacaktır. Bunun yanında, AYM'nin şimdiye kadar yayınlanan (doksanın üzerinde) CBK denetim kararları ışığında, ilk günden bugüne CBK çıkarma yetkisinin sınırlarına ilişkin belirsizliklerin giderilmesi bağlamında nasıl bir yol kat edildiği değerlendirilerek, bugün hala varlığını sürdüren gri alanlar belirlenmeye çalışılacaktır.

I. Yürütme Yetkisine İlişkin Konularda CBK Çıkarılabileceği Kuralının Gri Alanları

CBK çıkarma yetkisinin konu bakımından ilk sınırı, Anayasa'nın 104/17'inci maddesinin birinci cümlesinde *"Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir"* şeklinde ifade edilmiştir. Bu cümle, esasında CBK çıkarma yetkisinin genel çerçevesini de çizmektedir.² Kullanılan ifade bir yönüyle açık ve net bir ifade olsa da bu kural ile çizilen sınırların da açık ve net olduğunu söylemek zordur. Nitekim 6771 sayılı Anayasa değişikliği kanunu ile getirilen CBK düzenlemesine yönelik ilk eleştiriler ve yetkinin kapsamıyla ilgili ilk endişeler de buradan kaynaklanmıştır.

A. Doktrindeki Tartışmalar

Anayasa değişikliğinin gündeme geldiği ilk andan itibaren birçok yazar, CBK çıkarma yetkisinin kapsamının, "yürütme yetkisine ilişkin konular" gibi anlamı

² AYM, E 2018/121 K 2021/84, 11.11.2021, §23.

ve sınırları belirsiz bir ifade ile belirlenmiş olmasını eleştirmiştir.³ Bu eleştirilerin temelinde, yürütmeye verilen asli düzenleme yetkisinin çok geniş yorumlanmaya müsait olmasının yasama yetkisinin devredilmezliği ve kuvvetler ayrılığı ilkeleri bakımından sakıncalar yaratabileceği, keyfiyete yol açabileceği endişeleri yer almıştır.⁴

Gerçekten de “yürütme yetkisine ilişkin konular nelerdir?” sorusuna yürürlükteki anayasal düzenlemelerden yola çıkarak net ve tartışmasız bir yanıt vermek oldukça zordur. “Yürütme yetkisine ilişkin konular” ifadesinden üretilebilecek en tartışmasız çıkarım şudur: CBK sadece yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabileceğine göre, yürütme yetkisine ilişkin olmayan konularda, yani yasama ve yargı yetkilerine ilişkin konularda CBK çıkarılamayacaktır.⁵ Ancak bu çıkarımın da, kuralı somutlaştırmada ve anlam içeriğini netleştirmede yeterli olmayacağı haklı olarak ifade edilmiştir.⁶ Çünkü yasama ve yargı yetkilerinin yürütme yetkisinden ayrıştırılması meselesi, zaten Anayasa ve İdare hukukunda

³ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (21st edn, Yetkin Yayınları 2021) s.253; Abdullah Sezer, ‘Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri [Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı]’ (2019) 36(1), *Anayasa Yargısı Dergisi* 353, 372; Ekrem Ali Akartürk, ‘2017 Anayasa Değişikliğinin ‘Parlamentosuzlaştırma’ Etkisi Üzerine’ (2020) 17(1) *YÜHFD* 1, 11; Zaffer Gören, ‘2017 Anayasa Değişikliği İle Getirilen Sistemde Cumhurbaşkanı’ (2019) 36 (2) *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 1, 16; Lokman Yeniay ve Gülten Yeniay, ‘Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’, (2019) 36(1) *Anayasa Yargısı* 105, 126.

⁴ “‘yürütmenin yetkisine ilişkin konular’ın normatif değeri olması için, söz gelişi Fransız Anayasasında olduğu gibi, bazı konuların düzenlenmesinin açıkça yürütmeye tahsis edilmiş, yani yasamanın yetki alanı dışında bırakılmış olması gerekir. Böyle bir durum söz konusu olmadığına göre, ‘yürütme yetkisine ilişkin konular’ın neler olduğunu belirlemek Cumhurbaşkanının takdirine (keyfine) kalmış demektir.” Mustafa Erdoğan, ‘Başkanlık Sistemi, Latin Amerika Tecrübesi ve Türkiye’ (2016) (3) *Liberal Perspektif Analiz* 1, 24; Osman Can, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı’ (2020) 37(1) *Anayasa Yargısı* 141-142.

⁵ Metin Günday ve D. Çiğdem Sever, ‘2017 Anayasa Değişiklikleri ve Uyumlaştırma Sürecinin İdare Hukukunda Yarattığı Etki Üzerine Bir Değerlendirme’, in *Prof. Dr. Nami Çağan Anısına Armağan* (Atılım Üniversitesi Yayınları 2020) 623, 626; Özen Ülgen, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri’ (2018) 1 *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, 27; Yasin Söyler, ‘Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (Seçkin Yayıncılık 2018) 84; Yavuz Atar, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi’ (2019) 36(1) *Anayasa Yargısı Dergisi* 241, 247; Taylan Barın, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Uygulaması ve Hükümet Sisteminin Tahlili’ (2022) 2 *YBHD* 289, 302 vd; Hasan Tahsin Fendoğlu, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Sınırları’ (2023) 71(2) *Adalet Dergisi* 607, 614.

⁶ Halit Yılmaz, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Yetki Sınırları’ (2020) 1(78) *İstanbul Hukuk Mecmuası* 225, 255.

tartışılmalı konulardan birisidir.⁷ CBK'nın yetki alanını belirlerken konuyu bu tartışmalı alana yönlendiren bir ifadenin tercih edilmesi ve bu tartışmaları gidermek adına “yürütme yetkisine ilişkin konular”ın neler olduğunu açıklayan bir hüküm Anayasaya eklenmeden bunun yapılması temel eleştiri noktalarından birisi olmuştur.⁸ Kimi yazarlar, yürütme yetkisine ilişkin konuların neler olduğunun sayma yoluyla anayasada belirtilmesinin CBK çıkarma yetkisinin konu bakımından kapsamının belirlenmesinde daha doğru bir yöntem olacağını ifade etmiştir.⁹ Venedik Komisyonu 2017 Anayasa değişikliklerini değerlendirdiği raporunda “Yürütme yetkisine bir şekilde ‘ilişkin’ olmayan neredeyse hiç konu olmadığından bu nispeten muğlak bir ifadedir” eleştirisine yer vermiştir.¹⁰

Tüm bu açıklamalar ışığında denilebilir ki, CBK düzenlemesinin gündeme geldiği ilk andan itibaren, “yürütme yetkisine ilişkin konular” ibaresinin muğlak ve sınırları belirsiz bir ifade olduğu konusunda doktrinde geniş bir görüş birliği oluşmuştur. Bu muğlaklığın AYM kararları ile giderilebileceği / giderilmesi gerektiği ifade edilmiştir.¹¹

B. Madde 104/17'nin Birinci Cümlesinin Anayasa Mahkemesince Yorumu ve Uygulanması

AYM, CBK'ların denetimine ilişkin yayınladığı ilk kararından beridir CBK çıkarma yetkisinin anayasal çerçevesini açıklayan, konuya ilişkin genel esasları belirttiği bir bölüme kararlarında yer vermekte ve bu bölümü (bazen küçük çaplı değişiklikler olmakla birlikte) hemen tüm kararlarında (kimi zaman özetleyerek) yinelemektedir.

Bu bölümde, “yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarılabileceği” kuralı şu şekilde açıklanmaktadır: “*Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesinde Cumhurbaşkanı'nın yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarılabileceği hüküm altına alınmıştır. Düzenlemeyle yürütme yetkisine*

⁷ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (4th edn, Ekin Yayınları 2021) 995-996.

⁸ Bkz. Gözler (n7) 924; Yeniay/Yeniay (n3) 127-129; Özbudun (n3) 251; Erdoğan (n4) 24; Söyler (n5) 84; Gören (n3) 16; Yılmaz (n6) 254-255.

⁹ Yılmaz (n6) 257-258; Yeniay/Yeniay (n3) 130.

¹⁰ Türkiye Büyük Millet Meclisi Tarafından 21 Ocak 2017 Tarihinde Kabul Edilen ve 16 Nisan 2017 Tarihinde Referanduma Sunulacak Olan Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Venedik Komisyonu Görüşü, 13 Mart 2017, Görüş No. 875/2017, s.19, para.77.

¹¹ Murat Açıll, ‘2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri’ (2018) 76 (2) İstanbul Hukuk Mecmuası 725, 743.

ilişkin olmak kaydıyla CBK çıkarma konusunda Cumhurbaşkanı'na genel bir yetki verilmiştir. Maddenin gerekçesinde, yeni hükûmet sistemi gözetilerek Cumhurbaşkanı'nın genel siyasetin yürütülmesinde yürütme yetkisi ile ilgili olarak ihtiyaç duyduğu konularda CBK çıkarabilmesine imkân tanımak amacıyla ilk elden düzenleme yapma yetkisinin tanındığı ifade edilmiştir.”¹²

Açıktır ki, bu genel açıklama, “yürütme yetkisine ilişkin konular” kapsamına nelerin girdiği konusundaki muğlaklığı gidermemektedir. Zira burada yer alan Cumhurbaşkanının “genel siyasetin yürütülmesinde yürütme yetkisi ile ilgili olarak ihtiyaç duyduğu konularda” CBK çıkarabileceğini belirten ifade de yeterince açıklayıcı bir ifade değildir.

AYM kararlarında yer alan bu bölüm, CBK ile ilgili anayasada yer alan kuraları kısaca özetleyen bir bölüm olduğu için, açıklamaların çok genel olması normaldir. Kuralın anlam içeriğini somutlaştırmaya yarayacak AYM değerlendirmelerini, hiç şüphesiz, iptali istenen norm özelinde yapılan değerlendirmeler içerisinde bulmak gerekecektir.

Bu çerçevede AYM kararlarına baktığımızda görülüyor ki, AYM de “yürütme yetkisine ilişkin konular” ifadesini yasama ve yargı yetkisine ilişkin olmayan konular olarak yani olumsuz biçimde tanımlamayı ve ele almayı tercih etmektedir: “Anılan fıkranın birinci cümlesinde ... denilmek suretiyle CBK ile düzenleme yetkisi yürütme yetkisine ilişkin konulara hasredilmiş, yasama ve yargı yetkisine ilişkin CBK çıkarılmasına izin verilmemiştir.”¹³

İptale konu CBK kuralının yürütme yetkisine ilişkin konular kapsamına girip girmediğini belirlemede oldukça kullanışlı olan bu yaklaşım, neyin yürütme yetkisine ilişkin olduğunun belirlenmesindeki muğlaklığı ise tümüyle ortadan kaldırmamaktadır. Her şeye rağmen, AYM'nin, bir konunun yürütme yetkisine ilişkin olduğunu/olmadığını tespit ettiği kararları aracılığıyla, bu gri alanın - tümüyle ortadan kalkmasa da- bir miktar açıklığa kavuştuğu da söylenebilir.

AYM şimdiye değin, tespit edebildiğimiz kadarıyla, altı davada iptal istemine konu CBK kuralını, yürütme yetkisine ilişkin bir konuyu düzenlemediği gerekçesiyle iptal etmiştir. Bunlardan iki tanesinde, bahse konu düzenlemenin yasama yetkisine ilişkin olduğunu tespit etmiş ve söz konusu düzenlemeleri Anayasanın 104/17'inci maddesinin birinci cümlesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.

¹² AYM, E 2018/125 K 2020/4, 22.01.2020, §5.

¹³ AYM, E 2018/121 K 2021/84, 11.11.2021 §23.

11/6/2020 tarihli ilk karara konu CBK kuralı ile, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na ekli (I) Sayılı Cetvel'de değişiklik yapılmıştır. Bir başka ifadeyle, CBK ile bir kanunda değişiklik yapılmıştır. AYM, Anayasanın 87'inci maddesinde de açıkça belirtildiği üzere "kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak" yetkisinin TBMM'ye ait olduğunu ve dolayısıyla bir kanunda değişiklik yapmanın "yasama yetkisine ilişkin konular" kapsamında kaldığını belirterek, oybirliği ile, söz konusu düzenlemenin iptaline karar vermiştir.¹⁴

CBK ile yasama yetkisine ilişkin bir konunun düzenlendiği sonucuna ulaşılan ikinci kararda ise, iptal istemine konu CBK ile bir yasanın uygulanmasının durdurulmasına yönelik bir düzenleme yapıldığı belirlenmiştir. İptali istenen kuralda, üst kademe kamu yöneticileri hakkında (3) numaralı CBK'nın uygulanacağı, konuya ilişkin diğer mevzuatın (dolayısıyla ilgili kanunlar da dahil olmak üzere konuya ilişkin diğer düzenleyici işlemlerin) bu CBK'ya aykırı hükümlerinin uygulanmayacağı öngörülmüştür.¹⁵ Bu kuralı değerlendiren AYM, *"...yasama organınca çıkarılacak kanunların uygulanmasının durdurulmasını amaçlayan dava konusu kural, yasama yetkisi alanına taşan bir düzenleme içermekte olup yürütme yetkisine ilişkin konularla ilgili değildir"*¹⁶ sonucuna ulaşmıştır.

AYM, dört kararında ise, CBK ile yargı yetkisi alanına taşan düzenlemeler getirildiğini tespit ederek iptal kararı vermiştir. Bunlardan ikisi, yargı yetkisi kullanan görevlilerin kadro ihdasını öngören düzenlemelere ilişkindir.

4/5/2023 tarihli kararda, Hakimler ve Savcılar Kurulu'nun merkez teşkilatı için Kurul müfettişi ve tetkik hakimi kadrolarının ihdası edilmesini öngören CBK kuralı denetlenmiştir. Mahkeme değerlendirmesinde, HSK'nın, Anayasanın yargı başlıklı bölümünde düzenlendiğini, Anayasanın 159'uncu maddesinde HSK'nın, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulacağını ve bu esaslara göre görev yapacağını belirtildiğini ve burada bahsi geçen "kurulma" kapsamına Kurulda görev yapacak hâkimlik ve savcılık mesleği mensuplarının kadrolarına ilişkin düzenlemelerin de girdiğini ifade etmiştir. Buradan hareketle, hâkimlik ve savcılık mesleğine mensup olup da HSK'da görev yapan kişilerin de yargı yetkisini kullanan kamu görevlileri olduğu tespit

¹⁴ AYM, E 2018/155 K 2020/27, 11.06.2020, §21-24.

¹⁵ "Madde 12 - (1) Üst kademe kamu yöneticileri hakkında bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenen hususlara ilişkin olarak, diğer mevzuatın bu Cumhurbaşkanlığı kararnamesine aykırı hükümleri uygulanmaz."

¹⁶ AYM, E 2018/120 K 2023/171, 11.10.2023, §89.

edilmiş ve söz konusu CBK kuralının yargı yetkisinin kullanılmasını doğrudan etkileyen bir düzenleme getiriyor olması nedeniyle md.104/17'nin birinci cümlesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.¹⁷

Benzer yöndeki bir diğer kararda ise, Anayasa Mahkemesine raportör kadroları ihdas eden düzenleme denetlenmiştir. Bu kararda da önce, AYM'nin görev ve yetkileri ile işleyişine ilişkin esaslar birlikte değerlendirildiğinde AYM raportörlerinin yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerinden olduğu tespit edilmiş ve buradan hareketle yargı yetkisinin kullanımını doğrudan etkileyen nitelikteki düzenlemenin iptaline karar verilmiştir.¹⁸

CBK ile yargı yetkisi alanına taşan düzenlemeler getirildiği sonucuna ulaşılan diğer kararlarda ise, iptali istenen kuralların, yargılama usulüne ilişkin konularda düzenleme yaptığı tespit edilmiştir. Bu bağlamdaki ilk kararda, (63) numaralı Suç Mağdurlarının Desteklenmesine Dair CBK'da yer alan şu düzenleme iptal istemine konu olmuştur: *“Adli görüşme odalarında yapılan tüm iş ve işlemler görüşme yapılan kişinin örselenmesini engelleyecek şekilde ve mümkün olan en kısa sürede gerçekleştirilir. Çocuklarla ilgili iş ve işlemlerde çocuğun yüksek yararı ilkesi dikkate alınır.”* Bu normun “yürütme yetkisine ilişkin” bir konuyu düzenleyip düzenlemediğini değerlendirirken AYM, öncelikle adli görüşme odalarında gerçekleştirilen iş ve işlemlerin kapsamını ve niteliğini incelemiş ve buradaki iş ve işlemlerin ceza yargılaması usulüne ilişkin olduğunu tespit etmiştir. *“Ceza muhakemesinin nasıl yapılacağını ve bu süreçte katılan kişilerin hak ve yükümlülüklerini düzenleyen, dolayısıyla yargılama usulüne ilişkin bir düzenleme içeren kuralın konusu itibarıyla yürütme yetkisine ilişkin olmadığı açıktır.”* sonucuna varan AYM, düzenlemenin iptaline karar vermiştir.¹⁹

Diğer kararda ise *“İl afet ve acil durum müdürlüklerince tesis edilen iş ve işlemler dolayısıyla açılmış ve açılacak davalar valilikler husumetiyle yürütülür”* şeklindeki düzenlemenin, davalarda husumeti (taraf olmayı) belirleyen bir düzenleme niteliğinde olduğu tespit edilmiş; bu hususun ise yargılama usullerine

¹⁷ AYM, E 2022/36 K 2023/84, 04.05.2023, §21-30.

¹⁸ AYM, E 2022/139 K 2023/158, 28.09.2023, §25-35.

¹⁹ AYM, E 2020/65 K 2023/187, 08.11.2023, §23-27. Bu karar oyçokluğu ile alınmış ve dört üye bu karara oy kullanmıştır. Karşı oy veren dört üyeye göre, düzenlemede bahsi geçen hususlar adli sürecin muhtevasına ilişkin olmayıp usule ilişkindir. Bkz. Muammer Topal, Basri Bağcı, İrfan Fidan ve Muhterem İnce karşı oy yazısı.

ilişkin bir konu olduğu dolayısıyla yürütme yetkisine ilişkin olmadığı değerlendirilerek düzenlemenin iptaline karar verilmiştir.²⁰

Belirtmek gerekir ki bu kararlar neyin yürütme yetkisine ilişkin konular kapsamına girmediğini belirlemede yol gösterici olsalar da neyin yürütme yetkisine ilişkin olduğunu belirlemede yeterli bir açıklık getirmemektedir. Çünkü çok bariz biçimde yasama ve yargı yetkilerinin alanına taşan düzenlemeler olabildiği gibi, böylesi bariz bir biçimde bu yetkilerle ilişkilendirilemeyen; bakış açısına, yorum şekline bağlı olarak yürütme yetkisine ilişkin olup olmadığı farklı değerlendirilmeye müsait düzenlemeler de olabilir. Zaten muğlaklığın, bu konuya ilişkin gri alanların kaynağı da böylesi düzenlemelerdir. Doktrindeki eleştiriler ve endişeler de özellikle böylesi haller öngörülerek dile getirilmiştir.

Nitekim böylesi yorum farklılıklarına ve görüş ayrılıklarına yani bu kurala ilişkin gri alanların varlığına örnek teşkil eden AYM kararları da vardır. Örneğin kamu kurum ve kuruluşlarına kadro ihdası öngören bir CBK kuralının “yürütme yetkisine ilişkin” olup olmadığı konusunda dikkat çeken bir görüş ayrılığının bulunduğu söylenebilir.

Öncelikle yukarıdaki örneklerde de görüldüğü üzere, yasama ve yargı yetkisi kullanan kamu görevlilerinin kadrolarının CBK ile ihdas edilemeyeceği konusunda bir fikir birliği olduğunu belirtelim. Buradaki görüş ayrılığı, bunun dışında kalan kamu görevlilerinin kadrolarının ihdası/iptali bakımından ortaya çıkmaktadır.

AYM çoğunluğuna göre, kadro ihdası/iptali, yürütme yetkisi kapsamındaki idarenin kuruluşunun ve teşkilat yapısının düzenlenmesi işinin bir parçasıdır. Dolayısıyla yürütme yetkisine ilişkindir ve CBK ile kadro ihdası yapılabilir: “Kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası veya iptali, başka bir deyişle kadro usulüne ilişkin düzenlemeler idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturmaktadır. .../ Bu itibarla kadro ihdas ve iptalinin kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilat yapısına

²⁰ AYM, E 2024/62 K 2024/130, 27.06.2024, §6-9. “Davanın taraflarının belirlenmesi ve hasım mevkiinde bulunan kişi, kurum ve kuruluşların tespiti yargılama usullerine ilişkin meselelerdir. Yargılama usullerinin belirlenmesi ise yürütme yetkisinin dışında kalmaktadır. İl afet ve acil durum müdürlüklerince tesis edilen iş ve işlemler dolayısıyla açılmış ve açılacak davalarda husumeti düzenleyen, dolayısıyla yargılama usulüne ilişkin bir düzenleme içeren kuralın konusu itibarıyla yürütme yetkisine ilişkin olmadığı açıktır. Bu itibarla kuralla Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesine aykırı şekilde düzenleme yapıldığı anlaşılmıştır” §8.

ilişkin olduğu ve kurallarla Bakanlık bünyesindeki kadroların iptalinin, ihdasının veya dağıtımının hükme bağlandığı gözetildiğinde kuralların yürütme yetkisine ilişkin konulardan olduğu anlaşılmaktadır.”²¹

Buna karşılık AYM üyelerinin bir bölümüne göre, kadro ihdası “bütçe hakkı” ile bağlantılı olarak yasama yetkisine ilişkin bir konudur. Buna göre, parlamentonun yürütmeyi denetlemesinin en etkili yolu olan “bütçe hakkı”, kamu görevlilerine yapılacak ödemeleri etkileyen bir husus olan kadroların ihdası ile doğrudan ilişkilidir. Bu bakımdan bütçe hakkının bir parçası olan kadro ihdası yetkisi yasama organının sahip olduğu/olması gereken bir yetkidir. Yürürlükteki Anayasa da hala bütçe hakkının yasama organına ait olduğunu söylediğine göre, bütçeyi doğrudan etkileyen bir husus olan kadro ihdası/iptali konuları “yasama yetkisine ilişkin” konulardır; dolayısıyla CBK ile kadro ihdası/iptali yapılmaz.²²

Eklemek gerekir ki, kadro ihdası/iptali konusu AYM’nin CBK denetim kararlarında önemli bir hacim tutmaktadır. Şimdiye kadar yayınlanmış 90’ın üzerindeki CBK denetim kararının neredeyse yarısında kadro ihdası/iptali içeren en az bir hüküm de denetlenmiştir. Ve ilk karardan beridir, karşı oy sayıları dönem dönem değişiklik göstermekle birlikte, AYM üyelerinin bir bölümü, istikrarlı biçimde, bu hususun yürütme yetkisine değil yasama yetkisine ilişkin bir konu olduğunu ileri sürerek karşı oy vermiştir.²³

AYM kararlarından yola çıkarak, (bir bölümü oyçokluğu ile verilmiş olmakla birlikte), mahkemenin “yürütme yetkisine ilişkin” olarak değerlendirdiği konular şöyle özetlenebilir: idari teşkilatın bir parçası olan bakanlıklar, bakanlıklara bağlı kuruluşlar, Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatı ve ona bağlı kurum ve kuruluşlar ile diğer kamu tüzel kişilerinin kuruluşuna, teşkilatlanmasına, görev ve yetkilerine, çalışma usullerine, personeline vb. ilişkin konular.²⁴

²¹ AYM, E 2020/8 K 2021/25, 31.03.2021, §17-18.

²² AYM, E 2018/119 K 2020/25, 11.06.2020 karşı oy yazıları.

²³ Örnek olarak bkz. AYM, E 2020/8 K 2021/25, 31.03.2021; AYM, E 2021/50 K 2021/89 16.12.2021; AYM, E 2020/7 K 2022/146, 30.11.2022; AYM, E 2021/86 K 2023/34, 22.02.2023; AYM, E 2022/68 K 2024/26, 01.02.2024; AYM, E 2019/111 K 2023/63, 05.04.2023; AYM, E 2022/69 K 2024/27, 01.02.2024; AYM, E 2023/198 K 2023/125, 28.12.2023; AYM, E 2023/144 K 2023/147, 13.09.2022; AYM, E 2023/38 K 2023/39 09.03.2023 vb.

²⁴ “Belirli bir kamu hizmetini yürütmek üzere kurulan kamu kurum ve kuruluşlarının personelinin görev ve yetkilerinin belirlenmesine ilişkin düzenlemeler, kurumun teşkilat yapısıyla ve o hiz-

Bunlara ek olarak, Anayasada açıkça yürütme organına verilmiş olan görev ve yetkilere ilişkin düzenleme getiren CBK'lar da elbette, "yürütme yetkisine ilişkin konular"da çıkarılmış CBK'lar olarak değerlendirilmektedir. Örneğin Anayasamızda milletlerarası andlaşmaların onaylanması ve yayınlanması yetkisi Cumhurbaşkanına verilmiştir. Buna karşılık onaylanacak andlaşmaların onaylanmasını uygun bulma yetkisi yasama organına aittir. AYM, (9) numaralı Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında CBK'nın bazı hükümlerini denetlerken, hükümlerin "yürütme yetkisine ilişkin" olup olmadığını değerlendirirken bu yetki dağılımını dikkate almış ve düzenlemenin Cumhurbaşkanına bırakılmış yetkilere ilişkin olup olmadığına bakarak sonuca ulaşmıştır: *"Anayasa'nın anılan maddesinin on birinci fıkrasında milletlerarası andlaşmaları onaylama ve yayımlama yetkisinin Cumhurbaşkanı'na ait olduğu belirtilerek milletlerarası andlaşmalara ilişkin yetki yürütme organına verilmiştir. Bu kapsamda, andlaşma metinlerinin hazırlanması, imzalanması, son aşamada onaylanarak yürürlüğe konması gibi hususlar yürütme organı tarafından yerine getirilmektedir. Yasama organının andlaşmalara ilişkin yetkisi ise andlaşmanın onaylanmasını bir kanunla uygun bulmaktan ibarettir. Dolayısıyla Resmî Gazete'de yayımlanmadan yürürlüğe girebilecek andlaşmaların CBK ile düzenlenmesinin Cumhurbaşkanı'nın yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarma yetkisi kapsamında kaldığı anlaşılmaktadır."*²⁵

II. Temel Hak ve Hürriyetlere İlişkin Yasak Alan Bağlamında CBK Çıkarma Yetkisinin Gri Alanları

CBK çıkarma yetkisini konu bakımından sınırlayan ikinci kural md.104/17'nin ikinci cümlesinde yer alan *"Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez"* hükmü ile ifade edilmiştir.²⁶ Bu hüküm ile getirilen sınırlamanın anlam içeriği görece daha somut ve net olsa da, bu hüküm ile oluşturulan "ya-

met alanında yerine getirmesi gereken görevler ve bu amaçla kullanabileceği yetkilerle ilgili olup dolayısıyla idarenin teşkilat yapısı ile görev ve yetkilerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturmaktadır. / Personelin görev ve yetkilerinin kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilat yapısı ile görev ve yetkilerine ilişkin olduğu ve kuralla il afet ve acil durum müdürlüğü ile afet ve acil durum arama ve kurtarma birlik müdürlüğü personelinin görev ve yetkilerine ilişkin düzenleme öngörüldüğü gözetildiğinde kuralın yürütme yetkisine ilişkin konulardan olduğu anlaşılmaktadır." AYM, E 2018/123 K 2022/138, 09.11.2022, §21-22.

²⁵ AYM, E 2018/126 K 2020/32, 25.06.2020, §23.

²⁶ Bu sınırlama kuralı, 6771 sayılı Kanun öncesinde olağan dönem KHK'ları için de öngörülmüştü.

sak alan”ın pratikte kapsamının belirlenmesi ve uygulanması konusunda birtakım zorluklar yaşanabilmektedir.

A. Yasak Alanın Kapsamına İlişkin Temel Esaslar

1982 Anayasasının “Temel Haklar ve Ödevler” başlıklı ikinci kısmı dört bölüme oluşmaktadır. Birinci bölümde temel hak ve hürriyetlere ilişkin genel hükümlere yer verilmiştir. İkinci bölümde “kişinin hakları ve ödevleri”, dördüncü bölümde ise “siyasi haklar ve ödevler” düzenlenmiştir. 104’üncü maddenin 17’inci fıkrasının ikinci cümlesi gereği, bu bölümlerde düzenlenen ilkeler, hak ve özgürlükler CBK ile düzenlenemeyecektir. Anayasa bunu açık bir biçimde yasaklamıştır. Buna karşılık, bu hükmün mefhum-u muhalifinden anlaşılmaktadır ki, Anayasanın ikinci kısmının “üçüncü bölümü”nde yer alan “sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler” CBK ile düzenlenebilir, çünkü bunlar yasak kapsamında sayılmamıştır.

Benzer bir düzenleme KHK’lar döneminde de bulunduğu için bu kuralının kapsamı konusundaki tartışmaların önemli bir bölümü bu dönemde tüketilmiştir. Tartışmanın merkezinde “sınırlama” ve “düzenleme” kavramlarının nasıl tanımlanacağı sorusu yer almıştır. Çünkü yasak alan kapsamındaki hak ve özgürlüklerin CBK ile “düzenlenemeyeceği” ifade edildiğine göre, bu alan içerisinde yer almayan sosyal haklar CBK ile “düzenlenebilecektir”. Peki burada kastedilen düzenleme “sınırlama”yı da içermekte midir? Yani CBK ile sosyal hakları sınırlayıcı düzenleme yapılabilir mi? İşte sınırlama/düzenleme kavramları etrafında yürütülen tartışmaya yön veren sorular bunlar olmuştur. Bu konuda doktrinde büyük ölçüde benimsenmiş olan görüş şöyle özetlenebilir:

Her durumda, her hak ve hürriyet bakımından “her düzenleme bir sınırlamadır” demek mümkün değildir. Özellikle gerçekleştirmesi için devletin olumlu bir edimde bulunması gereken haklar bakımından durum böyledir. Bu hakların gerçekleşebilmesi için devletin sadece tanınması yetmez; bu hakların gerçekleşmesi için gerekli olan adımları atması, gerekli düzenlemeleri yapması gerekir. Her sınırlama bir düzenlemedir ancak her düzenleme bir sınırlama değildir. Hakkın norm alanını daraltan nitelikteki kurallar sınırlama teşkil ederken, hakkın kullanılmasına, gerçekleştirilmesine, güçlendirilmesine yönelik kurallar düzenleme teşkil eder. Bu bakımdan “düzenleme” ve “sınırlama” kavramlarını birbirinden ayırtırmak ve bir kuralın düzenleme mi yoksa sınırlama mı olduğunu tespit etmek için kuralın içeriğine bakmak gerekir.²⁷

²⁷ Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü* (AÜSBF Yayınları 1982) 20-23.

Özellikle sosyal haklar söz konusu olduğunda, bu hakların niteliği gereği, “düzenleme” ve “sınırlama” aynı anlama gelmez. Dolayısıyla anayasa koyucu md.104/17’nin ikinci cümlesinde “düzenleme” ifadesini tercih ettiğine göre ve Anayasanın 13’üncü maddesi de dikkate alındığında, CBK ile yapılabilecek olan; hakkı güçlendiren, ona daha etkin bir içerik kazandıran, uygulanmasını sağlayan nitelikte kurallar koymaktır. Buna karşılık, hakkın CBK ile sınırlandırılması mümkün değildir. Zira 13’üncü madde açık bir biçimde temel hak ve hürriyetlerin “ancak kanunla” sınırlandırabileceğini söylemektedir. Sonuç olarak, Anayasanın sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler başlıklı bölümünde yer alan hak ve özgürlükler CBK ile düzenlenebilir ancak sınırlandırılmaz.²⁸

Öğretide baskın görüş bu olsa da AYM’nin yaklaşımının da bu olduğunu tereddütsüz söylemek zordur. Nitekim doktrinde, 12.07.2017 tarihli AYM kararında²⁹ 375 sayılı KHK ile toplu iş sözleşmesi ve grev hakkına müdahale edildiği tespit edilmiş olmasına karşın, AYM’nin bu kararda hakkın KHK ile sınırlandırılmasında anayasal bir sorun tespit etmediği hatırlatılmış³⁰ ve AYM’nin sınırlama-düzenleme ayrımı konusundaki yaklaşımının ne olduğuna dair de bir açıklık getirmesi gerektiği vurgulanmıştır.³¹

Burada bir noktaya daha değinmek gerekir. Her ne kadar md.104/17’den hareketle sosyal ve ekonomik hakların CBK’lar ile düzenlenebileceği sonucuna ulaşmak mümkün ise de bu tek başına kapsamı belirlemede yeterli bir çıkarım değildir. Zira sosyal ve ekonomik hakların düzenlendiği Anayasanın ikinci kısmının üçüncü bölümünde, bazı maddelerde, bazı konuların “kanunla düzenleneceği” öngörülmüştür.³² Aşağıda açıklayacağımız üzere, bu kapsamdaki konular

²⁸ Tolga Şirin, ‘İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’ (2018) 7(14) Anayasa Hukuku Dergisi 289, 324-326; Açıl (n11) 745; Hasan Tahsin Fendoğlu, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Mahfuz Düzenleme Alanı Mıdır?’ (2019) 3 Ankara Barosu Dergisi 277, 282; Atar (n5) 248; Can (n4) 144; Gözler (n7) 997-998.

²⁹ AYM, E 2017/27 K 2017/117, 12.07.2017.

³⁰ Korkut Kanadoğlu, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’ (2018) 2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 637, 641.

³¹ Esasında mahkeme bu kararda konuya ilişkin açık bir değerlendirme yapmamıştır ancak bir KHK ile yasak alandaki bir hakka sınırlama getirilmiş olması halini tartışma konusu etmemiştir. Bu bakımdan CBK döneminde bu konuya ilişkin AYM’nin açık bir biçimde yaklaşımını ortaya koyan bir karar verip vermeyeceğini beklemek gerekeceği ifade edilmiştir. Özen Ülgen Adadağ, ‘Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorunlar’ (2019) 36(1) Anayasa Yargısı 261, 262.

³² Bkz. md.42/2-6-9, md.43/3, md.44/1-2, md.46/1-2, md.47/2-3-4, md.50/4, md.51/2-3-4, md.53/2-5, md.54/1-3-5, md.56/5, md.61/3, md.63/2.

münhasır kanun alanı içerisinde kalmaktadır ve md.104/17'nin üçüncü cümlesine göre, münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamaz. Dolayısıyla, bu konular her ne kadar temel hak ve hürriyetlere ilişkin yasak alan dışında kalsa da münhasır kanun alanı içerisinde olduklarından CBK ile düzenlenmeleri mümkün değildir.³³

O halde, Cumhurbaşkanı, Md.104/17'nin ikinci cümlesi gereği, CBK ile Anayasanın ikinci kısmının üçüncü bölümünde yer alan sosyal ve ekonomik haklar ve ödevleri düzenleyebiliyor olsa da; aynı maddenin üçüncü cümlesi gereği bu bölümde “kanunla düzenleneceği” öngörülmüş olan konuların CBK ile düzenlenmesi mümkün olmayacaktır.

B. Madde 104/17'nin İkinci Cümlesinin Anayasa Mahkemesince Yorumu ve Uygulaması

CBK çıkarma yetkisinin temel hak ve hürriyetler bakımından sınırlarını teo-ride ortaya koymak görece kolay olsa da uygulamada bu sınırların korunması oldukça meşakkatli bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle, temel hak ve hürriyetler bakımından CBK ile dokunulamayacak yasak alanı belirlemek kolay olsa da pratikte bir CBK kuralının yasak alana girip girmediğini tespit etmek kolay değildir.³⁴

Dikkat çeken şudur ki, md.104/17'nin getirdiği sınırları açıklarken konunun odağında sosyal haklar bulunuyor olsa da pratik uygulamada gri alanları ortaya çıkaran ve esas tartışmalara kaynaklık eden haklar “yasak alan” içerisinde kalan haklardır. Düzenleme çok net bir biçimde “*ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler*”in CBK ile düzenlenmesini yasaklayarak bu hakları kanunilik güvencesi altına alıyor olsa da bu hüküm bu haklar bakımından düşünüldüğü kadar açık ve net bir güvence sağlamayabilmektedir.

³³ M. Artuk Ardıçoğlu, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’ (2017) 3 Ankara Barosu Dergisi 21, 39-40; Açıl (n11) 746; Abdurrahman Eren, ‘Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi’ (2019) 36(19) Anayasa Yargısı 1, 39; Can (n4) 145; Hayri Keser, ‘Türk Hukukunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri’ (2022) 13(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 272, 279; Günday/Sever (n5) 628.

³⁴ Turan Yıldırım, ‘İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı’ (2019) 36(1) Anayasa Yargısı 293, 302.

Bir kere, yasak alan içerisinde kalan hakların tümü idarenin görev alanı ile şu veya bu düzeyde ilişkilidir. Yürütme organı pek çok durumda, kendi yetki alanındaki konulara ilişkin düzenlemeler yaparken, bu hakları -dolaylı da olsa- ilgilendiren kurallar koymaktadır. Bu demektir ki, yürütme yetkisine ilişkin konuların çok önemli bir bölümü yasak alanda kalan hak ve özgürlükler ile doğrudan veya dolaylı bir ilişki içerisindedir. Bunun bir sonucu olarak, md.104/17'nin ikinci cümlesini ne genişlikte yorumladığınıza bağlı olarak CBK çıkarma yetkisinin sınırları da genişleyecek veya daralacaktır.

Örneğin, “yasak alanda kalan haklarla doğrudan veya dolaylı olarak ilişkilendirilebilen hiçbir konuda CBK ile düzenleme yapılamaz” denilirse, CBK çıkarma yetkisi neredeyse kullanılamayacak kadar sınırlandırılmış bir yetkiye dönüşecektir. Ancak anayasa koyucunun kastının bu olmadığı açıktır. Peki burada sınırı nasıl çizeceğiz? Ne düzeyde bir ilgi, alaka olduğunda yasak alandaki haklara dair bir düzenleme olduğunu kabul edeceğiz? Md.104/17'nin ikinci cümlesinde yer alan sınırlama kuralının gri alanını özellikle bu konu teşkil etmektedir.

Bu soruya AYM'nin KHK'lara ilişkin bir kararından yola çıkarak şu cevabı vermek mümkündür: *“Dolaylı biçimde kişi hak ve özgürlüklerini ilgilendirmeyecek bir düzenleme düşünmek oldukça güçtür. Bu nedenle de dolaylı bir ilginin varlığına dayanılarak sonuca gitmek isabetli sayılamaz”*³⁵. Bu karardan hareketle, AYM'nin, “ancak doğrudan bir ilgi olduğu hallerde, CBK'nın, yasak alandaki haklara dair bir düzenleme getirdiği” yorumunu yapacağını düşünülebilir.

Ancak bu bile objektif biçimde değerlendirilmesi zor bir durumdur. Bakış açısına göre değişecektir. Bize göre çok bariz bir biçimde yasak alandaki hakka “doğrudan” dokunan bir düzenleme, bir başka kişiye göre ancak dolaylı bir ilgi içerisinde, hatta tamamıyla ilgisiz olarak değerlendirilebilir.

Nitekim daha yolun başında böylesi bir durum kendini göstermiştir. AYM'nin CBK'ların denetimine ilişkin daha ilk kararlarından birinde³⁶ md.104/17'nin ikinci cümlesinin yasakladığı alanda kalan bir hak - mülkiyet hakkı (md.34) - sınırlama kuralının yorumlanmasında ve uygulanmasında bakış açılarının nasıl farklı olabileceğini gözler önüne sermiştir:

³⁵ AYM, E 1986/15 K 1987/1, 06.01.1987.

³⁶ AYM, E 2019/78 K 2020/6, 23.01.2020.

AYM, Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulu üyelerine yapılacak ödemelerin Cumhurbaşkanı tarafından belirleneceğini öngören CBK kuralını denetlediği kararında, oyçokluğu ile, söz konusu düzenlemenin herhangi bir temel hak veya özgürlüğe yönelik bir düzenleme getirmediği, bu bakımdan 104/17. maddenin ikinci cümlesine aykırı bir yönünün olmadığı sonucuna ulaşmıştır.³⁷ Buna karşılık Mahkemenin beş üyesi bu karara katılmamıştır. Karşı oy yazılarında, söz konusu düzenlemenin, CBK ile düzenlenmesi yasak alanda yer alan “mülkiyet hakkı”na yönelik bir düzenleme getirdiği belirtilmiş; bu nedenle dava konusu kuralın, md.104/17’nin ikinci cümlesine aykırı olduğu ifade edilmiştir.

Örneğin, Zühtü Arslan karşı oy yazısında, Anayasanın 35’inci maddesiyle güvence altına alınan mülkiyet hakkının, *“ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı haklarını”* kapsadığını önceki AYM içtihatlarına atıfla vurgulamış; *“gerek norm denetiminde gerekse bireysel başvuruda kişilere ödenmesi öngörülen ücret, maaş, yaşlılık aylığı, emeklilik ikramiyesi ve kıdem tazminatı gibi ödemeler”*in AYM tarafından mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirildiğini, bu nedenle Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulu üyelerine yapılacak ödemelerin de mülkiyet hakkı kapsamında olduğunu ifade etmiştir.³⁸

Görüldüğü gibi, dava konusu kural, bir bakış açısından çok açık bir biçimde yasak alandaki bir hakkı doğrudan düzenleyen hatta sınırlandıran bir kural olarak görülebilirken; diğer bir bakış açısından, hak ile, bırakın doğrudan, dolaylı bir ilgisi dahi görülmeyen bir kural olarak değerlendirilmiştir. Bu örnek, 104/17’nin ikinci cümlesinde ifadesini bulan sınırlama kuralının objektif olarak uygulanabilirliği konusundaki endişeleri bir bakıma desteklemiştir.

AYM, sonraki kararlarında bu görüşünü değiştirmiş ve oybirliği ile, kamu personelinin mali hakları/özlük hakları ile ilişkili düzenlemeler getiren CBK’ları mülkiyet hakkına ilişkin düzenleme içerdikleri gerekçesi ile iptal etmiştir. Bu

³⁷ Ibid, §31.

³⁸ “...Kurulda görev yapacak kişilerin kamu görevlisi olma zorunluluğu olmamakla birlikte, kamu görevlisi olup olmadığına bakılmaksızın bu kişilere yapılacak ödemelerin bu kişiler açısından “mülk” teşkil ettiği kuşkusuzdur. Dolayısıyla kurul üyelerine verdikleri hizmet karşılığında yapılacak ödemeler “mülkiyet hakkı” kapsamındadır. / Dahası kurul üyelerine yapılacak ödemeleri belirleme yetkisi, bu ödemelerin artırılması veya azaltılmasını da kapsamaktadır. Bu çerçevede sözgelimi ödemelerin azaltılması durumunda bunun mülkiyet hakkına yönelik bir sınırlandırma olacağı da açıktır. Bu nedenle kural, Anayasa’nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer alan mülkiyet hakkına ilişkin bir düzenleme mahiyetindedir...” Ibid, Zühtü Arslan karşı oy yazısı, §8-9.

konuda ilk adım, (tespit edebildiğimiz kadarıyla) 9/11/2022 tarihli karar ile atılmıştır³⁹. Bu kararda, AFAD’da görev yapan denetçi ve denetçi yardımcılarının mali ve sosyal hak ve yardımları ile diğer özlük haklarına ilişkin düzenleme getiren CBK kuralı mülkiyet hakkına ilişkin düzenleme getirdiği gerekçesi ile iptal edilmiştir.⁴⁰ Mahkeme iptal gerekçesinde, yukarıda bahsettiğimiz kararın⁴¹ karşı oylarında vurgulanan hususlara da yer vermiş, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkının mülkiyet hakkı kapsamında olduğunu belirtmiştir.⁴² Ayrıca AYM’nin önceki norm denetimi ve bireysel başvuru kararlarında da kişilere ödenmesi öngörülen ücret, maaş, yaşlılık aylığı, emeklilik ikramiyesi ve kıdem tazminatı gibi ödemelerin hep mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirildiğine işaret eden Mahkeme, *“Başkanlık, Afet ve Acil Durum Yönetimi Denetçisi ve Denetçi Yardımcıları bağımsız genel müdürlüklerin müfettiş ve müfettiş yardımcılarına tanınan mali ve sosyal hak ve yardımları ile diğer özlük haklara sahiptir.”* şeklindeki iptal istemine konu CBK kuralını md.104/17’nin ikinci cümlesine aykırı bulmuştur.⁴³

Bu karardan sonra da aynı yaklaşım devam etmiş ve kamu personelinin mali ve sosyal haklarına ilişkin esasları belirleyen/etkileyen⁴⁴, emeklilik ve yaşlılık aylığı⁴⁵, personele yapılacak ücret, tazminat, huzur hakkı⁴⁶, ikramiye, vb. her

³⁹ AYM, E 2018/123 K 2022/138, 09.11.2022.

⁴⁰ Ibid §77.

⁴¹ AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015.

⁴² AYM, E 2018/123 K 2022/138, 09.11.2022, §75.

⁴³ AYM, E 2018/123 K 2022/138, 09.11.2022, §77. Ayrıca bkz. aynı karar, §108-110, §186-187, §226-231.

⁴⁴ AYM, E 2018/123 K 2022/138, 09.11.2022, §108-110, 178-180; 333-335; AYM, E 2020/7 K 2022/146, 30.11.2022, §42-49; AYM, E 2020/54 K 2022/165, 29.12.2022, §6-9, 34-36; AYM, E 2020/48 K 2023/11, 25.01.2023, §93-96, 114-116; AYM, E 2023/72 K 2023/75, 04.05.2023, §20-24; AYM, E 2023/7 K 2023/150, 13.09.2023, §46-51; AYM, E 2019/30 K 2023/227, 28.12.2023, §153-155, 221-223, 226-228, 258-260; AYM, E 2021/89 K 2024/8, 18.01.2024, §21-29, 97-100; AYM, E 2021/131 K 2024/51, 22.02.2024, §54-56, 108-110; AYM, E 2021/63 K 2024/78, 14.03.2024, §68-71, 145-149 vb.

⁴⁵ AYM, E 2019/12 K 2022/64, 29.12.2022,; AYM, E 2018/149 K 2022/163, 29.12.2022, §144-148; AYM, E 2018/118 K 2023/180, 26.10.2023, §95-100.

⁴⁶ AYM, E 2018/123 K 2022/138, 09.11.2022, §165-167; AYM, E 2019/38 K 2022/148, 30.11.2022, §7-9, 82-84, 88-90; AYM, E 2019/87 K 2022/158, 13.12.2022, §153-156; AYM, E 2021/6 K 2022/166, 29.12.2022, §21-25; AYM, E 2021/25 K 2023/104, 31.05.2023, §22-26, 29-31; AYM, E 2019/30 K 2023/227, 28.12.2023, §252-255; AYM, E 2021/87 K 2024/28, 01.02.2024, §6-10 vb.

türden ödemelerle⁴⁷ ile ilişkili düzenlemelerin hemen tümünde benzer gerekçelerle ve oybirliği ile iptal kararı vermiştir. Dolayısıyla, bu konuların mülkiyet hakkına ilişkin olması nedeniyle CBK ile düzenlenemeyeceği konusunda bir görüş birliğinin bulunduğu söylenebilir.

Buna karşılık, mülkiyet hakkı ile ilişkilendirilebilecek diğer bazı konularda ise görüş ayrılığı sürmektedir. Bunların başında kadro ihdası konusu gelmektedir. AYM üyelerinin bir kısmına göre, kadro ihdası/iptali öngören düzenlemeler ile de, en nihayetinde, ihdas edilen kadroyla ilgili mali, sosyal ve diğer türden özlük haklar belirlenmiş/etkilenmiş olduğundan bu düzenlemeler de mülkiyet hakkı ile doğrudan ilişkili düzenlemelerdir.⁴⁸ Bu görüşteki üyeler AYM'nin önceki kararlarında da bu durumu açıkça ifade ettiğine işaret etmiştir: *"Kadro ünvanı, personelin niteliğini ifade etmenin yanında, o personelin yerine getireceği görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük haklarını da ifade etmektedir. Kadro derecesi ile personelin özellikle aylık ve ödenekleri ve diğer özlük hakları bakımından sıkı bir bağ bulunmaktadır"*⁴⁹ Buna karşılık AYM çoğunluğu kadro ihdası/iptali öngören düzenlemelerin mülkiyet hakkı ile bir ilişkisinin bulunmadığı görüşündedir.⁵⁰

Bir CBK kuralının mülkiyet hakkını düzenleyip düzenlemediğini belirlemede görüş ayrılığının yaşandığı bir diğer konu ise, 375 sayılı KHK hükümlerine gönderme yaparak sözleşmeli personel istihdam edilebileceğini öngören düzenlemelerdir. Örneğin TSE'de özel bilgi ve uzmanlık gerektiren işlerin 375 sayılı KHK'nın ek 31'inci maddesine göre vekâlet veya istisna sözleşmesi ile danışman ve uzmanlara gördürülebileceğini öngören CBK hükmünün denetlendiği kararda, AYM çoğunluğu, söz konusu düzenlemenin herhangi bir hakka ilişkin düzenleme getirmediği sonucuna ulaşmıştır.⁵¹ Bu kararda karşı oy veren üyeler söz

⁴⁷ AYM, E 2018/123 K 2022/138, 09.11.2022, §186-187, §226-231; AYM, E 2020/46 K 2023/149, 13.09.2023, §174-178; AYM, E 2018/118 K 2023/180, 26.10.2023, §129-131, 163-165, 195-197; 425-426; AYM, E 2020/52 K 2023/223, 27.12.2023, §111-115.

⁴⁸ Bkz. AYM, E 2018/125 K 2020/4, 22.01.2020, karşı oy yazıları.

⁴⁹ AYM, E 2005/139 K 2007/33, 22.03.2007.

⁵⁰ Bkz. AYM, E 2018/125 K 2020/4, 22.01.2020; AYM, E 2020/8 K 2021/25, 31.03.2021, §19; AYM, E 2021/50 K 2021/89, 16.12.2021, §20; AYM, E 2021/90 K 2022/108, 28.09.2022, §50; AYM, E 2020/7 K 2022/146, 30.11.2022, §27; AYM, E 2020/48 K 2023/11, 25.01.2023, §84; AYM, E 2023/38 K 2023/39, 09.03.2023, §23; AYM, E 2022/38 K 2023/80, 4.5.2023, §7; AYM, E 2022/113 K 2023/112, 22.06.2023, §20; AYM, E 2020/65 K 2023/187, 08.11.2023, §92; AYM, E 2022/69 K 2024/27, 01.02.2024, §27 vb.

⁵¹ AYM, E 2021/25 K 2023/104, 31.05.2023, §37.

konusu düzenlemenin atıf yoluyla, TSE’de sözleşmeyle istihdam edilebilecek olan danışman ve uzmanların ücretlerine yönelik düzenlemeler içerdiğini, zira 375 sayılı KHK’nın ek 31’inci maddesinin ikinci fıkrasında istihdam edilecek kişilere ödenecek ücretlerin azami sınırı ile ödenecek ücretlerin nasıl belirleneceğinin düzenlendiğini bu bakımdan iptali istenen kuralın mülkiyet hakkına ilişkin bir düzenleme mahiyetinde olduğu görüşünü ifade etmiştir.⁵² Hatta Zühtü Arslan’a göre kural, aynı zamanda istihdam edilecek personelin çalışma hakkını ve sözleşme özgürlüğünü de sınırlandırıcı biçimde etkileyebilecek bir düzenlemedir.⁵³

Benzer şekilde Kapadokya Alan Başkanlığının hizmetlerinin 375 sayılı KHK’nın ek 28’inci maddesine göre iş mevzuatı kapsamında istihdam edilen personel eliyle yürütülmesini öngören düzenlemede de AYM çoğunluğu düzenlemeyi mülkiyet hakkı veya başka bir hak ile ilişkili görmezken⁵⁴, yukarıdaki karardaki gerekçelerle karşı oy veren üyeler olmuştur.⁵⁵

Mülkiyet hakkı bağlamında görüş ayrılıklarına kaynaklık eden başka düzenlemeler de vardır. Örneğin ceza infaz kurumları ve tutukevleri personeli eğitim merkezlerinde eğitim görenlerden konaklama ve yemek ücreti alınmayacağına dair düzenlemenin⁵⁶ ve kadro ünvanlarını değiştiren düzenlemelerin⁵⁷ denetiminde de benzer yorum ayrılıkları söz konusu olmuştur.

Mülkiyet hakkı, bugüne kadar yayınlanan CBK denetim kararları içerisinde md.104/17’nin ikinci cümlesi bağlamında en çok tartışma konusu edilen hak olsa da bu sınırlama kuralı kapsamında tartışma konusu olan başka haklar da vardır ve bunların da yorumunda benzer görüş ayrılıkları ortaya çıkmıştır.

Bu konuda bir örnek olarak “kişisel verilerin korunması hakkı” verilebilir. Bugüne kadar çıkarılan birçok CBK’da, bazı kamu kurum ve kuruluşlarına her

⁵² Ibid, karşı oy yazıları.

⁵³ Ibid, Zühtü Arslan karşı oy yazısı. Ayrıca bkz. AYM, E 2020/28 K 2022/156, 13.12.2022, §38 ve Zühtü Arslan karşı oy yazısı.

⁵⁴ AYM, E 2019/87 K 2022/158, 13.12.2022, §117

⁵⁵ Bkz. AYM, E 2019/87 K 2022/158, 13.12.2022 Zühtü Arslan, Hasan Tahsin Gökcan, Engin Yıldırım, Yusuf Şevki Hakyemez, Kenan Yaşar karşı oy yazıları. Benzer yönde kararlar için ayrıca bkz. AYM, E 2021/25 K 2023/104, 31.05.2023, §37 ve ilgili karşı oy yazıları; AYM, E 2020/66 K 2023/199, 30.11.2023; AYM, E 2021/89 K 2024/8, 18.01.2024, §41; AYM, E 2021/131 K 2024/51, 22.02.2024, §44; AYM, E 2019/111 K 2023/63, 05.04.2023, §242 vb.

⁵⁶ AYM, E 2019/30 K 2023/227, 28.12.2023, §95 ve karşı oy yazıları.

⁵⁷ AYM, E 2021/89 K 2024/8, 18.01.2024, §72-77, 88-92, 103-108 ve ilgili karşı oy yazıları.

türlü kişi ve kuruluştan bilgi isteme yetkisi tanıyan hükümler yer almıştır. AYM, bu yöndeki düzenlemelerin bir bölümünü kişisel verilerin korunması hakkı kapsamında değerlendirerek iptal etmiş, bir bölümünde ise düzenlemenin hak ile ilişkili olmadığına hükmetmiştir.

Bu konuda ilk karar 3/3/2021 tarihli E.2018/134, K.2021/13 sayılı karardır. (14) numaralı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında CBK'nın 17/2'inci maddesinde, İletişim Başkanlığının, görevi ile ilgili olarak *gerekli gördüğü bilgileri* bütün kamu kurum ve kuruluşlarından ve diğer gerçek ve tüzel kişilerden doğrudan istemeye yetkili olduğu ve bilgi istenenlerin bunları vermekle yükümlü oldukları düzenlenmesine yer verilmiştir. Bu düzenlemedeki *“gerekli gördüğü bilgileri”* ifadesinin iptali istemini inceleyen AYM, oyçokluğu ile, kuralın kişisel verilere ilişkin bir düzenleme olmadığına karar vermiştir.⁵⁸

AYM çoğunluğu, İletişim Başkanlığına verilen bilgi isteme yetkisinin, kurumun görevlerini yerine getirebilmesinin doğal ve zorunlu bir sonucu olduğu, istenebilecek bilginin kurumun görevleri ilgili olanlarla sınırlandırıldığı, kurumun görevleri dikkate alındığında bu kapsamda istenecek verilerin kişisel verileri içermeyeceği gerekçelerine dayanmıştır. Buna karşılık beş üye, söz konusu düzenlemenin kişisel verilerin korunması hakkına yönelik bir düzenleme olduğu, bu nedenle md.104/17'nin ikinci cümlesine aykırılık teşkil ettiği gerekçeyle karşı oy vermiştir.

Bu kararın ardından, Strateji ve Bütçe Başkanlığını benzer şekilde bilgi istemeye yetkili kılan bir CBK kuralının denetlendiği davada da AYM çoğunluğu yine benzer gerekçelerle aynı yönde karar vermiştir.⁵⁹

Buna karşılık, Malî Suçları Araştırma Kurulu (MASAK) Başkanlığı'na *“Kamu kurum ve kuruluşları, gerçek ve tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kuruluşlardan her türlü bilgi ve belgeyi istemek”* yetkisini veren düzenleme kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin bulanarak iptal edilmiştir.⁶⁰ Önceki kararlarda karşı oy veren üyeler, bu kararda ise farklı gerekçe belirterek karara katılmışlardır. Yani görüş ayrılığı varlığını sürdürmeye devam etmiştir.

Önceki iki kural ile büyük ölçüde benzeşen bu düzenlemede neden md.104/17'nin ikinci cümlesine aykırılık nedeniyle iptal kararı verdiğini de ge-

⁵⁸ AYM, E 2018/134 K 2021/13, 03.03.2021, §23-25.

⁵⁹ AYM, E 2018/133 K 2021/70, 13.10.2021, §41-48. Ayrıca bkz. karşı oy yazıları.

⁶⁰ AYM, E 2019/96 K 2022/17, 24.02.2022.

rekçeli kararında açıklayan AYM, bundan sonraki kararlarında da uygulamaya devam edeceği bir yaklaşım (bir nevi bir değerlendirme kriteri) ortaya koymuştur.

Buna göre, bilgi isteme, veri toplama gibi yetkiler veren CBK kuralları söz konusu olduğunda, AYM (çoğunluğu) yetkilendirilen kuruma ve onun üstlendiği görevlere bakmaktadır. Eğer kurumun görev alanı ağırlıklı olarak veya önemli ölçüde kişisel verilerin toplanmasına veya işlenmesine ilişkin ise ve CBK kuralı ile bu kuruma “her türlü bilgiyi isteme” yetkisi tanınıyor ise; yetkinin kapsamına kişisel verilerin de gireceği, bu nedenle düzenlemenin kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.⁶¹

Buna karşılık eğer kurumun görevleri önemli ölçüde veri işlenmesine ilişkin değilse ve kurumun görevlerini yerine getirebilmesinin doğal ve zorunlu bir sonucu olarak kuruma “görevleriyle ilgili” bilgi isteme yetkisi veriliyor ise; bu durumda mahkeme, söz konusu kuralın kişisel verileri içermediği sonucuna ulaşmaktadır. AYM çoğunluğuna göre böylesi düzenlemeler, aslında ilgili kurumun teşkilatlanmasına ve işleyişine ilişkin bir düzenlemeden ibarettir, kişisel verilere ilişkin değildir.⁶²

Karşı oy veren üyeler bu ayrımı yerinde bulmamakta; görev alanları fark etmeksizin kurum ve kuruluşlara her türlü kişi ve kurumdan bilgi isteme yetkisi tanıyan düzenlemelerin kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedirler. Zira istenecek bilgiler yönünden bir sınırlama veya ayırım yapmayan bu kuralların kapsamına kişisel veriler de pekâlâ girebilir.

Gerçekten de, AYM çoğunluğunun uyguladığı kriter kişisel verilerin korunması hakkı bakımından tutarlı sonuçlar üretmeyebilir. Nitekim toplanan bir verinin/bilginin bu hak kapsamında olup olmadığını belirleyen şey, veriyi isteyen kurum değil, istenen verinin kişisel veri niteliğinde olup olmadığıdır. Dolayısıyla görevi önemli ölçüde veri işlemek olan bir kurumun topladığı ve işlediği verilerin hiçbirisi kişisel veri niteliğinde olmayabileceği gibi, sadece görevinin zorunlu bir unsuru olarak -ve görevi ile ilgili- bilgi isteyen bir kurumun topladığı bilgi kişisel veri içeriyor da olabilir. Bu nedenle, en sağlıklı yöntem, kurumlara

⁶¹ Bu yöndeki kararlara örnek olarak bkz. AYM, E 2018/123 K 2022/138, 09.11.2022, §119-125; §305-308; §316-318; AYM, E 2020/54 K 2022/165, 29.12.2022, §39-46.

⁶² Bu yöndeki kararlara örnek olarak bkz. AYM, E 2018/123 K 2022/138, 09.11.2022, §253-255; AYM, E 2020/46 K 2023/149, 13.09.2023, §141-142.

ayrım yapmaksızın her türlü bilgiyi isteme yetkisi veren kuralların kişisel verilerin korunması hakkı ile ilişkili olduğunu kabul etmektir. Böylesi bir yaklaşım kişisel verilerin korunması hakkına daha üstün bir güvence sağlayacaktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, istenen bilgi açık bir biçimde kişisel verileri içerdğinde, elbette, AYM oybirliği ile düzenlemeyi md.104/17'nin ikinci cümlesine aykırı bularak iptal etmektedir. Örneğin Ulusal Coğrafi Veri Sorumluluk Matrisi kapsamındaki coğrafi verileri toplaması, üretmesi, paylaşması veya satmasına izin verilmesinde güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılmasını mümkün kılan düzenlemede toplanan veri açık bir biçimde kişisel veridir. AYM bu düzenlemeyi kişisel verilere ilişkin bir düzenleme olduğu için iptal etmiştir.⁶³ Yine, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığının birimlerinden biri olan Personel ve Prensipier Genel Müdürlüğüne üst kademe yöneticileri hakkında bilgi toplamak yetkisini veren düzenleme de kapsamına kişisel verilerin de girdiği gerekçesiyle oybirliği ile iptal edilmiştir.⁶⁴

Anayasanın 17'inci maddesi de md.104/17'nin ikinci cümlesine ilişkin denetime konu olan haklar arasındadır. Suç mağdurlarının korunması için gerekli tedbirlerin alınmasına, tedavi ve rehabilitasyonlarının sağlanmasına yönelik olarak verilecek hizmetleri düzenleyen (63) numaralı Suç Mağdurlarının Desteklenmesine Dair CBK'nın 16'ıncı maddesinde yer alan ve söz konusu hizmetlerin sunulmasına ilişkin usul ve esasların Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceğini öngören kural, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkına (md.17) yönelik yönetmelikle düzenleme yapma imkanı sağladığı, dolayısıyla yasak alandaki bir hakka ilişkin düzenleme getirdiği için iptal edilmiştir.⁶⁵

Buna karşılık, Koruma Hizmetleri Genel Müdürlüğünün görevleri arasında sayılan “Cumhurbaşkanı ve aile fertleri ile Cumhurbaşkanı Yardımcıları, Bakanlar, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı, **Cumhurbaşkanının korunması talimatı verdiği kişilerin maddi ve manevi şahsiyetlerine yönelik her türlü saldırıya karşı, Cumhurbaşkanlığı hizmet mahallerinde ve ikametleri ile her türlü ulaşım aracında, yurtiçi ve yurtdışında *gerçekleştireceği toplantı, gezi, tören veya***

⁶³ AYM, E 2020/4 K 2022/147, 30.11.2022, §81-86.

⁶⁴ AYM, E 2018/118 K 2023/180, 26.10.2023, §8-15. Başka örnekler için bkz. AYM, E 2020/48 K 2023/11, 25.01.2023, §48-52; AYM, E 2018/118 K 2023/180, 26.10.2023, §375-378; AYM, E 2018/149 K 2022/163, 29.12.2022, §9-14.

⁶⁵ AYM, E 2020/65 K 2023/187, 08.11.2023, §67-73.

açılış gibi faaliyetlerde gerekli koruma tertip ve tedbirlerini almak veya al-dırmak,” hükmünün koyu harfle belirtilen kısımlarının anayasaya aykırılığı iddiasını değerlendiren AYM, bu ibarelerin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını düzenleyen bir içeriğinin olmadığı sonucuna varmıştır.⁶⁶

Bu kararda karşı oy kullanan Zühtü Arslan’a göre ise, düzenleme yasak alanındaki birden fazla hakkı etkileyen bir içeriğe sahiptir: “...fıkranın (a) bendinde Genel Müdürlüğün görevlerinden birinin ‘Cumhurbaşkanının korunması talimatı verdiği kişilerin...manevi’ şahsiyetlerini korumaya yönelik tedbirler almak olduğu açıkça ifade edilmiştir. Bunun yanında Cumhurbaşkanının gerçekleştireceği toplantı ve açılış gibi programlar kapsamında program yerlerinde taşıt ve yaya trafiği ile park düzenini almak gibi tedbirlerin, kişilerin ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına müdahale teşkil edebileceği izahtan varestedir.”⁶⁷

Kamu hizmetine girme hakkı da yorum farklılıklarının göze çarptığı haklardan birisidir.⁶⁸ Dahası suç ve cezaların kanuniliği ilkesi⁶⁹, dernek kurma hürriyeti⁷⁰, vergi ödevi⁷¹, dilekçe hakkı⁷², basın ve ifade özgürlükleri⁷³ gibi başka haklar

⁶⁶ AYM, E 2019/30 K 2023/227, 28.12.2023, §9-13.

⁶⁷ AYM, E 2019/30 K 2023/227, 28.12.2023, Zühtü Arslan karşı oy yazısı.

⁶⁸ AYM’nin yerleşik içtihadına göre, kamu hizmetine girişin şartlarını belirleyen kurallar kamu hizmetine girme hakkı kapsamındadır. Bkz. AYM, E 2011/107 K 2012/184, 22.11.2012. Bu içtihadı paralel olarak diyebiliriz ki, CBK ile, bir kamu hizmetine girişin, bir kadroya atanmanın şartları, istihdam edilecek personelin nitelikleri vb. düzenlenemez. AYM’nin kimi kararları açık ve net bir şekilde bu yöndedir. Örnek olarak bkz. AYM, E 2019/87 K 2022/158, 13.12.2022, §71; AYM, E 2022/71 K 2023/65, 05.04.2023, §15-18; AYM, E 2018/118 K 2023/180, 26.10.2023, §116-124, §126-128, §275-277, §366-368; AYM, E 2021/89 K 2024/8, 18.01.2024, §63-66. Bununla birlikte, AYM çoğunluğunca, bir kuruma personel istihdamı ön-gören nitelikteki düzenlemeler, -açıkça istihdam şartlarını, atanma esaslarını vb. düzenleyen bir kural olmadığı takdirde-, idarenin kuruluş ve teşkilatına ilişkin bir düzenleme olarak değerlendirilmekte, kamu hizmetine girme hakkı ile ilişkilendirilmemektedir. Böylesi düzenlemeler söz konusu olduğunda karşı oy veren kimi üyeler, konuyu bazen (düzenlemenin içeriğine bağlı olarak) mülkiyet hakkı ile bazen kamu hizmetine girme hakkı ile ilişkilendirmektedir. Bkz. AYM, E 2020/29 K 2022/155, 13.12.2022, §30; AYM, E 2020/54 K 2022/165, 29.12.2022, §21; AYM, E 2020/48 K 2023/11, 25.01.2023; AYM, E 2020/66 K 2023/199, 30.11.2023; AYM, E 2021/38 K 2024/25, 01.02.2024; AYM, E 2022/95 K 2024/52, 22.02.2024.

⁶⁹ AYM, E 2019/87 K 2022/158, 13.12.2022, §48-51; AYM, E 2018/121 K 2021/84, 11.11.2021, §49-50; AYM, E 2018/121 K 2021/84, 11.11.2021, §88.

⁷⁰ AYM, E 2018/149 K 2022/163, 29.12.2022, §93; AYM, E 2021/113 K 2024/29, 01.02.2024, §48.

⁷¹ AYM, E 2018/118 K 2023/180, 26.10.2023, §381-388; AYM, E 2019/30 K 2023/227, 28.12.2023, §181-191.

da md.104/17'nin ikinci cümlesindeki sınırlama kuralı kapsamında AYM kararlarına konu olan haklardandır ve bu kararların da bazılarında görüş ayrılıklarının olduğu görülmektedir. Kararlara yansıyan -özellikle sınırlama kuralının yorumlanması bağlamındaki- görüş ayrılıkları, CBK çıkarma yetkisinin sınırlarını belirleyen ikinci kurala ilişkin gri alanları gözler önüne seriyor olmaları bakımından önemlidir.

Sonuç olarak, md.104/17'nin ikinci cümlesinde yer alan kural, kağıt üzerinde ne kadar açık ve net bir yasak alan oluşturuyor olsa da, somut bir CBK kurallının bu yasak alanı ihlal edip etmediğinin belirlenmesinde bu netliğin her zaman var olduğunu söylemek zordur. Bir düzenlemenin yasak alandaki bir hakla ne düzeyde ilişkili olması halinde yasak alanın ihlal edilmiş olacağını gösteren objektif bir ölçüt de olmadığından, AYM'nin bu konudaki kararları ikinci sınırlama kuralının içerdiği gri alanların açıklığa kavuşturulmasına yardımcı olmaktadır. Ancak görüldüğü üzere belli konularda AYM üyeleri arasında da bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bu noktada, bizce, özgürlükçü bir bakış açısının tercih edilmesi ve rehber ilkeler olarak, hak ve özgürlüklerin geniş, bunlara sınırlama getiren kuralların dar yorumlanması gerektiği ve bu ilkenin bir paraleli olarak, "devletin/idarenin yetkisizliğinin kural, yetkili olmasının istisna" olduğu yönündeki prensipler ekseninde istikrarlı bir içtihadın oluşturulması oldukça önemlidir.

III. Anayasada Münhasıran Kanunla Düzenlenmesi Öngörülen Konularda CBK Çıkarılamayacağı Kuralının Gri Alanları

Anayasanın 104'üncü maddesinin 17'inci fıkrasında yer alan üçüncü sınırlama kuralı "*Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, Cumhurbaşkanı, münhasır kanun alanı içerisinde kalan konularda CBK çıkaramayacaktır.

A. Münhasır Kanun Alanı Konusunda Doktrindeki Yaklaşımlar

Bu sınırlama kuralının kapsamını belirleyebilmek için öncelikle "*münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular*" ifadesinin ne anlama geldiğini netleştirmek gerekir. Anayasa metni içerisinde münhasır kanun alanı oluşturan

⁷² AYM, E 2022/93 K 2024/9, 28.02.2024, §18-28.

⁷³ AYM, E 2020/88 K 2023/224, 27.12.2023, §10-16.

açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, kimi hususların “kanunla”⁷⁴ düzenleneceğinin öngörüldüğü, kimi hususların ise “ancak”⁷⁵ kanunla düzenleneceğinin öngörüldüğü görülmektedir. Bu durum “acaba bu hükümler münhasır bir kanun alanı yaratmakta mıdır?” sorusu etrafında farklı görüşlerin ileri sürülmesine kaynaklık etmiştir. Bu bağlamda, md.104/17’nin üçüncü cümlesi doktrinde farklı biçimlerde yorumlanmış ve “münhasır bir kanun alanı”nın olup olmadığı, “münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular” ifadesinin kapsamına nelerin girdiğinin yorum yoluyla belirlenmesi gerekeceği ifade edilmiştir.⁷⁶

Doktrinde kimi yazarlar anayasada açıkça belirtilen bir münhasır kanun alanının bulunmadığını ifade ederken⁷⁷, kimi yazarlar, anayasanın bazı maddelerinde birtakım konuların “ancak kanunla” düzenlenebileceğinin öngörülmüş olduğuna işaret etmiş ve bu ifadenin münhasır kanun alanı kapsamındaki konuları belirlemede esas alınabileceği yorumunda bulunmuştur. Bu görüşe göre, anayasada “ancak kanunla” düzenleneceği öngörülen konularda CBK çıkarılmaz, buna karşılık anayasanın “ancak, sadece, yalnız” gibi bir ifade kullanmaksızın kanunla düzenleneceğini öngördüğü konular münhasır kanun alanı içerisinde değildir. Dolayısıyla diğer sınırlama şartlarına uygun olmak kaydıyla bu konularda CBK çıkarılabilir.⁷⁸

Buna karşılık doktrindeki yazarların çoğunluğu “sadece, ancak” gibi ifadeler aranmaksızın Anayasada kanunla düzenleneceği⁷⁹ öngörülen tüm konuların münhasır kanun alanı içerisinde kaldığı, dolayısıyla bu konuların CBK ile düzen-

⁷⁴ Örneğin md.14/son, md.16, md.18/2, md.19/2, md.20/3, md.26/son, md.27/son, md.35/2, md.42/2, 6, 9, md.43/3, 50/4 vb. Ülgen’in tespitine göre, Anayasanın 52 maddesinde belirtilen 94 hususun kanunla düzenleneceği öngörülmektedir. Özen Ülgen, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: İlk Gözlemler’ (2018) 2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 619, 633-634.

⁷⁵ md.13/1, md.20/3, md.38/3, md.66/3, md.68/6

⁷⁶ Ardiçoğlu (n33) 38.

⁷⁷ Örneğin Gözler, anayasada açıkça düzenlenen bir münhasır kanun alanının bulunmadığını bu bakımdan 2017 değişikliği ile uygulanması mümkün olmayan hüküm getirildiğini ifade etmiştir. Gözler (n7) 1000-1001.

⁷⁸ Berat Duman, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri; Hukuki Niteliği, Rejimleri, Denetimi ve Mukayeseli Hukukta Yeri’ (2019) 5(2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 537, 565-566.

⁷⁹ Burada düzenleme sözcüğünün kapsamına anayasada kanunla düzenlenmesi, belirlenmesi, belirtilmesi, tespit edilmesi, kurulması, konulması vb. şeklinde ifade edilen tüm konular girmektedir.

lenemeyeceği yorumunda bulunmuştur.⁸⁰ Bu görüşe göre, yasama yetkisinin genelliği gereği Anayasaya aykırı olmamak kaydıyla her konuda yasama organı düzenleme yapabilir. Dolayısıyla kanunla düzenleme yapılabilmesi için anayasada belli konuların kanunla düzenleneceğinin belirtilmiş olmasına gerek yoktur. Buna karşın, anayasada bazı konularla ilgili olarak “kanunla düzenlenir” denilmesi, bu konularda düzenleme yetkisinin özellikle yürütmeye bırakılmak istenmediğini gösterir.⁸¹ Ayrıca, metinde geçen “münhasıran” kelimesinin tek anlamının “sadece, yalnız” olmadığı, bu kelimenin aynı zamanda “özellikle” anlamına da geldiği; bu bağlamda “münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular” ifadesinin, anayasa koyucunun özel olarak (özellikle) kanunla düzenlenmesini istediği (yani kanun hükmünde olmayan bir düzenleyici işlem ile düzenlenmesini istemediği) konular şeklinde yorumlamanın daha yerinde olacağı ifade edilmiştir.⁸²

B. AYM’ye Göre Münhasır Kanun Alanı

Anayasa Mahkemesinin CBK öncesi dönemdeki içtihatlarına baktığımızda görüyoruz ki, münhasır kanun alanı kavramı, KHK’lar ve idarenin düzenleyici işlemleri bakımından farklı biçimlerde yorumlanmıştır. KHK’lar kanun hükmünde olduğu için, Anayasada genel olarak kanunla düzenleneceği belirtilen konuların değil, “ancak, sadece” gibi emredici/yasaklayıcı ifadelerle kanunla düzenleneceği belirtilen konuların KHK’lar karşısında mahfuz bir kanun alan yarattığını ifade eden AYM⁸³, kanun gücünde olmayan idari düzenleyici işlemler söz konusu olduğunda, “ancak, sadece” gibi bir ifade aranmaksızın, Anayasada “kanunla” düzenleneceği söylenen tüm konuların münhasıran kanunla düzenlenmesi gerektiğini kabul etmiştir.⁸⁴

AYM ilk CBK denetim kararında bu konuya ilişkin açık ve net bir açıklama yaparak anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konuların

⁸⁰ Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (17th edn, Beta Yayıncılık 2018) 438; Eren (n33) 37-40; Atar (n5) 248-249; Turan Yıldırım, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’ (2017) 23(2) MÜHF-HAD 13, 26; Şirin (n28) 323; Yılmaz (n6) 249-250; Can (n4) 146-147; Akartürk (n3) 11-12; Barın (n5) 304-306; Fendoğlu (n5) 615-616.

⁸¹ Ali D. Ulusoy, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: Varoluşsal, Yapısal ve Hukuksal Bir Değerlendirme’ (2020) 37(2) Anayasa Yargısı 31, 51-52.

⁸² Ülgen (n74) 633; Ülgen Adadağ (n31) 263-265.

⁸³ Örneğin bkz. AYM, E 1989/4 K 1989/23, 16.05.1989; AYM, E 1990/ 1 K 1990/21, 17.07.1990.

⁸⁴ Örneğin bkz. AYM, E 2013/72 K 2013/126, 31.10.2013; AYM, E 2017/143 K 2018/40, 02.05.2018. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Eren (n33) 34-39.

neler olduğu sorusunu cevaplamıştır: “...Anayasa’da hangi konuların münhasıran kanunla düzenleneceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadında anayasa koyucunun kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların bu kapsamda görülmesi gerektiği kabul edilmektedir ... Buna göre Anayasa’da kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda Cumhurbaşkanı’nın CBK çıkarma yetkisi bulunmamaktadır.”⁸⁵ AYM’ye göre, “Anayasa koyucunun bir konunun kanunla düzenlenmesini özel olarak öngörmesi bu alanın münhasıran kanunla düzenlenmesini istediği anlamına gelir.”⁸⁶ Dolayısıyla “ancak, sadece, yalnızca” gibi bir ifadenin de ayrıca bulunmasına gerek yoktur.

Bu açıklama md.104/17’nin üçüncü cümlesinde yer alan sınırlama kuralını büyük ölçüde aydınlığa kavuşturuyor görünse de durum tam olarak böyle değildir. Zira bu kural, uygulamada en çok tartışmaya ve görüş ayrılıklarına kaynaklık eden, bu yönüyle, CBK çıkarma yetkisinin konu bakımından sınırlarının pratikte en muğlak alanını teşkil ediyor görünmektedir.

Bunun iki temel zorluktan kaynaklandığı söylenebilir: Birincisi, yukarıda ortaya konulan açıklama, münhasıran kanunla düzenlenecek konular kapsamına Anayasanın hangi maddelerinde düzenlenen konuların girdiğini belirlemeyi sağlıyor olsa da, kanunla düzenleme öngören her bir kuralın kapsamının da ayrıca belirlenmesi ve bu hükümlerin CBK çıkarma yetkisini düzenleyen Anayasa hükümleri ile uyumlu bir biçimde yorumlanması gerekmektedir. Bu noktada görüş ve yaklaşım farklılıklarının bulunması bu işi zorlaştıran bir faktör olarak karşımıza çıkmaktadır.

İkinci zorluk ise, Anayasanın bazı maddelerinde belli konuların CBK ile düzenleneceğinin özel olarak öngörülmüş olmasından kaynaklanmaktadır. Zira bu durumda, Anayasanın kanunla düzenleme öngören hükümlerini CBK çıkarma yetkisini düzenleyen hükümlerle uyumlu biçimde yorumlarken, aynı zamanda Anayasanın özel olarak CBK ile düzenleme öngördüğü hükümlerini de tüm bu düzenlemeler ile uyumlu yorumlamak gerekmektedir. Bu normların her birinin kapsamının ve birbirleriyle olan ilişkilerinin nasıl yorumlanacağına dair her bir yaklaşım farklılığı, konuya ilişkin görüş ayrılıklarının daha da çeşitlenmesine sebep olmaktadır.

⁸⁵ AYM, E 2018/125 K 2020/4, 22.01.2020, §11.

⁸⁶ AYM, E 2019/31 K 2020/5, 23.01.2020, §29.

Özellikle Anayasanın CBK ile düzenleneceğini özel olarak belirttiği konuların nasıl yorumlanacağı hususu, üçüncü sınırlama kuralı bağlamında ortaya çıkan bu karmaşık alandaki soruların cevaplarının belirlenmesinde kilit bir yere sahip görünmektedir. Bu nedenle, Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağına ilişkin kurala dair AYM kararlarını incelemeye geçmeden evvel, anayasanın özel olarak CBK ile düzenlenmesini öngördüğü konuların neler olduğunu, bu hükümlerin nasıl yorumlanacağı ile ilgili görüşleri ve AYM'nin konuya yaklaşımını da incelemek faydalı olacaktır.

C. Anayasanın Özel Olarak CBK ile Düzenlenme Öngören Hükümleri ve Mahfuz Alan Tartışması

Olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisini ve bu kararnamelerin konu bakımından sınırlarını düzenleyen temel hüküm md.104/17 olsa da Anayasanın diğer bazı maddelerinde de CBK'lara ilişkin düzenlemeler yer almaktadır ve bunlardan bazıları CBK'ların konu bakımından sınırlarını doğrudan etkileyen nitelikte düzenlemelerdir.

Bunlardan birincisi Anayasanın 123'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan *"Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur."* hükmüdür. Görüldüğü üzere bu hüküm, kamu tüzel kişiliğinin ister kanunla ister CBK ile kurulmasına imkan tanımaktadır.

Bununla birlikte, Anayasanın dört farklı maddesinde ise, birtakım konuların CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilmiştir.

Md.104/9: *"Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler."*

Md. 106/son: *"Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir."*

Md.108/son: *"Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir."*

Md.118/son: *"Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir."*

Görüldüğü üzere, bu maddelerde belirtilen konuların kanunla da düzenlenebileceğine dair md.123/3'teki gibi bir ifadeye yer verilmemiştir. Bu hükümler cevaplanması gereken birçok soruya kaynaklık etmiştir: Anayasa koyucu Cumhurbaşkanının yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabileceğini md.104/17'de zaten belirtmiş olmasına karşın acaba neden yürütme yetkisine ilişkin olan bu dört konunun CBK ile düzenleneceğini ayrıca belirtme gereği duymuştur? Bu dört maddede belirtilen konularda CBK çıkarılması Cumhurbaşkanı için emredici, yasama organı için yasaklayıcı bir sonuç mu doğurmaktadır? Yani bu konular yalnızca CBK ile mi düzenlenebilir? Bir başka ifadeyle bu dört madde sadece CBK ile düzenlenebilir mahfuz bir alan mı yaratmaktadır? Md.104/17'de belirtilen sınırlama kuralları bu dört konuya ilişkin çıkarılan CBK'lar için de geçerli olacak mıdır?

Yeni CBK rejiminin gündeme geldiği ilk günden bu yana, bu ve benzeri sorular etrafında CBK'lara dair en çok tartışılan konulardan birisi muhtemelen budur. Kısaca "mahfuz alan tartışması" diye ifade edebileceğimiz bu tartışmanın merkezinde, bu hükümlerin salt CBK ile düzenlenebilir mahfuz bir alan yaratıp yaratmadığı sorusu yer almıştır. Dahası bu soruya verilen cevap, CBK'ların türleri, normlar hiyerarşisindeki yeri, denetimi, sınırları gibi diğer konularda da görüş farklılıklarına kaynaklık etmiştir. Özellikle, bu çalışmada, md.104/17'de yer alan sınırlama kurallarının bu dört madde için de geçerli olup olmadığı sorusu kilit bir öneme sahiptir.

1. Doktrinde Mahfuz Alan Tartışması

Konuya ilişkin farklı yaklaşımlar da bulunmakla birlikte, doktrinde ortaya atılan görüşleri (1) bu dört maddenin bir mahfuz alan yarattığını ileri süren görüşler ile (2) mahfuz alan iddiasını reddeden görüşler olarak iki başlıkta ele alabiliriz. Ancak belirtmek gerekir ki, bu iki kategori de kendi içerisinde birçok farklı görüşü barındırmakta, yani her bir kategori kendi içinde belli noktalarda ayrıışan görüşleri de içermektedir.

Çalışmamızın sınırlarını aşmamak adına, burada konuya ilişkin tüm bu görüşlere, görüş ayrılıklarına detaylı biçimde yer verilmeyecek, çalışmanın amacı ile sınırlı bir açıklama ile yetinilecektir.

a. Mahfuz Alan Görüşü

Doktrinde kimi yazarlar, yukarıda belirttiğimiz dört maddenin bir mahfuz CBK alanı yarattığını, bu maddelerde belirtilen konuların münhasıran CBK ile

düzenlenmesi gerektiğini, kanun ile bu konularda düzenleme yapılamayacağını ileri sürmüştür.⁸⁷ Bu görüşü savunurken dayanak yapılan temel argümanları şöyle özetleyebiliriz:

Öncelikle, anayasa koyucu, söz konusu dört maddede belirtilen konular için, CBK ile “düzenlenir” demiştir; “düzenlenebilir” gibi takdir yetkisi tanıyan bir ifade kullanmamıştır. Gözler’in ifadesiyle, “‘*Şu konu Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir*’ demek, ‘*şu konu Cumhurbaşkanlığı kararnamesi dışındaki işlemlerle düzenlenemez*’ demek anlamına gelir. Aksi olsaydı, Anayasa koyucu ‘*düzenlenir*’ değil, ‘*düzenlenebilir*’ derdi.”⁸⁸ Bu görüşü desteklemek için ayrıca Anayasanın 123/3’te yer alan “*kamu tüzel kişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur*” hükmü örnek olarak gösterilmiştir. Yani anayasa koyucu bir konunun hem kanun hem de CBK ile düzenlenebilir olmasını istediğinde bunu açıkça belirtmektedir. Eğer söz konusu dört maddedeki konuların da bu şekilde, hem kanun hem CBK ile düzenlenmesini isteseydi, “CBK ile düzenlenir” demek yerine md.123/3’te olduğu gibi “kanunla veya CBK ile düzenlenir” diyebilirdi. Ama anayasa koyucu ne takdir yetkisi tanıyan “düzenlenebilir” ifadesini ne de açıkça kanunla da CBK ile de düzenleme yapılabileceğini belirten bir ifadeyi tercih etmiştir. O halde “CBK ile düzenlenir” denilen bu dört maddedeki konular yalnızca CBK ile düzenlenebilecektir.⁸⁹ Ayrıca “kanunla düzenlenir” ifadesini kanunlar için öngörülmüş bir mahfuz alanın işareti olarak kabul edip “CBK ile düzenlenir” ifadesini bu anlamda kabul etmemenin makul bir açıklamasının olmadığı da ifade edilmiştir.⁹⁰

⁸⁷ Ahmet Yayla, (2019) 21 ‘Anayasa Değişikliği Sonrasında Cumhurbaşkanlığı Makamının Olağan Döneme İlişkin Düzenleme Alanı ve İdari İşlemlere Etkisi’ D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan 1609, 1622; Yeniay/Yeniay (n3) 115-121; Eren (n33) 43; Ülgen (n5) 17 vd; Halit Eyüp Özdemir, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Çerçevesi’ (2019) 6(1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 265, 275; Adnan Küçük ve Bayram Doğan, ‘Türkiye’de 2017 Anayasa Değişikliği Kapsamında Yürütmenin Asli Düzenleme Yetkisi ve Mahfuz Düzenleme Alanı’ (2019) 9(1) SDÜHFD 1, 17; Taylan Barın, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri Sorunu’ in Oktay Uygun and Egemen Esen (eds), *Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi - Kamu Hukukçuları Platformu VIII. Toplantısı Tam Metin Bildiri Kitabı* (Oniki Levha Yayınları 2020) 153, 158; Atar (n5) 246-247; Yılmaz (n6) 238-239; Keser (n33) 281; Tahir Muratoğlu, ‘Bazı Konuların Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle Düzenlenmesini Öngören Anayasa Hükmüleri Hakkında Değerlendirmeler’ (2022) 27(47) DÜHFD 375, 383-384.

⁸⁸ Gözler (n7) 1004-1005.

⁸⁹ Ibid, 1005; Ülgen (n5) 24; Yeniay/Yeniay (n3) 112-114.

⁹⁰ Muratoğlu (n87) 402-403.

Bu görüşü savunan yazarlara göre, Anayasanın “Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen değişiklikler ise Cumhurbaşkanının göreve başlama tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenir.” diyen Geçici 21/B maddesi de “CBK ile düzenlenir” denilen bu dört maddedeki konuların “münhasıran” CBK ile düzenleneceğinin bir göstergesidir.⁹¹

“CBK ile düzenleneceği ifade edilen bu konuların, yürütme organının münhasır düzenleme yetkisini oluşturmadığını ve yasama organının da bu konulara ilişkin kanun çıkarabileceğini kabul ettiğimiz takdirde, bu durumda Anayasa koyucunun abesle iştigal ettiğini de kabul etmemiz gerekir.” diyen Yeniay/Yeniay’a göre, Cumhurbaşkanı md.104/17 hükmü gereği zaten yürütmeye ilişkin konularda CBK çıkarma yetkisine sahiptir. Bahse konu dört maddedeki konuların tümü yürütmeye ilişkin konulardır. Yani ayrıca bunların CBK ile düzenleneceğinin ayrıca belirtilmesine gerek yoktur. Bu konular zaten md.104/17 kapsamında CBK ile düzenlenebilir. Bu durumda, Anayasa koyucunun bu dört maddede belirtilen konular için özel olarak “CBK ile düzenlenir” demesinin başka bir amacı olmalıdır. İşte burada Anayasa koyucunun amacı, bu dört maddedeki konuların “münhasıran” CBK ile düzenlenebilir olmasını, yani kanun ile düzenlenemez olmasını sağlamaktır.⁹²

b. Mahfuz Alan Olmadığı Görüşü

Doktrinde kimi yazarlar ise mahfuz alan görüşüne karşı çıkmıştır. Anayasa-da mahfuz bir CBK alanı olmadığını, “CBK ile düzenlenir” denilen konularda da “yasama yetkisinin genelliği” ilkesi gereği kanun ile düzenleme yapılabileceğini söyleyen bu görüşe göre, yasama yetkisinin genelliği ilkesini açıkça ortadan kaldıran bir hüküm anayasada yer almadığı sürece, CBK ile düzenlenebileceği belirtilen konular kanunla da düzenlenebilir.⁹³

⁹¹ Ülgen’in ifadesiyle, “Cumhurbaşkanına yürütmeye ilişkin konularda ve olağanüstü halde verilen yetkilerin takdiri niteliği dikkate alındığında, bu hükümde yer alan altı ay içinde düzenleme yükümlülüğünün bu dört maddeye ilişkin olduğuna şüphe yoktur.” Ülgen (n5) 19-20.

⁹² Yeniay/Yeniay (n3) 113-114. Benzer yönde bkz. Eren (n33) 42-43; Muratoğlu (n87) 402-403.

⁹³ Tanör/Yüzbaşıoğlu (n80) 438; Ardıçoğlu (n33) 44; M. Ayhan Tekinsoy, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Yürütmenin Mahfuz Düzenleme Yetkisi Açısından Değerlendirilmesi’ in Oktay Uygun and Egemen Esen (eds), *Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi - Kamu Hukukçuları Platformu VIII. Toplantısı Tam Metin Bildiri Kitabı* (Oniki Levha Yayınları 2020) 389, 401-402; Fendoğlu (n28) 284-285; Fatma Didem Sevgili Gençay, ‘Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Karşılıklı Mahfuz Alanları Meselesi’ in Oktay Uygun and Egemen Esen (eds), *Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar*

Bu görüşe göre, CBK'lara ilişkin bir mahfuz alandan söz edebilmek için Anayasada yasamanın ve yürütmenin yetkilerinin belirlendiği yani konu itibarıyla düzenleme alanlarının ayrıştırıldığı ikili bir mekanizmanın kurulması ve yasamanın yürütmeye bırakılan alanda düzenleme yapmasını sınırlayan hükümlerin bulunması gerekir. Tekinsoy'un ifadesiyle "salt 'düzenlenir' ifadesi yasamanın genelliği ilkesini çökartecek etkiye sahip değildir."⁹⁴

Ardıçoğlu'na göre Anayasada yasa koyucuya kapatılmış ve yürütmeye bırakılmış münhasır düzenleme yetkisi öngören bir norm yoktur. Aksine md.104/17'de CBK'ya yasak alanlar belirlenmiş, Anayasanın 7'inci ve 87'inci maddelerinde de kanun koyma, değiştirme ve kaldırma yetkisine ilişkin bir sınırlama öngörülmemiştir. Kanuna eş düzeyde olmayan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanun önünde bir engel teşkil etmesini öngörmek sistematik açıdan mümkün değildir. Ardıçoğlu'na göre bu dört madde ve Anayasanın diğer maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden çıkarılabilecek sonuç Anayasanın kanunla düzenleneceğini öngördüğü konularda CBK ile düzenleme yapılamayacağı buna karşın CBK ile düzenleneceğini söylediği konularda dahi yasama organının kanun yapabileceğidir: *"Anayasada, 'Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen konularda kanun çıkarılamaz' gibi yasama yetkisinin genelliğini açıkça kaldıran bir hüküm yer almadığı sürece, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen konuların kanunla düzenlenmesi anayasaya aykırılık oluşturmayacaktır."*⁹⁵

Söz konusu dört maddede belli konular için "CBK ile düzenlenir" denilmiş olması münhasır bir alan yaratmaya yetmez. Bu normların mefhumu muhalifinden yasama organının bu konulara ilişkin kanun yapma yetkisinin sona erdiği çıkarımında bulunulamaz. Aksine Anayasada kanunla açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamayacağını, kanun ile CBK'da farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümlerinin uygulanacağını, TBMM'nin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüz hale geleceğini söyleyen hükümlere yer verilmiştir.⁹⁶

Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi - Kamu Hukukçuları Platformu VIII. Toplantısı Tam Metin Bildiri Kitabı (Oniki Levha Yayınları 2020) 237, 294; Akartürk (n3) 12; Sümeyra Özgen, 'İdarenin Düzenleme Yetkisi ve Sınırı, Anayasa Mahkemesi Tarafından Belirlenen Ölçütler ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri' (2022) 154 Danıştay Dergisi 197, 219; Söyler (n5) 121.

⁹⁴ Tekinsoy (n93) 402.

⁹⁵ Ardıçoğlu (n33) 37-38, 44.

⁹⁶ Ibid, 44.

2017 değişikliği ile Anayasaya eklenen Geçici md.21/B'yi de mahfuz bir alanı destekleyen hüküm olarak yorumlamak mümkün değildir. Bu hüküm CBK ile düzenleneceği öngörülen hususların altı ay içinde düzenlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Ancak bunun için Anayasa md.104/17 gereği öncelikle ilgili alanlardaki kanunların yürürlükten kaldırılması gerekir.⁹⁷ Nitekim pratikte de bu yapılmış ve 7142 sayılı Yetki Kanunu'na dayanılarak çıkarılan KHK'lar ile ilgili alanlardaki kanunlar ve KHK'lar yürürlükten kaldırılmıştır. Bu da bu hususların kanunla düzenlenemez alanlar olarak görülmediğinin bir göstergesidir.

Tüm bunlara ek olarak, Ülgen Adadağ'ın işaret ettiği üzere, uygulamada da mahfuz bir CBK alanının bulunmadığı perspektifiyle hareket edildiği söylenebilir. Zira bakanlıklara ilişkin çıkarılan CBK'da bakanlıkların bazı görev ve yetkilerinin kanun ya da KHK'lere bırakıldığı, kanun ve KHK'lardaki bu hususlara ilişkin birçok hükmün yürürlükten kaldırılmadığı görülmektedir. Örneğin Milli Savunma Bakanlığı dışındaki tüm bakanlıkların görev ve yetkilerine ilişkin maddelerde, bakanlığın "kanunlarla verilen diğer görevleri" de yapacağı ifade edilmiştir. Bu ifade, kanunlarda bakanlıkların görev ve yetkilerine ilişkin düzenlemeler bulunduğu ve bulunacağının kabul edildiğini göstermektedir.⁹⁸

2. Md.104/17'de Yer Alan Sınırlama Kuralları CBK ile Düzenleme Öngören Dört Madde (md.104/9, md.106/son, md.108/son, md.118/son) için de Geçerli Midir?

Anayasa md.104/9, 106/son, 108/son ve 118/son'da CBK ile düzenleneceği belirtilen konuların CBK bakımından bir münhasır düzenleme alanı yarattığı görüşünü savunan yazarlar, bu durumun, hukuki rejimi birbirinden farklı iki tür olağan dönem CBK'sı yarattığını ileri sürmüştür.⁹⁹ Aslında bu, mahfuz bir alan olduğunu ileri sürmenin mantıki sonucudur. Bu görüşe göre, bu dört konunun münhasıran CBK ile düzenlenmesi gerektiğinden ve bu konularda kanun ile düzenleme yapılamayacağından, bu konulara ilişkin yapılmış bir kanun ile CBK arasında çatışma olması halinde CBK'ya üstünlük tanınması gerekir. Oysa, bu dört madde bakımından md.104/17'deki sınırlama ve çatışma kuralları uygulanırsa, kanuna üstünlük tanımak gerekecektir. Ancak bu durum, bu dört madde ile yaratılan mahfuz yetki ile çatışan bir sonuç doğurur. Yani bir yandan 'bu konular kanunla düzenlenemez' deyip, diğer yandan 'kanun ile CBK çatıştığında

⁹⁷ Ibid, 44-45.

⁹⁸ Ülgen Adadağ (n31) 272

⁹⁹ Ülgen (n5) 36; Fendoğlu (n5) 625-626.

kanunun uygulanacağını’, ‘CBK ile düzenlenen konuda kanun yapıldığında CBK’nın hükümsüz olacağını’, ‘açıkça kanunda düzenlenen konuda CBK çıkarılamayacağını’ söylemek bu dört maddedeki mahfuz CBK yetkisi ile çelişecektir. İşte bu nedenle, mahfuz alan görüşünü savunan yazarlar, md.104/17’deki sınırlama ve çatışma kurallarının mahfuz CBK alanı yaratan dört madde bakımından geçerli olmadığı görüşünü savunmuştur.¹⁰⁰

Belirtmek gerekir ki burada kastedilen özellikle fıkranın üçüncü ve dördüncü cümlelerinde yer alan sınırlama kuralları ile devamındaki iki cümlede¹⁰¹ yer alan, kanunun CBK karşısında üstünlüğünü düzenleyen cümlelerdir. Buradaki bakış açısı şöyle özetlenebilir: Bu dört madde zaten yürütme yetkisine ilişkin konular kapsamında olduğu için birinci cümledeki kural ile çatışan bir durum söz konusu olamaz. Yasak alanı düzenleyen ikinci cümle bakımından da aynı şey söylenebilir. Çünkü bu dört maddede sınırlı biçimde sayılmış olan hususlar, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir yetkilendirme içermemektedir. Öte yandan Anayasanın 13’üncü maddesi zaten temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceğini güvence altına almıştır. Bu dört maddenin bunun aksi sonuçlar doğuracak biçimde yorumlanmasına imkan verecek bir içeriği bulunmamaktadır. Buna karşılık fıkranın geri kalan cümleleri, özel olarak CBK ile düzenleme öngören dört maddeye uygulanamaz. Çünkü bu maddelerde belirtilen konular “münhasıran” CBK ile düzenleneceği öngörülmüş konulardır. Bu nedenle CBK-kanun çatışması halinde kanuna üstünlük verilmesi mantıklı olmayacaktır. Zaten bunlar arasında bir çatışma çıkması (bu alan yalnızca CBK ile düzenlenebilir bir alan olarak belirlendiğinden) teorik olarak mümkün değildir. Bu dört madde yasama yetkisinin genelliğinin anayasal istisnalarıdır. Bu bakımdan, bu dört maddede belirtilen konulara ilişkin yapılacak bir kanun yetki yönünden Anayasaya aykırı olacaktır.¹⁰²

Mahfuz alan olmadığı görüşünde olanlar ise, md.104/17’nin ayırım gözetilmeksizin tüm CBK’lar bakımından geçerli olduğunu, ancak bu sınırlamalar yorumlanırken Anayasanın ilgili diğer maddelerinin de dikkate alınması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu durumda, bu yaklaşım benimsenirse, bazı sınırlama kuralları bu dört maddeye uygulanabilecekken, bazıları (özellikle üçüncü cümle) uygulanmayacaktır.

¹⁰⁰ Ülgen (n5) 20-23; Fendoğlu (n5) 626.

¹⁰¹ “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.”

¹⁰² Ülgen (n5) 20-22.

Görüldüğü üzere, iki farklı yaklaşım bakımından konunun (çalışmamızla ilgili) düğüm noktası, md.104/17’de yer alan sınırlama kurallarının Anayasanın özel olarak CBK ile düzenleneceğini söylediği konular yönünden de geçerli olup olmadığı hususudur. Bu noktadaki belirsizliğin CBK’nın konu bakımından sınırlarını (özellikle de üçüncü cümlelerin belirlediği sınırları) muğlaklaştıracağı açıktır.

Bir örnek üzerinden ifade etmek gerekirse, örneğin md.123/1 gereği idare kanunla düzenlenir. Buna karşılık md.106/son, idarenin bir parçası olan bakanlıkların kuruluşu, teşkilat yapısı, görev ve yetkileri gibi hususların CBK ile düzenleneceğini söylemektedir. Md.104/17’nin üçüncü cümlesi ise münhasıran kanunla düzenlemesi öngörülen konularda CBK çıkarılamaz demektir. Peki bu üç madde nasıl birbiriyle uyumlu biçimde yorumlanacaktır? İster mahfuz alan görüşü ister benimsensin ister benimsenmesin, özellikle üçüncü cümledeki sınırlama kuralının uygulamasını en çok etkileyen nokta burasıdır.

3. Mahfuz Alan Tartışmalarına İlişkin AYM’nin Görüşü

Yukarıdaki tartışmalar gösteriyor ki, AYM’nin iki temel husustaki yaklaşımının ne olduğu, CBK çıkarma yetkisinin konu bakımından sınırlarına ilişkin gri alanları azaltmada büyük bir öneme sahiptir: (1) Anayasanın CBK ile düzenleme öngördüğü hükümler mahfuz bir alan yaratmış mıdır? (2) md.104/17’deki sınırlama kuralları CBK ile düzenleme öngören dört madde kapsamında çıkarılan CBK’lar için de geçerli midir? Bu başlık altında AYM kararları ışığında bu sorulara bir cevap aranacaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, AYM bugüne kadar mahfuz alan olup olmadığı konusunda doğrudan bir değerlendirme yapmamıştır; bahse konu dört maddenin bir mahfuz alan yaratıp yaratmadığına ilişkin açık ve net bir görüş bildirmemiştir. Bununla birlikte, yetki kurallarını uygulayış biçimi, kararlarda yaptığı bazı yorum ve değerlendirmeler ile karşı oylarda yer alan açıklamalardan hareketle birtakım çıkarımlarda bulunmak mümkündür.

AYM ilk CBK denetim kararında, genel esasları açıkladığı bölümde, md.104/17’de Cumhurbaşkanına yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarma yetkisinin genel olarak verilmiş olmasının yanında Anayasa’nın diğer bazı maddelerinde belirtilen kimi konuların CBK ile düzenleneceğinin ayrıca ifade edildiğini vurgulamıştır.¹⁰³ Ancak bu kararda, bu maddeler ile md.104/17 arasında nasıl bir ilişki olduğuna dair detaylı bir açıklamaya yer verilmemiştir.

¹⁰³ AYM, E 2018/125 K 2020/4, 22.01.2020, §6.

AYM, üçüncü yayınlanan CBK denetim kararında ilk kez bu yönde bir değerlendirme yapmıştır:

“Anayasa’da olağan dönemde CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konuların Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK’lar için öngörülen sınırlamalara tabi olmayacağına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK’lar için getirilen sınırlamalar, Anayasa’da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konular için de geçerlidir. Bununla birlikte söz konusu sınırlamalar Anayasa’nın CBK’lara ilişkin diğer hükümleri ile birlikte yorumlanmalıdır.”¹⁰⁴

Bu açıklama, AYM’nin, mahfuz alan görüşünü benimsemediğinin bir göstergesi olarak yorumlanabilir. Zira ayırt etmeksizin tüm CBK’ların md.104/17’deki sınırlamalara tabi olduğu ancak sınırlamaların Anayasanın CBK’lara ilişkin diğer maddeleri ile birlikte yorumlanması gerektiği şeklindeki yaklaşım “mahfuz alan yoktur” diyen görüşün yaklaşımı ile uyumludur.

Buna göre, gerek CBK ile düzenleme öngören dört madde (md.104/9, 106/son, 108/son, 118/son) gerekse kamu tüzel kişiliğinin hem kanunla hem de CBK ile kurulabilmesine imkan tanıyan md.123/3 çerçevesinde çıkarılan bir CBK söz konusu olduğunda, md.104/17’deki sınırlama kuralları, bu maddelerde CBK ile düzenlemeye izin verilen alanla uyumlu bir biçimde yorumlanacaktır.

Bu bağlamda bakıldığında görülmektedir ki, bahsi geçen beş maddede izin verilen konular, md.104/17’nin birinci, ikinci ve dördüncü cümlelerindeki sınırlama kurallarının uygulanmasının önünde bir engel teşkil etmemektedir. Zaten AYM de bu üç sınırlama kuralını uygularken denetlenen CBK’nın bu beş madde kapsamında mı yoksa md.104/17’deki genel yetkiye dayanılarak çıkarılmış bir CBK mı olduğunu araştırmamakta, bir ayırım yapmaksızın tüm CBK’ları bu kurallardan yönünden denetlemektedir.

Sadece üçüncü sınırlama kuralı, (kuralın içeriği ve mantığı gereği) özel olarak CBK ile düzenlenmesi öngörülen konularda çıkarılmış CBK’lara uygulanmaktadır: *“Anayasa koyucunun bir konunun kanunla düzenlenmesini özel olarak öngörmesi bu alanın münhasıran kanunla düzenlenmesini istediği anlamına gelir. Bu kapsamda Anayasa bir konunun kanunla düzenleneceğini öngörmüşse bu konuda CBK çıkarılamaz. Bununla birlikte Anayasa’da CBK’larla düzenlene-*

¹⁰⁴ AYM, E 2019/31 K 2020/5, 23.01.2020, §25.

ceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin Anayasa hükümlerinin açıkça izin verdiği hususlarda CBK'larla düzenleme yapılabilir.”¹⁰⁵

AYM, bir sonraki bölümde inceleyeceğimiz “kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamaz” şeklindeki dördüncü cümledeki sınırlama kuralını da, ayırt etmeksizin tüm CBK'lara uygulamaktadır. Yani denetlediği CBK'nın Anayasanın özel olarak CBK ile düzenleneceğini söylediği bir konuda çıkarılmış bir CBK olduğunu tespit ettiğinde dahi, mahkeme, bu CBK'nın kanunda açıkça düzenlenmiş bir konuyu düzenleyip düzenlemediğini de denetlemektedir. Dolayısıyla, bu nitelikteki CBK'ları dördüncü sınırlama kuralından muaf olarak görmemektedir. Bu da, AYM'nin mahfuz alan görüşünü benimsemediğinin bir göstergesi olarak yorumlanabilir.

Tüm açıklamalar doğrultusunda, Anayasanın özel olarak CBK ile düzenleneceğini söylediği konularda çıkarılmış CBK'ları, konu bakımından yetki yönünden denetlerken AYM'nin yaklaşımı bir örnek üzerinden şöyle özetlenebilir:

Sağlık bakanlığının merkez, taşra ve yurtdışı teşkilatından oluştuğunu söyleyen (1) sayılı CBK'nın 353'üncü maddesinin ilk fıkrasında yer alan “ve yurtdışı” ibaresinin iptali istemiyle açıklan davada, AYM, iptali istenen kuralı önce 104/17'nin birinci ve ikinci cümleleri yönünden denetlemiş ve bir anayasaya aykırılık bulmamıştır. Üçüncü cümle yönünden denetimini yaparken:

- Önce, kuralın Anayasanın özel olarak CBK ile düzenlenmesini öngördüğü konulardan birine ilişkin olup olmadığını değerlendirmiş ve iptal istemine konu kuralın, Sağlık Bakanlığının teşkilatlanmasına ilişkin bir kural olduğunu, yani Anayasanın özel olarak CBK ile düzenlenmesine imkan tanıdığı md.106/son kapsamında çıkarılmış bir CBK olduğunu tespit etmiştir: *“Dava konusu kurallarda, merkez ve taşra teşkilatı bulunan Bakanlığın teşkilat yapısına yurt dışı teşkilatının da eklenmesi, başka bir ifadeyle Bakanlığın yurt dışı teşkilatının oluşturulması ve Bakanlığın da oluşturulan bu yurt dışı teşkilatını kurmaya yetkili kılınması öngörülmektedir. Dolayısıyla kuralların Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında CBK ile düzenlenmesi özel olarak öngörülen konulardan biri olan bakanlıkların teşkilat yapısına ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.”¹⁰⁶*

¹⁰⁵ AYM, E 2019/31 K 2020/5, 23.01.2020, §29.

¹⁰⁶ AYM, E 2018/105 K 2020/30, 12.06.2020, §22.

- Bu yolla, her ne kadar iptali istenen kural idari teşkilatın bir unsuru olan bakanlıklara dair bir düzenleme getiriyor ve md.123/1 idarenin münhasıran kanunla düzenlenmesi gerektiğini söylüyor olsa da, md.106/son CBK ile düzenlemeye açıkça izin verdiğinden (yani md.106/son md.123/1'in istisnasını teşkil ettiğinden), kuralın anayasaya aykırı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır: *“Bu itibarla kuralların ilişkin olduğu konunun CBK ile düzenlenmesinin Anayasa’nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında açıkça hükme bağlanmış olması karşısında düzenlemenin kanunla yapılmamasının konu bakımından Anayasa’ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.”*¹⁰⁷
- Ardından AYM, dördüncü cümledeki sınırlama kuralı yönünden de denetleme devam etmiş ve iptali istenen kuralın kanunda açıkça düzenlenen bir konuya ilişkin olup olmadığını da incelemiştir. İnceleme sonucunda kuralın kanunda açıkça düzenlenen bir konuya ilişkin olmadığına karar verilmiştir: *“Bu tespitler kapsamında kuralların kanunda açıkça düzenlenen bir konuya ilişkin olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.”*¹⁰⁸

AYM bu inceleme sistematliğini benzer nitelikteki tüm CBK’lar yönünden uygulamıştır, uygulamaya da devam etmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, mahfuz alan tartışması konusundaki bu yaklaşım tüm üyelerce benimsenmiş değildir. Konunun ele alındığı ilk kararda¹⁰⁹ bazı üyeler mahfuz alan görüşüne paralel görüşler belirterek karşı oy vermiştir:

*“Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesindeki kural yönünden yapılan değerlendirmede, Anayasa’da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konularda, Anayasa münhasıran kanunla düzenlenme koşulu öngörse bile CBK ile düzenleme yapılabileceği kabul edilirken; yapılan değerlendirmenin (aynı anlayışın) Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında belirtilen ... kuralı yönünden kabul edilmemesi bir çelişki oluşturacaktır. / Zira eğer Anayasa koyucu bir konunun özel olarak CBK’yla düzenleneceğini öngörmüş ise artık bu konuda Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesinde belirtilen sınırlama uygulama alanı bulamayacağı gibi, aynı anlayış ve gerekçelerle dördüncü cümlesindeki sınırlama da uygulama alanı bulamayacaktır.”*¹¹⁰

¹⁰⁷ Ibid, §23.

¹⁰⁸ Ibid, §31-33.

¹⁰⁹ AYM, E 2019/31 K 2020/5, 23.01.2020.

¹¹⁰ Ibid, Kadir Özkaya, Rıdvan Güleç, Recai Akyel, Yıldız Seferinoğlu, Selahaddin Menteş farklı gerekçe yazısından.

Bununla birlikte, benzer içerikteki sonraki davalarda, bu üyelerin, farklı gerekçe yazılarını her kararda sürekli biçimde yinelemediklerini de belirtmek gerekir. Sonraki kararlarda nadir olarak benzer yönde görüşlerin karşı oy veya farklı gerekçe yazılarında yer aldığı görülmektedir.¹¹¹

4. Üçüncü Sınırlama Kuralının Uygulamasına Yansıyan Diğer Görüş Ayrılıkları

Üçüncü sınırlama kuralının anlamı ve kapsamına dair doktrindeki görüşleri ve AYM'nin bu konudaki yaklaşımını belirlemek, üçüncü sınırlama kuralı ile ilgili "teorik düzlemdeki" gri alanların bir bölümünün açıklığa kavuşturulmasını sağlıyor olsa da, bu kuralın uygulamaya aktarılmasında yaşanan zorluklar ve bu aşamada ortaya çıkan görüş ayrılıklarından kaynaklanan gri alanlar da bulunmaktadır. Bu nedenle üçüncü sınırlama kuralının uygulanmada nasıl sonuçlar ürettiğine, uygulama aşamasında yaşanan sıkıntıların ve görüş ayrılıklarının neler olduğuna da bakmak gereklidir. Ancak elbette bunların hepsini çalışmamızın sınırları içerisinde ele almak mümkün değildir. Bu nedenle, bu kısımda, temel meseleler ve en dikkat çeken örnekler üzerinden bir genel resim ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Bu perspektifle bakıldığında, kuralın uygulanmasında zorluklara, yaklaşım farklılıklarına ve görüş ayrılıklarına kaynaklık eden en temel meselenin, idarenin kanuniliği ilkesine ilişkin anayasal hükümler ile idareye ilişkin belli konuların CBK ile düzenlenmesine imkan tanıyan anayasal hükümlerin birlikte yorumlanması noktasında çıktığı söylenebilir. Şöyle ki:

Md.123/1 idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğunu ve kanunla düzenleneceğini söylemektedir; md.123/3 kamu tüzel kişiliğinin kanun veya CBK ile kurulabilmesine izin vermektedir; md.106/son bakanlıkların "kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması" CBK ile düzenlenir demektir; md.108 DDK'nın "işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri" CBK ile düzenlenir demektir; md.118/son MGK Genel Sekreterliğinin "teşkilatı ve görevleri" CBK ile düzenlenir demektir; md.104/9 ise üst kademe kamu yöneticilerinin "atanmalarına ilişkin usul ve esaslar"ın CBK ile düzenleneceğini söylemektedir; buna karşılık md.128/2 "Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük

¹¹¹ Örnek olarak bkz. AYM, E 2021/91 K 2021/106, 30.12.2021, Kadir Özkaya farklı gerekçe yazısı.

işleri kanunla düzenlenir” demektedir. Tüm bunlara ek olarak, Anayasanın birçok farklı maddesinde (örneğin md. 126, 127, 130, 131, 133, 134, 136 vb.) çeşitli idari birimlerin, kamu tüzel kişilerinin kurulması, görev ve yetkilerinin, bunların personelinin özlük işlerinin düzenlenmesi gibi konuların münhasıran kanunla yapılacağını söyleyen hükümler bulunmaktadır.

Görüldüğü üzere tüm bu düzenlemelerde bir yandan idarenin kurulmasından bir yandan da idarenin teşkilat yapısının, görev ve yetkilerinin, personelinin özlük işlerinin, atanma esaslarının, kadro ve istihdama ilişkin hususların düzenlenmesinden söz edilmektedir. Ve bunların bir kısmı CBK ile düzenlenebilir alanda kalırken bir kısmı kanunla düzenlenmesi gereken alanda bulunmaktadır. Dolayısıyla idarenin düzenlenmesine ilişkin bir CBK kuralının md.104/17’nin üçüncü cümlesine uygun olup olmadığını belirleyebilmek için, her bir kuralın anlam ve kapsamının belirlenmesi ve diğer ilgili kurallarla ilişkisinin kurulması gerekmektedir. Görüş ayrılıkları da özellikle burada doğmaktadır.

Tüm bunları tek tek incelemek çalışmanın sınırları içerisinde mümkün olmasa da, üçüncü sınırlama kuralının uygulanma esaslarını ve bunlarla ilgili görüş ayrılıklarının yaşandığı konuları şu başlıklar altında özetlemek mümkündür:

a. Md.123/1 ile md.123/3’ün Birlikte Yorumlanması Noktasında Ortaya Çıkan Görüş Ayrılıkları

Md.123/1 idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğunu ve kanunla düzenlenmesi gerektiğini söylemektedir. Ancak 2017 Anayasa değişikliklerinde, md.123/3’te değişiklik yapılmış ve kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya CBK ile kurulabileceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla artık kamu tüzel kişilerini kuran işlem kanun biçiminde yapılabileceği gibi CBK ile de yapılabilecektir. Yani md.123/3, md.123/1’in istisnasını teşkil etmektedir. Bu demektir ki, kamu tüzel kişiliğini haiz bir idari birimi kuran CBK kuralı md.123/3’e dayandığından anayasaya aykırı olmayacaktır.¹¹²

AYM üyeleri buraya kadar söylenenler üzerinde hemfikirdir. Ancak md.123/3’te geçen “kurmak” ifadesinin kapsamının ne olduğu konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. AYM çoğunluğuna göre, md.123/3’te geçen “kurulur” ibaresi kamu tüzel kişiliğinin sadece kurulması değil CBK ile kurulan bir kamu

¹¹² Örnek olarak bkz. AYM, E 2018/149 K 2022/163, 29.12.2022, §18-20; AYM, E 2020/8 K 2021/25, 31.03.2021, §21; AYM, E 2019/31 K 2020/5, 23.01.2020, §31; AYM, E 2021/90 K 2022/108, 28.09.2022, §27-30.

tüzel kişiliğinin CBK ile düzenlenmesini de içermektedir: *“Bir kamu tüzel kişiliğinin gerçek anlamda kurulduğundan bahsedebilmek için organları, görevleri, teşkilat yapısı gibi unsurlarının da belirlenmesi gerekmektedir. Bunlar gibi konular düzenlenmeden bir kamu tüzel kişiliğinin faaliyette bulunması düşünülemez. Kamu tüzel kişileri belli bir kamu hizmetini yerine getirmek amacıyla kurulur. Bu hizmetin yerine getirilebilmesi için tüzel kişinin kurulması yeterli olmayıp teşkilat yapısının ve bu kapsamda organlarının oluşturulması, görev ve yetkilerinin de belirlenmesi gerekir.”*¹¹³ AYM’ye göre *“Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasındaki koşullara bağlı olmak kaydıyla kamu tüzel kişiliğinin görevleri, yetkileri ve yapısı gibi unsurların CBK’yla düzenlenemeyeceğinin kabulü, kamu tüzel kişiliğinin CBK’yla kurulmasını mümkün kılan anayasal hükmü işlevsiz, dolayısıyla anlamsız kılacaktır.”*¹¹⁴

Örneğin, Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumunun kuruluşunun düzenlendiği CBK’da yer alan, kurumun hizmet alanına, hukuki statüsüne, görev ve yetkileri ile teşkilatlanmasına dair düzenlemeler içeren kurallar, md.123/3’deki *“...kurulur”* ifadesi kapsamı içerisinde değerlendirilmiştir: *“...Kamu tüzel kişileri belli bir kamu hizmetini yerine getirmek amacıyla kurulur. Bu hizmetin yerine getirilebilmesi için tüzel kişinin kurulması yeterli olmayıp teşkilat yapısının oluşturulması, görev ve yetkileri ile hukuki statüsünün de belirlenmiş olması gerekir... / Dolayısıyla Anayasa’nın 123. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca CBK ile kurulan bir kamu tüzel kişinin hangi hizmet alanında faaliyet göstereceğine, hukuki statüsüne, teşkilat yapısına, görev ve yetkilerine yönelik düzenlemelerin CBK ile yapılması mümkündür. Anılan Kurumun münhasıran kanunla düzenleneceğine dair bir anayasal hüküm de olmadığından, dava konusu diğer kurallarda öngörülen hususların da Anayasa’nın 123. maddesi uyarınca CBK ile düzenlenmesinin Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesini ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır.”*¹¹⁵

AYM çoğunluğunun bu yaklaşımına katılmayan M. Emin Kuz’a göre ise, *“Anayasa koyucu; Anayasanın başka maddelerinde olduğu gibi 123. maddede de “kurma” ve “düzenleme” kavramlarını ayrı ayrı kullanarak idarenin kanunla kurulması ve düzenlenmesi konusunda birinci fıkrada öngörülen ilkeye üçüncü*

¹¹³ AYM, E 2018/123 K 2022/138, 09.11.2022, §197.

¹¹⁴ AYM, E 2018/105 K 2020/30, 12.06.2020, §45; AYM, E 2020/7 K 2022/146, 30.11.2022, §29; AYM, E 2019/38 K 2022/148, 30.11.2022, §17.

¹¹⁵ AYM, E 2019/111 K 2023/63, 05.04.2023, §47-48.

*fıkra*da sadece kamu tüzelkişiliğinin kurulması bakımından istisna getirmiştir.”¹¹⁶ Bu bakımdan, “yasama yetkisinin genelliği ve CBK çıkarma yetkisinin dar yorumlanması ilkesi de 123. maddenin son fıkrasındaki “kurulma” kavramının, kurulan kamu tüzelkişiliğinin teşkilat yapısı ile görev ve yetkilerinin ve personelinin hukukî durumlarının düzenlenmesini de kapsayacak genişlikte yorumlanmamasını ve Anayasa koyucunun çok açık bir şekilde ortaya koyduğu bu tercihi ve mezkûr kavramları anlamsız kılaacak genişletici yorumlardan kaçınılmasını zorunlu kılmaktadır.”¹¹⁷

AYM çoğunluğu “kurmak” ifadesini geniş yorumluyor olsa da, idareye dair her şeyi içerisine alan sınırsız bir ifade olarak da görmemektedir. Bir kamu tüzel kişiliğinin kurulması ve teşkilatlanmasının zorunlu unsurları olarak görülen teşkilat yapısı, görevleri, çalışma usulü, kadro ve istihdam gibi hususlar md.123/3 kapsamında değerlendirilmektedir. Dolayısıyla iptali istenen CBK, bu zorunlu unsurlar içerisinde değerlendirilmeyen bir hususu düzenlediğinde md.123/1 gereği münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konuda CBK çıkarıldığı gerekçesiyle iptal kararı verilmektedir. Örneğin Türk Standartları Enstitüsü’nün gelirlerini düzenleyen bir CBK kuralı “gelirlerinin belirlenmesi kamu tüzel kişiliğinin teşkilatlanmasının zorunlu unsurlarından biri olarak kabul edilemez” denilerek md.123/1 kapsamında kanunla düzenlenmesi gereken bir konu olarak değerlendirilip md.104/17’nin üçüncü cümlesine aykırılıktan iptal edilmiştir.¹¹⁸

Buraya kadar açıklananlar CBK ile düzenlenen idari birimin kamu tüzel kişiliğinin bulunması halinde geçerlidir. Eğer CBK ile kurulan idari birim kamu tüzel kişiliğini haiz değilse (ve anayasanın CBK ile düzenleme öngören diğer maddeleri kapsamına da girmiyorsa) bu durumda md.123/1 gereği kanunla kurulması ve düzenlenmesi gerekecektir. Örneğin Ekonomi Koordinasyon Kurulu’nun görev ve yetkilerine ilişkin bir CBK kuralını denetlerken AYM, öncelikle kurulun kamu tüzel kişiliğini haiz olmayan bir kurul olduğunu ve iptali istenen kuralın Anayasada özel olarak CBK ile düzenlenmesi öngörülen konular kapsamına da girmediğini tespit etmiştir. Bu doğrultuda, kurulun görev ve yetkisinin düzenlenmesine ilişkin kuralın, md.123/1 kapsamında münhasıran kanunla düzen-

¹¹⁶ AYM, E 2021/95 K 2022/118, 13.10.2022, M. Emin Kuz karşı oy yazısı.

¹¹⁷ AYM, E 2018/124 K 2020/56, 15.10.2020, M. Emin Kuz karşı oy yazısı.

¹¹⁸ AYM, E 2020/48 K 2023/11, 25.01.2023, §75-80. Benzer yönde bkz. AYM, E 2019/87 K 2022/158, 13.12.2022, §136-140; AYM, E 2020/46 K 2023/149, 13.09.2023, §113-116; AYM, E 2021/87 K 2024/28, 01.02.2024, §13-19.

lenmesi gereken alanda kaldığı gerekçesiyle, md.104/17'nin üçüncü cümlesine aykırı olduğuna karar vermiştir.¹¹⁹

Benzer bir değerlendirmeyi Fiyat İstikrarı Komitesi bakımından da yapan AYM'nin bu kararında, bazı üyeler bu değerlendirmeye karşı çıkmıştır. AYM çoğunluğunun bir idari birimin kamu tüzel kişiliğini haiz ise veya bir bakanlığa bağlı ise CBK ile düzenlenebileceği aksi halde md.123/1 gereği kanunla kurulması gerektiği yönündeki değerlendirmesinin, CBK koyucuyu kamu tüzel kişiliği oluşturmak veya bakanlık teşkilatı bünyesinde kalmak seçeneklerine mahkûm kıldığını; bunun ise yürütmenin dinamik yapısı ile örtüşmediğini dile getirmişlerdir.¹²⁰ AYM'nin sonraki benzer kararlarında da bu itirazlar yinelenmiştir.¹²¹

b. Md.123/1, Md.128/2 ve Anayasanın Özel Olacak CBK ile Düzenleme Öngören Kurallarının Birlikte Yorumlanmasında Ortaya Çıkan Görüş Ayrılıkları

2017 Anayasa değişiklikleri md.123/1'e istisna teşkil eden başka düzenlemeler de getirmiştir. Bunlar md.104/9, md.106/son, md.108/son ve md.118/son hükümleridir. Anayasa bu maddelerde belirtilen konuların CBK ile düzenleneceğini açıkça ve özel olarak belirtmiştir. Bu maddelerin bir kısmı, belli idari birimlerin kuruluşu, teşkilat yapısı, görev ve yetkilerinin, işleyiş esaslarının vb. CBK ile düzenlenmesine izin vermekte, bir kısmı ise, bazı kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, özlük işleri gibi hususların da CBK ile düzenlenmesine imkan tanımaktadır. Bu nedenle, bu dört maddede öngörülen CBK yetkisini sadece md.123/1 ile değil, "Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir" diyen md.128/2 ile birlikte yorumlamak gerekmektedir.

Bu dört madde içerisinde, yetki kapsamı en geniş olan madde 106/son'dur. Bu nedenle, bunlar arasında en çok md.106/son kapsamında CBK çıkarıldığı, dolayısıyla AYM kararları içerisinde de en çok md.106/son kapsamındaki CBK'ların denetlendiği söylenebilir. Diğer maddeler kapsamında çıkarılan CBK'lar da AYM kararlarına konu olmuş ve kimi hususlarda görüş ayrılıkları da

¹¹⁹ AYM, E.2021/88 K 2021/105, 20.12.2021, §20-23.

¹²⁰ AYM, E 2021/85 K 2022/60, 01.06.2022, §16-24 ve Muammer Topal, Rıdvan Güleç, Selahaddin Menteş, Basri Bağcı karşı oy yazısı.

¹²¹ Örnek olarak bkz. AYM, E 2020/4 K 2022/147, 30.11.2022; AYM, E 2020/94 K 2022/61, 01.06.2022; AYM, E 2020/4 K 2022/147, 30.11.2022; AYM, E 2021/63 K 2024/78, 14.03.2024, §112-116 vb.

ortaya çıkmış olsa da, ağırlıklı olarak md.106/son kapsamında çıkarılmış CBK'ların tartışma konusu olduğu söylenebilir. Bu nedenle çalışmanın sınırlarını da düşünerek üçüncü sınırlama kuralının uygulamasında ortaya çıkan görüş ayrılıklarını ve gri alanları md.106/son örneği üzerinden ele alacağız.

Md.106/son kapsamında çıkarılan CBK'lara ilişkin kararlarda, görüş ayrılıkları bu maddede düzenlenen yetkinin kapsamının belirlenmesine ilişkin iki noktada ortaya çıkıyor görünmektedir.

Bunlardan birincisi madde metninde geçen “bakanlıklar” ifadesinin kapsamı ile ilişkilidir. Her ne kadar madde metninde sadece bakanlıklardan söz ediliyor olsa da, AYM'ye göre, md.106/son kapsamına sadece bakanlıklar değil, bakanlıklara bağlı kuruluşlar¹²² ile Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatı ve Cumhurbaşkanlığına bağlı kuruluşlar da girmektedir.¹²³

Örneğin İçişleri Bakanlığına bağlı AFAD'a ilişkin düzenlemeler getiren CBK hükümleri, md.106/son kapsamında çıkarılmış düzenlemeler olarak değerlendirilmiştir: *“AFAD, İçişleri Bakanlığına bağlı olarak kurulmuş olup Bakanlığın teşkilat yapısı içinde yer almaktadır. Bu çerçevede, kuralın Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında CBK ile düzenlenmesi öngörülen İçişleri Bakanlığının teşkilat yapısı ile görev ve yetkilerine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.”*¹²⁴ Cumhurbaşkanlığına bağlı İletişim Başkanlığı'nın görev ve yetkilerine ilişkin düzenleme getiren CBK kuralının da md.106/son kapsamında çıkarıldığı kabul edilmiştir: *“Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşların görev ve yetkisi konusunun Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrası uyarınca CBK ile düzenlenmesi açıkça hükme bağlanmış olan bakanlıklara dair yetki kapsamında kaldığı değerlendirilmektedir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatı ile Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasına*

¹²² İlgili ve ilişkili kuruluşlar bu kapsamda değerlendirilmemektedir. Bunlar, kamu tüzel kişilerine ilişkin bir önceki başlıkta belirttiğimiz hususlar yönünden incelenmektedir.

¹²³ *“..gerek bakanlıkların gerekse onlara bağlı kuruluşların kurulması, kaldırılması, görev ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrası uyarınca CBK ile düzenlenebileceği özel olarak belirtilen konulardandır.”* AYM, E 2019/38 K 2022/148, 30.11.2022, §34. *“CBK'lar ile bakanlıkların kurulmasını, kaldırılmasını, görevleri ve yetkilerini, teşkilat yapısını düzenleyebilme yetkisini haiz Cumhurbaşkanının, Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatı ile Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşların da kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri ile teşkilat yapısını CBK ile düzenleyebileceği evleviyetle kabul edilmelidir.”* AYM, E 2019/71 K 2020/82, 30.12.2020, §27

¹²⁴ AYM, E 2018/123 K 2022/138, 09.11.2022, §27

dair düzenlemelerin CBK ile yapılması Anayasa'ya aykırılık teşkil etmemektedir".¹²⁵

AYM çoğunluğunun "bakanlıklar" ifadesini böylesi geniş yorumlamasına M. Emin Kuz karşı çıkmıştır. Ona göre *"Anayasa koyucu 106. maddenin son fıkrasında bakanlıkların CBK ile kurulmasına imkân tanırken bunların görev ve yetkileri ile teşkilat yapısının da CBK ile düzenlenebileceğini hükme bağlamış; buna karşılık Cumhurbaşkanlığı ile bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluş şeklindeki idareler bakımından böyle bir yetki öngörmemiştir."*¹²⁶

Md.106/son'da düzenlenen CBK çıkarma yetkisinin kapsamına ilişkin ikinci ve daha güçlü denilebilecek görüş ayrılığı ise md.106/son kapsamında düzenlenebilecek konuların neler olduğu noktasında çıkmaktadır. Madde metninde, bakanlıklara ilişkin her hususun değil sadece bakanlıkların "kurulması", "kaldırılması", "görevleri ve yetkileri", "teşkilat yapısı" ile "merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması" konularının CBK ile düzenlenmesine izin verilmektedir.

Esasında AYM bunu kararlarında açıkça vurgulamaktadır: *"...Anayasa'nın CBK'lar tarafından düzenleneceğini özel olarak öngördüğü bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının düzenlenmesi kapsamında, bu konularla sınırlı olmak üzere Anayasa'nın 123. maddesinin anılan hükmünde belirtilen hususlarda düzenleme yapılabilir."*¹²⁷

Nitekim AYM üyeleri, kimi kararlarda, bu madde kapsamında düzenlenebilir konuların ne olduğu / ne olmadığı hususunda görüş birliği içerisindedir. Örneğin, aynı yerleşke içinde birden fazla hastane bulunması durumunda bu hastanelerin müşterek yönetimi için bir koordinatör başhekim görevlendirilebileceği ve bu çerçevede yapılacak görevlere ilişkin bazı hususları düzenleyen CBK normunun, "Sağlık Bakanlığının teşkilatı içinde yer alan hastanelerin yönetimine ve teşkilatlanmasına dair hükümler" içerdiği, bu bağlamda md.106/son kapsamında CBK ile düzenlenmesi özel olarak öngörülen konulardan biri olan "bakanlıkların teşkilat yapısına ilişkin olduğu" olduğu nedeniyle md.104/17'nin üçüncü cümlesine aykırı olmadığına karar verilmiştir.¹²⁸ Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nın hizmet birimlerinden Ter-

¹²⁵ AYM, E 2018/134 K 2021/13, 03.03.2021, §31. Benzer yönde bkz. AYM, E 2023/7 K 2023/150, 13.09.2023, §20-22.

¹²⁶ AYM, E 2019/71 K 2020/82, 30.12.2020, M. Emin Kuz'un karşı oy gerekçesi

¹²⁷ AYM, E 2019/31 K 2020/5, 23.01.2020, §31.

¹²⁸ Ibid, §31-32.

saneler ve Kıyı Yapıları Genel Müdürlüğünün görev ve yetkilerini düzenleyen CBK kuralı da md.106/son kapsamında bir konuyu düzenlediğinden md.104/17'nin üçüncü cümlesine aykırı bulunmamıştır.¹²⁹ Sanayi ve Teknoloji Bakanlığına döner sermaye işletmesi kurma yetkisi veren CBK kuralı ise, kamu gelirlerinin belirlenmesine, düzenlenmesine ilişkin kurallar idarenin teşkilatlanmasının zorunlu bir unsuru olmadığından, md.106/son kapsamında düzenlenebilir bir konu olarak değerlendirilmemiş ve md.123/1 gereği kanunla düzenlenmesi gerektiğinden md.104/17'nin üçüncü cümlesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.¹³⁰

Kimi kararlarda ise, düzenlenen konunun, md.106/son'da izin verilen konular kapsamında olup olmadığı noktasında görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Örneğin, bakanlıkların ve bağlı kuruluşların "yurtdışı" teşkilatlarını kuran veya kurulmasına izin veren CBK kurallarının md.106/son kapsamında olmadığı ileri sürülmüştür. Zira md.106/son'da anayasa koyucunun sadece "merkez ve taşra teşkilatları"nın CBK ile kuruluşuna izin verdiği ifade edilmiştir. Buna karşılık AYM, md.106/son maddede geçen "teşkilat yapısı" kavramına yurtdışı teşkilatının da girdiğine karar vermiştir.¹³¹

Özellikle kadro ihdası/iptali öngören CBK düzenlemeleri söz konusu olduğunda geniş bir görüş ayrılığının olduğu görülmektedir. Kadro ihdasını idarenin teşkilatına ilişkin bir konu olarak değerlendiren AYM çoğunluğu, md.106/son kapsamındaki kurum ve kuruluşların kadrolarının ihdası/iptali, bunların kadro usulüne ilişkin düzenlemeler söz konusu olduğunda bu hükümleri md.106/son kapsamında çıkarılmış CBK'lar olarak kabul etmektedir. Buna karşılık AYM üyelerinin bir bölümü, istikrarlı bir biçimde bu yaklaşıma karşı çıkmakta ve karşı oy yazılarında, kadro ihdasının md.128/2 uyarınca kanunla düzenlenmesi gereken bir konu olduğunu ifade etmektedir.¹³²

¹²⁹ AYM, E 2020/34 K 2023/25, 16.02.2023, §42-44.

¹³⁰ AYM, E 2020/52 K 2023/223, 27.12.2023, §94-98. Benzer yönde bkz. AYM, E 2020/88 K 2023/224, 27.12.2023, §33-36; AYM, E 2022/68 K 2024/26, 01.02.2024, §18-22; AYM, E 2021/63 K 2024/78, 14.03.2024, §84-88.

¹³¹ AYM, E 2018/133 K 2021/70, 13.10.2021, §24. M. Emin Kuz'un karşı oy gerekçesi için bkz. AYM, E 2018/124 K 2020/56, 15.10.2020, §21; AYM, E 2018/123 K 2022/138, 09.11.2022, §88-89 vb.

¹³² "kadronun teşkilat yapısının ayrılmaz parçası olarak görülmesi nedeniyle idarenin çok büyük bir kısmını oluşturan bakanlıkların da kadrolarının CBK ile düzenlenmesini savunmak, Anayasa'nın 128. maddesini önemli ölçüde işlevsiz hale getirecektir. Bu yaklaşım bakanlıkların kurulması ve teşkilat yapısının CBK ile düzenlenmesini öngören Anayasa'nın 106. maddesinin son fıkrasının, sadece idarenin kanuniliğini düzenleyen Anayasa'nın 123. maddesinin değil,

Kadro ihdası konusunda net bir görüş ayrılığı olsa da, konuya ilişkin AYM kararlarının istikrarlı bir seyir izlediği açıktır. Buna karşılık bazı konularda, birbiriyle çelişir görünen kararların da bulunduğu, benzer içerikteki düzenlemelerin farklı değerlendirildiği görülmektedir. Örneğin, bakanlıklar ve bağlı kuruluşları ile Cumhurbaşkanlığı teşkilatı ile bağlı kuruluşlarında görev yapan kamu görevlilerinin görev ve yetkileri md.106/son kapsamında CBK ile düzenlenebilir mi yoksa md.128/2 gereği münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konu mudur? AYM'nin bu konuda istikrarlı bir kararının olduğunu söylemek zordur. Zira kimi kararlarında bu soruya evet cevabı verilmiş, kimi kararlarda ise hayır cevabı verilmiştir.

Örneğin 24/2/2022 tarihli bir kararda AYM, *“hazine ve maliye başmüfettişleri, müfettişleri ve müfettiş yardımcılarının görev, yetki ve sorumlulukları ile diğer hususlar Bakanlıkça çıkarılan yönetmelikle belirlenir.”* şeklindeki CBK kuralını, md.128/2 uyarınca münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konuda düzenleme getirdiği gerekçesiyle iptal etmiştir.¹³³ Altı üye bu karara karşı oy vermiş ve *“teşkilat içerisindeki birimlerin görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesi”*nin teşkilatın kurulmasının bir parçası olduğu bu bakımdan md.106/son kapsamında CBK ile düzenlenebileceği görüşünü ileri sürmüştür.¹³⁴

9/11/2022’de ise AYM’nin bu konudaki çoğunluk dengesi değişmiş ve bu defa, İçişleri Bakanlığına bağlı AFAD personelinin *“görev ve yetkileri, görevlendirme, çalışma usul ve esasları ile bu müdürlük personeline ilişkin diğer hususlar Başkanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.”* şeklindeki hüküm için tersi yönde karar verilmiştir:

“AFAD, İçişleri Bakanlığına bağlı olarak kurulmuş olup Bakanlığın teşkilat yapısı içinde yer almaktadır. Bu çerçevede, kuralın Anayasa’nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında CBK ile düzenlenmesi öngörülen İçişleri Bakanlığının teşkilat yapısı ile görev ve yetkilerine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Zira yukarıda da belirtildiği üzere kamu kurum ve kuruluşlarının dolayısıyla personelin

kamu görevlilerinin kadro dahil her türlü özlük haklarının kanunla düzenlenmesini öngören 128. maddesinin de istisnası olduğunun kabulünü gerektirir. Halbuki istisnalar dar yorumlanmalıdır.” AYM, E 2021/91 K 2021/106, 30.12.2021, Zühtü Arslan karşı oy yazısı; Ayrıca bkz. AYM, E 2018/119 K 2020/25, 11.06.2020; AYM, E 2019/31 K 2020/5, 23.01.2020 karşı oy yazıları.

¹³³ AYM, E 2019/96 K 2022/17, 24.02.2022, §58-61.

¹³⁴ AYM, E 2019/96 K 2022/17, 24.02.2022, Kadir Özkaya, Muammer Topal, Recai Akyel, Yıldız Seferinoğlu, Basri Bağcı, İrfan Fidan karşı oy yazısı.

görev ve yetkileri ile teşkilat arasında yakın bir ilişki olup görev ve yetkiler belirlenmeden bir kurum ve kuruluşun teşkilatlanmasından söz edilmesi zordur. Bu itibarla kuralın Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasıyla bağlantılı olarak 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı bir yönü de bulunmamaktadır."¹³⁵ Bu kararda karşı oy veren yedi üye, AFAD'ın personelinin görev ve yetkileri md.128/2 kapsamında kanunla düzenlenmesi gereken bir konu olduğunu, çünkü md.106'da CBK ile düzenlenebilecek konular arasında personelin görev ve yetkileri sayılmadığını ifade etmiştir.¹³⁶

Benzer durum, sonraki kararlarda da devam etmiştir. Örneğin Orman Bakanlığı'nın hizmet birimlerinden biri olan Tütün ve Alkol Dairesi Başkanlığı bünyesinde görev yapan tarım ve orman uzmanı ile uzman yardımcılarının Başkanlığın görev alanına giren konularda denetim ve inceleme yapmaya yetkili olduğuna ilişkin CBK hükmünün denetiminde, bu defa altı üyenin karşı oyu ile, söz konusu hüküm, idarenin teşkilatlanmasına ilişkin bir düzenleme olarak değerlendirilmişken¹³⁷, İletişim Başkanlığı bünyesinde görev yapan iletişim uzmanı ile uzman yardımcılarının görev ve yetkilerini düzenleyen bir CBK kuralı ise ilk karardaki gerekçelerle md.128/2 kapsamında münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konuyu düzenlendiği için md.104/17'nin üçüncü cümlesi uyarınca iptal edilmiştir.¹³⁸

Kamu kurum ve kuruluşlarında personel istihdamını öngören düzenlemeler (özellikle de 375 sayılı KHK'da belirtilen esaslara göre personel istihdam edilebileceğine yönelik hükümler) de sık sık AYM kararlarına konu olmaktadır ve bu hükümlerin md.128/2 kapsamında olup olmadığı konusunda da açık bir görüş ayrılığı bulunmaktadır. AYM çoğunluğuna göre *"...bir kamu kurumunda personel istihdam edilmesi ile o kurumun teşkilat yapısı arasında yakın bir ilişki olup dolayısıyla istihdam hususu düzenlenmeden bir kurum ve kuruluşun teşkilatlanmasından söz edilemez.*"¹³⁹ Dolayısıyla belli bir kanunda/KHK'da öngörülen esaslara göre personel istihdam edilebileceğine ilişkin CBK kuralları md.104/17'nin üçün-

¹³⁵ AYM, E 2018/123 K 2022/138, 09.11.2022, §27.

¹³⁶ AYM, E 2018/123 K 2022/138, 09.11.2022, Zühtü Arslan, Hasan Tahsin Gökcan, Engin Yıldırım, M. Emin Kuz, Yusuf Şevki Hakyemez, Selahaddin Menteş Kenan Yaşar karşı oy yazıları.

¹³⁷ AYM, E 2021/86 K 2023/34, 22.02.2023, §22.

¹³⁸ AYM, E 2020/88 K 2023/224, 27.12.2023, §39-42. Benzer yönde kararlar için bkz. bkz. AYM, E 2019/30 K 2023/227, 28.12.2023, §161-164; AYM, E 2021/89 K 2024/8, 18.01.2024, §17-20, §32-37; AYM, E 2021/131 K 2024/51, 22.02.2024, §84-87.

¹³⁹ AYM, E 2020/28 K 2022/156, 13.12.2022, §41.

cü cümlesine aykırı değildir. Bu görüşte olmayan üyelere göre ise, atıf yoluyla dahi olsa bir personelin atanması için gerekli şartların ve niteliklerin CBK ile belirlenmesi mümkün değildir. Kamu görevlilerinin atanmasına ilişkin esaslar md.128/2 uyarınca kanunla düzenlenmesi gereken bir konudur.¹⁴⁰

AYM çoğunluğu, kadro ihdası, personel istihdamı gibi konuları kurulan idari birimin kuruluşunun ve teşkilatlanmasının zorunlu bir unsuru olarak görüyor bu yöndeki CBK'ları anayasaya aykırı bulmuyor olsa da; personelin nitelikleri, atanması, özlük işleri gibi konuların münhasıran kanunla düzenlenmesi gerektiği konusunda üyeler arasında bir oybirliği olduğu söylenebilir: *“bu kadrolarda istihdam edilecek personelin nitelikleri, atanmaları, özlük işleri gibi onların statülerine yönelik hususlar doğrudan idarenin teşkilat yapısı, kuruluş ve görevleri ile ilgili ve onların zorunlu bir unsuru olmayıp aslen ve esasen Anayasa’nın 128. maddesinin ikinci fıkrası bağlamında kamu hizmeti görevlilerinin hukukunu ilgilendiren, başka bir deyişle personel rejimine ilişkin meseleler olduğundan Anayasa’da CBK’larla düzenleneceği özel olarak öngörülen konular kapsamında kalmamaktadır.”*¹⁴¹

Nitekim, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin niteliklerine, atanmalarına, atanma usulüne ilişkin hususları düzenleyen (md.104/9 kapsamında olmamak kaydıyla) CBK hükümleri genellikle md.104/17’nin üçüncü cümlesine aykırı oldukları gerekçesiyle oybirliği ile iptal edilmektedir.¹⁴² Aynı şekilde bu kapsamdaki kamu görevlilerinin özlük işlerini düzenleyen CBK’lar da md.104/17’nin üçüncü cümlesine aykırı oldukları için iptal edilmektedir.¹⁴³

¹⁴⁰ Örnek olarak bkz. AYM, E 2020/29 K 2022/155, 13.12.2022, §31-34 ve karşı oy yazıları. Benzer yönde bkz. AYM, E 2020/48 K 2023/11, 25.01.2023, §105-107 ve karşı oy yazıları; AYM, E 2021/89 K 2024/8 18.01.2024 karşı oy yazıları; AYM, E 2019/111 K 2023/63, 05.04.2023, §214-218, §239-243 ve karşı oy yazıları.

¹⁴¹ AYM, E 2019/111 K 2023/63, 05.04.2023, §207.

¹⁴² Örneğin kapatılan Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ile Ekonomi Bakanlığı’nda İhracatı Geliştirme Uzmanı ile Avrupa Birliği Uzmanı ve Avrupa Birliği Uzman Yardımcısı olarak görev yapan personelin, Ticaret Bakanlığına ilgisine göre İhracat Genel Müdürlüğü ile Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğünde görev yapmak üzere aynı unvanlarla atanmasını öngören CBK kuralı md.128/2 kapsamında kanunla düzenlenmesi gereken bir konuyu düzenlediği gerekçesiyle iptal edilmiştir. AYM, E 2021/90, K 2022/108, 28.09.2022, §63-67. Ayrıca bkz. AYM, E 2018/123 K 2022/138, 09.11.2022, §134-16, AYM, E 2018/120 K 2023/171, 11.10.2023, §52-57; AYM, E 2018/118 K 2023/180, 26.10.2023, §78-83, §86-92; AYM, E 2019/113 K 2023/198, 30.11.2023, §11-17; AYM, E 2020/66 K 2023/199, 30.11.2023, §53-58.

¹⁴³ Örnek olarak bkz. AYM, E 2018/123 K 2022/138, 09.11.2022, §78-79; AYM, E 2020/7 K 2022/146, 30.11.2022, §48, AYM, E 2023/72 K 2023/75, 04.05.2023, §22; AYM, E 2022/114 K 2023/83, 04.05.2023, §20; AYM, E 2023/120 K 2023/128, 26.07.2023, §6-10 vb.

***c. Münhasıran Kanunla Düzenleme Öngören Diğer Anayasa Hükümlerinin
CBK'lara Uygulanmasında Ortaya Çıkan Görüş Ayrılıkları***

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, md.123 ve md.128 hükümleri dışında da Anayasanın birçok maddesinde kanunla düzenleme öngören hükümler bulunmaktadır. Dolayısıyla üçüncü sınırlama kuralının uygulamasında bu hükümler de önemli bir yere sahiptir. Nitekim bu kapsamdaki birçok madde CBK denetim kararlarına konu olmuştur.

Örneğin merkezî yönetim bütçesine dâhil kamu kurum ve kuruluşlarının mali kaynaklarını hangi usul, esas ve ilkeler çerçevesinde kullanacağını belirleyen düzenlemeler, bütçenin uygulanmasıyla ilgili bir mesele olduğu gerekçesiyle md.161 kapsamında kanunla düzenlenmesi gereken bir konu olarak nitelendirilmiş, bu yönde düzenleme getiren CBK'lar iptal edilmiştir.¹⁴⁴

Anayasa md.140, özellikle adli ve idari yargı mensuplarının çeşitli idari görevlere atanmalarına ilişkin düzenlemeler söz konusu olduğunda gündeme gelmiş, AYM, böylesi durumlarda söz konusu yargı mensuplarının idari görev yürüttükleri söylenebilse de hala hakim ve savcı sıfatını korumaya devam ettikleri bu nedenle md.140 hükümlerine tabi oldukları değerlendirmesini yapmıştır.¹⁴⁵

CBK denetim kararlarına birkaç kez konu olmuş bir diğer madde ise md.130'dur. Özellikle, üniversitelerin teşkilatlanması, öğretim üyeleri veya yöneticilerinin atanmaları, atanma usulleri, şartları, görev ve yetkileri gibi hususlarda düzenleme getiren CBK'ların md.130'daki münhasır kanun alanına müdahale ettiği iddiası ile gündeme gelen bu maddeye ilişkin verilen kararlar da kimi zaman oybirliği ile alınırken, kimi zaman görüş ayrılıkları ortaya çıkmaktadır.¹⁴⁶ Ancak özellikle bir karar oldukça dikkat çekici ve tartışmalı bir karar olarak görülmüştür.

¹⁴⁴ AYM, E 2019/111 K 2023/63, 05.04.2023, §57-64; AYM, E 2021/25 K 2023/104, 31.05.2023, §11-19; AYM, E 2020/46 K 2023/149, 13.09.2023, §26-34, 37-40; AYM, E 2020/52 K 2023/223, 27.12.2023, §44-54. Muhterem İnce, bu kararlarda, söz konusu düzenlemelerin bütçeyi etkileyen nitelikte olmadığı md.161 kapsamında düzenlemeler getirmediği gerekçeleriyle çoğunluk görüşüne katılmadığını belirterek karşı oy vermiştir.

¹⁴⁵ AYM, E 2018/118 K 2023/180, 26.10.2023, §102-108, §137-140, §195-201; AYM, E 2020/65 K 2023/187, 08.11.2023, §88-90.

¹⁴⁶ Bkz. AYM, E 2020/58 K 2021/19, 18.03.2021, §16-20; AYM, E 2020/71 K 2021/33, 29.04.2021, §16-20; AYM, E 2020/65 K 2023/187, 08.11.2023, §40-43; AYM, E 2018/118 K 2023/180, 26.10.2023, §60-65.

Rektör atanmak için gerekli olan “en az üç yıl” profesörlük yapma şartındaki üç yıllık süre kuralını kaldıran CBK düzenlenmesinin iptali isteminin incelediği kararda, rektörün md.104/9 kapsamında “üst kademe kamu yöneticisi” olması nedeniyle md.104/9, md.128/2 ve md.130 hükümleri birlikte değerlendirilmiştir. AYM çoğunluğu söz konusu düzenlemeyi md.104/9 kapsamında değerlendirmiştir: *“Kural, bir kamu görevi olan rektörlüğe atanma için aranan şartlara/niteliklere ilişkin olduğundan hem kamu hizmetlerine girme hakkının uygulanmasına dair, hem de Anayasa’nın 130. maddesinin altıncı fıkrası bağlamında münhasıran kanunla yapılması gereken bir düzenleme niteliği taşımaktadır. / Bununla birlikte Anayasa’nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasında üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların CBK ile düzenleneceği ayrıca ve açıkça ifade edilmiştir. Başka bir ifadeyle, anılan konu Anayasa’nın özel olarak CBK ile düzenlenebileceğini öngördüğü konulardandır. Diğer yandan belirli bir kamu görevine atanma için aranan nitelikler de atama usul ve esaslarının bir unsuru olduğundan üst kademe kamu yöneticilerinin bu görevlere atanmasında aranacak niteliklerin CBK ile düzenlenmesi mümkündür. Dolayısıyla üst kademe kamu yöneticilerinin niteliklerinin belirlenmesine ilişkin düzenlemeler Anayasa’nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasıyla bağlantılı olarak anılan maddenin on yedinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerine aykırılık oluşturmayacaktır.”*¹⁴⁷

Karşı oy veren üyeler ise, her ne kadar md.104/9’da yer alan düzenleme md.128/2’nin istisnasını teşkil ediyor olsa da, Anayasanın 130’uncu maddesindeki düzenlemenin de dikkate alınması gerektiğini ileri sürmüştür. Md.130’daki düzenlemenin, md.104/9’daki yetkinin bir nevi sınırı olduğu; Anayasa koyucunun, üniversitelerin özerkliğini dikkate alarak (rektör atamasına ilişkin usul ve esasları da içerecek biçimde) maddede belirtilen konuların kanunla düzenlenmesini öngördüğü, bu bakımdan söz konusu CBK’nın, md.130 ile bağlantılı olarak münhasıran kanunla düzenlemesi gereken bir konuyu düzenlediği için iptal edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.¹⁴⁸

Anayasanın kanunla düzenleme öngören diğer bazı maddeleri de (47, 144, 127, 135, 126, 142 gibi) üçüncü sınırlama kuralı kapsamında tartışmalara ve iptal kararlarına konu olmuştur.¹⁴⁹ Elbette bunlara, temel hak ve hürriyetlerle

¹⁴⁷ AYM, E 2018/149 K 2022/163, 29.12.2022, §167-168.

¹⁴⁸ AYM, E 2018/149 K 2022/163, 29.12.2022, Zühtü Arslan, Hasan Tahsin Gökcan, Engin Yıldırım, Yusuf Şevki Hakyemez, Selahaddin Menteş karşı oy yazıları.

¹⁴⁹ Örnek olarak bkz. AYM, E 2020/65 K 2023/187, 08.11.2023, §6-11 karşı oy yazıları; AYM, E 2019/30 K 2023/227, 28.12.2023, §198-203; AYM, E 2020/52 K 2023/223, 27.12.2023, §24-

ilişkisi nedeniyle ikinci sınırlama kuralına aykırı bulunan CBK'lara dair kararların da bir bölümünü eklemek gerekir. Zira temel hak ve hürriyetleri sınırlayan nite-likteki tüm düzenlemeler md.13'te öngörülen kanunilik ilkesine de aykırı ola-caktır.

IV. 'Kanunda Açıkça Düzenlenen Konularda CBK Çıkarılamaz' Kuralının Gri Alanları

Anayasanın 104'üncü maddesinin 17'inci fıkrasının dördüncü cümlesine göre *"Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz."* Yeni CBK düzenlemesi gündeme geldiğinde, bu sınırlama kuralı da anlam içeriği muğlak olduğu gerekçesiyle eleştirilmiş ve "kanunda açıkça dü-zenlenen konu" ifadesinin anlamını ve kapsamını belirlemenin zorluğuna vurgu yapılmıştır.¹⁵⁰

Gerçekten de, şu iki soruya da net ve tartışmasız bir cevap vermek zordur ama bu sorulara bir cevap vermeden kuralı uygulamanın da imkanı yoktur: 1) Hangi hallerde bir konunun kanunla düzenlendiğini söyleriz; yani bir konu ne şekilde, ne düzeyde, ne bakımlardan ele alındığında düzenlenmiş olur? 2) "Açıkça düzenlenmek" ne demektir; bir konu ne kadar ayrıntılı düzenlendiğinde "açıkça" düzenlenmiş olacaktır?

Günümüzde kanunla düzenlenmemiş bir konu bulmak oldukça zordur. Teknolojik ve bilimsel gelişmelerin ortaya çıkardığı bazı hususlar kısa bir süreli-ğine düzenlenmemiş alanlar olarak kalabiliyor olsa da toplumsal yaşamdaki hızlı değişim ve dönüşümün bir dayatması olarak bu konular da çok geçmeden kanunla düzenlenmekte, boşluklar doldurulmaktadır. Dolayısıyla, eğer "kanun-da açıkça düzenlenme" ifadesini "bir konunun kanuna konu edilmesi" gibi geniş bir anlamda ele alırsak, Cumhurbaşkanının CBK ile düzenleyebileceği pek fazla bir konu kalmayacaktır. Ancak bu, Anayasa koyucunun amacı ile pek uyumlu bir yorum olmayacaktır. Buna karşılık, "kanunda açıkça düzenlenme" ifadesini, "kanunun bir konunun tüm ayrıntılarını en ince detaylarına kadar düzenlemiş olması" hali olarak yorumlarsak, o zaman Cumhurbaşkanının düzenleme yetkisi uçsuz bucaksız bir alana karşılık gelecek ve yasama organı bir bakıma bypass edilmiş olacaktır. Bu yorum, yasama yetkisinin asliliği ve devredilmezliği ilkeleri

28; AYM, E 2018/118 K 2023/180, 26.10.2023, §174-178, §220-226, §240-249, §312-316; AYM, E 2018/134 K 2021/13, 03.03.2021, §81-85 karşı oy yazıları.

¹⁵⁰ Bu konudaki tartışmalar için bkz. Gözler (n7) 1002-1003; Can (n4) 147-149; Yılmaz (n6) 251-252; Küçük/Doğan (n87) 22; Yayla (n87) 1618-1620.

ve elbette, kuvvetler ayrılığı ilkesi ile çatışan sonuçlar doğuracaktır. “Kanunda açıkça düzenlenmiş olma” halinin bu iki uç noktanın arasında bir yere karşılık gelmesi gerekir. Ama nereye? Bir konu ne kadar ayrıntılı düzenlendiğinde “açıkça” düzenlenmiş olur? “Kanunda düzenlenmiş olmak” ile “kanunda açıkça düzenlenmiş olmak” arasındaki fark nasıl belirlenecektir? Bu sorulara doktrinde çeşitli cevaplar verilmeye çalışılmış olsa da, sınırlama kuralının nihai anlamının AYM kararları ile şekilleneceği açıktır.

A. “Kanunda Açıkça Düzenlenen Konu” İfadesinin AYM’ce Yorumu ve Uygulanması

AYM bugüne kadar verdiği kararlar ile kuralın nasıl uygulanacağına dair genel bir çerçeve oluşturmuş; hatta ilk kararlarından başlayarak, md.104/17’nin dördüncü cümlesindeki sınırlama kuralının nasıl uygulanacağına dair temel esasları formüle eden kararlar vermiştir: Konuya ilişkin yayınlanan ilk kararda, kuralın uygulanma esasları şöyle açıklanmıştır:

“Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesinde “Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz” denilmiştir. Buna göre öncelikle CBK’ların anılan Anayasa hükmü yönünden yapılacak denetiminde karşılaştırmaya esas olabilecek, daha önce çıkarılmış bir kanun olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Sonrasında ise -böyle bir kanun varsa- incelenen CBK kuralının kanunun açıkça düzenlediği konuyu düzenleyip düzenlemediği belirlenmelidir. Bu değerlendirme yapılırken önce ilgili kanunun CBK ile düzenlenen alanda hüküm ifade edip etmediğinin belirlenmesi, ardından da kanundaki düzenlemenin açık olup olmadığının tespit edilmesi gerekir.”¹⁵¹

Sonraki kararında¹⁵² ise, söz konusu kuralın nasıl uygulanacağını izaha yönelik, yukarıdaki açıklamanın devamına şu cümle eklenmiştir: *“Bu bağlamda CBK kuralı olmasaydı, karşılaştırmaya esas alınan kanun hükmünün CBK ile düzenleme yapılan konuya uygulanacak olup olmaması, CBK kuralının kanun ile düzenlenen konuda çıkarılıp çıkarılmadığına dair bir gösterge olacaktır.”*

Bu açıklamalardan yola çıkarak, md.104/17’nin dördüncü cümlesinde yer alan kuralı uygularken izlenecek olan adımları şöyle sıralayabiliriz:

¹⁵¹ AYM, E 2018/125 K 2020/4, 22.01.2020, §24.

¹⁵² AYM, E 2019/31 K 2020/5, 23.01.2020, §17.

(1) Öncelikle söz konusu CBK'nın düzenlediği konuyu düzenleyen bir kanun olup olmadığını tespit etmek gerekecektir.

(2) Böyle bir kanun var ise, bu kanunun, CBK'nın düzenlediği konuyu “açıkça” düzenleyip düzenlemediği araştırılacaktır. Burada “açıkça” düzenlemenin var olup olmadığı konusunda mahkemenin geliştirdiği test şudur: “Söz konusu CBK kuralı olmasaydı, o CBK kuralının düzenlediği hususa, ilgili kanun hükmü uygulanabilir miydi?” Eğer bu soruya “evet CBK olmasa da kanun hükmü o konuya uygulanabilir” cevabını verebiliyorsak, o zaman ortada “açıkça” düzenlenmiş bir konu vardır. Eğer “hayır kanun hükmü bu konuya uygulanabilir bir hüküm değildir” diyorsak, o zaman ortada “kanunda açıkça düzenlenmiş bir konu” yoktur demektir.

AYM, kuralın uygulanmasına ilişkin ortaya koyduğu bu formülü ilk kez 23.01.2020 tarih ve E.2019/31, K.2020/5 sayılı kararında uygulamıştır:

(28) numaralı CBK ile (1) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında CBK'nın 287. Maddesinde değişiklik yapılmıştır. Bu maddeye eklenen, iptali istenen (2) numaralı fıkra şöyledir: *“Türkiye'nin tanıtımına yönelik yurtdışında yapılacak mal ve hizmet alımlarında alım yapılacak olan ülkedeki piyasa şartlarının gerektirmesi ve önemli fiyat avantajı sağlanması halinde, sözleşmesinde belirtilerek, Kültür ve Turizm Bakanının onayı ile yüklenme tutarının tamamına kadar yükleniciye bütçe dışı avans olarak ön ödeme yapılabilir. Bakan onayında teminat alınıp alınmayacağı ayrıca belirtilir. Ön ödemeye ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelik ile belirlenir.”*

AYM iptali istenen bu fıkranın, md.104/17'nin dördüncü cümlesine aykırı olup olmadığını denetlerken, yukarıda açıkladığımız iki aşamalı incelemeyi yapmıştır: Öncelikle “bütçe dışı avans” konusunu düzenleyen bir kanun olup olmadığını araştırmış ve 5018 sayılı Kanun'un “Ön ödeme” başlıklı 35. Maddesinde, bütçe dışı avans ödenebilmesinin hüküm ve şartlarının genel olarak düzenlendiğini tespit etmiştir. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında, iptali istenen CBK kuralının düzenlemiş olduğu konuya doğrudan uygulanabilecek bir hükmün yer aldığını (yani CBK kuralı olmasa idi CBK'nın düzenlediği duruma uygulanabilecek bir kanun hükmü bulunduğunu) belirlemiştir: *“Sözleşmesinde belirtilmek ve yüklenme tutarının yüzde otuzunu geçmemek üzere, yüklenicilere, teminat karşılığında bütçe dışı avans ödenebilir”*.¹⁵³

¹⁵³ AYM, E 2019/31 K 2020/5, 23.01.2020, §18-19.

Kanunun ilgili diğer maddeleri ile birlikte değerlendirildiğinde *“Bu hüküm CBK kuralının ilişkili olduğu Bakanlık da dahil olmak üzere tüm kamu kurum ve kuruluşlarının yurt içi ve yurt dışı bütçe dışı avans ödemelerinin hüküm ve şartlarını düzenlemektedir.”* sonucuna ulaşan AYM, kanunun açıkça düzenlediği bir konuda CBK çıkarıldığı gerekçesiyle, dava konusu CBK hükmünün iptaline karar vermiştir: *“Buna göre dava konusu CBK kuralının olmaması durumunda Türkiye’nin tanıtımına ilişkin olarak yurt dışında yapılacak mal ve hizmet alımlarında anılan Kanun hükmünün uygulanacağı açıktır. Bu çerçevede kanunun açıkça düzenlediği bir konuda düzenleme yapan CBK kuralının Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesine aykırı düzenleme getirdiği anlaşılmaktadır.”*¹⁵⁴

Belirtmek gerekir ki AYM bu kararı 8’e 8 oyla (yani Başkanın oyunun getirdiği üstünlük ile) almış, karşı oy kullanan üyelere altısı karşı oy yazılarında *“kanunda açıkça düzenlenmiş olma”* ifadesini CBK çıkarma yetkisini oldukça genişleten bir perspektifle yorumlamıştır.

Bu üyelere göre md.104/17’nin dördüncü cümlesinde yer alan sınırlama kuralının amacı *“kanunla düzenlenmiş bir konuda farklı hükümler getirebilecek bir CBK’nın çıkarılmasına izin vermemek suretiyle aynı konuya ilişkin iki norm türü arasında oluşabilecek hüküm çatışmasının önlenmesidir.”* Dolayısıyla, bu kuralı (konu geniş bir kavram olduğundan) herhangi bir konunun kanunla düzenlenmesinden sonra, artık aynı konuda başka bir hususun bile olsa CBK ile düzenlenemeyeceği biçiminde anlamamak gerekir; böylesi bir yorum *“kanunların herhangi bir şekilde az veya çok temas ettiği hiçbir konuda CBK ile hiçbir şekilde düzenleme yapılamayacağı anlamına gelir.”* Bu bakımdan *“kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarıldığından söz edilebilmesi için CBK kuralının kanunun düzenleme alanına girerek onun hüküm ve sonuçlarından farklı bir düzenleme öngörmesi gerektiğinin kabul edilmesi gerekir.”*¹⁵⁵

Özellikle yukarıdaki son cümleden anlaşılmaktadır ki, karşı oy veren üyelere göre, kanunda açıkça düzenlenen bir konunun bulunup bulunmadığı tespit edilirken yine iki aşamalı bir inceleme yapılacaktır. Ancak *“açıkça”* düzenleme olup olmadığının tespitinde çoğunluğun uyguladığı testten farklı bir test uygulanacaktır. Bu üyelere göre, ikinci adımda yapılması gereken, kanun hükmü ile

¹⁵⁴ Ibid, §20.

¹⁵⁵ Ibid, Muammer Topal, Kadir Özkaya, Rıdvan Güleç, Recai Akyel, Yıldız Seferinoğlu ve Selahaddin Menteş karşı oy yazısı.

CBK hükmünün aynı konuda farklı düzenlemeler getirip getirmediğini yani iki normun çatışan hükümler içerip içermediğini belirlemektir. Eğer iki norm aynı konuyu düzenliyor ama farklı hüküm ve sonuçlar doğuran içeriklere sahip değilse, (yani iki norm içeriği itibarıyla birbiriyle uyumlu ise) dördüncü cümleye aykırılık söz konusu olmayacaktır. Eğer iki norm arasında bir farklılık/çatışma söz konusu ise bu durumda söz konusu CBK dördüncü cümleye aykırı bulunabilecektir.

Belirtmek gerekir ki, AYM'nin sonraki kararlarında da dördüncü cümledeki kural, ilk kararda ortaya konulan esaslar çerçevesinde uygulanmaya devam etmiştir. Ancak dikkat çeken nokta, bu kararların hiçbirisinde dördüncü cümle-nin bu uygulanış biçimine itiraz edilmemiştir.

Örneğin Kalkınma Ajansları Yönetim Kurulunu düzenleyen maddenin ikinci fıkrası sonunda yer alan “Üyeler toplantılara bizzat katılmak zorunda olup vekil ile temsil edilemezler” cümlesinin denetlendiği kararda, bu kural ile aynı konuyu düzenleyen kanun olup olmadığı incelenmiş ve kurulun üyelerinden olan valinin ilişkin 5302 sayılı Kanun'un 32. maddesi hükmü gereği görev ve yetkilerinden bir kısmını vali yardımcısına, yöneticilik sıfatı bulunan il özel idaresi görevlilerine ya da kaymakamlara devretmesinin mümkün kılındığı; kurulun bir diğer üyesi olan belediye başkanının ise 5393 sayılı Kanun'un 42. maddesi uyarınca görev ve yetkilerinden bir kısmını yöneticilik sıfatı bulunan belediye görevlilerine devredebileceğinin düzenlendiği tespit edilmiştir. Bu doğrultuda “Buna göre dava konusu CBK kuralının olmaması durumunda valinin ve belediye başkanının ajansın yönetim kurulu toplantılarına katılımına ve buradaki temsiline ilişkin olarak 5302 sayılı Kanun'un 32. maddesi ile 5393 sayılı Kanun'un 42. maddesi hükümlerinin uygulanacağı açıktır.” sonucuna ulaşan AYM, oybirliği ile, düzenlemenin md.104/17'nin dördüncü cümlesine aykırı olduğuna karar vermiştir.¹⁵⁶

¹⁵⁶ AYM, E 2021/99 K 2022/119, 13.10.2022, §20-23. Ayrıca bkz. AYM, E 2020/4 K 2022/147, 30.11.2022, §96-99. AYM, E.2020/34 K 2023/25, 16.02.2023, §6-16, §19-29; AYM, E 2020/89 K 2023/85, 04.05.2023, §9-15; AYM, E 2023/7 K 2023/150, 13.09.2023, §36-38, §41-43; AYM, E 2018/128 K 2023/159, 28.09.2023, §49-58, §77-81, §106-111; AYM, E 2019/111 K 2023/63, 05.04.2023, §332-337; AYM, E 2018/134 K 2021/13, 03.03.2021, §49-53; AYM, E 2020/5 K 2022/115, 13.10.2022, §23-28; AYM, E 2020/29 K 2022/155, 13.12.2022, §11-16; AYM, E 2018/120 K 2023/171, 11.10.2023, §63-67; AYM, E 2018/118 K 2023/180, 26.10.2023, §98-100, §107-108, §369-370; AYM, E 2019/30 K 2023/227, 28.12.2023, §204-209; AYM, E 2021/38 K 2024/25, 01.02.2024, §12-16, §130-133; AYM, E 2022/69 K 2024/27, 01.02.2024, §17-21.

“Kanunda açıkça düzenlenmiş olan konularda CBK çıkarılamayacağı” yönündeki kuralın uygulanma yöntemi konusundaki itirazlar sonraki kararlarda açıkça yinelenmemiş olsa da, kuralın somut olaya uygulanması noktasındaki yorum ve görüş ayrılıkları tümüyle ortadan kalkmış değildir.

Örneğin “375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 26’ncı maddesine göre çalıştırılan personel mezkûr madde kapsamında aynı kamu kurum ve kuruluşunda toplamda iki yıldan daha uzun süre istihdam edilemez.” şeklindeki CBK kuralını denetleyen AYM, bu kural ile, istihdam edilecek sözleşmeli personelin pozisyonlarının ihdasına ve istihdam süresine ilişkin usul ve esasların belirlendiğini; oysa bu konularda 375 sayılı KHK’nın ek 26. maddesi hükümlerinin uygulanacağını yani konunun zaten bir kanunda açıkça düzenlenmiş olduğunu tespit ederek iptal kararı vermiştir.¹⁵⁷ Üç üye bu karara karşı oy vermiş, çoğunlukça CBK’nın düzenlemiş olduğu konuyu düzenlediği kabul edilen 375 sayılı KHK’nın ek 26. Maddesi içerisinde istihdam edilecek personelin süre durumuna ilişkin KHK’da açıkça bir limit ortaya konulmadığı gibi konuya dair bir çerçeve dahi çizilmediği ifade edilerek, dördüncü cümlede yer alan sınırlama kuralına aykırılık bulunmadığı yönünde görüş bildirmiştir.¹⁵⁸

Tersine bir örnek vermek gerekirse: DDK’nın amaçları arasında “*kamu kurum ve kuruluşlarındaki Teftiş Kurulları ile soruşturmacının faaliyet, yetki, görev ve sorumluluk esaslarını düzenleme*” amacına yer veren CBK kuralını denetleyen AYM, oyçokluğu ile söz konusu kuralın dördüncü cümleye aykırı olmadığına karar vermiş¹⁵⁹; bazı üyeler ise kuralın kanunda açıkça düzenlenen bir konuyu düzenlediği gerekçesiyle karşı oy kullanmıştır: “*Kuralın kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşlarının kanunlarında teftişe ve soruşturmacılara ilişkin çok sayıda hüküm bulunmaktadır. Sözgelimi 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun Dördüncü Bölümü (m. 53-54) soruşturma süreçlerine ve soruşturmacıların görev ve yetkilerine dair düzenlemelere yer vermektedir.*”¹⁶⁰

¹⁵⁷ AYM, E 2020/28 K 2022/156, 13.12.2022, §17-22.

¹⁵⁸ AYM, E 2020/28 K 2022/156, 13.12.2022, Rıdvan Güleç, Basri Bağcı, Muhterem İnce karşı oy yazısı. Benzer yönde karşı oylar içeren iptal kararları için ayrıca bkz. AYM, E 2020/34 K 2023/25, 16.02.2023, §32-35 ve karşı oy yazıları; AYM, E 2018/120 K 2023/171, 11.10.2023, §10-23, §97-102 ve Muhterem İnce karşı oy yazısı; AYM, E 2021/38 K 2024/25, 01.02.2024, §37-41 ve karşı oy yazıları.

¹⁵⁹ AYM, E 2018/121 K 2021/84, 11.11.2021, §32-33.

¹⁶⁰ AYM, E 2018/121 K 2021/84, 11.11.2021, Zühtü Arslan karşı oy yazısından. “*Bu bağlamda ilk akla gelenler olarak üniversiteler, Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kuruluş kanunlarına bakıldığında bu kuruluşların Teftiş Kurul-*

Dördüncü cümledeki sınırlama kuralının somut olaya uygulanmasında ortaya çıkan yorum farklılıklarına ilişkin örnekler artırılabilir.¹⁶¹

B. Dördüncü Cümlede Öngörülen Sınırlama Kuralı ile İlişkili Diğer Hususlar

CBK'larla ilgili düzenlemeler ilk gündeme geldiğinde, dördüncü sınırlama kuralı ile ilgili doktrinde tartışılan sorulardan birisi de bu cümlede geçen “kanun” ifadesinin KHK'ları da kapsayıp kapsamadığı olmuştur. Yani “bir konu KHK ile açıkça düzenlenmiş ise, o konuda CBK çıkarılabilir mi?” sorusu da AYM kararları ile açıklığa kavuşması beklenen sorular arasında yer almıştır. Mahkeme çok geçmeden bu soruya açık ve net bir cevap vermiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, AYM zaten 6771 sayılı Kanun öncesi dönemde, Anayasada “kanunla” düzenleneceği belirtilen konuların KHK ile de düzenlenebileceği yönünde içtihat oluşturmıştır. AYM'ye göre, “ancak kanunla” düzenleneceği belirtilen konular hariç, “kanunla” düzenleneceği belirtilen konular kanun hükmünde kararnameler ile de düzenlenebilir.¹⁶² AYM'nin bu içtihadından hareketle, “kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılmaz” hükmünde yer alan “kanun” kavramını, KHK'ları da içerecek biçimde yorumlamak gerektiği doktrinde genel kabul görmüştür. Nitekim CBK'lara ilişkin ilk kararlarında AYM bu öngörüğü haklı çıkarmış ve önceki içtihadını sürdürmüştür: “KHK'ların Anayasa'nın mülga hükümlerinde belirtilen niteliği, ... getiriliş amacı, Anayasa Mahkemesinin KHK'larla ilgili içtihadı ve uygulama dikkate

ları ile soruşturmacının faaliyet, yetki, görev ve sorumluluk esaslarını detaylı biçimde düzenleyen kurallara rastlamak mümkündür. Bu konuda sadece birkaç örnek olarak 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinde, 2954 sayılı Türkiye Radyo Televizyon Kanunu'nun 56. maddesinde ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 134-162 arası maddelerde konu ile ilgili detaylı düzenlemelerin yer aldığı ilk bakışta göze çarpmaktadır. Bu nedenle dava konusu bent ile Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi arasında kanunda açıkça düzenlenen konularda düzenleme yapmış olması nedeniyle dava konusu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hükmünün aynı zamanda Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesine de aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.” Yusuf Şevki Hakyemez karşı oy yazısından.

¹⁶¹ AYM, E 2018/134 K 2021/13, 03.03.2021, §86 ve karşı oy yazıları; AYM, E 2018/149 K 2022/163, 29.12.2022, §137, §170-171 ve karşı oy yazıları; AYM, E 2021/25 K 2023/104, 31.05.2023, §42 ve karşı oy yazıları; AYM, E 2020/65 K 2023/187, 08.11.2023, §12-13 ve karşı oy yazıları; AYM, E 2019/111 K 2023/63, 05.04.2023, §36 ve karşı oy yazıları.

¹⁶² “Anayasa'nın herhangi bir maddesinde kanunla düzenleneceği öngörülen bir konunun, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasının açıkça yasakladığı hükümler ile ilgili olmadıkça ya da Anayasa'nın 163. maddesinde olduğu gibi kanun hükmünde kararname çıkarılamayacağı açıkça belirtilmedikçe kanun hükmünde kararname ile düzenlenmesi Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz.” AYM, E 2011/149 K 2012/187, 22.11.2012.

alındığında KHK'ların kanun hükmünde oldukları görülmektedir. Dolayısıyla KHK ile açıkça düzenlenen bir konuda da Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesi uyarınca CBK çıkarılamaması gerekir.”¹⁶³

Dördüncü sınırlama kuralı ile ilgili gündeme gelen bir diğer soru ise şu olmuştur: kanunda açıkça düzenlenen konuda CBK çıkarılabilmesine imkan tanıyan bir kanun hükmü ile dördüncü cümledeki kural etkisiz kılınabilir mi?

Bu soru da AYM tarafından cevaplanmış ve AYM, dördüncü cümlede öngörülen sınırlama kuralının kanuna eklenen bir hüküm aracılığıyla dahi aşılama-çağını kararlarında açıkça ifade etmiştir:

Yukarıda değindiğimiz, idareye yurt dışında yapılacak mal ve hizmet alımlarında yüklenme tutarının tamamına kadar bütçe dışı avans olarak ön ödeme yapabilme yetkisi veren CBK kuralının denetlendiği kararda, konuyu düzenleyen kanunda yer alan *“İlgili kanunların veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bütçe dışı avans ödenmesine ilişkin hükümleri saklıdır”* şeklindeki hükmün CBK çıkarılmasının bir dayanağı yapıp yapılamayacağı da tartışma konusu olmuştur.

Bazı üyeler, bu düzenleme nedeniyle, iptali istenen kuralın md.104/17'nin dördüncü cümlesine uygun olduğu yönünde görüş bildirmiştir: *“5018 sayılı Kanun'un 35. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde ...denilerek bütçe dışı avans konusunda düzenleme yapılmış ise de aynı fıkranın ikinci cümlesinde ... hükmüne de yer verilerek bu konuda CBK ile düzenleme alanı saklı tutulmuştur. Dolayısıyla CBK'nın Kanun ile aynı konuda düzenleme getirdiği söylenemez.”¹⁶⁴*

“Anayasa'nın 6771 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki halinden farklı olarak yürütmeye ilişkin konularda ilk elden düzenleme yapma yetkisinin kanunun yanı sıra CBK'ya da tanınması karşısında, kanun koyucunun söz konusu alanda düzenleme yapma yetkisini kullanmayı tercih etmeyip bu konuda CBK koyucuya alan bırakmasında herhangi bir anayasal kural ve ilkenin ihlal edilmesi söz konusu değildir.”¹⁶⁵

AYM çoğunluğu ise *“Anayasa'nın kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarma yetkisini tanımadığı dikkate alındığında, kanun koyucunun anılan*

¹⁶³ AYM, E 2019/78 K 2020/6, 23.01.2020, §39. Ayrıca bkz. AYM, E 2018/105 K 2020/30, 12.06.2020; AYM, E 2018/134 K 2021/13, 03.03.2021, §49 vb.

¹⁶⁴ AYM, E 2019/31 K 2020/5, 23.01.2020, Serdar Özgüldür ve Burhan Üstün karşı oy yazısından.

¹⁶⁵ AYM, E 2019/31 K 2020/5, 23.01.2020, karşı oy veren diğer altı üyenin ortak karşı oy yazısından.

şekilde bir yetki tanınması söz konusu olamaz. Bu nedenle CBK hükümlerini saklı tutan kanun hükmü yukarıda tespit edilen aykırılığı Anayasa'ya uygun hâle getirmemektedir."¹⁶⁶ sonucuna varmıştır.¹⁶⁷

Sonuç

Cumhurbaşkanına tanınmış olan CBK çıkarma yetkisi, konu bakımından sınırlandırılmış bir yetkidir. Anayasanın çeşitli maddelerinde CBK çıkarma yetkisinin kapsamını ve sınırlarını biçimlendiren kurallar bulunsa da, CBK çıkarma yetkisinin sınırlarına ilişkin temel esaslar Anayasa tarafından 104'üncü maddenin 17'inci fıkrasının ilk dört cümlesinde düzenlenmiştir. Ancak her bir cümle, dolayısıyla getirilen her bir sınırlama kendi içerisinde birtakım soru işaretlerini ve belirsizlikleri barındırdığı için ilk günden itibaren eleştirilmiştir.

CBK çıkarma yetkisinin konu bakımından sınırlarındaki belirsizliklerin -gri alanların- çeşitli nedenleri olduğu söylenebilir. Bu nedenlerden birisi, 2017 değişiklikleri yapılırken getirilen yeni hükümler ile anayasada korunan hükümler arasında uyumlu bir sistematğin yeterince gözetilmemiş olması; anayasa değişikliğinin, Türk anayasa hukukunu ve idare hukukunu biçimlendiren yerleşik ilke ve esaslar gözetilerek, anayasanın sistematği içerisinde bütünlüklü bir perspektifle ve yeterince tartışılarak hazırlanmamış olmasıdır.¹⁶⁸ Özellikle idarenin kanuniliği ilkesi ve kanunla düzenleme öngören anayasa hükümleri ile CBK ile düzenleme öngören anayasa hükümlerinin uyumlu biçimde, sorunsuz şekilde yorumlanabilmesini gözeterek özenli bir anayasa değişikliğinin yapılmamış olması, CBK çıkarma yetkisinin sınırlarının belirlenmesinde zorluklara yol açıyor görünmektedir. Bununla birlikte, tümüyle yeni bir işlem türünün yaratılmış olmasının getirdiği kaçınılmaz sorular ve sorunlar da olduğu, bazı belirsizliklerin bundan kaynaklandığı ve zaman içerisinde giderileceği de açıktır.

CBK çıkarma yetkisinin konu bakımından sınırlarındaki gri alanların bir diğer nedeni ise, hiç şüphesiz, yetkiyi sınırlamak üzere konulmuş kuralların anlam içeriklerindeki belirsizliklerdir. Başka bir ifadeyle, CBK çıkarma yetkisinin konu bakımından sınırlarını düzenleyen hükümlerin bizzat kendileri daha yolun başında çok ge-

¹⁶⁶ AYM, E 2019/31 K 2020/5, 23.01.2020, §21.

¹⁶⁷ Bu konudaki ilk karar birbirine yakın oylarla ucu ucuna alınmış olsa da, benzer durumlar daha sonra da AYM'nin önüne gelmiş, bu örneklerde AYM oybirliği ile aynı yönde karar vermeye devam etmiştir. Bkz. AYM, E 2020/5 K 2022/115, 13.10.2022, §27. Ayrıca bkz. AYM, E 2020/29 K 2022/155, 13.12.2022, §15.

¹⁶⁸ Benzer yönde görüşler için bkz. Eren (n33) 16.

niş gri alanlar yaratmış, birçok soru işaretini beraberinde getirmiştir. Bu soru işaretlerinin ve muğlaklıkların AYM içtihatları ile giderileceği ifade edilmiştir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yedi yıla yaklaşan uygulamasında 179 CBK çıkarılmış ve AYM tarafından 90'ın üzerinde CBK denetim kararı yayınlanmıştır. Bu çalışmada incelenen kararların da gösterdiği üzere, gerek her bir sınırlama kuralının anlam içeriğinin belirlenmesi gerekse Anayasanın ilgili maddeleri ile uyumlu biçimde bu kuralların yorumlanması konusunda AYM kararları sayesinde önemli bir yol alınmış ve CBK çıkarma yetkisinin konu bakımından sınırlarına ilişkin gri alanların bir bölümü bu kararlar aracılığıyla açıklığa kavuşturulmuştur.

Bununla birlikte, CBK'ların konu bakımından sınırlarının tümüyle açıklığa kavuştuğunu da söylemek zordur. Zira hala yürütme yetkisine ilişkin konuların kapsamının belirlenmesinde, bir CBK kuralının temel hak ve hürriyetlere ilişkin yasak alana girip girmediğinin belirlenmesinde, bir konunun CBK ile düzenlenebilir alanda mı yoksa münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken alanda mı kaldığının belirlenmesinde ve bir CBK kuralının kanunda açıkça düzenlenmiş bir konuyu düzenleyip düzenlemediğinin belirlenmesinde belli noktalarda belirsizlikler vardır.

Bu belirsizlikler, en yalın biçimde, sınırlama kurallarının somut vakalara uygulanması aşamasında görünür olmaktadır. Nitekim sınırlama kurallarının yorumlanması ve uygulanmasına dair belli noktalarda AYM üyeleri arasında önemli görüş ayrılıklarının bulunması da gri alanların uygulamaya yansıyan örnekleri olarak değerlendirilebilir.

CBK çıkarma yetkisinin sınırlarına ilişkin yorum ve yaklaşım farklılıkları bazı konularda çok derin görünmektedir. Özellikle çok yakın oylarla alınmış ve sınırlama kurallarının anlamını ve uygulanma biçimini belirleyen nitelikte kararlar açısından bu durum önemlidir. Çünkü bu demektir ki, mahkemede, örneğin iki üyede, değişiklik olması halinde şimdiye kadar oluşturulan içtihadın tersi yönde kararlar pekâlâ çıkabilir. Dolayısıyla açıklığa kavuşmuş gibi görünen bazı alanlar da aslında hala bir ölçüde gri alanda kalmaya devam etmektedir. CBK çıkarma yetkisinin sınırlarını biçimlendiren birçok kararın oyçokluğuyla alınmış olması, bazı konularda alınmış kararların kısa bir süre sonra değişmesi gibi haller de CBK'ların konu bakımından sınırlarındaki gri alanların yansımaları olarak değerlendirilebilir.

Bununla birlikte, şimdiye kadar oluşmuş içtihadın birçok konuyu aydınlığa kavuşturduğu ve gelecek dönemde de AYM'nin vereceği kararların belirsizliklerin giderilmesine katkı sunmaya devam edeceği açıktır.

Kaynakça

- Açıl M, '2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri' (2018) 76 (2) İstanbul Hukuk Mecmuası 725
- Akartürk E A, '2017 Anayasa Değişikliğinin 'Parlamentosuzlaştırma' Etkisi Üzerine' (2020) 17(1) YÜHFD 1
- Ardıçoğlu M A, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi' (2017) 3 Ankara Barosu Dergisi 21
- Atar Y, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi' (2019) 36(1) Anayasa Yargısı Dergisi 241
- Barın T, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Uygulaması ve Hükûmet Sisteminin Tahlili' (2022) 2 YBHD 289
- Barın T, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri Sorunu' in Oktay Uygun and Egemen Esen (eds), *Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi - Kamu Hukukçuları Platformu VIII. Toplantısı Tam Metin Bildiri Kitabı* (Oniki Levha Yayınları 2020) 153
- Can O, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı' (2020) 37(1) Anayasa Yargısı 133
- Duman B, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri; Hukuki Niteliği, Rejimleri, Denetimi ve Mukayeseli Hukukta Yeri' (2019) 5(2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 537
- Erdoğan M, 'Başkanlık Sistemi, Latin Amerika Tecrübesi ve Türkiye' (2016) (3) Liberal Perspektif Analiz
- Eren A, 'Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi' (2019) 36(19) Anayasa Yargısı 1
- Fendoğlu H T, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Sınırları' (2023) 71(2) Adalet Dergisi 607
- Fendoğlu H T, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Mahfuz Düzenleme Alanı Mıdır?' (2019) 3 Ankara Barosu Dergisi 277
- Gören Z, '2017 Anayasa Değişikliği ile Getirilen Sistemde Cumhurbaşkanı' (2019) 36 (2) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 1
- Gözler K, *Türk Anayasa Hukuku* (4th edn, Ekin Yayınları 2021)
- Günday M ve Sever Ç D, '2017 Anayasa Değişiklikleri ve Uyumlaştırma Sürecinin İdare Hukukunda Yarattığı Etki Üzerine Bir Değerlendirme', in *Prof. Dr. Nami Çağan Anısına Armağan* (Atılım Üniversitesi Yayınları 2020) 626
- Kanadoğlu K, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi' (2018) 2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 637
- Keser H, 'Türk Hukukunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri' (2022) 13(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 272

- Küçük A ve Doğan B, 'Türkiye'de 2017 Anayasa Değişikliği Kapsamında Yürütmenin Asli Düzenleme Yetkisi ve Mahfuz Düzenleme Alanı' (2019) 9(1) SDÜHFD 1
- Muratoğlu T, 'Bazı Konuların Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle Düzenlenmesini Öngören Anayasa Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler' (2022) 27(47) DÜHFD 375
- Özbudun E, *Türk Anayasa Hukuku* (21st edn, Yetkin Yayınları 2021)
- Özdemir H E, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Çerçevesi' (2019) 6(1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 265
- Özgen S, 'İdarenin Düzenleme Yetkisi ve Sınırı, Anayasa Mahkemesi Tarafından Belirlenen Ölçütler ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri' (2022) 154 Danıştay Dergisi 197
- Sağlam F, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü* (AÜSBF Yayınları 1982)
- Sevgili Gençay F D, 'Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Karşılıklı Mahfuz Alanları Meselesi' in Oktay Uygun and Egemen Esen (eds), *Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi - Kamu Hukukçuları Platformu VIII. Toplantısı Tam Metin Bildiri Kitabı* (Oniki Levha Yayınları 2020) 237
- Sezer A, 'Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri [Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı]' (2019) 36(1), Anayasa Yargısı Dergisi 353
- Söyler Y, *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri* (Seçkin Yayınları 2018)
- Şirin T, 'İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi' (2018) 7(14) Anayasa Hukuku Dergisi 289
- Tanör B ve Yüzbaşıoğlu N, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (17th edn, Beta Yayıncılık 2018)
- Tekinsoy M A, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Yürütmenin Mahfuz Düzenleme Yetkisi Açısından Değerlendirilmesi' in Oktay Uygun and Egemen Esen (eds), *Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi - Kamu Hukukçuları Platformu VIII. Toplantısı Tam Metin Bildiri Kitabı* (Oniki Levha Yayınları 2020) 389
- Ulusoy A D, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: Varoluşsal, Yapısal ve Hukuksal Bir Değerlendirme' (2020) 37(2) Anayasa Yargısı 31
- Ülgen Ö, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri' (2018) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3
- Ülgen Ö, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: İlk Gözlemler' (2018) 2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 619
- Ülgen Adadağ Ö, 'Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorunlar' (2019) 36(1) Anayasa Yargısı 261, 262
- Yayla A, (2019) 21 'Anayasa Değişikliği Sonrasında Cumhurbaşkanlığı Makamının Olağan Döneme İlişkin Düzenleme Alanı ve İdari İşlemlere Etkisi' D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan 1609

- Yeniay L and Yeniay G, 'Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi', (2019) 36(1) Anayasa Yargısı 105
- Yıldırım T, 'İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı' (2019) 36(1) Anayasa Yargısı 293
- Yıldırım T, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi' (2017) 23(2) MÜHF-HAD 13
- Yılmaz H, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Yetki Sınırları' (2020) 1(78) İstanbul Hukuk Mecmuası 225

Türk Hukukunda Eğitim Hizmeti İlkelerinin Özel Okullar Bakımından Değerlendirilmesi^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Ezgi PALAS DAĞLI^(**)

Öz

Eğitim hizmeti idari kamu hizmetleri arasında yer alır. Söz konusu hizmet, bizzat idare tarafından yürütülebileceği gibi devletin denetimi ve gözetimi altında özel okullar aracılığı ile de yürütülebilir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 42. maddesinde düzenlenen ve sosyal haklar arasında yer alan eğitim hakkının etkin kullanımının sağlanabilmesi için yürütülen hizmetin kamu hizmeti genel ilkeleri ve 1739 s. Millî Eğitim Temel Kanunu'ndaki temel ilkelere uygun olması gerekir. Özel okulların süreklilik, uyarlama ve eşitlik ilkelerine uygun faaliyet yürütme zorunluluğu, Millî Eğitim Bakanlığının denetim ve yaptırım uygulama yetkisi ile garanti altına alınmaktadır. Bu çalışmada öncelikle özel okulların yürüttükleri hizmetin niteliği incelenmiş ardından çalışmanın temel araştırma sorusunu oluşturan eğitim hizmeti ilkelerinin özel okullar açısından bir değerlendirmesi yapılmıştır. Çalışmada doküman analizi yöntemi içerisinde ele alınan literatür taraması yöntemi kullanılmıştır. Türk hukukundaki özel öğretim kurumları mevzuatı ile Millî Eğitim Bakanlığının denetim yetkisinin eğitim hizmeti ilkelerine uygunluk yönünden değerlendirildiği bu çalışmada tespit edilen eksiklikler örnek yargı kararları ile desteklenerek çözüm önerilerinde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler

Eğitim Hizmeti, Eğitim Hizmetinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi, Kamu Hizmeti İlkeleri, Milli Eğitim Temel İlkeleri, Eğitim Hizmeti İlkeleri.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 16.02.2025 - Kabul Edildiği Tarih: 10.04.2025.

Atıf Şekli: Ezgi Palas Dağlı, 'Türk Hukukunda Eğitim Hizmeti İlkelerinin Özel Okullar Bakımından Değerlendirilmesi' (2025) 15(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 127, 170.

DOI: 10.52273/sduhfd..1640846.

^(**) Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, Türkiye.

E-posta: ezgipalas@gmail.com.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9437-9610>.

Evaluation of Education Service Principles in terms of Private Schools in Turkish Law

Abstract

Education service is classified among administrative public services. This service can be conducted directly by the administration or through private schools under the supervision and oversight of the state. To ensure effective utilization of the right to education, as guaranteed in Article 42 of the Constitution of the Republic of Turkey and recognized as a social right, it is essential that the service adheres to the general principles of public services and the fundamental principles outlined in the National Education Basic Law No. 1739. The obligation of private schools to operate in accordance with the principles of continuity, adaptability, and equity is guaranteed through the supervisory and enforcement authority Republic of Türkiye Ministry of National Education. This study initially examines the nature of services provided by private schools and it evaluates the educational service principles from the perspective of private schools, addressing the research question posed by the study. In this study, the literature review method included within the framework of document analysis was utilized. In this study, which evaluates the legislation on private education institutions in Turkish law and the supervision authority of the Republic of Türkiye Ministry of National Education in terms of compliance with the principles of educational service, the deficiencies identified are supported by sample ruling and solutions are proposed.

Keywords

Education Service, Execution of Education Service by Private Legal Entities, Principles of Public Service, National Education Fundamental Principles, Education Service Principles.

Extended Summary

Public activities directed towards the benefit of society are defined as public services. There are fundamental principles that must be applied in the provision of public services. These principles generally include continuity and regularity, equality, and adaptability. In some countries, these principles have developed constitutionally, legislatively in others, and through legal precedents in yet others.

The fundamental characteristics of the right to education are outlined in Article 13 of the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights, under the categories of "availability, accessibility, acceptability, and adaptability." These characteristics form the foundation of educational service principles. Likewise, the Abidjan Principles establish the responsibility of states to define, enforce, and oversee the minimum standards that private educational institutions are required to meet.

The right to education is one of the fundamental human rights. It is the responsibility of the state to ensure the right to education. According to Article 13 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, states have obligations to respect, protect, and fulfill the requirements of the right to education. Even when private individuals are involved in providing educational services, states are still required to fulfill these obligations.

Article 42 of the Constitution of the Republic of Turkey guarantees that no individual shall be denied the right to education. It is the responsibility of the government to ensure that everyone has access to education. The right to education is fulfilled through the delivery of educational services, which are considered a form of administrative public service. These services can be provided either directly by the government or through private schools that are supervised and regulated by the state.

Educational services offered by private schools holding a license are regarded as having the characteristics of public services. This requires the administration to exercise various public powers such as supervision, unilateral modification, giving orders and instructions, regulatory authority, administrative sanctions and revocation authority. Thus, in the execution of this service, the administration retains the primary responsibility.

Ensuring the effective exercise of the right to education is possible through adherence to the general principles of public services and the principles outlined in the National Education Basic Law No. 1739. For private schools to operate their educational services effectively, they must adhere to these basic principles. In this study, the fundamental principles of educational services are classified as continuity, adaptation and equality.

The primary aim of this research is to examine the evaluation of the services provided by private schools from the perspective of educational service principles. Within this scope, the aim is to answer whether educational services provided by private legal entities meet these fundamental principles. The method followed in investigating the defined research question involved examining the legislation of private educational institutions and analyzing sample judgement related to these principles.

In establishing the conceptual and theoretical underpinnings of the study, national and international sources were reviewed. It was determined that these studies primarily focused on examining the legislation concerning private educational institutions, determining the nature of the services provided by schools and their legal relationship with the administration and comparing the effectiveness of the services provided by private schools with state schools. Additionally, many of the relevant studies examined higher education institutions rather than preschools, primary schools or secondary schools operated by legal entities.

This research adopts a qualitative approach, which seeks to portray subjects, objects, or events in a comprehensive manner by employing data collection methods such as observations, interviews, and document analysis. In this study, a literature review was carried out using the document analysis method.

The scope of the study is limited to private preschool, private middle school and private high schools.

Based on the findings of the study, it was concluded that the services provided by private schools in Turkish law maintain the nature of public services. Therefore, it is obligatory for these institutions to implement the fundamental principles of education services. Although these principles do not need to be explicitly regulated in the legislation of private schools, it is mandatory for them to contain provisions that comply with these principles. The Republic of Türkiye Ministry of National Education is responsible for monitoring whether the services provided by private schools comply with education service principles, both when obtaining permission to establish an institution and during the provision of education services. In cases where there is non-compliance with the basic principles, administrative sanctions specified in Law No. 5580 and relevant regulations should be applied. The exercise of the authority to apply sanctions, which is an extension of the administration's monitoring authority, is a prerequisite for the proper execution of education services in terms of compliance with education service principles. Otherwise, it is possible that damages arising from deficient education services may be attributed to ineffective exercise of monitoring and sanctioning authority.

This study examined the conformity of the legislation governing private schools in Turkish law with the principles of educational services and made recommendations regarding deficiencies or inconsistencies. Furthermore, it clarified the scope of education service principles for private schools by analyzing the boundaries of public authority related to monitoring and applying sanctions through legislation and court decisions.

Giriş

Toplumun genel yararına yönelen kamusal faaliyetler kamu hizmeti olarak tanımlanır. Kamu hizmetlerinin sunulmasında uygulanması gereken temel ilkeler bulunmaktadır. Bu ilkeler, ülkelere göre çeşitli biçimlerde anayasal, yasal ya da içtihatlarla gelişim göstermiştir.

Eğitim hakkı temel insan hakları arasında yer alır. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 13. maddesi uyarınca, devletlerin eğitim hakkına ilişkin saygı duyma, koruma ve eğitim hizmeti gereklerini yerine getirme yükümlülükleri bulunmaktadır. Uluslararası insan hakları hukuku uyarınca eğitim hizmetinin yerine getirilmesinde birincil sorumluluk devlete aittir. Ancak söz konusu hizmetin devletin gözetimi ve denetimi altında özel hukuk kişileri tarafından yerine getirilmesi de mümkündür. Devletler, özel hukuk kişilerinin eğitim hizmetine dahil olduğu durumlarda da uluslararası insan hakları hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini sürdürmek ve eğitim hizmeti ilkelerine uygun faaliyet yürütülüp yürütülmediğini denetlemekte yükümlüdür¹. Söz konusu yükümlülük, bir yandan eğitim hizmetinin gereği gibi yürütülmesini garanti ederken, diğer yandan özel hukuk kişilerinin şeffaf ve adil bir şekilde faaliyet göstermesini sağlamaktadır².

Eğitim hizmeti dünya genelinde bizzat devlet tarafından ya da devletin denetimi ve gözetiminde özel hukuk kişileri tarafından yerine getirilebilir. Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin birçoğunda, zorunlu eğitim seviyesindeki okulların özel hukuk kişileri tarafından yürütülmesine izin verilmektedir³. Türk hukukunda da Anayasa'nın 42. maddesi gereğince, eğitim hizmeti bizzat idare tarafından resmî okullar aracılığı ile yürütülebileceği gibi devletin denetimi ve gözetimi altında özel öğretim kurumları aracılığı ile de yürütülebilir.

¹ United Nations, 'Right to education: the implementation of the right to education and Sustainable Development Goal 4 in the context of the growth of private actors in education' (2019) A/HRC/41/37 Report of the UN Special Rapporteur for the Right to Education <<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g19/104/10/pdf/g1910410.pdf>> Erişim Tarihi 20.6.2024, 16-17.

² Abidjan ilkeleri, 2019 yılında insan hakları uzmanları tarafından kaleme alınan, eğitim hakkı konusunda devletlerin uluslararası insan hakları hukuku kapsamındaki yükümlülüklerini açıklayan ve eğitimde devletin ve özel hukuk kişilerinin rolüne ilişkin ilkeleri ortaya koyan referans bir belgedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Abidjan Principles, <<https://www.abidjanprinciples.org/en/background/overview>> Erişim Tarihi 04.04.2025.

³ Eurydice, 'National Education System' <<https://eurydice.eacea.ec.europa.eu/national-education-systems>> Erişim Tarihi 25.6.2024.

Resmî okul eğitimin bizzat devlet tarafından yürütüldüğü okulları ifade eder. Özel okul ise doğrudan veya dolaylı olarak kilise, sendika, dernek, şirket veya şahıs gibi devlet dışı bir aktör tarafından işletilen okul anlamına gelir⁴. Özel okul tanımı ile ilgili doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Ancak mülkiyet, yönetim ve finansmanın özel hukuk kişisine ait olduğu durumlarda özel okul kriterlerinin sağlandığı kabul edilmektedir⁵. Doktrinde; kâr amacı güden veya hayır amaçlı, ücretli veya ücretsiz, şirketler, girişimciler, topluluklar ya da sivil toplum kuruluşları tarafından yönetilenler, resmî veya gayri resmi, devlet tarafından desteklenen veya tamamen bağımsız okullar şeklinde özel okul sınıflandırmaları mevcuttur⁶.

Türk hukukunda özel okullar ile ilgili temel düzenlemeler 5580 s. Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nda⁷ (5580 s. Kanun) yer almaktadır. Söz konusu Kanun m. 2/b'de okullar, kurslar, eğitim merkezleri, rehabilitasyon merkezleri, sosyal etkinlik merkezleri ve benzeri kurumların özel öğretim kurumları kapsamında olduğu düzenlenmiştir. Hükmün c bendinde ise okul tanımı yapılmış ve kapsamına özel eğitim, okul öncesi, ortaokul, ortaöğretim ve Bakanlıkça dönüşüm programına alınan kurumlardan 2018-2019 eğitim-öğretim yılının sonuna kadar faaliyetleri devam eden ortaöğretim özel okulları dahil edilmiştir. Özel okul kapsamında nitelendirilen yabancı, azınlık ve özel eğitim okulları ise 5580

⁴ OECD, 'PISA 2018 Results (Volume V): Effective Policies, Successful School' (2020) <<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/14bbef20-en.pdf?expires=1721040205&id=id&accname=guest&checksum=09FD72E0A2933B84619A22F2159A77A4>> Erişim Tarihi 25.6.2024 159.

⁵ Jacqueline Mowbray, 'Is There a Human Right to Public Education? An Analysis of States' Obligations in Light of the Increasing Involvement of Private Actors in Education' (2020) 33 Harvard Human Rights Journal 121, 130.

⁶ Report of the UN Special Rapporteur for the Right to Education, (n 1) 4. Ekonomik Kalkınma ve İş Birliği Örgütü (OECD) devlete bağımlı özel öğretim kurumlarını, çekirdek finansmanın %50'sinden fazlasının devletten karşılandığı veya öğretim kadrosu maaşlarının devlet tarafından ödendiği kurumlar olarak nitelendirmiştir. İlgili kurumların finansman kapsamını sözleşmeler belirlemektedir. Bağımsız özel öğretim kurumları ise çekirdek finansmanının %50'sinden azını devlet kurumlarından alan ve öğretim kadrosunun bir devlet kurumu tarafından ödenmediği özel öğretim kurumları olarak tanımlanmıştır. OECD, 'How do public and private schools differ in OECD countries?' (2024) Education Indicators in Focus <<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/90348307-en.pdf?expires=1719670165&id=id&accname=guest&checksum=434B05BB994B5886E2A1B8931647305B>> Erişim Tarihi 27.6.2024.

⁷ Özel Öğretim Kurumları Kanunu, Kanun Numarası: 5580, Kabul Tarihi: 8.2.2007, RG 14.2.2007/26434.

s. Kanun'da ayrıca tanımlanmıştır⁸. Okul tanımında yer alan okul öncesi, ortaokul ve ortaöğretim okullarının, resmî okullardan farklı olarak, 5580 s. Kanun m. 3/1 uyarınca kurum açma izni alması zorunlu kılınmıştır⁹.

Çalışmanın kapsamı örgün eğitim kurumları arasında yer alan özel okul öncesi okul, özel ortaokul ve özel ortaöğretim okulları ile sınırlıdır¹⁰.

Eğitim hakkının kullanımının sağlanması, yürütülen hizmetin kamu hizmetinin genel ilkeleri ve 1739 s. Millî Eğitim Temel Kanunu'ndaki¹¹ (1739 s. Kanunu) ilkelere uygunluğu ile mümkün olur. Eğitim hizmeti ilkeleri olarak ifade edeceğimiz ilkeler özel okullar tarafından sunulan hizmetin gereği gibi yürütülebilmesinin ön koşulu olup, eğitim hakkının gerekleri olarak nitelendirilebilir.

Çalışmanın temel amacı özel okulların sunduğu hizmetin eğitim hizmeti ilkeleri yönünden değerlendirilmesidir. Bu kapsamda, öncelikle özel okulların sunduğu hizmetin niteliği incelenecek ve ardından eğitim hizmeti ilkelerinin hukuki çerçevesi çizilecektir. Çalışmanın son başlığında ise idarenin eğitim hizmeti ilkelerine uygunluk denetiminin kapsamı yargı kararları ile somutlaştırılarak belirlenecektir.

I. Özel Okulların Sunduğu Hizmetin Niteliği

İdarenin faaliyetleri arasında yer alan kamu hizmeti, en genel ifade ile devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından topluma yönelik yürütülen sürekli ve düzenli kamusal faaliyetlerdir¹². İdare hukukunun görev alanı belirlemesinde

⁸ 5580 s. Kanun m. 2: "d) Yabancı okullar: Yabancılar tarafından açılmış özel okulları, e) Azınlık okulları: Rum, Ermeni ve Musevî azınlıklar tarafından kurulmuş, Lozan Antlaşması ile güvence altına alınmış ve kendi azınlığına mensup Türkiye Cumhuriyeti uyruklu öğrencilerin devam ettiği okul öncesi eğitim, ilköğretim ve ortaöğretim özel okullarını, h) Özel eğitim okulu: Özel eğitim gerektiren bireylere hizmet veren, özel olarak yetiştirilmiş personelin bulunduğu, geliştirilmiş eğitim programlarının uygulandığı özel öğretim kurumunu" ifade eder.

⁹ Kurum açma izni idarenin tek yanlı işlemi niteliğindedir. Bülent Algan ve Mualla Algan, 'Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü Bağlamında Eğitim Hizmetlerinin Ruhsat Usulü ile Özel Kişilere Gördürülmesi' (2013) XVII(3) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 147, 157.

¹⁰ Bu çalışmada, özel okullar arasında yer alan yabancı okul, azınlık okulu ve özel eğitim okullarına ilişkin incelemeler 5580 s. Kanun ile sınırlı tutulmuştur.

¹¹ Millî Eğitim Temel Kanunu, Kanun Numarası: 1739, Kabul Tarihi: 14.6.1973, RG 26.6.1973/14574.

¹² İdarenin faaliyetleri kolluk ve kamu hizmeti olmak üzere iki grupta toplanır. Kolluk faaliyetleri genel olarak birel ve düzenleyici işlemler ve eylemler aracılığı ile yerine getirilebilen ve kamu düzeninin tesis edilmesini amaçlayan faaliyetler olarak tanımlanır. Kamu hizmeti ise kamu

ilk kez Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından verilen Blanco kararında bir ölçüt olarak kabul edilen bu kavram, Jeze ve Duguit tarafından idare hukukunun temel görev alanı olarak kabul edilmiştir¹³. Türk hukukunda da Onar tarafından desteklenen bu görüş idare hukukunun temel görev alanını kamu hizmeti kavramı çerçevesinde tanımlamıştır¹⁴.

Kamu hizmeti kavramının tanımı konusunda doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Söz konusu tanımlamalarda genellikle kamu hizmetinin unsurları çerçevesinde bir kapsam sunulmuştur¹⁵. Kamu hizmetinin unsurları arasında organik, maddi ve biçimsel unsur tanımlarının yer aldığı görülmektedir. Organik unsur, kamuya ait mal ve teçhizatla ve kamu personeli tarafından yerine getirilen faaliyetlerdir¹⁶. Maddi unsur, faaliyetin kamu yararı amacını gerçekleştirmeye yönelik olmasıdır¹⁷. Toplumsal gereksinimlerin karşılanmasına yönelik faaliyetler olarak da ifade edilen bu unsur toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarına ilişkindir¹⁸. Doktrinde maddi unsurun yanında süreklilik ve düzenlilik unsurları çerçevesinde de kamu hizmeti tanımı yapıldığı görülmektedir¹⁹. Biçimsel unsur ise faaliyetin kamusal yönetim usullerine tabi olması anlamına gelir²⁰. Doktrinde kamu hizmeti unsurlarının tek başlarına kavramı açıklamada yetersiz ol-

yararını amaç edinen ve hizmetin sunulmasına yönelik faaliyetlerdir. İdarenin faaliyetlerinin yürütülme araçları ve yöneldiği amaçlar bakımından aynı kapsamda değerlendirildiği durumlar da söz konusu olabilir.

¹³ Süheyy Derbil, 'Kamu Hizmeti Nedir?' (1950) 7(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 28, 32.

¹⁴ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları* Cilt I (Hak 1966) 13.

¹⁵ Kamu hizmeti kavramını unsurlar çerçevesinde tanımlayan çalışmalar için bkz. İsmet Giritli, Pertev Bilgen ve Tayfun Akgüner, *İdare Hukuku II* (3. Baskı, Der 2008) 116; Kemal Gözler, *İdare Hukuku* Cilt II (3. Baskı, Ekin 2019) 255; Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku* Cilt I (14. Baskı, Turhan 2021) 561-566; Oğuz Sancakdar, Lale Burcu Önüt, Eser Us Doğan, Mine Kasapoğlu Turhan ve Serkan Seyhan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı* (11. Baskı, Seçkin 2022) 561; Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku* (3. Baskı, Seçkin 2022) 312; Halil Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri*, Cilt II (6. Baskı, Seçkin 2023) 305-307.

¹⁶ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (17. Baskı, Seçkin 2023) 587. Gözler, söz konusu unsuru kamu tüzel kişisi tarafından üstlenilen bir hizmetin bizzat onun tarafından ya da onun denetiminde özel hukuk kişisi tarafından yürütülmesi şeklinde tanımlamıştır. Gözler (n 15) 256-259.

¹⁷ Gözler (n 15) 259.

¹⁸ Gözübüyük ve Tan (n 15) 561-563.

¹⁹ Onar, (n 14) 13; İl Han Özay, *Günlükte Yönetim* (Filiz 2004) 225.

²⁰ Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları* (Fakülteler 1982) 307; Gözübüyük ve Tan (n 15) 563-564.

duğu yönünde görüşler bulunmaktadır. Organik unsurun yetersizliği, bizzat idare tarafından yürütülmeyen faaliyet alanlarının genişlediği gerekçesine dayanır²¹. Maddi unsur esas alınarak yapılan tanım ise kamu yararı kavramının muğlak niteliği göz önünde bulundurularak kamu hizmeti kavramını tam olarak açıklamadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir²². Faaliyetin hukuki rejimi olarak da nitelendirilen biçimsel unsur ise özel hukuk yönetim usullerinin uygulandığı kamusal faaliyetlerin de bulunabileceği²³ ve hukuki rejim ölçütünün tanımın bir unsuru değil, bir sonucu olduğu yönünde değerlendirilmiştir²⁴.

Anayasa Mahkemesi, kamu hizmeti kavramını değerlendirdiği bir kararında *“Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir. Nitelik yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesi, onun niteliğine etkili görülemez”*²⁵. şeklinde bir yaklaşımla kamu hizmeti tanımlamasında faaliyetin niteliği ölçütü geliştirmiştir²⁶. Niteliği gereği kamu hizmeti kavramı, yasama organına ya da yetkili idareye ait bir yetkinin yargı organı tarafından kullanıldığı gerekçesiyle eleştirilmiştir²⁷. Zira doktrinde ülke çapında uygulanan bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığı konusunda belirleme yetkisinin asli olarak yasama organına ait olduğunu kabul eden bir görüş bulunmaktadır²⁸.

Bazı kamu hizmeti alanlarının devletin görev alanı çerçevesinde anayasada düzenlenmesi de mümkündür. Örneğin sağlık ve eğitim hizmetlerinin yerine getirilmesi Anayasa’da devlete ödev olarak yüklenmiştir. Bilgen’e göre Anaya-

²¹ Sancakdar, Önüt, Eser Us, Kasapoğlu Turhan ve Seyhan (n 15) 561; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 16) 587. *“Ayrıca bir hizmetin kamu hizmeti sayılabilmesi için, onun tekel altında yürütülmesi de gerekmez.”* Danıştay 1 D, 1992/294, 24.09.1992.

²² Gözler (n 15) 261-265; Sancakdar, Önüt, Eser Us, Kasapoğlu Turhan ve Seyhan (n 15) 562; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 16) 588.

²³ Sedat Çal, ‘Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler’ iç Ömer Teoman (edr) Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan (Vedat 2009) 1841; Sancakdar, Önüt, Eser Us, Kasapoğlu Turhan ve Seyhan (n 15) 562.

²⁴ Gözler (n 15) 255-256.

²⁵ Anayasa Mahkemesi, E 1994/70 K 1994/42-2, 09.12.1994.

²⁶ Danıştayın da *“Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen eğitim hizmeti de niteliği gereği kamu hizmeti olarak değerlendirilmektedir.”* yönünde verdiği kararları bulunmaktadır. Danıştay 2 D, 2008/3392, 30.11.2011; Danıştay 8 D, 2008/8234, 29.04.2011.

²⁷ Gözler (n 15) 265-270.

²⁸ Gözübüyük ve Tan (n 15) 567.

sa'da sosyal hak ve ödevler başlığı altında düzenlenmiş hakların yerine getirilmesinde yasa koyucunun kamu hizmeti kurma ve işletme yükümlülüğü söz konusudur²⁹. İlgili faaliyet alanlarının idare tarafından kurulup işletilmesinde anayasal hükümler çerçevesinde bir belirleme yapıldığından yasama organının ya da yetkili idarenin ilgili faaliyet alanlarına ilişkin kamu hizmeti nitelendirilmesi yapıp yapmamasının bir önemi bulunmamaktadır³⁰. Söz konusu hizmetler bakımından bir anayasa değişikliği yapılmaksızın kamu hizmeti niteliğinin değiştirilmesi durumunda anayasaya aykırılık söz konusu olur³¹. Anayasa m. 42/4'te ilköğretimin kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunlu ve devlet okullarında parasız olacağı düzenlenmiş ve eğitim hizmetinin kamu hizmeti niteliği vurgulanmıştır.³² Anayasa Mahkemesinin de *"Anayasa, milletimizi çağdaş uygarlık düzeyine eriştirecek teknik, ekonomik, kültürel ve sosyal gelişme alanlarında iyi eleman yetiştirilmesini devletin görevleri arasında saymış, milli eğitim hizmetlerine "anayasal kamu hizmeti" seviyesinde özel bir önem atfetmiş bulunmaktadır. Buna göre, eğitim ve öğretim hizmetlerine, devletçe, öteki kamu hizmetlerine göre daha bir ağırlık verilmesi zorunluluğu vardır"*³³ yönünde verdiği bir karşı oyunda, eğitim hizmeti anayasal kamu hizmeti olarak nitelendirilmiştir.

Anayasal kamu hizmeti niteliğindeki hizmetlerin özel hukuk kişileri tarafından yürütülmesine bir engel bulunmamaktadır³⁴. Özel okullar tarafından sunulan hizmetinin niteliği konusunda Anayasa'da ve özel öğretim kurumları ile ilgili mevzuatta açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde özel okullar tarafından sunulan hizmetin virtüel kamu hizmeti niteliğinde olduğu yönünde bir

²⁹ Pertev Bilgen, 'Sosyal Haklar, Sosyal Kamu Hizmetleri, Özelleştirme' (1995) 3(5) AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi 12, 14-15; Esin Örucü, 'Sosyal Kamu Hizmeti' (1970) 36(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 212, 226.

³⁰ Pertev Bilgen, 'Kamu Hizmeti Hakkında' (1980) 1(1) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 113; Fransız Anayasa Konseyi verdiği bir kararında anayasal düzenlemelerden kaynaklanan kamu hizmetlerini anayasal kamu hizmeti olarak nitelendirmiş ve yasama organı ve diğer yetkili makamlar tarafından oluşturulan kamu hizmetlerinden ayrı değerlendirmiştir. Aktaran Gözübüyük ve Tan (n 15) 566.

³¹ Ali Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri* (Ülke 2004) 23.

³² Algan ve Algan (n 9) 171. Eğitim hizmeti, idarenin geçmişten bugüne uyguladığı idari kamu hizmetleri arasında yer alır. Duran (n 20) 317; Eğitim hizmetinin sosyal kamu hizmetleri arasında değerlendirildiği çalışma için bkz. Örucü (n 29) 231.

³³ Anayasa Mahkemesi, E 2014/88 K 2015/68, 13.07.2015.

³⁴ Anayasal kamu hizmeti nitelendirmesi özel hukuk kişileri tarafından yürütülen bazı faaliyetlerin kamu hizmeti niteliğinin belirlenmesi bakımından işlev yürütür. Onur Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti* (3. Baskı, Turhan 2015) 269

görüş bulunmaktadır³⁵. Virtüel kamu hizmeti, kolektif ihtiyaçları karşılamak üzere yürütülen kimi hizmetlerin, organik unsur yönünden kamu hizmeti olmamakla birlikte, kamu hizmeti olma niteliğini bünyesinde taşımaları sebebiyle fonksiyonel kamu hizmeti olarak nitelendirilmesidir³⁶. Bu hizmetlerin ruhsat usulü ile gördürüldüğü ve idarenin söz konusu hizmetler üzerinde kolluk denetimini aşan bir denetim yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir³⁷. Söz konusu yaklaşım, özel hukuk kişileri tarafından ve toplumun ortak gereksinimlerini karşılayan pek çok faaliyetin virtüel kamu hizmeti olarak nitelendirileceği ve liberal devlet anlayışına zıt bir şekilde idarenin denetimi altına gireceği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Zira ilgili faaliyetlerin, ancak kamu hizmetlerinin kurulmasına ilişkin usul ve esaslar çerçevesinde kurulabileceği ve idarenin takdir yetkisi çerçevesinde söz konusu hizmetlere kamu hizmeti niteliği kazandırılmayacağı belirtilmiştir³⁸. Ayrıca, idarenin denetim yetkisinin sınırları üzerinden yapılan bu tanımlama, idarenin özel hukuk kişileri tarafından yerine getirilen tüm faaliyetleri kamu düzeni unsurları yönünden denetleme yükümlülüğü altına sokacağından isabetli değerlendirilmemiştir³⁹. Doktrinde yer alan görüşler doğrultusunda özel okullar tarafından yürütülen faaliyet kanaatimizce virtüel kamu hizmeti niteliğinde değerlendirilmemektedir.

Özel okulların yürüttüğü hizmetin niteliği konusunda Anayasa Mahkemesi, *“kamu hizmetleri ne suretle yürütülürse yürütülsün kamu kurum ve kuruluşlarının gözetim ve denetimleriyle hizmeti yönlendirme yetkileri var olduğu sürece, hizmet kamusal niteliğini korumuş olur”*⁴⁰.” yönünde bir karar vererek özel hu-

³⁵ Özay, *Günüşiğinde* (n 19) 226.

³⁶ Aydın Gülan, ‘Kamu Hizmeti Kavramı’ (1988) (1-3) *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* (Prof. Dr. Lütfi Duran’a Armağan) 156; Özay, *Günüşiğinde* (n 19) 226. Kalabalık (n 15) 319-320; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 16) 607.

³⁷ Ali Ülkü Azrak, *İdare Hukuku Ders Notları* (Teksir 1972) 18.

³⁸ Gülan, ‘Kamu Hizmeti’ (n 36) 147, 157; Nuri Yaşar, ‘Kamu Hizmeti, Virtüel Kamu Hizmeti ve 1999 Anayasa Değişikliği’ (2000) 14(1) *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 442, 448. Çal, özel hukuk kişileri tarafından yürütülecek hizmetler bakımından kamusal örgüt kurulmasının zorunlu olmadığını ileri sürerek söz konusu görüşü eleştirmiştir. Çal, ‘Kamu Hizmeti’ (n 23) 185.

³⁹ Gülan, ‘Kamu Hizmeti’ (n 36) 157; Çal, ‘Kamu Hizmeti’ (n 23) 1853. İdareye tanınan yetkilerin kapsamı üzerinden yapılan nitelendirmenin, faaliyetin niteliğinin belirsiz olduğu durumlarda işlev yürütebileceği de ileri sürülmüştür. Burak Öztürk, ‘Elektronik Haberleşme Hizmetlerinde Yetkilendirmenin Hukuki Niteliği’ (2009) (1) *Ankara Barosu Dergisi* 26, 40.

⁴⁰ *“Özel öğretim kurumları Millî Eğitim Bakanlığı’nın gözetim ve denetimi altında faaliyette bulunmaktadır. Bu kurumların Devletin temel görevlen arasında yer alan, vatandaşa eğitim-öğretim verme konusundaki işlevi; ticari yanma karşın, bir kamu hizmeti sayılmaktadır... Ka-*

kuk kişilerinin yürüttüğü faaliyeti kamu hizmeti olarak nitelendirmiştir⁴¹. Danıştay da benzer yönde verdiği bir kararında *“bu kurumlarda verilen ve bir kamu hizmeti olan eğitim ve öğretim hizmetlerini gören öğretmenlerin, yukarıda da belirtildiği üzere kamu hizmeti görevlisi olduğu yönündeki olguyu değiştirmemektedir”*⁴².” şeklinde hüküm kurarak kamu hizmeti özellikleri taşıyan bir hizmetin özel hukuk kişisi tarafından yerine getirilmesinde hizmetin niteliği ve personel statüsünde bir değişiklik olmayacağını belirtmiştir⁴³.

Yargı kararları ve doktrindeki görüşler birlikte değerlendirildiğinde, özel okulların yürüttüğü hizmetin hukuki niteliğinin tespitinde, eğitim hakkına ilişkin Anayasal hüküm esas alınmalıdır⁴⁴. Anayasa m. 42/6’da özel okulların uygulamak zorunda olduğu esasların, resmî okullar ile erişilmek istenen düzeye uygun düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Söz konusu hüküm, özel okulların yürüttüğü eğitim hizmetinin amacı ve özelliği dikkate alınmak suretiyle kamu hizmeti olarak değerlendirilmesinde dayanak kabul edilmiştir⁴⁵. Ayrıca bizim de destek-

mu hizmetleri, aslında bir bütündür. Bunun yerine getirilmesi de ilke olarak Devlete aittir. Ancak toplum hayatının gittikçe genişlemesiyle çoğalan kamu hizmetlerinin mutlaka klasik idare kuruluşları tarafından görülmesi koşulu artık aranmakta, bunların dışında özel kişilerce de gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, kamusal hizmet ünitelerinin nitelik ve özellikleriyle uyusabildiği ölçüde, kamu ve özel hukuk kurallarından oluşan karma nitelikte yapılandırılmaları mümkündür.” Anayasa Mahkemesi, E 1990/4 K 1990/6, 17.06.1990.

⁴¹ Söz konusu karar, özel girişim faaliyetleri üzerinde de aynı tür zorunlulukların getirilebileceği görüşünden hareketle eleştirilmiştir. Çal, ‘Kamu Hizmeti’ (n 23) 186-187.

⁴² Danıştay 10 D, 2009/8021, 15.09.2009; Danıştay 10 D, 2009/11303, 15.09.2009; Benzer yönde karar için bkz. *“5580 sayılı Yasada yer alan hükümlerin, özel öğretim kurumlarında çalışan öğretmenlerin, bu Yasaya göre kurumları ile olan iş ilişkilerinden kaynaklanan uyumsuzlukların özel hukuk hükümlerine tabi olması, bu kişilerin kamu idaresi ile olan ilişkilerine, Yasada öngörülen idare hukuku kurallarının uygulanmasına engel oluşturmayacağı gibi, bu kurumlarda verilen ve bir kamu hizmeti olan eğitim ve öğretim hizmetlerini gören öğretmenlerin, yukarıda da belirtildiği üzere kamu hizmeti görevlisi olduğu yönündeki olguyu değiştirmemektedir.”* Danıştay 10 D, 2009/8021, 15.09.2009.

⁴³ Özel öğretim kurumlarında eğitim hizmetinin yürütülmesi için tesis edilen işlemler idari işlem niteliğindedir. Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Mehmet İnanc, *Özel Hukuk Tüzelkişilerinin İdari İşlemleri* (On İki Levha 2018); Meral Yıldırım, *İdari Faaliyetlerin Görülüşüne Katılan Özel Hukuk Kişilerinin İdari İşlem Yapabilirliği Sorunu* (On İki Levha 2019).

⁴⁴ Eğitim hizmetinin niteliğinin belirlenmesinde odak noktası eğitim hakkının sağlanması olmalıdır. Right to Education Project, ‘Privatisation of Education: Global Trends of Human Rights Impacts’ (2014) <https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/RTE_Privatisation%20of%20Education_Global%20Trends%20of%20Human%20Rights%20Impacts_2014.pdf> Erişim Tarihi 28.6.2024 40.

⁴⁵ Ali Ülkü Azrak, ‘Millileştirme ve Kamu Hizmeti’ (1971) 34(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 44, 60.

lediğimiz görüş uyarınca, söz konusu hizmetin özel hukuk kişileri tarafından sunulsa dahi devletin görevleri arasında sayılması sebebiyle kamu hizmeti niteliğinde olduğu değerlendirilmiştir⁴⁶. Kanaatimizce, özel okullar tarafından yürütülen faaliyet anayasa gereğince kamu hizmeti niteliğindedir⁴⁷.

II. Özel Okullarda Eğitim Hizmeti İlkelerinin Gereklere

Kamu hizmeti ilkeleri ya da kamu hizmetine hâkim ilkeler, ilk kez 1926 tarihinde Rolland tarafından ortaya atılan kamu hizmeti kanunları olarak da adlandırılan ilkeleri ifade eder⁴⁸. Kamu hizmeti karakterleri olarak da ifade edilen bu ilkeler kamu hizmetlerinin tümünde uygulama alanı bulur⁴⁹. Kamu hizmetlerinin doğasında olduğu varsayılan söz konusu ilkeler kamu hizmetlerinin işleyiş normları olarak ifade edilir⁵⁰. Kamu hizmetlerinin sunulmasında uygulanmak zorunda olan kamu hizmeti ilkeleri genel olarak süreklilik, uyarlama, eşitlik ve bedelsizlik (meccanlık)⁵¹ ilkelerinden oluşmaktadır⁵².

Eğitim hizmeti ilkelerinin kapsamını ise eğitim hakkının gereklere oluşturmaktadır. Eğitim hakkının temel hükümleri pek çok uluslararası sözleşmede düzenlenmiştir⁵³. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Sözleşme'nin⁵⁴ 13.

⁴⁶ Karahanoğulları (n 34) 239.

⁴⁷ Hüseyin Melih Çakır, *Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişilerince Yürütülmesi Yöntemleri* (On İki Levha 2015) 93

⁴⁸ Gözler (n 15) 300.

⁴⁹ Duran (n 20) 309.

⁵⁰ Karahanoğulları (n 34) 189.

⁵¹ Günday, bedelsizlik ilkesini kamu hizmetinin genel ilkeleri arasında değerlendirmektedir. Metin Günday, *İdare Hukuku* (10. Baskı, İmaj 2011) 336. Aksi yöndeki görüş ise iktisadi kamu hizmetlerinin karşılığında bir bedel alındığı gerekçesi ile söz konusu ilkeyi genel ilkeler arasında değerlendirmemektedir. Gözübüyük ve Tan (n 15) 575; Gözler (n 15) 345.

⁵² Kamu hizmeti ilkeleri ile ilgili çalışmalar için bkz. Begüm İşbir, 'Kamu Hizmeti İlkeleri Işığında Özel Radyo-Televizyon Yayıncılığının Değerlendirilmesi' (2007) 11(1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi; Ilgın Özkaya Özlüer 'Kamu Hizmetinin Temel İlkeleri Bağlamında Elektrik Hizmeti' (2022) 80(2) Ankara Barosu Dergisi; M. Gözde Atasayan, *Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi* (On İki Levha 2012) 57; Ahmet Bağrıaçık, 'Kamu Hizmetinin Uyarlama İlkesi Üzerine Bir Değerlendirme' (2018) 26(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 155; Sezin Öztoprak, 'Covid-19 Pandemisinde Uzaktan Eğitim: Kamu Hizmeti İlkeleri Çerçevesinde Bazı Değerlendirmeler' (2022) 80(2), Ankara Barosu Dergisi. Kamu hizmeti ilkelerindeki çeşitlenme konusunda ayrıntılı çalışma için bkz. Karahanoğulları, (n 34) 248-257.

⁵³ Örneğin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 26. maddesi, Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Sözleşme, Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin 10. maddesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 28. maddesi, Engelli Bireylerin Haklarına İlişkin Sözleşme'nin 24. maddesi,

maddesinde “*mevcudiyet, erişilebilirlik, kabul edilebilirlik ve uyarlanabilirlik*” başlıklarında eğitim hakkının temel özellikleri belirlenmiştir⁵⁵. Bu özellikler eğitim hizmeti ilkelerinin kapsamını oluşturur⁵⁶.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, geleneksel olarak devlet tarafından yürütülen eğitim hizmetinin özel okullar aracılığı ile yerine getirilmesinde kamu hizmeti yükümlülüklerinin yürütülmesi zorunluluğuna dikkat çekmiştir⁵⁷. Abidjan İlkeleri, özel okulların kamu hizmeti yükümlülüklerini kurumsal ve sistematik olarak iki başlıkta sınıflandırmıştır. Kurumsal yükümlülük, sunulan eğitim hizmetinin uluslararası insan hakları hukuku ile uyumlu faaliyet yürütülmesini, sistematik yükümlülük ise eğitim hakkının gereklerinin yerine getirilmesine engel teşkil edecek özel okul faaliyetlerinin engellenmesine yöneliktir⁵⁸. Söz konusu belgede, eğitim hakkının özel okullar aracılığı ile yerine getirilmesinde devletlerin asgari standartlar belirleme yükümlülüğüne işaret edilmiş ve eğitim hakkına saygı gösterme, koruma ve gerçekleştirme yükümlülüğüne aykırı herhangi bir amaç için kullanılmaması gerektiği belirtilmiştir⁵⁹.

Türk hukukunda 1739 s. Kanun’un 4. maddesi ile 18. maddesi arasında millî eğitimin temel ilkeleri; genellik, eşitlik, ferdin ve toplumun ihtiyaçları, yöneltme, eğitim hakkı, fırsat ve imkân eşitliği, süreklilik, Atatürk inkılap ve ilkeleri ve Atatürk Milliyetçiliği, demokrasi eğitimi, laiklik, bilimsellik, planlılık, karma

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nin 13. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ek 1 nolu Protokol’ün 2. maddesinde eğitim hakkı düzenlenmiştir.

⁵⁴ Sözleşme, 4 Haziran 2003 tarihli ve 4867 sayılı Kanunla uygun bulunmuştur. 11 Ağustos 2003 tarih ve 25196 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanmıştır.

⁵⁵ Mevcudiyet, eğitim kurumları yeterli sayıda ve mevcut olmasını; erişilebilirlik eğitim kurumlarının herkes için ayırım gözetmeksizin erişilebilir olmasını; kabul edilebilirlik eğitim yöntemi ve içeriğinin, kabul edilebilir olmasını; uyarlanabilirlik ise eğitimin, değişen koşullara ve öğrencilerin gerekliliklerine cevap vermesini ifade eder. Ayrıntılı bilgi için bkz. Katarina Tomaševski, ‘Human rights obligations: making education available, accessible, acceptable and adaptable’ (2001) Right to Education Primers <<https://dspace.ceid.org.tr/xmlui/bitstream/handle/1/84/ekutuphane4.1.3.2.pdf?sequence=1>> Erişim Tarihi 29.6.2024.

⁵⁶ Abidjan İlkelerinde, insan onuru, katılım, eşitlik, ayrımcılık yapmama, kapsayıcılık, şeffaflık ve hesap verebilirlik gibi ilkeler de belirtilmiştir. Abidjan Principles (n 2) 12.

⁵⁷ United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, “General Comment No. 24 on State obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the context of business activities”, (2017) <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f24&Lang=en> Erişim Tarihi 04.04.2025.

⁵⁸ Abidjan Principles (n 2) 19.

⁵⁹ Asgari standartlar için bkz. Abidjan Principles (n 2) 20-21.

eğitim, eğitim kampüsleri ve okul ile ailenin iş birliği ve her yerde eğitim ilkesi olarak düzenlenmiştir. Söz konusu ilkeler, kamu hizmeti ilkeleri kapsamında değerlendirilecektir.

Eğitim hizmeti ilkeleri hem resmî okullar hem de özel okullar bakımından uygulanmak zorundadır. Nitekim, 5580 s. Kanun m. 6/1'de, özel okulların 1739 s. Kanun'da belirlenen temel ilkelere uygun olarak eğitim hizmeti yürütmek zorunda olduğu düzenlenmiştir. Bu çalışmada, özel okullardaki eğitim hizmeti gerekleri; sürekli eğitim hizmeti sunma, uyarlama ilkesine katlanma ve eşitlik ilkesine uygun faaliyet yürütme başlıklarında incelenecektir⁶⁰.

A. Sürekli Eğitim Hizmeti Sunma Yükümlülüğü

Kamu hizmeti genel ilkelerinden ilki, kamu hizmetlerinin kesintisiz olarak yürütülmesi anlamına gelen süreklilik (devamlılık) ilkesidir. Süreklilik ve düzenlilik ilkesi olarak da ele alınan bu ilke⁶¹, hizmetin yalnızca kesintisiz olmasını değil aynı zamanda belli bir plan ve program çerçevesinde düzenli olarak sunulmasını ifade eder⁶². Hizmetin hem süre olarak kesintiye uğramaması hem de hizmet için belirlenmiş koşullara uygun olarak sunulması gerekliliğini işaret eden bu ilke ile hizmetin etkin ve verimli sunulması amaçlanır. Söz konusu ilkenin kamu hizmetlerinin yürütülmesinde esas unsur olduğu kabul edilmektedir⁶³.

Anayasa'nın 42. maddesi uyarınca eğitim hizmeti sürekli yürütülmek zorundadır. 1739 s. Kanun'un 9. maddesinde⁶⁴ de millî eğitimin temel nitelikleri arasında süreklilik ilkesi düzenlenmiş ve Kanun'un 17. maddesinde ise her yerde eğitim ilkesi ile de eğitim hizmetinin sürekliliği resmî ve özel öğretim kurumları dışında da kabul edilmiştir⁶⁵.

⁶⁰ Bedelsizlik ilkesi eşitlik ilkesi başlığında incelenecektir.

⁶¹ Onar (n 14) 21; Duran (n 20) 309.

⁶² Atasayan (n 52) 57.

⁶³ "Kamu hizmetlerinin yürütülmesindeki esas unsur hizmetin düzenli ve sürekli olarak sunulması olup..." Anayasa Mahkemesi, K 2018/14878, 26.05.2022.

⁶⁴ 1739 s. Kanun m. 9: "Fertlerin genel ve mesleki eğitimlerinin hayat boyunca devam etmesi esastır. Gençlerin eğitimi yanında, hayata ve iş alanlarına olumlu bir şekilde uymalarına yardımcı olmak üzere, yetişkinlerin sürekli eğitimini sağlamak için gerekli tedbirleri almak da bir eğitim görevidir."

⁶⁵ 1739 s. Kanun m. 17: "Millî eğitimin amaçları yalnız resmi ve özel eğitim kurumlarında değil, aynı zamanda evde, çevrede, işyerlerinde, her yerde ve her fırsatta gerçekleştirilmeye çalışılır."

Süreklilik ilkesi, eğitim hizmeti bakımından kesintisiz ve gereği gibi sunulma zorunluluğunu ifade eder⁶⁶. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Sözleşme m. 13'te yer alan kabul edilebilirlik ilkesi, okullar tarafından sunulan eğitim içeriğinin ve öğretim yöntemlerinin öğrenciler için uygun ve etkin bir kapasiteye sahip olması gerektiğini işaret eder.

Anayasa Mahkemesi eğitim hizmetinin sürekliliği ilkesini “...belli bir düzenlilik içinde sunulması gereken, kişilerin ve toplumun varlığı ve huzuru yönünden vazgeçilemez, ertelenemez ve ikame edilemez hizmetlerdendir⁶⁷.” şeklinde ifade etmiştir. Danıştay da süreklilik ilkesini “...gerek olağan dönemde gerekse salgın hastalık, tabii afet, doğa olayları vb. olağanüstü dönemlerde de devam ettiği⁶⁸.” yönünde hüküm kurarak kesintisizlik unsuruna vurgu yapmıştır.

Özel okullar, 5580 s. Kanun m. 7 uyarınca kurum açma iznini aldıkları tarihten itibaren en fazla iki yıl içinde eğitim hizmetine başlamak ve eğitim hizmetini ders saatleri içinde kesintisiz sürdürmekle yükümlüdür. Ders saatlerinin kesintisiz yürütülme yükümlülüğü ilk olarak grev hakkı çerçevesinde değerlendirilmiştir. Sendikal haklar arasında kabul edilen grev hakkı uluslararası insan hakları belgelerinde düzenlenmiştir⁶⁹. Uluslararası Çalışma Örgütü denetim organları, 98 sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi⁷⁰, 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunmasına İlişkin Sözleşme⁷¹ ve 151 sayılı Kamu Hizmetlerinde Örgütlenme Hakkının Korunması ve İstihdam Koşullarının Belirlenmesi Yöntemlerine İlişkin Sözleşme⁷² hükümleri çerçevesinde bazı hiz-

⁶⁶ Eğitim hizmetinin gereği gibi yürütülmesi; okul ortamı, eğitim içeriği, eğitim yöntemleri, finansman, olağanüstü durumlarda kriz yönetimine ilişkin planlama ve öğretmenlerin statüsü gibi kriterler çerçevesinde değerlendirilmektedir. Maria Ron Balsera, ‘Private actors and the right to education’ (2016) 46(6) Compare 976, 979.

⁶⁷ Anayasa Mahkemesi, E 2008/54 K 2011/45, 10.03.2011.

⁶⁸ Danıştay 8 D, 2022/6747, 22.11.2022.

⁶⁹ Grev hakkı, Anayasa’nın 54. maddesinde düzenlenen bir temel haktır. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 58. maddesinde “İşçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla, aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmaları” şeklinde tanımlanmıştır.

⁷⁰ 98 sayılı Sözleşme 8 Ağustos 1951 tarih 5834 sayılı kanun ile uygun bulunmuştur. 14 Ağustos 1951 tarih ve 7884 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

⁷¹ 87 sayılı Sözleşme 25 Kasım 1992 tarih 3847 sayılı kanun ile uygun bulunmuştur. 25 Şubat 1993 tarih ve 21507 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

⁷² 151 sayılı Sözleşme 25 Kasım 1992 tarihi ve 3848 sayılı kanun ile uygun bulunmuştur. 25 Şubat 1993 tarih ve 21507 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

met alanlarında grev hakkının ancak asgari hizmetin yürütülmesi koşuluyla sağlanabileceği görüşündedir. Asgari hizmet kapsamı ülkeden ülkeye farklılık gösterir⁷³. Doktrinde, eğitim hizmetinin asgari hizmet niteliğinde değerlendirilmemesi gerektiği kabul edilmektedir⁷⁴. Türk hukukunda, özel okullarda görev yapan yönetici ve öğretmenlerin grev haklarına ilişkin 5580 s. Kanun'da bir düzenleme bulunmamaktadır⁷⁵. 6356 s. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun⁷⁶ 63. maddesinde grev yasakları arasında eğitim kurumları sayılmamıştır. Ancak 5580 s. Kanun m. 10'da özel okullarda görev yapan personelin sorumluluk ve ceza açısından 657 s. Devlet Memurları Kanunu'na⁷⁷ tabi olduğu düzenlenmiştir. 657 s. Kanun m. 11'de memurların mevzuatta belirtilen esaslara uygun davranma ve amirler tarafından verilen görevleri yerine getirmekle yükümlü oldukları ve görevlerinin iyi ve doğru yürütülmesinden sorumlu oldukları düzenlenmiştir. Söz konusu Kanun'un 27. maddesinde ise grev yasağı düzenlenmiş ve 125. maddenin E fıkrası uyarınca grev gibi faaliyetlere katılma fiilinin cezası devlet memurluğundan çıkarma olarak belirtilmiştir. 5580 s. Kanun m. 9/6'da memuriyetten çıkarma cezasını gerektiren bir fiilin işlenmesi halinde, çalışma iznini veren makam tarafından Millî Eğitim Bakanlığının görüşü alınarak personelin görevine son verileceği düzenlenmiştir⁷⁸. Söz konusu hukuki düzenlemeler uyarınca, Türk hukuku bakımından özel okullardaki öğretmen ve yöneticiler ile memur statüsündeki öğretmen ve yöneticiler bakımından grev

⁷³ Örneğin Fransa, Macaristan, İtalya ve İspanya'da eğitim hizmetleri için asgari hizmet düzeyleri belirlenmişken, Avusturya'da asgari hizmet düzeyine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Kimi ülkelerde, kamu otoritelerinin asgari hizmet düzeyine ilişkin belirleme yapma ve talimat verme yetkisi mevcuttur. Patrick Briône ve Khadijah Zaidi, 'Strikes and minimum service laws in Europe' (2023) House of Commons Library <<https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-9751/CBP-9751.pdf>> Erişim Tarihi 20.06.2024.

⁷⁴ Tomaševski (n 55) 24.

⁷⁵ Mülga 625 s. Özel Eğitim Kurumları Kanunu'nun (Mülga 625 s. Kanun) 32. maddesinde, "*Özel öğretim kurumlarında grev yapılamaz, bu kurumlarda çalışan öğretmenler, sendika kuramazlar ve sendikalara üye olamazlar.*" hükmü yer almaktaydı.

⁷⁶ 6356 s. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Kanun Numarası: 6356, Kabul Tarihi: 18.10.2012, RG 7.11.2012/28460.

⁷⁷ 657 s. Devlet Memurları Kanunu Kanun Numarası: 657, Kabul Tarihi: 14.7.1965, RG 23.7.1965/12056 (657 s. Kanun).

⁷⁸ Bununla birlikte Mülga 625 s. Kanun'da açıkça düzenlenen grev yasağının, 5580 s. Kanun'da kaldırılması hususunu, söz konusu yasağın ilgili personel bakımından uygulanmayacağı şeklinde değerlendiren görüş de bulunmaktadır. Ayrıca Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Kanun Numarası: 6356, Kabul Tarihi: 18.10.2012, RG 7.10.2012/28460 eğitim-öğretim kurumlarına ilişkin grev yasağı hükmünü kaldırmıştır. Pelin Taşkın, '5580 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu ve Getirdiği Yenilikler' (2010/4) Ankara Barosu Dergisi 159, 169.

yasağı ile ilgili bir fark bulunmadığı kanaatine varılmıştır⁷⁹. Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), kamu görevlilerinin grev hakkını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki (AİHS) sendikal haklar çerçevesinde değerlendirmekte ve müdahalenin ölçülü olması, demokratik bir toplumda gerekli olması, zorlayıcı bir sosyal gereksinimi karşılaması ve meşru bir amaca dayanması kriterleri çerçevesinde incelemektedir⁸⁰. Anayasa Mahkemesinin de kamu görevlilerinin sendikal haklarının bütünüyle değil; ancak demokratik toplumda zorunlu olan durumlarda güvenlik hizmetini yürüten ordu, emniyet veya başka bazı sektörlerdeki sendikal faaliyetlere sınırlamalar getirilmesinin mümkün olabileceğine hükmettiği kararları bulunmaktadır⁸¹. Benzer yöndeki Danıştay yaklaşımında da devlet memuru statüsündeki öğretmenlerin sendikal faaliyet kapsamında nitelendirilen iş bırakma eylemleri disiplin suçu olarak nitelendirilmemiştir⁸². Doktrinde, öğretmen ve yöneticilere ilişkin grev yasağının, eğitim hizmetinin ne ölçüde aksamasına neden olacağı konusundaki değerlendirmeler ışığında yapılması önerilmektedir⁸³. Zira grev hakkının, eğitim personelinin ça-

⁷⁹ Fransa'da ise hem devlet hem de özel okullarda görev yapan eğitim personeline grev hakkı tanınmıştır. Ancak özel hukuk kişisi tarafından işletilen okul öncesi ve ilkökul öğretmenlerinin grev yapması durumunda, ilgili öğrencilerin karşılama (resepsiyon) hizmeti (d'un service d'accueil) çerçevesinde okulda bulunmalarına ve eğitim ile ilgili bazı hizmetleri almalarına imkân tanınmıştır. Service-public.fr, <<https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F19364?lang=en>> Erişim Tarihi 20.10.2024.

⁸⁰ "...Eğitim-Sen sendikasının çalışma koşullarının iyileştirilmesine dikkat çekmek amacıyla düzenlediği bir günlük greve katıldıkları için sonradan para cezasına çevrilen mahkûmiyet cezasına çarptırıldıklarını ve geçici olarak kamu hizmetinden uzaklaştırıldıkları...bu tür bir greve katılmak isteyen sendika üyelerini ve diğer kişileri caydırmak amacı...yaptırımların «demokratik bir toplum için gerekli» olmadığı sonucuna varmaktadır." Urcan and Others v Turkey, App no 23018/04 (ECHR 17 June 2008). Benzer yönde kararlar için bkz. Karacay v. Turkey, App no 6615/03 (ECHR 27 March 2007); Kaya ve Seyhan v. Turkey, App no 30946/04 (ECHR 15 September 2009).

⁸¹ Anayasa Mahkemesi, 2013/8463, 18.09.2014; Anayasa Mahkemesi, 2014/7668, 10.06.2015.

⁸² "...sendikal faaliyet kapsamında bir gün göreve gelmemek fiilinin mazeret olarak kabulü gerektiğinden, disiplin supu teşkil etmeyen eylem nedeniyle davacıya 657 sayılı Kanunun 125/C-b maddesi uyarınca aylıktan kesme cezası verilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamıştır." DİDDK, 2013/1998, 22.5.2013; Danıştay 12 D, 2021/1787, 31.3.2021. Sendikal hak kapsamında değerlendirilmeyen aksi yöndeki Danıştay kararları için bkz. Danıştay 12 D, 2020/1029, 10.2.2020; Danıştay 12 D, 2017/5061, 25.10.2017.

⁸³ Cristian Pérez-Muñoz, 'Essential services, public education workers, and the right to strike' 76(2) Political Research Quarterly <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/10659129221103483> Erişim Tarihi 19.6.2024 565, 575. Ahmet Canpolat, 'Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Sendikal Faaliyet Kapsamında İş Bırakması', (2019) 40 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 113,137.

İşma koşulları ve özlük haklarının yanı sıra eğitim hizmetinin etkin ve verimli sunulmasına da doğrudan etki edebileceği ileri sürülmektedir⁸⁴.

Özel okullar, eğitim-öğretim döneminde eğitim hizmetinin aksatılmadan yürütülmesini sağlamak amacıyla faaliyete başladıktan sonra kural olarak faaliyeti durduramazlar. 5580 s. Kanun m. 7’de eğitim hizmetine ara verme izni amacı dışında ara veren ya da eğitim hizmetine başladıktan sonra mevzuattaki süreden daha uzun süre ara veren okullar hakkında yaptırım uygulanacağı düzenlenmiştir. Ancak azınlık okullarının, Bakanlık izni ile söz konusu süreleri uymaksızın ara verebilmesine izin verilmiştir.

Özel okul kurucu ya da kurucu temsilcileri eğitim-öğretim dönemi içinde kural olarak okulu kapatma kararı alamaz. 5580 s. Kanun m. 7/3 uyarınca, eğitim hizmetinin sürekliliği ilkesinin bir sonucu olarak, en az üç ay önce yazılı bildirim ve Bakanlığın uygun bulması durumunda, ancak öğretim yılı sonunda okulun kapatılması yönünde karar alabilir.

Özel okullarda görev yapan eğitim personelinin en az bir yıllık sözleşme⁸⁵ akdetme zorunluluğu da eğitim-öğretim döneminde hizmetin aksamaması amacını taşımaktadır⁸⁶. Söz konusu aksaklığının yaşanmaması amacıyla Millî Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği’nin⁸⁷ (Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği) 44 maddesinin 2. fıkrası uyarınca, ders yılı içinde görevden ayrılan öğretmen yerine on gün içinde özel okul tarafından yeni öğretmen teklifi yapılacağı ve ilgili merci tarafından on gün içinde çalışma izni düzenleneceği belirtilmiştir. Ayrıca ders yılı

⁸⁴ Konuya ilişkin bir Danıştay kararı karşı oyunda da “*Davacının sendikal faaliyet kapsamında iş bırakabileceği, ancak çalıştığı kurumun eğitim-öğretim faaliyeti gerçekleştiren bir kurum olması, davacının da öğretmen olması nedeniyle, sendikal faaliyet kapsamında herhangi bir zamanda iş bırakma eylemi söz konusu olduğunda, bu hususun çalıştığı kamu kurumuna bildirilmesi gerektiği, aksi halde idarenin personel koordinasyonunu sağlayamaması nedeniyle anayasal güvence altındaki eğitim hakkının ihlali ortaya çıkarılabilecektir.*” şeklinde görüş belirtilmiştir. Danıştay 12 D, 2019/591, 4.2.2019.

⁸⁵ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu tarafından belirli süreli iş sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, K. 2018/2, 23.02.2018. Kararın eleştirisi için bkz. Kadir Arıcı, ‘Özel Okul Öğretmenlerinin İş Güvencesi İhtiyacı’, (2022) XXVI(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3, 22-30.

⁸⁶ Sarper Süzek, *İş Hukuku* (21. Baskı, Beta 2021) 758-761; Tankut Centel ‘Özel Okul Öğretmenleriyle Sözleşme Yapılması’ (2007) 6 Sicil İş Hukuku Dergisi 22, 23; Haluk Hadi Sümer, ‘Özel Öğretim Kurumu Öğretmenlerinin İş Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği’ (2016) 15(1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı (Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan) 407, 436.

⁸⁷ Millî Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği, RG 20.3.2012/28239.

içinde müdürlüğün boşalması ihtimalinde de yeni müdür teklifi yapılınca kadar valilikçe en fazla dört ay görev yapmak üzere kurum içinden vekâleten görevlendirme yapılacağı düzenlenmiştir. Söz konusu vekâleten görevlendirme hizmetin sürekliliği ilkesinin hukuki sonuçları arasında yer alır⁸⁸.

Özel okullarda yürütülen eğitim faaliyetinin düzenli yürütülmesini sağlayacak bir başka durum ise görevi başında kalması sakınca bulunan öğretmenin görevden uzaklaştırılmasına ilişkin tedbir kararıdır⁸⁹. 5580 s. Kanun m. 10/3 gereğince, görevden uzaklaştırılan eğitim personeli yerine valiliğin geçici görevlendirme yapma yükümlülüğü bulunmaktadır.

Eğitim-öğretim dönemi içerisinde özel okullara ait ve eğitim hizmetinin yürütülmesinde kullanılan taşınır ve taşınmazlara ilişkin haciz yasağı da eğitim hizmetinin sürekli yürütülme zorunluluğuna ilişkindir. 2004 s. İcra ve İflas Kanunu⁹⁰ m. 362/a'da, özel okulların hem taşınır ve hem de taşınmaz mallarının ancak eğitim-öğretim yılı sonunda haczedilebileceğine ilişkin bir düzenleme mevcuttu. İlgili hükmün Anayasa'ya aykırılığı gerekçesiyle açılan iptal davasında Mahkeme, haciz yasağına ilişkin düzenlemenin borçlunun tasarruf yetkisini bir sınır getirmediği ve haczedilemeyecek mallar kapsamında eğitim hizmetlerine özgülenip özgülenmeyenleri ayırt etmeye yönelik de bir sınırın bulunmadığı gerekçeleriyle hükmün iptaline karar vermiştir⁹¹. İptal kararı sonrasında özel okulların eğitim hizmetine özgülenen taşınır ve taşınmazlarının eğitim dönemi içerisinde haczedilmeyeceğine ilişkin yeni bir düzenleme yürürlüğe konulmuştur. Özel okula ait mallar kamu malı niteliği taşımamakla birlikte⁹², eğitim-

⁸⁸ “Vekalet, kavram olarak birinin yerine bakmak, onun adına görev üstlenme biçiminde tanımlanır. Personel yönetimi açısından ise, kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi bağlamında, söz konusu hizmetlerin aksamamasının önüne geçilmesi için sürekli veya geçici olarak boşalan kadrolara başka kişilerin görevlendirilmesi şeklinde tanımlanabilir.” Danıştay 8 D, 2023/317, 2.2.2023

⁸⁹ “...görevi başında kalmasının sakıncalı olduğu kanaatine varılan hallerde, kamu hizmetinin düzenli, sağlıklı bir şekilde yürütülmesini ve hizmetten yararlananların güven duygusunun sarsılmasının önüne geçilmesini amaçlayan geçici bir tedbir...” Danıştay 2 D, 2016/3736, 4.10.2016.

⁹⁰ İcra ve İflas Kanunu, Kanun Numarası: 2004, Kabul Tarihi: 9.6.1932, RG 19.6.1932/2128.

⁹¹ Anayasa Mahkemesi, E. 2019/59 K 2020/61, 22.10.2020.

⁹² Kamu malı statüsünün sağladığı güvenceler arasında haczedilmezlik unsuru gelmektedir. Söz konusu yasak, kamu hizmetine tahsis edilen malların hizmetin sürekliliği ilkesi gereğince korumaya altında olmasını teminat altına alır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın Gülan, *Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim*, (Alfa 1999) 121-150; Pınar Yağcı, ‘Mülkiyet Hakkı Kapsamında Kamu Mallarının Haczedilmezliği Üzerine Bir Değerlendirme’ (2020) 11(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

öğretim dönemi içerisinde haciz işlemi uygulanması durumunda eğitim hizmetinin aksama ihtimali söz konusu olabilir⁹³. Bu nedenle, hizmetin yürütülmesine özgülenen malların eğitim-öğretim dönemi içerisinde haczedilmemesi konusunda bir hüküm getirilmesi yerinde olacaktır⁹⁴.

B. Uyarlama İlkesine Katlanma Yükümlülüğü

Kamu hizmeti ilkeleri arasında uyarlama (değişkenlik) ilkesi de bulunmaktadır. Uyarlama (değişkenlik), kamu hizmetlerinin toplumsal ihtiyaçlara cevap verir nitelikte düzenlenmesini ifade eder⁹⁵. Söz konusu ilkenin yerine getirilmesinde idarenin hem hizmetin yürütülmesine ilişkin hukuki düzenleme yapma hem de kamu personelinin çalışma düzeninde tek yanlı değişiklik yapma yetkisi bulunur⁹⁶. Kamu hizmetinin değişen ve gelişen koşullara uygun bir şekilde değiştirilmesini ifade eden bu ilke, kimi çalışmalarda süreklilik ilkesiyle birlikte değerlendirilmiştir⁹⁷.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Sözleşme m. 13'te yer alan uyarlanabilirlik, eğitimin toplumun değişen ihtiyaçlarına uyum sağlaması ve öğrencilerin sosyal ve kültürel farklılıklarına yanıt verebilmesi anlamına gelir.

Anayasa m. 42 uyarınca öğrenim hakkının kapsamını belirleme yetkisi yasa organına aittir⁹⁸. Millî Eğitim Bakanlığı idarenin kanuniliği ilkesine uygun

⁹³ “5580 sayılı Kanun kapsamında faaliyet gösteren okullarda içinde bulunulan eğitim ve öğretim yılı sonuna kadar haciz yasağı öngören kural öğrencilerin süreçten olumsuz etkilenmelerinin ve mağdur olmalarının önlenmesini, Anayasa’nın 42. maddesinde de güvence altına alınmış olan eğitim ve öğretim hakkı kapsamında okullardaki eğitim ve öğretim sürecinin devamlılığının ve aksamadan sürdürülmesinin sağlanmasını amaçlamaktadır.” Anayasa Mahkemesi, E. 2019/59 K 2020/61, 22.10.2020.

⁹⁴ Hüküm iptal edilmesinden önceki tarihli çalışmalarda, hükmün getiriliş amacının eğitim hizmetinin sürekliliği olduğu vurgulanmıştır. Ramazan Korkmaz, ‘İcra ve İflas Kanunu m. 362/a Hükmü ve Süreli Haczedilmezlik’, (2020) 151 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 175, 192; Anıl Köroğlu ve Mikail Bora Kaplan, ‘Özel Okullar ile Özel Öğrenci Yurt ve Benzeri Kurumların Taşınır ve Taşınmaz Mallarının Haczi: İİK m. 362/a Hükmünün Değerlendirilmesi’ (2020) 28(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1061, 1065.

⁹⁵ Özyay, *Günüşiğinde* (n 19), 235-236; Ulusoy, *Kamu Hizmeti* (n 31) 103. Uyarlama ilkesinin ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. Bağrıaçık (n 52), 155.

⁹⁶ Duran (n 20) 310.

⁹⁷ Onar (n 14) 59; Özyay, *Günüşiğinde* (n 19) 235-236.

⁹⁸ “Demokratik ülkelerde, eğitim politikalarını belirleme ve bu politikaların hayata geçirilmesine yönelik kurumsal tercihlerde bulunma konusunda kanun koyucunun geniş takdir yetkisi vardır.” Anayasa Mahkemesi, E. 2014/88, K. 2015/68, 13.07.2015.

olarak düzenleme yapabilir. Eğitim hizmetinin yürütülmesine ilişkin koşullarda yapılan düzenlemeler iptal edilinceye ya da kaldırılıncaya kadar hukuka uygun varsayıldıklarından özel okullar tarafından uygulanmak zorundadır⁹⁹. Özel öğretim kurumu yönetici ve öğretmenleri ile hizmetten yararlanan konumundaki öğrencilerin, hizmetin uyarlanması ilkesi çerçevesindeki değişikliklere katlanma yükümlülüğü vardır. Hizmetten yararlananların hizmetin değişen koşullara uyarlanmasını talep hakları da saklıdır¹⁰⁰.

Millî eğitim ilkeleri arasında düzenlenen ve 1739 s. Kanun m. 5'te yer alan eğitim hizmetinin ferdin ve toplumun ihtiyaçlarına göre düzenlenmesini ifade eden ilke de uyarlama ilkesi ile bağlantılıdır. Anayasa Mahkemesi bir kararında *"İdarelerin; düzenleme yetkisine sahip olduğu alanlarda, uygulamaları çağın gereklerine ve toplumun ihtiyaçlarına uygun olarak değiştirip, yeniden düzenlemesi, kamu hizmetine egemen olan ilkelere biri olan uyarlama (değişkenlik) ilkesi uyarınca hem bir görev hem de bir yetki niteliği taşımaktadır"*¹⁰¹. yönündeki görüşüyle uyarlama ilkesinin çağın gerekleri ve toplumun ihtiyaçları doğrultusunda uygulama alanı bulacağını belirtmiştir. Eğitim hizmetinin yürütülmesindeki gerekliliklerin de birey ve toplum ihtiyaçları doğrultusunda idarece karşılanması gerekir¹⁰².

Eğitim hizmetindeki yöneltme (yönlendirme) ilkesi de uyarlama ilkesi ile ilişkilidir. 1739 s. Kanun m. 6'da bireylerin ilgi ve kabiliyetleri doğrultusunda okullara yöneltilerek yetiştirilecekleri düzenlenmiştir. Danıştay, yöneltme ilkesini eğitimin amaçları ve ilkelerine uygun olarak kademeli geçişi öngören hem bireysel hem de toplumsal kazanımları olan bir ilke olarak değerlendirmiştir.¹⁰³

⁹⁹ "...resmi okullarda güvenli okul ortamının sağlanması için getirilen kamera sisteminin, dava konusu düzenleme ile özel okullarda da uygulanmasına olanak sağlandığı ve dava konusu düzenlemenin amacının öğrencileri harici ve dahili tehlikelerden korumak olduğu dikkate alındığında, okullarda bahçe girişi ve bina kapılarında güvenlik kamera sistemi kurulmasını zorunlu tutan düzenlemede kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırılık görülmemiştir." Danıştay 8 D, 2021/2163, 7.4.2021.

¹⁰⁰ Gözübüyük ve Tan (n 15) 572; Karahanoğulları (n 34) 227; Öztoprak (n 52) 219-220.

¹⁰¹ Danıştay 8 D, 2024/330, 1.2.2024.

¹⁰² Öztoprak (n 52) 220.

¹⁰³ "Millî eğitim sistemimiz, örgün eğitimde, yönlendirme esasına dayalı kademeli geçişi öngören bir modelle örgütlenmiş olup, bu örgütlenme şekli eğitimin amacı ve temel ilkelerinin doğal bir sonucudur. Bu düzenlemeler ve örgütlenme şekli ile eğitim ve öğretim hakkının doğru ve etkin kullanımı hedeflenmiş, öncelikler belirlenmiştir. Eğitim ve öğretim hakkının herkese fırsat ve imkân eşitliği dahilinde sunulabilmesi için ilgi, yetenek ve eğilimleri farklı olan bireylerin bu özelliklerine en uygun eğitim kurumlarına yönlendirilmesi amaçlanmıştır. Bireyler için

Söz konusu ilke, her öğrencinin bilgi gelişim seviyesi ile duygusal-motivasyonel gelişim seviyesinin izlenmesine imkân tanıyan bir ilkedir. Eğitim hizmetlerinin etkin ve verimli sunulması kaydıyla hazırlanan eğitim programlarının, yöneltme ilkesinin bir gereği olarak öğrenci ilgi ve yetenekleri ile ilgili olması ve belirlenen ders saatlerinin de söz konusu yükümlülüğü karşılaması gerekmektedir. Danıştay konuya ilişkin bir kararında, ortaöğretim kurumlarına geçişte yarışma esasının kabul edilmesinin öğrenci profili yönünden ortaöğretim kurumlarında standardın oluşturulması ve öğrencinin kendi seviyesine uygun olarak yeteneğini geliştirmesi suretiyle gerekli bilgi, beceri ve davranışları edinmesi zorunluluğuna dayandığını belirtmiştir¹⁰⁴.

Uyarlama ilkesi çerçevesinde ele alacağımız bir başka ilke eğitimde planlılık ilkesidir. Milli eğitimin temel ilkeleri arasında 1739 s. Kanun m. 14'te düzenlenen bu ilke idarenin plan yapma yükümlülüğünü ifade eder. Eğitim hizmetinin kalkınma hedeflerine uygun olarak, sanayileşme ve tarımda olması gereken teknolojik gelişmeyi sağlayacak biçimde, insan gücü ve istihdam ilişkileri göz önünde bulundurularak planlanması gerekmektedir.

Uyarlama ilkesi ile yakından ilgili olan bir başka ilke eğitimde bilimsellik ilkesidir¹⁰⁵. 1 s. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 319'a göre, Millî Eğitim Bakanlığının bilimsellik ilkesini uygulayacak danışma ve inceleme organı Talim ve Terbiye Kurulu Başkanlığı olarak belirlenmiştir. İlgili Başkanlık; eğitim ve öğretim plan ve programları ile ders materyallerini hazırlatmak, hazırlanmış olanları incelemek ve eğitim ve öğretimle ilgili konularda Bakanlığın diğer birimleri ile iş birliği yapma hususlarında görevlendirilmiştir.

Özel okullarda uygulanacak öğretim programı ve haftalık ders çizelgeleri, 5580 s. Kanun m. 6/2 uyarınca devlet okullarında uygulanan usûl ve esaslar çerçevesinde belirlenir. Resmî okulların öğretim programlarından program ve

güdülen bu amacın gerçekleştirilmesi ekonomik, kültürel ve sosyal beklenti ve ihtiyaçlardan bağımsız düşünülmüştür. Bunun nedeni bireylerin kendi özelliklerine en uygun eğitim-öğretim kurumuna yönlendirilmesinin bireysel olduğu kadar toplumsal kazanım ve sonuçlarının bulunmasıdır.” Danıştay 8 D, 2009/6890, 20.11.2009.

¹⁰⁴ Danıştay 8 D, 2019/4915, 22.05.2019.

¹⁰⁵ 1739 s. Kanun m. 13: “Her derece ve türdeki ders programları ve eğitim metotlarıyla ders araç ve gereçleri, bilimsel ve teknolojik esaslara ve yeniliklere, çevre ve ülke ihtiyaçlarına göre sürekli olarak geliştirilir. Eğitimde verimliliğin artırılması ve sürekli olarak gelişme ve yenileşmenin sağlanması bilimsel araştırma ve değerlendirmelere dayalı olarak yapılır. Bilgi ve teknoloji üretmek ve kültürümüzü geliştirmekle görevli eğitim kurumları gereğince donatılıp güçlendirilir; bu yöndeki çalışmalar maddi ve manevi bakımından teşvik edilir ve desteklenir.”

haftalık ders çizelgesi uygulanabilmesi için Bakanlık onayının alınması zorunludur. Öğretim programlarında, ferdi ve toplumun ihtiyaçlarına uygun düzenleme yapma, planlılık ve bilimsellik ilkelerine uygun yetki kullanımı şarttır¹⁰⁶.

İdarenin özel okulların yürüttüğü eğitim hizmetinde takdir yetkisi çerçevesinde düzenleme yapma görev ve yetkisi bulunmakla birlikte, söz konusu kamusal yetkinin kullanımında eşitlik, temel hak ve özgürlüklerin korunması, kazanılmış haklara saygı ve haklı beklenti gibi ilkelere uygun davranması gerekir¹⁰⁷.

C. Eşitlik İlkesine Uygun Eğitim Hizmeti Sunma Yükümlülüğü

Eşitlik ilkesi kamu hizmetinden yararlananların, personelin ve hizmet ya da mal sağlayanların eşit muameleye tabi olmasını ifade eder¹⁰⁸. Anayasa'nın 10. maddesine göre hukuksal durumları aynı olanlar kanun önünde eşit konumdadır. Kamu hizmetlerinde eşitlik ilkesi, kamu hizmetlerine katılma ve yararlanmada uygulama gözetilmesi zorunlu bir ilkedir.

1960 tarihli Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Sözleşme m.1'de ırk, cinsiyet, dil, din gibi eğitimde eşitlik ilkesine aykırı sonuç doğuran tüm faaliyetler ayrımcılık kapsamında değerlendirilmiştir. Sözleşme'ye taraf ülkelerin eğitimde ayrımcılık olarak nitelendirilen tüm faaliyetleri ortadan kaldırma yükümlülüğü bulunmaktadır. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Sözleşme m. 13'te yer alan erişilebilirlik ilkesi, eğitimin herkes için herhangi bir ayrımcılığa maruz kalmaksızın fiziksel ve ekonomik olarak erişilebilir olmasını ifade eder. Anayasa m. 42 ve 1739 s. Kanun m. 4'te de hiçbir ayrımcılığın eğitim hizmetlerinde söz konusu olmayacağı düzenlenmiştir. Ayrıca 1739 s. Kanun m. 8'de millî eğitimin eğitim hizmetlerinin fırsat eşitliği kapsamında yürütüleceği; 15. maddesinde ise karma eğitim ilkesi düzenlenmiştir.

Eğitim hizmetinden yararlanmak isteyen herkesin eğitim fırsat ve imkânlarından eşit derecede yararlanabilmesini teminat altına alma görev ve yetkisi

¹⁰⁶ "Millî Eğitim Bakanlığının, davaya konu haftalık ders çizelgesinin hazırlanmasında, Türk Millî Eğitiminin temel ilkelerini, Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliğinde kuralla bağlanan ortaöğretim kurumlarının amaçlarını bilimsel ve teknik esasları dikkate alması gerekmektedir." Danıştay 8 D, 2021/1556, 16.03.2021.

¹⁰⁷ "Temel politikaları ve bunları gerçekleştirme araçlarını belirleme yetkisi kanun koyucuya ait olmakla birlikte, kanun koyucunun bu konudaki yetkisi anayasayla sınırlı olup yapılacak düzenlemelerin, anayasal ilkeler ile temel hak ve hürriyetleri ihlal etmemesi gerekir." Anayasa Mahkemesi, E. 2014/88, K. 2015/68, 13.07.2015.

¹⁰⁸ Eşitlik ilkesinin ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. Züleyha Keskin, *Kamu Hizmetlerinde Eşitlik İlkesi*, (On İki Levha 2015); Turan Yıldırım ve Muhammed Göçgün, 'İdarenin Düzenleyici İşlemlerinde Eşitlik İlkesi' (2016) 3(2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

Millî Eğitim Bakanlığına aittir¹⁰⁹. Özel okullar da Anayasal ve yasal düzenlemeler gereğince eşitlik ilkesine uygun eğitim hizmeti vermekle yükümlüdür. Kamu hizmetinin genelliğine hizmet eden bu ilke¹¹⁰, eğitim hizmeti bakımından hizmetten yararlanabilme koşulları, hizmetin işleyişi ve bedel bakımından uygulama alanı bulur¹¹¹. Bununla birlikte hizmetten yararlanmada ve hizmetin işletilmesinde farklı durumda olanlara farklı uygulamaların yapılması eşitlik ilkesine aykırı değerlendirilmez. Örneğin 5580 s. Kanun m. 5/c-1’de azınlık okullarında yalnızca Rum, Ermeni ve Musevî azınlıklarına mensup Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının çocuklarının okuyabileceği düzenlendiğinden, söz konusu azınlıklara dahil olmayan vatandaşların çocuklarının eğitim hizmetinin yararlandırılmaması eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez. Farklı durumda olanlara farklı hukuk kurallarının uygulanabileceğine ilişkin bir başka örnek ücretsiz öğrenci statüsüne ilişkindir. Özel okullar öğrenci sayılarının en az yüzde üçü oranında ücretsiz öğrenci okutmak zorundadır¹¹². Anayasa’nın 2. maddesinde düzenlenen sosyal devlet ilkesi gereğince maddi imkanları sebebiyle dezavantajlı durumda olan bireylerin eğitim hakkından yararlandırılması için desteklenmesi gerekir¹¹³.

¹⁰⁹ “Eğitime erişimi kolaylaştırmak, her vatandaşın eğitim fırsat ve imkânlarından eşit derecede yararlanabilmesini teminat altına alan politika ve stratejilerin geliştirilmesi amacıyla çalışmalar yapmak, belirlenen politikaları uygulamak, uygulanmasını izlemek ve koordine etmek, eğitim ve öğretim hizmetinin Devlet adına yürütülmesinden, gözetim ve denetiminden birinci derece sorumlu olan Milli Eğitim Bakanlığı’nın görevleri arasında yer almaktadır.” Danıştay 8 D, 2022/6094, 1.11.2022.

¹¹⁰ Gürsel Özkan, ‘Danıştay Kararları Işığında Kamu Hizmetine Egemen Olan İlkeler’ (2024) İdare Hukukunda Kamu Hizmetinin Evrimi ve Sorunları Sempozyumu <<https://hukuk.baskent.edu.tr/kw/upload/246/dosyalar/HUKUK%20FAK%C3%9CLTES%C4%B0%20E%20K%C4%B0TAP%20SON.pdf>> Erişim Tarihi 04.04.2024.

¹¹¹ Onur Çağdaş Artantaş, *Kamu Hizmeti ve Bedel* (Çakmak 2018) 51

¹¹² 5580 s. Kanun m. 13/3: “Kurumlar, öğrenim gören öğrenci sayısının yüzde üçünden az olmamak üzere ücretsiz öğrenci okutmakla yükümlüdür. Bakanlıkça bu oran yüzde ona kadar artırılabilir.”

¹¹³ “Eğitim hizmeti, en önemli kamu hizmetlerinden biri olmakla birlikte, organizasyonu karmaşık ve yürütülmesi pahalı bir faaliyet olması nedeniyle devletin, bireylerin bu alandaki ihtiyaçlarını karşılama kapasitesi mali kaynaklarla sınırlı olup, bu durum idarenin bu alandaki düzenleme yetkisine ilişkin takdir aralığını genişletmekle birlikte, öğrencilere çeşitli fırsat ve imkanların tanınmasına yönelik tasarruflarının, eğitim hakkı kapsamında kabul edileceği...” Danıştay 8 D, 2021/605, 3.2.2021; Danıştay savcısının konuya ilişkin eleştirel görüşü “Devlet okullarında temel olan ücretsiz eğitim hizmetinin özel okullara yönelik yaygınlaştırılması, özel okulların var oluş nedenlerini geçersiz kılabilir. Özel okulların kurulmasının amaçlarından biri, eğitim hizmetinden yararlananların öğretim giderlerini üstlenip, Devlet harcamalarını azaltmak olduğunda kuşku yoktur.” yönündedir. Danıştay 8 D, 2004/2590, 02.06.2004.

Anayasa m. 42/5, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m. 26, Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 28, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Sözleşme m. 13 uyarınca ilköğretim devlet okullarında parasızdır. Ancak özel okulların hizmetten yararlananlardan fırsat ve imkân eşitliği ilkesine uygun olarak bir bedel alma hakkı bulunur. Özel okulların aldığı bedelin kamu hizmetlerinin bedelsizliği ilkesi çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir. Bedelsizlik ilkesi, kamu hizmetlerinden bir karşılık alınmaması, karşılık alınması durumunda dahi bunun ticari esaslara göre belirlenemeyeceğini ifade eder¹¹⁴. Devletin eğitim hizmetleri karşılığında alınacak bedeli sosyal devlet ilkesi gereğince gözetim altında tutması esastır. Özel okullarda öğrencilerden alınan bedelin hukuki niteliği, eğitim hizmetinin idari kamu hizmeti niteliği taşıması sebebiyle vergi benzeri mali yükümlülüktür¹¹⁵. Anayasa'nın 73. maddesinin 3. fıkrası gereğince vergi benzeri mali yükümlülüklerin kanunla düzenlenmesi gerekir. Bu nedenle özel okul öğrenim ücreti tespit esaslarının da kanunda düzenlenmesi zorunludur¹¹⁶. Nitekim 5580 s. Kanun m. 12 ve 13'te öğrenim ücretlerine ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Özel okullar, öğrencilerden alacakları öğrenim ücretlerini 5580 s. Kanun m. 12/1 uyarınca yalnızca kazanç sağlamak için düzenleyemezler. Zira kâr amaçlı eğitim, eğitim hizmetinin kamu hizmeti niteliği ile bağdaşmamaktadır¹¹⁷. Eğitimin ticarileşmesi yaklaşımı, eğitimi bir hak olarak değil, ticari bir unsur olarak değerlendirildiğinden toplumsal adalet ve eşitlik ilkelerine zarar vermekte ve uluslararası insan hakları hukukuna aykırı bir nitelik taşımaktadır¹¹⁸. Özel okulların gelir sağlama amaçları ancak eğitimin kalitesinin yükseltilmesi ile gelişime imkân verecek yatırımlar ve hizmetlerin yapılması koşulu ile mümkündür¹¹⁹. Ücretlerin hangi esaslara göre belirlenip ilan edileceği ise Öğre-

¹¹⁴ Sedat Çal, *Türkiye'de Kamu Hizmeti Ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü* (TOBB 2008) 31. Kamu hizmetlerinin kamusal niteliği bedel ilişkisinin gerçek anlamda bir alım-satım ilişkisi gibi kurulmasını engeller. Karahanoğulları, (n 34) 245-246; Bedelsizlik ilkesinin ayrıntılı değerlendirilmesi için bkz. Büşra İzci, *Meccanilik İlkesi ve Türkiye'de Kamu Hizmetinden Yararlanandan Karşılık Alınmasının Meşruiyeti* (On İki Levha, 2021).

¹¹⁵ Özay, *Günüşünde* (n 19) 238-239; Gözler (n 15) 347.

¹¹⁶ Artantaş (n 111) 49-50.

¹¹⁷ Örneğin Çin ve Finlandiya'da özel okulların kâr amaçlı eğitim yapamayacakları açıkça düzenlenmiştir. United Nations, 'Privatisation of the Right to Education' (2015) A/HRC/29/30 Report of the Special Rapporteur on the Right to Education, Kishore Singh <<https://digitallibrary.un.org/record/797838?v=pdf>> Erişim Tarihi 30.7.2024 14

¹¹⁸ Mowbray (n 5) 159.

¹¹⁹ Özel okul tarafından sunulan hizmetin ticari niteliği hakkındaki karar için bkz. "...bu durumda, vakfın ortaöğretim düzeyinde gerçekleştirdiği özel okul işletmeciliği faaliyetinin, hem iktisadi bir faaliyet olmasından dolayı..." Danıştay 1 D, 1997/200, 2.5.1997.

tim Kurumları Yönetmeliği'nin 53. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün 7. fıkrasında, özel okulların kademe başlangıçlarındaki ücretlerde fahiş oranda artış yapamayacağı düzenlenmiştir. Hükmün 1. fıkrasında ise ara sınıf öğrencilerinin öğrenim ücretlerinin bir önceki eğitim öğretim yılında ilan edilen ücretin dikkate alınacağı ve bu ücrete $[(\text{bir önceki yılın ortalama Yurt içi ÜFE} + \text{bir önceki yılın ortalama TÜFE})/2] + 5$ oranından fazla artış yapılamayacağı düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde özel okullardaki öğrenim hizmeti dışındaki yemek, kırtasiye, servis gibi hizmetlerden yalnızca talep eden velilerin faydalanacağı ve ders kitabı ücreti kapsamında hiçbir ücret alınamayacağı da belirtilmiştir. Özel okullar tarafından belirlenen ücretler belirlilik ilkesi gereğince Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği m. 54/1-ç'ye uygun olarak ilan edilmek zorundadır. Ücretlerin söz konusu hükümde belirtilen idari usule uygun olarak ilan edilmesi zorunludur¹²⁰. Ücretlerini ilan etmeyen okullar bir önceki eğitim öğretim yılının ücretini talep etme hakkına sahiptir. Zira okullar, ilan ettikleri ücretlerin üstünde ücret talep edemezler. Söz konusu yükümlülük, idarenin ücret tespiti işlemini fırsat ve imkân eşitliği ilkesine uygunluk yönünden denetlemesine imkân tanır¹²¹. Aksi takdirde eğitimin kamu hizmeti niteliği zarar görme tehlikesi altına girebilir¹²². Nitekim Anayasa m. 13 uyarınca temel hak ve özgürlükler ölçülülük ilkesine uygun olarak sınırlanabilir. Eğitim hizmeti idari kamu hizmeti niteliğinde olduğundan yararlananlardan alınacak bedelin de ölçülü olması gerekir. Öğrenim ücretlerinin çok yüksek belirlenmesi sosyal ve ekonomik adaletsizliğin artmasına neden olabilir¹²³. Bakanlık, ücret tespitine ilişkin esaslara aykırı davranıldığının tespit edilmesi durumunda idari yaptırım uygulamaya yetkisini haizdir.

¹²⁰ Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği m. 54/ç: "Kurumlar ücret ilanlarını, Millî Eğitim Bakanlığının Bilişim Sistemine (MEBBİS) işleyerek alınan çıktının bir örneğini bir ay içinde doğrudan bağlı bulundukları millî eğitim müdürlüğüne verir ve bir sonraki ücret ilanına kadar kurumda velilerin görebilecekleri bir yere asar ve kuruma ait internet adresinde yayımlar. Program ilavesi yapılan kurumlar kurum açma izninin yeniden düzenlendiği, mayıs ayından sonra açılan kurumlar ise kurum açma izni aldıkları tarihten itibaren bir ay içinde bu işlemi yaparlar."

¹²¹ Rolla Moumné ve Charlotte Saudemont, 'Overview of the role of private providers in education in light of the existing international legal framework. Investments in private education: undermining or contributing to the full development of the human right to education?' (2015) 1 UNESCO Working Papers on Education Policy <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000243823>> Erişim Tarihi 28.6.2024 18.

¹²² United Nations (n 117) 15.

¹²³ Doktrinde "elit özel okul" olarak sınıflandırılan ve yüksek ücretler kapsamında eğitim hizmeti veren okullar olarak ifade edilen özel okulların eğitimde fırsat eşitliği ilkesine aykırı olduğu ve sosyoekonomik bir ayrışma yarattığı işaret edilmektedir. Mowbray (n 5) 154-155.

Özel okullar ücretsiz öğrenci okutma, öğrenim bursu ve eğitim-öğretim desteği verme yetkisine sahiptir. Söz konusu finansal destekleri belirleme kriterlerinin eşitlik ilkesine uygun yapılması esastır. Türk hukukunda ücretsiz öğrenci burslarının değerlendirilme esasları 5580 s. Kanun m. 13'te düzenlenmiştir¹²⁴. Öğrenim bursu, Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği m. 62'de sınav başarısı, kültür, spor, sanat ve bilim gibi alanlardaki başarılar veya ekonomik imkânsızlıklar ölçütlerine bağlanmıştır. Özel okullarda 5580 s. Kanun Ek 1. madde uyarınca eğitim-öğretim desteği de verilebilir. Eğitim ve öğretim desteği kapsamı bölgenin gelişmişlik seviyesi, ailenin gelir seviyesi, öğrenci sayısı, okulun başarı seviyesi ve öncelikli öğrenciler olarak düzenlenmiştir¹²⁵. Söz konusu kapsam Danıştay tarafından "somut uygulanabilir kriterler konmak suretiyle sınırlı mali kaynaklardan eğitim öğretim desteği sağlanması"¹²⁶ şeklinde değerlendirilmiştir. Eğitim ve öğretim desteğine ilişkin usul ve esasların Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği Ek 2. maddesi uyarınca, Hazine ve Maliye Bakanlığı ve Millî Eğitim Bakanlığı tarafından müştereken hazırlanacak tebliğde illere göre belirlenen sayıdaki öğrenciler için düzenleneceği belirtilmiştir¹²⁷. Özel okullar tarafından verilecek eğitim ve öğretim desteği kapsamının devlet okullarındaki kriterler ile aynı kapsamda uygulanması ve objektif kriterlere bağlanması gerekmektedir¹²⁸. Örneğin özel okulların

¹²⁴ "Kurumlar, öğrenim gören öğrenci sayısının yüzde üçünden az olmamak üzere ücretsiz öğrenci okutmakla yükümlüdür. Bakanlıkça bu oran yüzde ona kadar artırılabilir. (Ek cümle: 6/2/2014-6518/84 md.) Ücretsiz okutmada; 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, 3/11/1980 tarihli ve 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun veya 2330 sayılı Kanun hükümleri uygulanarak aylık bağlanmasını gerektiren kanunlar, 8/6/1949 tarihli ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununun 56 ncı, mülga 45 inci ve 64 üncü maddeleri ile 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Kanunun 47 nci maddesi kapsamında harp veya vazife malulü sayılanların ilk ve orta öğretim çağındaki çocukları ile haklarında korunma, bakım veya barınma kararı verilen çocuklara öncelik verilir."

¹²⁵ Sayıştay eğitim desteği ile ilgili en önemli kriterin ailenin gelir durumu olduğunu belirtmiş ve velilerin mali durumlarını bildirecek bütünlük bir sistem bulunmadığını tespit etmiştir. Sayıştay, Millî Eğitim Bakanlığı Denetim Raporu (2017) <https://www.sayistay.gov.tr/reports/download/r14QO1yob3-milli-egitim-bakanligi> Erişim Tarihi 20.09.2024 55-60.

¹²⁶ Danıştay 8 D, 2021/605, 3.2.2021.

¹²⁷ Sayıştay 2016 raporunda, Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliğine eklenen Ek 2'nci maddedeki düzenlemenin Kanunda öngörülen hususların hepsini içermediğini ve söz konusu hüküm uyarınca Hazine ve Maliye Bakanlığı ve Millî Eğitim Bakanlığınca müştereken hazırlanacak yönetmelik ile düzenleme yapılması zorunluluğunu işaret etmiştir. Sayıştay, Millî Eğitim Bakanlığı Denetim Raporu (2016) <https://www.sayistay.gov.tr/reports/download/r14QO1yob3-milli-egitim-bakanligi> Erişim Tarihi 20.09.2024 15-16.

¹²⁸ "... bu desteğin pozitif ayrımcılık ilkesi de göz önünde bulundurulmak suretiyle eşit ve adil bir şekilde sunulması amacıyla düzenlendiği..." Danıştay 8 D, 2022/1630, 11.03.2022; "Keza eğitim ve öğretim desteğine ilişkin sistemin...adil ve hakkaniyetli, şeffaf, izlenebilir ve güven du-

eğitim ve öğretim desteği ödeneğinden mahrum bırakılmasına sebebiyet verecek yönetmelik hükmü Danıştay tarafından eşitlik ilkesine aykırı değerlendirilmiştir¹²⁹.

Özel okullar, eşitlik ilkesinin bir sonucu olarak, hizmetten yararlanmak üzere başvuruda bulunanlara entelektüel ya da fiziksel kapasiteye dayalı testler yapamayacakları gibi psikometrik test de uygulayamaz¹³⁰. Nitekim Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği m. 51/2’de söz konusu ilkeye uygun olarak öğrenci seçiminde zekâ testi ve benzeri uygulamaları yapamayacakları belirtilmiştir. Ancak kayıt ve nakil işlemlerinde resmî okulların tabi oldukları mevzuat hükümlerinden farklı uygulama yapmak isteyen okullar söz konusu düzenlemeleri Bakanlık tarafından onaylı kurum yönetmeliklerinde düzenleyebilir¹³¹.

Eşitlik ilkesi ile bağlantılı bir diğer ilke karma eğitim ilkesidir. Karma eğitim, cinsiyet temelli ayrımcılık yapılmaksızın eğitim hizmetinin yürütülmesini ifade eder. Türkiye’nin de taraf olduğu Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi¹³² (CEDAW) m. 10’da taraf devletler eğitim alanında kadınların erkeklerle aynı haklara sahip olmalarını sağlamak için gerekli her türlü tedbiri almayı taahhüt etmektedir. 1739 s. Kanun m. 15’te karma eğitim ilkesi ile cinsiyet temelli ayrımcılık kural olarak yasaklanmış ancak *“eğitimin türüne, imkan ve zorunluluklara göre”*¹³³ bazı okullarda istisnai olarak kız ve erkek ayrımının yapılabileceği belirtilmiştir¹³⁴. Özel okullar, karma eğitim ilkesine uygun

yulan bir yapıya kavuşturulması önem arz etmektedir.” Sayıştay (n 111) 60. Konuya ilişkin bir Kamu Denetçiliği Kurumu kararında da “...gelir durumuna ilişkin puanlamada ailenin oturduğu evin kira olup olmadığı gibi kriterlerin tespit edilip puanlamaya dahil edilmesinin uygun olacağı...” yönünde karar verilerek puanlama kriterleri ile ilgili bir öneri getirilmiştir. Kamu Denetçiliği Kurumu, 2017/14855, 29.5.2018. Moumné ve Saudemont (n 121) 21.

¹²⁹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 2021/813, 21.4.2021.

¹³⁰ Moumné ve Saudemont (n 121) 21.

¹³¹ *“...özel öğretim kurumlarına başvuruda bulunan her öğrencinin mutlaka kayıt veya naklinin yapılmasının zorunlu olduğu anlamı çıkarabilecek bir düzenleme yer almadığı gibi özel öğretim kurumlarının kuruluş amaçları ve nitelikleri göz önünde tutulduğunda böyle bir zorunluktan söz edilemeyeceği”* İzmir BİM 5 DD, 2017/2583, 7.12.2017.

¹³² Sözleşme, 11 Haziran 1985 tarihinde 3232 sayılı Kanun ile uygun bulunmuştur. 14 Ekim 1985 tarih ve 18898 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

¹³³ Söz konusu düzenlemenin belirlilik ilkesi gereğince hukuki güvenliğin sağlanmasına imkân verecek açıklıkta yazılması daha yerinde değerlendirilmektedir.

¹³⁴ Danıştay söz konusu sınırlamayı *“okul türü itibarıyla verilen eğitimin belirli bir alana özgülenerek sunulması veya sahip olunan imkanlar ya da yaşanan zorluklar gereği bazı okulların yalnızca kız veya yalnızca erkek öğrencilere ayrılabilmesi de mümkündür. Kanun’un imkan verdiği durumlarda davalı idarece verilecek bir karar açısından şartların oluşup oluşmadığı hususunun kendi koşullarında ayrıca değerlendirilebileceği, bu hususun görülmekte olan da-*

olarak eğitim hizmetini kız ve erkek öğrencilere birlikte sunulmakla yükümlüdür. Zira 1739 s. Kanun m. 15'te karma eğitimin esas olduğu düzenlenmiş ve cinsiyet eşitliği garanti altına alınmıştır.

Kamu hizmetlerinin tarafsızlığı ilkesi¹³⁵ kapsamında değerlendirilen laiklik ilkesi de eşitlik ilkesi ile bağlantılı bir ilkedir¹³⁶. Dinsel hizmetlerin kamu hizmetlerinden ayrı yürütülmesi zorunluluğunu ifade eden bu ilke Anayasa m. 2'de yer alan cumhuriyetin nitelikleri arasında da düzenlenmiştir. Eğitim hizmetinde laiklik ilkesi 1924 tarihli ve 430 s. Tevhid-i Tedrisat Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile yasal bir temele kavuşmuştur. Anayasa'nı 24. maddesinde din ve ahlak eğitim ve öğretiminin devletin gözetimi ve denetimi altında yapılacağı düzenlenmiş ve din kültürü ve ahlak öğretimi dersinin ilk ve ortaöğretim kurumlarında zorunlu dersler arasında yer alacağı belirtilmiştir¹³⁷. Din eğitim ve öğretiminin ise küçüklerin kanuni temsilcisinin talebine bağlı olduğu düzenlenmiştir. 1739 s. Kanun'un 12. maddesinde de eğitimde laiklik ilkesinin esas olduğu düzenlenmiştir. Özel okullar bakımından laiklik ilkesinin gerekleri hem müfredatın hem de hizmetten yararlananlara tesis edilen idari faaliyetlerin dinsel tarafsızlık çerçevesinde yürütülmesi ile sağlanır.

III. Özel Okulların Eğitim Hizmeti İlkelerine Uygunluk Denetimi

A. Özel Okulların Denetim Yetkisinin Kapsamı

Devletlerin özel hukuk kişileri tarafından gerçekleştirilen insan hakları ihlallerine karşı bireyleri koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. Eğitim hakkının gereklerinin yerine getirilmesi de özel okullar tarafından yürütülüp yürütülmediği

vanın konusunu oluşturmadığı açık olup dava konusu düzenlemenin üst norm hükümlerine uygun olduğu sonucuna ulaşılmaktadır." Şeklinde değerlendirmiştir. Danıştay 8 D, 2022/6826, 24.11.2022.

¹³⁵ Tarafsızlık (nesnellik) ilkesi, idarenin kamu hizmetinden yararlananlara ve kamu personeline ayrımcılık yapma yasağını ifade eder. Söz konusu ilke kamu hizmetinin, cinsiyet, dil, din, ırk, mezhep, siyasi düşünce gibi bir temele dayanmaksızın objektif esaslar çerçevesinde yürütülmesini garanti eder. Duran (n 20) 310.

¹³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler (n 15) 324-344; Halim Alperen Çıtak, 'Kamu Hizmeti ve Lâiklik: Fransız Danıştayının Bir Kararı Üzerine Düşünceler', (2022) 1(1-2) Karar İncelemeleri Dergisi 565.

¹³⁷ "...devletin din eğitim ve öğretimi kapsamında mütalaa edilebilecek bir dersi çocuğuna aldır-mak istemeyen ebeveynlere yönelik olarak -herhangi bir gerekçe ya da bilgi ve belge sunma-larına gerek olmaksızın- muafiyet usulleri geliştirmek, dinî eğitim ve öğretime alternatif ders imkânı sunmak ya da anılan derse kaydolma veya olmama imkânı sağlamak gibi seçenekler sunması gerekir." Anayasa Mahkemesi, 2014/15345, 7.4.2022.

fark etmeksizin devletin asli yükümlülüklerinden birisidir. Devletin, eğitim hakkını koruma yükümlülüğü etkin denetim mekanizmasının kurulması ile mümkün olur¹³⁸. Zira devletin denetleme işlevi, ticari yarar sağlama amacına yönelen özel okullar bakımından düzeltici bir amaç taşımaktadır¹³⁹.

İdarenin özel okullar üzerindeki denetim yetkisi kamusal bir yetki olup, pek çok ülkede genellikle merkezi idare tarafından gerçekleştirilmektedir¹⁴⁰. Bununla birlikte kimi ülkelerde eğitim hizmetinin yürütülmesine ilişkin denetim yetkisinin yerel idarelere verildiği örnekler de bulunmaktadır¹⁴¹.

Türk hukukunda Anayasa m. 42 uyarınca eğitim hizmeti Millî Eğitim Bakanlığının denetimine tabi tutulmuştur. Konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi kararında da *“Bu sebeple, özel okulları, iç yönetimlerinde ve dış etkinliklerinde Devlet okullarında olduğu gibi hizmetin kurallarına uygun ciddiyet ve güvenilir biçimde yürütülmesini sağlamak Devletin görevidir...yürütülecek hizmet üzerinde kamu kurumuna etkin yetki ve sorumluluk tanımak gerekir”*¹⁴².” yönünde hüküm kurularak idarenin denetim ve gözetim yetkisi işaret edilmiştir.

Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği m. 67/2 uyarınca özel okullar, kurum açma izni ile işyeri açma ve çalışma ruhsatı aldıktan sonra en geç bir yıl içinde denetlenir. Denetim periyodu Millî Eğitim Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği¹⁴³

¹³⁸ Abidjan Provision (n 2) 19.

¹³⁹ Doktrinde, söz konusu işlevin etkinliği konusunun tartışmalı olduğu öne sürülmüş ve Anayasa Mahkemesinin özel hukuk kişileri üzerindeki yakın gözetim ve denetim saptamasının bir yanılgı ya da iyimserlik olduğu ifade edilmiştir. Karahanoğulları, (n 34) 240.

¹⁴⁰ Avusturya’da federe devletlerin, İspanya’da ise özerk bölgelerin denetim yetkisi bulunmaktadır. Eurydice, ‘Private education in the European Union’ (2000) <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/63e08105-bbf6-4412-8ead-ab3f66a487d1>> Erişim Tarihi 25.6.2024, 21.

¹⁴¹ Örneğin Finlandiya, Ukrayna ve Estonya. Yevheniia Zhukova, Kostyantyn Bryl, Larysa Svystun, Yevheniia Kobrusieva ve Yevhen Leheza, ‘Legal regulation of public administration of education and science’ (2023) 41(76) Cuestiones Políticas <<https://www.semanticscholar.org/paper/Legal-regulation-of-public-administration-of-and-Zhukova-Bryl/5203dca9eb9334d17b76116544f82f0392645e2f>> Erişim Tarihi 3.7.2024 336, 339-343. Birleşmiş Milletler tarafından özel okullar tarafından yürütülen eğitim hizmetinin değerlendirildiği bir raporda, denetim yetkisinin yerine getirilmesinde ombudsmanlık gibi ulusal insan hakları koruma mekanizmalarının güçlendirilmesinin önemi vurgulanmış ve özel okul faaliyetlerinin izlenmesi sürecinde velilerin şüpheli ihlalleri bildirebilecekleri bir platform kurulabileceği önerilmiştir. United Nations, (n 117) 23.

¹⁴² Anayasa Mahkemesi, E 1990/4 K. 1990/6, 17.06.1990.

¹⁴³ Millî Eğitim Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği, RG 11.04.2023/32160.

(Teftiş Kurulu Yönetmeliği) m. 58/9'da üç yıl olarak düzenlenmiştir. Millî Eğitim Bakanlığı Denetim Rehberi m. 4/1'de ise son üç yıldan önceki faaliyetlerin denetlenmeyeceği belirtilmiştir¹⁴⁴.

Denetim yetkisinin kapsamı, Teftiş Kurulu Yönetmeliği m. 58/2'de; süreç, sonuç, performans, sistem, mali, uygunluk, tematik, personel, yerindelik, ders ve öz değerlendirme olarak sınıflandırılmıştır. Denetim kapsamında ilk olarak özel okulların okul ortamlarının ilgili mevzuat gerekliliklerine uygun olup olmadığı incelenir¹⁴⁵. Bu çerçevede binanın konumlandığı alan ve fiziksel özellikler üzerinde bir denetim gerçekleştirilir¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Denetim Rehberleri ve Denetim Esasları m. 4/1: *"Denetimlerde, son denetim tarihinden itibaren yürütülen iş ve işlemler değerlendirilir. Ancak okul/kurumun son denetim tarihi üç yıldan önce ise son üç yıl dikkate alınır."* Millî Eğitim Bakanlığı, 'Denetim Rehberleri ve Denetim Esasları' (2023) <https://tkb.meb.gov.tr/meb_iys_dosyalar/2024_01/01225115_genele_saslar.pdf> Erişim Tarihi 20.5.2024. Üç yılda bir olarak düzenlenen ve üç yıldan önceki faaliyetlerin denetimini kapsamayan bu idari denetimin, özel okullar bakımından eğitim hizmeti ilkelerinin gereği gibi yerine getirilmemesi sonucunu doğurması kuvvetle muhtemeldir.

¹⁴⁵ Bu kapsamda okullardaki Türk bayrağı ve Atatürk köşesi ve okul koridorunun mevzuata uygunluğu; okul bahçesinde Atatürk büstünün bulunması, bakım ve korumasının yapılıp yapılmadığı; derslikler, hizmet odaları, laboratuvar ve atölyeler, uygulama sınıfları, okul bahçesi, okul kütüphanesi, spor salonu ve çok amaçlı salonlar, okul kantin ve yemekhanesi, arşiv, kurum tabelaları, eğitim-öğretim ortamlarının fiziki durumunun temizlik ve bakımı ile yeterliliği; ilköğretim kurumlarında kum havuzu, voleybol, basketbol sahaları gibi etkinlik alanlarının bulunup bulunmadığı; oyun yeri ve araçlarının yılda en az bir defa periyodik bakım ve onarımının yaptırılıp yaptırılmadığı; öğrenci sağlığı ve okul güvenliği ile ilgili hususların yerine getirilip getirilmediği; fiziksel engelli öğrenciler için binadaki gerekliliklerin sağlanıp sağlanmadığı; kaynaştırma bütünleştirme yoluyla eğitimlerini sürdüren bedensel engelli öğrencilerle ilgili tedbirlerin alınıp alınmadığı; ders araç-gereçlerinin yeterliliği; ortaöğretim kurumlarında umuma açık yerler ve içkili yerler ile okul binaları arasında kapıdan kapıya en az 100 metre uzaklığın bulunma durumu; kurum açma izni ve yerleşim ile ilgili işlemlerin tamamlanıp tamamlanmadığı ve reklam ile ilgili yükümlülükler uygunluk yönlerinden denetim yapılmaktadır. Kurumların güvenlik denetimleri kapsamında ise doğal afetlere ve öğrenci sağlığı ve güvenliğine ilişkin gerekli önemlerin alınıp alınmadığı ve ilgili tatbikatların planlanıp planlanmadığı denetlenmektedir Millî Eğitim Bakanlığı, 'Ortaöğretim Kurumları Rehberlik ve Denetim Rehberi', <https://tkb.meb.gov.tr/meb_iys_dosyalar/2024_06/25105123_ortaogretimkurumlarirehberlikvedenetimrehberi.pdf> Erişim Tarihi 20.5.2024.

¹⁴⁶ Özel Öğretim Kurumları Standartlar Yönergesi, Kabul Tarihi: 1.8.2022 m. 5: *"1) Kurum olarak kullanılmak istenen binalarda yapılan incelemelerde; 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu ve Millî Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği ile bu Yönergede belirtilen esaslar doğrultusunda açılması istenen kurumun türü ve seviyesi, kaç öğrenci/katılımcı/kursiyerin eğitim öğretim görebileceğine ilişkin kontenjan tespiti, öğrenci/katılımcı/kursiyerlerin sağlıklı bir ortamda eğitim ve öğretim görmelerine yardım edici etkenler dikkate alınarak, inceleme raporları düzenlenir."*

Özel okulların esas yönden denetimi ise öğretmenlerin, eğitim-öğretim programlarının ve haftalık ders çizelgelerinin denetimine ilişkindir. Söz konusu denetimin kapsamını eğitim hizmeti ilkeleri oluşturmaktadır. Örneğin personel atamalarının mevzuata uygun olup olmadığı, öğretmenlerin atamaya uygun derslere girip girmediği, hazırlık ödeneği ödenip ödenmediği, öğretmenlerle imzalanan iş sözleşmesine uygun ödeme yapılıp yapılmadığı, ücretsiz öğrenci okutma yükümlülüğüne uyulup uyulmadığı, eğitim desteği alan öğrencilerin bilgilerinin mevzuata uygunluğu, kurum için onaylı röleve planına uygun yerleşim yapılıp yapılmadığı, reklam ve ilan ile ilgili mevzuat hükümlerine uyulup uyulmadığı ve şehit ve gazi çocukları ile ilgili tesis edilen Millî Eğitim Bakanlığı işlemlerine uygun faaliyet yürütülüp yürütülmediği denetlenir¹⁴⁷. Ayrıca öğretim programları ve ders çizelgeleri, seviye koşullarına uygun ölçme değerlendirme yapılıp yapılmadığı, yabancı uyruklu öğrencilerin devam ve başarı durumları, destekleme ve yetiştirme kurslarına ilişkin esaslara uygunluk, rehberlik hizmetlerinin mevzuata uygunluğu, özel eğitim alması gereken öğrenciler ile ilgili bireye özgü eğitim programlarının izlenmesi, sosyal etkinliklerin ilgili mevzuata uygun yapılması, öğrencilerin ödül ve disiplin durumları gibi hususlar da esas denetim kapsamındadır.

B. Özel Okullara Uygulanan İdari Yaptırım Uygulama Yetkisinin Kapsamı

İdarenin denetim ve gözetim yükümlülüğü çerçevesinde kullandığı idari yaptırım uygulama yetkisi de özel okullar tarafından sunulan eğitim hizmetinin ilkelere uygunluğunu garanti altına almaktadır. Yaptırım uygulama yetkisi, eğitim hakkına saygı gösterme sorumluluğunun yerine getirilmesini sağlamak amacıyla düzenli ve etkili şekilde yürütülmek zorundadır¹⁴⁸.

İdari yaptırım, bir yargı kararı olmaksızın, idare hukukuna özgü usullerle verilmiş özgü usullerle tesis edilmiş cezalardır¹⁴⁹. Millî Eğitim Bakanlığı tarafın-

¹⁴⁷ Ortaöğretim Kurumları Rehberlik ve Denetim Rehberi (n 146).

¹⁴⁸ Abidjan Principles (n 2) 27.

¹⁴⁹ İl Han Özay, *İdari Yaptırımlar* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1985) 35. İdari yaptırımlara ilişkin ayrıntılı çalışmalar için bkz. Feyyaz Gölcüklü, 'İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki' (1963) XVIII/2 Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi; Oğurlu Y, *İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Koruma* (2. Baskı, Seçkin 2001); Ramazan Çağlayan, *İdari Yaptırımlar Hukuku Kabahatler Kanunu Yorumu*, (Asil Yayın Dağıtım 2006); Mustafa Karabulut, *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi* (Turhan Kitabevi 2008); Gürsel Özkan, 'İdari Yaptırımlar, Lehe Kanun Uygulaması ve Yargıya Güven' International Conference on Eurasian Economies, (Beykent Üniversitesi Yayınları 2020).

dan özel okullar üzerinde yapılan denetimler sonucunda uygulanacak idari yaptırımlar; kurum kapatma, kurum açma izni ile işyeri açma ve çalışma ruhsatının iptali ve idari para cezası kapsamında incelenecektir¹⁵⁰.

Kurum kapatma cezaları 5580 s. Kanun m. 3/11 uyarınca kurum açma izni ve işyeri açma ve çalışma ruhsatı almamış kurumlar için uygulanır. Zira kurum açma izni, özel okulların eğitim hizmetini yürütmesinin ön koşuludur. İzinsiz olarak eğitim faaliyeti yürüten kurumlar hakkında verilen kurum kapatma yaptırımında, işlemin yetki unsuru valilik olarak düzenlenmiştir¹⁵¹. Özel okullarla ilgili kapatma yaptırımında hukuki sebebin açıkça ortaya konulması gerekmektedir. Aksi durum eğitim hizmetinin sürekliliği ilkesine aykırılık teşkil eder. Uyuşmazlık konusu kararlarda ilk olarak özel öğretim kurumunun okul niteliğinde olup olmadığı incelenmektedir. Bir eğitim kurumunun okul ya da kurs niteliği taşıyıp taşımadığı, yürütülen faaliyetin kapsamı, kullanılan araç ve gerecin niteliği, ilgili kurumun fiziksel koşulları, faaliyeti yürüten kimselerin uzmanlık alanları gibi çeşitli değerlendirmeler sonucunda karar verilmektedir¹⁵².

Kurum açma izni ile iş yeri açma ve çalışma ruhsatının iptali yaptırımı ise 5580 s. Kanun'un 7. maddesi uyarınca, kurum açma izni aldıktan sonra iki sene faaliyete başlanılmaması, faaliyete ara verme izni amacı dışında ara verilmesi ve faaliyete başladıktan sonra mevzuattaki süreden daha uzun bir biçimde ara verilmesi durumlarında tesis edilmektedir.

Eğitim hizmetinin sürekliliği ilkesine aykırılık gerekçesine dayanan bir diğer yaptırım idari para cezasıdır. Kurum açma ve iş yeri açma ve çalışma ruhsatı almama, yerleşim planında izin almaksızın değişiklik yapma, gerçeğe uygun

¹⁵⁰ Özel okullarda görev yapan öğretmenlere uygulanan disiplin cezaları kurum düzeninin sağlanması amacını güden yaptırımlar arasında yer alır. Ancak söz konusu yaptırımlar, Millî Eğitim Bakanlığının eğitim hizmetinin gereği gibi yürütülmesine ilişkin yaptığı denetimler sonucunda değil, disiplin amiri tarafından kurum içi disiplinin sağlanması için tesis edilen yaptırımlar arasında yer aldığından bu başlıkta incelenmeyecektir.

¹⁵¹ Danıştay, valiliğin kurum kapatma yetkisini devredebileceği görüşündedir. Danıştay 8 D, 2022/2820, 19.04.2022. Ancak söz konu yetkinin devre konu olabileceğine ilişkin 5580 s. Kanun ve İl İdaresi Kanunu, Kanun Numarası 5442, Kabul Tarihi: 10.6.1949, RG 18.6.1949/7236'da bir hüküm bulunmamaktadır

¹⁵² "... Sanat Üretim Faaliyetleri ve Organizasyonları" adı altında ...isimli kurumunda izinsiz eğitim öğretim faaliyeti gerçekleştirildiği kanaatine ulaşılmış olup.." Danıştay 8 D, 2022/2832, 19.04.2022; "Davacının kurum açma izninde yer alan onaylı programların dışına çıkmak suretiyle "öğrenci etüt eğitim merkezi" gibi faaliyet göstererek kurum açma izninin amacı dışında kullanıldığının hiçbir tereddütte yer vermeyecek şekilde somut, kesin ve açık delillerle ortaya konulamadığı görüldüğünden, dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmemektedir." Danıştay 8 D, 2023/2076, 14.04.2023.

olmayan veya yanıltıcı reklam verme, reklam veya ilanlarda öğrenci resim ya da bilgilerini kullanma, izinsiz ders çizelgesi ve programı uygulama ve mevzuata aykırılık hallerinde brüt asgari ücretin beş katı cezası idari para cezası tesis edilir. Mevzuata aykırı personel istihdamı ile 1739 s. Millî Eğitim Temel Kanunu'ndaki genel ve özel amaçlara uygun davranmama fiillerinde ise brüt asgari ücretin on katı idari para cezası tesis edilir. Kurum açma şartlarından herhangi birini kaybetme, mevzuata uygun olarak kurum kapatmama, kapanan veya kapatılan kurumların mühürlerini ve evraklarını devir ve teslimden kaçınma fiillerinde de brüt asgari ücretin yirmi katı idari para cezası verilir. 5580 s. Kanun m. 7/2'de sayılan fiillerin tekrarı halinde idari para cezanın artırılacağı, üçüncü kez tekrarlanması durumunda ise kurum açma izni ile iş yeri açma ve çalışma ruhsatı iptal edileceği düzenlenmiştir¹⁵³. Bununla birlikte 5580 s. Kanun'da düzenlenmeyen ancak Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği m. 9/4'te ele alınan ve idari para cezası yaptırımının verilmesini gerektiren bir diğer durum ise sınavlarda gerçek dışı not verildiğinin tespiti fiilidir¹⁵⁴.

C. Denetim ve İdari Yaptırım Uygulama Yetkilerinin Gereği Gibi Yerine Getirilmemesi

Eğitim hizmetinin gereği gibi yerine getirilmemesi durumunda hizmetin asli sahibi konumundaki idarenin sorumluluğu esastır. Zira devletin eğitim hakkının gereklerinin yerine getirilmesi için üstlendiği pozitif yükümlülükler kapsamında eğitim hizmetinin düzenlenmesi ve korunması bulunmaktadır. Söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilmesinde birincil sorumluluk devlete ait olduğundan hem resmî hem de özel okullarda eğitim hakkını ihlal eden faaliyetlerin idare tarafından denetlenmesi ve yaptırım uygulanması gerekmektedir. Resmî okullarda yürütülen eğitim hizmetinde denetim ve yaptırım uygulama yetkilerinin hiç yerine getirilmemesi, geciktirilerek yerine getirilmesi ya da gereği gibi yerine getirilmemesi hizmet kusuru niteliğindedir¹⁵⁵. Zira denetim ve yaptırım uygu-

¹⁵³ “Kanun koyucunun mevzuata aykırı işlemleri, aykırılığın ağırlık derecesine göre sınıflandırdığı ve yaptırıma bağladığı; aykırılığın sınıflandırılmasında ise; fiilin ağırlığı, eğitim öğretim hizmetinin niteliği, bu fiillerin eğitim öğretim hizmetinin işleyişine olan etkisi ile etki alanı gibi faktörler önem arz etmektedir.” Danıştay 8 D, 2024/3224, 28.5.2024.

¹⁵⁴ Doktrinde kabahatlerin düzenleyici işlemler ile düzenlenebileceği yönünde görüş için bkz. Ali Ulusoy, *İdari Yaptırımlar* (On İki Levha 2013) 86-87.

¹⁵⁵ “...lise öğrencisi olan davacının okul bahçesinde teneffüs esnasında başka bir öğrencinin elindeki ajanda kapağı olarak tanımlanan mukavva parçasını rastgele fırlatması sonucu gözüne isabet etmesi neticesinde bir gözünde görme kaybı oluştuğu...nöbetçi öğretmenin nöbet süresince görev yerinde bulunması halinde fark edilip önlenilecek bir olay iken, görev ye-

lama yetkilerindeki aksaklık, kamu hizmeti ilkelerine aykırı yürütülen eğitim hizmetinin tespit edilmemesi ya da engellenememesi gerekçesine dayanmaktadır¹⁵⁶. Danıştayın konu ile ilgili kusursuz sorumluluk esası uyarınca doğan zararların giderilmesi yönünde verdiği bir kararı da bulunmaktadır¹⁵⁷.

Hizmet kusuru ilkesi çerçevesinde doğan zararların giderilebileceği yaklaşımları özel okullar için de geçerlidir¹⁵⁸. Zira Anayasa'nın 125. maddesinin 7. fıkrası uyarınca idare kendi faaliyetlerinden doğan zararları ödemekle yükümlüdür. Özel okulların yürüttüğü eğitim faaliyeti üzerinde Kanun'da ve ilgili mevzuatta düzenlenen kamusal yetkilerin gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle özel okulda okuyan öğrencilerin gördükleri zararların -nedensellik bağı ortaya konulmak koşulu ile- hukuk devleti ilkesi gereğince idare tarafından giderilmesi gerekir. Söz konusu zararlarda idarenin rücu davası açma hakkı saklıdır¹⁵⁹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de devletin eğitim hakkının gereklerine ilişkin yükümlülüklerini özel hukuk kişilerine devrederek sorumluluktan kurtulamayacağını kabul ettiği kararları mevcuttur¹⁶⁰.

Özel okullardaki denetim yetkisine ilişkin hukuka aykırılıklar denetim usul ve esaslarına aykırılık hallerinden oluşur¹⁶¹. Konuya ilişkin bir Danıştay kararında özel anaokulunda gözüne cisim batması görme yetisinin kaybına ilişkin zararın

rinde bulunmaması nedeniyle önlenemediği, olay sonrasında da nöbetçi öğretmenin olaya müdahale ettiğine ne de okul idaresinin olaydan haberdar edildiğine ilişkin tutulmuş bir tutanak olmadığı, okul idaresinin de bu durumu 20-25 gün sonra öğrendiğini belirttiği, olayın idarenin denetim ve gözetim görevinden kaynaklanan yükümlülüklerini tam anlamıyla yerine getirmemesi sonucu meydana geldiği, gözetim ve denetim görevini yerine getirmiş olsaydı olayın engellenebileceği anlaşılmaktadır.” Uyuşmazlık Mahkemesi, 2013/32, 11.3.2015.

¹⁵⁶ Hizmet kusuru halleri kamu hizmeti ilkelerindeki aksaklıktan kaynaklanmaktadır. Karahanoğulları (n 34) 189.

¹⁵⁷ “...davacının, gözüne sınıf arkadaşının kalem atması sonucunda yaralandığı açık olup idarenin bu zararın oluşumunda doğrudan etkisi bulunmamakla birlikte, öğrencinin okul idaresinin gözetim ve denetiminde bulunduğu süre zarfında gerekli gözetim ve denetim görevini yapmaması nedeniyle meydana gelen olayda davalı idarenin kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca zararı tazmin sorumluğu bulunmaktadır.” Danıştay 8 D, 2015/1716, 11.3.2015.

¹⁵⁸ Agah Kürşat Karauz ve Yakup Çokkaş ‘İlk ve Orta Dereceli Okullarda Öğrencilerin Birbirlerine Verdikleri Zarardan Kaynaklanan Sorumluluk Esasları’ (2020) 28(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37, 40.

¹⁵⁹ Karauz ve Çokkaş (n 158) 37, 65-68.

¹⁶⁰ Van der Mussele v. Belgium, App No 8919/80 (ECHR 23 November 1983); Costello-Roberts v. The United Kingdom, App No 13134/87 (ECHR, 23 March 1993).

¹⁶¹ Özel okullar ile ilgili sorunlar arasında denetim eksikliği çok büyük önem arz etmektedir. United Nations (n 117) 19

değerlendirildiği bir kararda “uzman öğretici hakkında, gerekli güvenlik tedbirlerini almadan ve kontrollerini yapmadan öğrenciyi uyku odasına götürerek, gözünün yaralanmasına yol açtığı fiilinin sübuta erdiği belirtilerek, kınama cezasının teklif edildiği; anaokulu müdürlüğü hakkında... en son 2011 yılında denetim yapıldığı ve bu tarihten sonra olay tarihine kadar herhangi bir denetim ve inceleme gerçekleştirilmediği¹⁶²” gerekçeleri ile davacıların kızının görme yetisini kaybetmesi sonucu uğradığı zarar arasında nedensellik bağının bulunduğu, denetim yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmemesinin hizmet kusuruna yol açtığına karar verilmiştir. Danıştayın nedensellik bağının yokluğu sebebiyle yalnızca özel okul yönetiminin sorumlu olduğu yönünde verdiği bir kararı da mevcuttur. Söz konusu kararda özel okulda gerçekleştirilen İngilizce dersi etkinliklerinde gözüne aldığı kesici alet darbesi sonucu yaralanma olayına ilişkin açılan davada “öğrenciler açısından tehlikeli olduğuna şüphe bulunmamakla birlikte delici bir aletle oynanan bu oyunun, davalı idarenin yürüttüğü hizmetle herhangi bir illiyeti bulunmadığı ve hizmet kusurundan sözedilemeyeceği için oluşan bu zararın sorumluluğunun doğrudan özel okul yönetimine ait olduğu gerekçesiyle davanın reddi¹⁶³” yönünde karar verilmiştir.

Özel okulların faaliyetleri üzerinde tesis edilen idari yaptırımların hukuk aleminde doğurduğu sonuçların da hukuka uygun olması gerekir¹⁶⁴. Söz konusu yaptırımlar, Anayasa m. 38 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki temel ceza hukuku ilkelerine uygun olarak tesis edilmek zorundadır¹⁶⁵. Aksi halde söz konusu yaptırım uygulama yetkisinin gereği gibi yerine getirilmediği sonucuna varılabilir. Denetim raporu ile ortaya çıkan bir hukuka aykırılığa 5580 s. Kanun’da belirtilen idari yaptırımların uygulanmaması, geç uygulanması ya da hatalı uygulanması durumunda da hizmetten yararlananların gördükleri zararlar hizmet kusuru ilkesi gereğince idareden talep edilebilir.

¹⁶² Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 2021/394, 4.3.2021.

¹⁶³ Danıştay 8 D, 2022/1682, 16.3.2022.

¹⁶⁴ İdari işlemin konu unsuru için bkz. Sancakdar, Önüt, Us Doğan, Kasapoğlu Turhan ve Seyhan (n 15) 354.

¹⁶⁵ Ulusoy, *İdari Yaptırımlar* (n 154) 48. Örneğin lehe kanun ilkesine ilişkin örnek karar için bkz. “5580 sayılı kanunun 7. maddesi hükmü ile bu durumdaki işyerleri hakkında önce idari para cezası uygulanacağına öngörülmüş olması karşısında, lehe olan hükümlerin uygulanması suretiyle davacı şirkete ait eğitim kurumu hakkında ancak tekrarında sürekli kapatma kararı verilmesi gerekeceğinden...” Ankara BİM 4İDD, 2018/1984, 13.6.2018.

Sonuç

Eğitim hakkı temel haklar arasında yer alır. Eğitim hakkının sağlanması eğitim hizmetinin gereği gibi yerine getirilmesi ile mümkün olur. Anayasa m. 42 uyarınca, özel okulların uygulamak zorunda olduğu esaslar devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olmak zorundadır. Zira özel okulların eğitim hizmeti ilkeleri doğrultusunda faaliyet göstermesi, eğitimde eşitlik ve etkinliği artırma amacı taşıyan önemli bir yaklaşımdır. Devlet, özel okulda yürütülen eğitim hizmetinin uluslararası insan hakları sözleşmelerinde belirtilen eğitim hakkı gerekliliklerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür

Özel okullardaki eğitimin sürekli ve düzenli yürütülme yükümlülüğü çerçevesinde; uluslararası sözleşmeler uyarınca, minimum eğitim hizmeti kapsamı dışında, öğretmenlerin sendikal haklara sahip olması gerektiği ve eğitim-öğretim dönemi içerisinde ancak hizmete özgülenmeyen malların haczedilmesi gerektiği sonuçlarına varılmıştır.

Özel okullar, bilimsel esaslara dayanan ve ferdin ve toplumun ihtiyaçlarına göre eğitim hizmetinin yürütülmesine yönelik Bakanlık tarafından yapılan tek yanlı değişikliklere katlanmak zorundadır. Ayrıca Bakanlık izni koşulu ile özel okulda uygulanabilecek öğretim programlarının da Anayasa m. 42/3 gereğince Atatürk ilkeleri ve inkılapları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre bir planlanması esastır.

Özel okulların uluslararası insan hakları hukuku çerçevesinde ayrımcılık yasasına uygun faaliyet yürütmesi esastır. Bu çerçevede eğitim hizmetinin yürütülmesi sürecinde öğrencilere tesis edilen idari faaliyetlerin yanında; öğrenim ücreti belirleme, ücretsiz öğrenci okutma, burslu öğrenci okutma ve eğitim ve öğretim desteği kapsamlarının, fırsat ve imkân eşitliği ilkesine ve özel öğretim kurumları mevzuatındaki esaslara uygun olması ve nesnel koşullara dayanması gerekir.

Özel okullarda eğitim hizmeti ilkelerine uygunluk denetiminin kapsamının incelendiği bu çalışmada, denetime ilişkin usul ve esasların 5580 s. Kanun'da değil, Teftiş Kurulu Yönetmeliği'nde düzenlendiği tespit edilmiştir. Eğitim hizmetinin gereği gibi yürütülmesinde asli sorumlu idarenin özel okullar üzerindeki denetim yetkisinin sınırlarının idarenin kanuniliği ilkesi gereğince kanunda düzenlenmesinin daha isabetli olacağı değerlendirilmiştir. Ayrıca, Denetim Rehberi'nde özel okulların üç yıldan önceki faaliyetlerinin hiçbir şekilde denetlenmeyeceğine ilişkin hükmün hukuk devleti ilkesine uygun olmadığı kanaatine

varılmıştır. Süre ve kapsama ilişkin söz konusu düzenlemeler, denetim yetkisinin etkin kullanılmaması sebebiyle eğitim hakkının ihlal edilmesine neden olabilir.

Özel okulların faaliyetleri üzerindeki denetim ve yaptırım uygulama yetkilerinin gereği gibi kullanılmaması, eğitim hizmetinin yürütülmesi sürecinde yaşanacak aksaklıklarının tespit edilememesi ve engellenememesi ihtimalini doğurabilir. Eğitim hizmetinin esas yönden ve hizmetin yürütüldüğü ortamın fiziki koşullarına ilişkin anayasal ve yasal düzenlemelere uygunluk yönünden yapılan denetimlerde amaç eğitim hizmetinin etkin yürütülmesinin sağlanmasıdır. Özel okullar tarafından, herkes için erişilebilir, kabul edilebilir ve uyarlanabilir kaliteli eğitimi sağlamak, güçlü bir denetim ve yaptırım uygulama mekanizmasının varlığını gerektirir. Denetim ve yaptırım uygulama yetkilerinin kullanımına ilişkin hukuka aykırılıklar, özel okul tarafından yürütülen eğitim hizmetinden doğan zararlar bakımından zararı doğuran idari faaliyet niteliğinde değerlendirilebilir. Söz konusu kamusal yetkilerin gereği gibi kullanılmaması uluslararası insan hakları hukukuna uyum açısından hukuki sorun doğurabilir.

Bu çalışmada varılan sonuç ve öneriler arasında; eğitim hakkının güvence altına alınması için özel okullarda yürütülecek eğitim hizmetine ilişkin asgari eğitim standartları çerçevesinin belirlenmesi, denetim yetkisine ilişkin kapsamın özel öğretim kurumları mevzuatında açıkça düzenlenmesi, denetim periyodunun sıklaştırılması, denetim kapsamının genişletilmesi, denetim sürecinin sivil toplum örgütleri ve diğer kurum ve kuruluş destekleri ile kapsayıcı bir şekilde yürütülmesi, denetim raporlarının kamuoyu ile paylaşılması, denetim raporları ile tespit edilen aksaklıklar için mevzuat değişikliği ya da politika geliştirme süreçlerinin izlenmesi, denetim sonucunda tespit edilen hukuka aykırılıklara mevzuatta belirtilen yaptırımların uygulanması ve eğitim hakkının korunması ve geliştirilmesi için etkili hesap verebilirlik mekanizmalarının oluşturulması hususları bulunmaktadır.

Kaynakça

- Abidjan Principles, <<https://www.abidjanprinciples.org/en/background/overview>> Erişim Tarihi 04.04.2025.
- Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdare Hukuku* (17. Baskı, Seçkin 2023).
- Algan B ve Algan M, 'Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü Bağlamında Eğitim Hizmetlerinin Ruhsat Usulü İle Özel Kişilere Gördürülmesi' (2013) XVII(3) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 147-194.
- Arıcı K, 'Özel Okul Öğretmenlerinin İş Güvencesi İhtiyacı' (2022) XXVI(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3-32.
- Artantaş OÇ, *Kamu Hizmeti ve Bedel* (Çakmak 2018).
- Atasayan MG, *Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi* (On İki Levha 2012).
- Atay EE, *İdare Hukuku* (3. Baskı, Seçkin 2022).
- Azrak AÜ, 'Millileştirme ve Kamu Hizmeti' (1971) 34(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 44-78.
- , *İdare Hukuku Ders Notları* (Teksir 1972).
- Bağrıaçık A, 'Kamu Hizmetinin Uyarılma İlkesi Üzerine Bir Değerlendirme' (2018) 26(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 155-183.
- Balsera MR, 'Private actors and the right to education' (2016) 46(6) Compare 976-1000.
- Bilgen P, 'Kamu Hizmeti Hakkında' (1980) 1(1) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 113-116.
- , 'Sosyal Haklar, Sosyal Kamu Hizmetleri, Özelleştirme' (1995) 3(5) AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi 12-16.
- Briône P ve Zaidi K, 'Strikes and minimum service laws in Europe' (2023) House of Commons Library <<https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-9751/CBP-9751.pdf>> Erişim Tarihi 20.6.2024.
- Canpolat A, 'Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Sendikal Faaliyet Kapsamında İş Birakması', (2019) 40 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 113-148.
- Centel T, 'Özel Okul Öğretmenleriyle Sözleşme Yapılması' (2007) 6 Sicil İş Hukuku Dergisi 22-26.
- Çakır HM, *Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişilerince Yürütülmesi Yöntemleri* (On İki Levha 2015).
- Çal S, 'Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler' iç Ömer Teoman (edr) *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan* (Vedat 2009).
- , *Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü* (TOBB 2008).
- Çıtak HA, 'Kamu Hizmeti ve Lâiklik: Fransız Danıştayının Bir Kararı Üzerine Düşünceler' (2022) 1(1-2) Karar İncelemeleri Dergisi 565-592.

- Derbil S, 'Kamu Hizmeti Nedir?' (1950) 7(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 28-36.
- Duran L, *İdare Hukuku Ders Notları* (Fakülteler, 1982).
- Eurydice, 'Private education in the European Union' (2000) <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/63e08105-bbf6-4412-8ead-ab3f66a487d1>> Erişim Tarihi 25.6.2024.
- Eurydice, 'National Education System' (2023) <<https://eurydice.eacea.ec.europa.eu/national-education-systems>> Erişim Tarihi 25.6.2024.
- Giritli İ Bilgen P ve Akgüner T, *İdare Hukuku II* (3. Baskı, Der 2008).
- Gölcüklü F, 'İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki' (1963) XVIII/2 Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 115-182.
- Gözler K, *İdare Hukuku Cilt: II* (Üçüncü Baskı, Ekin 2019).
- Gözübüyük Ş ve Tan T, *İdare Hukuku Cilt: I* (14. Baskı, Turhan 2021).
- Gülân A, 'Kamu Hizmeti Kavramı' (1988) (1-3) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (Prof. Dr. Lütfi Duran'a Armağan) 14-159.
- , *Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim*, (Alfa 1999).
- Günday M, *İdare Hukuku* (10. Baskı, İmaj 2011).
- İnanç M, *Özel Hukuk Tüzelkişilerinin İdari İşlemleri* (On İki Levha 2018).
- İşbir B, 'Kamu Hizmeti İlkeleri Işığında Özel Radyo-Televizyon Yayıncılığının Değerlendirilmesi' (2007) 11(1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 815-835.
- İzci B, *Meccanilik İlkesi ve Türkiye'de Kamu Hizmetinden Yararlanandan Karşılık Alınmasının Meşruiyeti* (On İki Levha, 2021).
- Kalabalık H, *İdare Hukuku Dersleri Cilt II* (6. Baskı, Seçkin 2024).
- Karabulut M, *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi* (Turhan 2008).
- Karahanoğulları O, *Kamu Hizmeti* (3. Bası, Turhan 2015).
- Karauz AK ve Çoktaş Y 'İlk ve Orta Dereceli Okullarda Öğrencilerin Birbirlerine Verdikleri Zarardan Kaynaklanan Sorumluluk Esasları' (2020) 28(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37-74.
- Keskin Z, *Kamu Hizmetlerinde Eşitlik İlkesi* (On İki Levha 2015).
- Korkmaz R, 'İcra ve İflas Kanunu m. 362/A Hükmü ve Süreli Haczedilmezlik', (2020) 151 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 175-198.
- Köroğlu A ve Kaplan MB, 'Özel Okullar ile Özel Öğrenci Yurt ve Benzeri Kurumların Taşınır ve Taşınmaz Mallarının Haczi: İlk m. 362/a Hükmünün Değerlendirilmesi' (2020) 28(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1061-1082.
- Millî Eğitim Bakanlığı, 'Denetim Rehberleri ve Denetim Esasları' (2023) <https://tkb.meb.gov.tr/meb_iys_dosyalar/2024_01/01225115_genelesaslar.pdf> Erişim Tarihi 20.5.2024.

- Millî Eğitim Bakanlığı, 'Ortaöğretim Kurumları Rehberlik ve Denetim Rehberi', <https://tkb.meb.gov.tr/meb_iys_dosyalar/2024_06/25105123_ortaogretimkurumlarirehberlikvedenetimrehberi.pdf> Erişim Tarihi 20.5.2024.
- Mowbray J, 'Is There a Human Right to Public Education? An Analysis of States' Obligations in Light of the Increasing Involvement of Private Actors in Education' (2020) 33 Harvard Human Rights Journal 121-172.
- Moumné R. ve Charlotte S. 'Overview of the role of private providers in education in light of the existing international legal framework. Investments in private education: undermining or contributing to the full development of the human right to education?' (2015) 1 UNESCO Working Papers on Education Policy <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000243823>> Erişim Tarihi 28.6.2024.
- OECD, 'PISA 2018 Results (Volume V): Effective Policies, Successful School' (2020) <<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/14bbef20-en.pdf?expires=1721040205&id=id&accname=guest&checksum=09FD72E0A2933B84619A22F2159A77A4>> Erişim Tarihi 25.6.2024.
- OECD, 'How do public and private schools differ in OECD countries?' (2024) Education Indicators in Focus <<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/90348307-en.pdf?expires=1719670165&id=id&accname=guest&checksum=434B05BB994B5886E2A1B8931647305B>> Erişim Tarihi 27.6.2024.
- Oğurlu Y, *İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Koruma* (2. Baskı, Seçkin 2001).
- Onar SS, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt I (Hak Kitabevi 1966).
- Örücü E, 'Sosyal Kamu Hizmeti' (1970) 36(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 212-232.
- Özay İH, *İdari Yaptırımlar* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1985).
- , *Günlük Yönetim* (Filiz Kitabevi 2004).
- Özkan G, 'İdari Yaptırımlar, Lehe Kanun Uygulaması ve Yargıya Güven' International Conference on Eurasian Economies (Beykent Üniversitesi Yayınları, 2020).
- , 'Danıştay Kararları Işığında Kamu Hizmetine Egemen Olan İlkeler' (2024) İdare Hukukunda Kamu Hizmetinin Evrimi ve Sorunları Sempozyumu <<https://hukuk.baskent.edu.tr/kw/upload/246/dosyalar/HUKUK%20FAK%C3%9CLTES%C4%B0%20E%20K%C4%B0TAP%20SON.pdf1>> Erişim Tarihi 04.04.2024.
- Özkaya Özlüer I, 'Kamu Hizmetinin Temel İlkeleri Bağlamında Elektrik Hizmeti' (2022) 80(2) Ankara Barosu Dergisi 279-316.
- Öztoprak S, 'Covid-19 Pandemisinde Uzaktan Eğitim: Kamu Hizmeti İlkeleri Çerçevesinde Bazı Değerlendirmeler' (2022) 80(2) Ankara Barosu Dergisi 189-249.
- Öztürk B, 'Elektronik Haberleşme Hizmetlerinde Yetkilendirmenin Hukuki Niteliği' (2009) (1) Ankara Barosu Dergisi 26-42.

- Pérez-Muñoz C, 'Essential services, public education workers, and the right to strike' 76(2) Political Research Quarterly <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/10659129221103483>> Erişim Tarihi 19.6.2024 565-577.
- Right to Education Project, 'Privatisation of Education: Global Trends of Human Rights Impacts' (2014) <https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/RTE_Privatisation%20of%20Education_Global%20Trends%20of%20Human%20Rights%20Impacts_2014.pdf> Erişim Tarihi 28.6.2024.
- Sancakdar O, Önüt LB, Us Doğan E, Kasapoğlu Turhan M ve Seyhan S, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, (11. Baskı, Seçkin, 2022).
- Sayıştay, Millî Eğitim Bakanlığı Denetim Raporu (2016) <https://www.sayistay.gov.tr/reports/download/r14QO1yob3-milli-egitim-bakanligi> Erişim Tarihi 20.09.2024.
- Sayıştay, Millî Eğitim Bakanlığı Denetim Raporu (2017) <https://www.sayistay.gov.tr/reports/download/r14QO1yob3-milli-egitim-bakanligi> Erişim Tarihi: 20.09.2024.
- Sümer HH, 'Özel Öğretim Kurumu Öğretmenlerinin İş Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği' (2016) 15(1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı (Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan) 407-443.
- Süzek S, *İş Hukuku*, (21. Baskı, Beta 2021).
- Taşkın P, '5580 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu ve Getirdiği Yenilikler' (2010/4) Ankara Barosu Dergisi 159-178.
- Tomaševski K, 'Human rights obligations: making education available, accessible, acceptable and adaptable' (2001) Right to Education Primers <<https://dspace.ceid.org.tr/xmlui/bitstream/handle/1/84/ekutuphane4.1.3.2.pdf?sequence=1>> Erişim Tarihi 29.6.2024.
- Ulusoy A, *Kamu Hizmeti İncelemeleri* (Ülke 2004).
- , *İdari Yaptırımlar* (On İki Levha 2013).
- United Nations, 'Privatisation of the Right to Education' (2015) A/HRC/29/30 Report of the Special Rapporteur on the Right to Education, Kishore Singh <<https://digitallibrary.un.org/record/797838?v=pdf>> Erişim Tarihi 30.7.2024.
- United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, "General Comment No. 24 on State obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the context of business activities", (2017) https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f24&Lang=en> Erişim Tarihi 04.04.2025
- United Nations, 'Right to education: the implementation of the right to education and Sustainable Development Goal 4 in the context of the growth of private actors in education' (2019) A/HRC/41/37 Report of the UN Special Rapporteur for the Right to Education <<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g19/104/10/pdf/g1910410.pdf>> Erişim Tarihi 20.6.2024.

- Yağcı P, 'Mülkiyet Hakkı Kapsamında Kamu Mallarının Haczedilmezliği Üzerine Bir Değerlendirme' (2020) 11(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 600-616.
- Yaşar N, 'Kamu Hizmeti, Virtüel Kamu Hizmeti ve 1999 Anayasa Değişikliği' (2000) 14(1) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 442-452.
- Ramazan Ç, *İdari Yaptırımlar Hukuku Kabahatler Kanunu Yorumu*, (Asil Yayın Dağıtım 2006).
- Yıldırım M, *İdari Faaliyetlerin Görülüşüne Katılan Özel Hukuk Kişilerinin İdari İşlem Yapabilirliği Sorunu* (On İki Levha Yayıncılık 2019).
- Yıldırım T ve Göçgün M, 'İdarenin Düzenleyici İşlemlerinde Eşitlik İlkesi' (2016) 3(2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 39-60.
- Yılmaz D, 'Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı ve Kriterleri' (2008) 12(1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1215-1234.
- Yevheniia Zhukova, Kostyantyn Bryl, Larysa Svystun, Yevheniia Kobrusieva, Yevhen Leheza, Yevheniia Zhukova, Kostyantyn Bryl, Larysa Svystun, Yevheniia Kobrusieva ve Yevhen Leheza, 'Legal regulation of public administration of education and science' (2023) 41(76) Cuestiones Políticas <<https://www.semanticscholar.org/paper/Legal-regulation-of-public-administration-of-and-Zhukova-Bryl/5203dca9eb9334d17b76116544f82f0392645e2f>> Erişim Tarihi 3.7.2024 336-346.

Kentsel Dönüşüm Sürecinde Yaşanan Bazı Sorunlar ve Öneriler^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Sümeyye ŞİMŞEK KARABEKİROĞLU^(**)

Öz

1982 Anayasası'nda devlete, toplumun konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alma görevi verilmiş ve konut hakkı, Anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Konut hakkının somut biçimde hayata geçirilmesinde kentsel dönüşüm önemli bir araçtır. Kentsel dönüşüm, artık modern ve sağlıklı yaşam standartlarını karşılamayan; fonksiyonelliğini yitirmiş, fiziksel, çevresel, ekonomik ve sosyal açıdan sorunlu kent alanlarının, hukuki, idari ve teknik süreçler içerisinde yeniden yapılandırılması ve iyileştirilmesine yönelik planlı müdahaleler bütünüdür. Bu müdahalelerin doğru yapılabilmesi ve sürecin akıcı şekilde yürütülebilmesi için kentsel dönüşüm konusunda yetkili idarelerin bu konuda uzman personel bulundurması ve yasal düzenlemelerdeki eksiklerinin giderilmesi gerekmektedir. Kentsel dönüşüm uygulamaları, bireylerin mülkiyet hakkına müdahale neticesini doğurabilecek niteliğe haiz olup, yalnızca yaşam alanlarını modernize etme, kentsel yapıyı daha iyi hale getirme ve kent estetiğini güçlendirme maksadını taşımakla kalmayıp bunun yanı sıra temel hak ve özgürlükler açısından da dikkate alınması gereken hukuki boyutlar içermektedir. Bu çerçevede, kentsel dönüşüm uygulamalarının, kamu yararı ile bireylerin mülkiyet hakkı arasındaki dengeyi gözeterek, hukukun üstünlüğü ve hak ihlallerini önleyici ilkeler doğrultusunda yürütülmesi gerekmektedir. Kentsel dönüşümün amacından sapıldığında, mülkiyet hakkı da tehlikeye düşecek ve kentsel dönüşümün muhataplarının talepleri göz ardı edilecektir. Oysa bu sürece halkın etkin katılımının sağlanması, kentsel dönüşümden

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 12.04.2025 - Kabul Edildiği Tarih: 04.06.2025.

Atıf Şekli: Sümeyye Şimşek Karabekiroğlu, 'Kentsel Dönüşüm Sürecinde Yaşanan Bazı Sorunlar ve Öneriler' (2025) 15(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 171, 210.
DOI: 10.52273/sduhfd..1674934.

^(**) Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye.

E-posta: sumeyye.karabekiroglu@asbu.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9528-1543>.

beklenen verimliliğin artırılmasına katkı sunacaktır. Çalışma, bu süreçte yaşanan bazı sorunlara dikkat çekmek ve eleştirel bir yaklaşımla öneriler sunmak amacıyla hazırlanmıştır.

Anahtar Kelimeler

Kentsel Dönüşüm, Riskli Yapı, Takdir Yetkisi, Mülkiyet Hakkı, İdare Hukuku.

Certain Problems and Suggestions in Urban Transformation Process

Abstract

The 1982 Constitution gave the State the duty to take measures to meet the housing needs of society and guaranteed the right to housing in the Constitution. Urban transformation is an important instrument for the concrete realization of the right to housing. Urban transformation is a set of planned interventions for the restructuring and improvement of physically, environmentally, economically and socially problematic urban areas that no longer meet modern and healthy living standards and have lost their functionality, within the framework of legal, administrative and technical processes. In order for these interventions to be carried out correctly and for the process to run smoothly, the administrations in charge of urban transformation should have specialized personnel and the shortcomings in the legal regulations should be eliminated. Urban transformation practices may result in interference with the property rights of individuals and not only aim to modernise living spaces, improve the urban structure and strengthen urban aesthetics, but also have legal dimensions that must be taken into account in terms of fundamental rights and freedoms. In this context, urban transformation practices should be carried out in accordance with the principles of the rule of law and the prevention of rights violations, ensuring a fair balance between the public interest and individuals' right to property. When the purpose of urban transformation is deviated from, the right to property will be jeopardized and the demands of urban transformation stakeholders (public) will be ignored. However, ensuring the effective participation of the public in this process will contribute to increasing the expected efficiency of urban transformation. This study has been undertaken with the aim of critically examining the challenges arising in this process and offering constructive recommendations accordingly.

Keywords

Urban Transformation, Risky Structure, Discretion, Property Right, Administrative Law.

Extended Summary

The right to housing is guaranteed by the Turkish Constitution and is explicitly recognised as one of the fundamental rights and freedoms. The Constitution obliges the State to take the necessary measures to meet housing needs and to support public housing initiatives within a planning framework that takes into account the structural characteristics of cities and environmental conditions. This obligation is not limited to low-income or poor people, but reflects the principle of a social state covering all segments of society. In this context, urban transformation practices are an important instrument for the concrete realisation of the right to housing. Urban transformation is a planned intervention to restructure and improve urban areas that do not meet modern and healthy living standards, have lost their functionality and suffer from physical, environmental, economic and social problems, using legal, administrative and technical processes. When we look at the actors involved in urban transformation, we see that it concerns both the public and the private sector. In this respect, the issue of urban transformation is quite comprehensive. Urban transformation is a structurally multi-stage and complex process, which creates a favorable ground for the emergence of various problems in the planning and implementation phases. In this study, some of these problems are discussed and solutions are tried to be offered from the perspective of administrative law. For this reason, not all the actors of urban transformation, but only the administrative actors and the duties and powers given to them by the legislation are discussed, and some of the problems are classified and titled in terms of administrative law. Under these headings, the problems and the criticisms in the doctrine on this subject are included and solutions are proposed.

The administrative actors authorised for urban regeneration in Turkey are the Ministry of Environment, Urbanisation and Climate Change, Housing Development Administration (TOKİ), municipalities and special provincial administrations. These actors have been granted duties and powers regarding urban transformation through legislative provisions. However, in some cases, especially during the implementation of projects, there may be confusion regarding the distribution of duties and powers. Furthermore, the lack of adequately qualified personnel within these administrative bodies involved in urban transformation also leads to practical challenges. Discretionary powers have been granted to the administrative authorities responsible for urban transformation within the framework of the applicable legislation. The fact that the limits of this authority are not clearly defined may lead to uncertainties in practice. In addition, some ambiguous regulations in the legislation further expand the scope of action of the administration, which may pave the way for interventions against constitutionally guaranteed rights such as the right to property.

In the context of urban transformation processes, numerous administrative acts are carried out by the administrative authorities. Prior to the implementation of substantive administrative acts, it is of great importance that preparatory procedures are conducted properly and in full compliance with legal requirements. Otherwise, decisions taken without adequate procedural infrastructure may be deemed unlawful and subject to cancellation by the judiciary. The processes must be conducted by qualified personnel with relevant technical expertise, and the decisions taken should

be supported by sound legal and technical justifications. This approach helps to prevent procedural errors, ensures transparency, and protects individuals from potential infringements on their rights.

In urban transformation processes, there are interventions against the right to property. These interventions either completely terminate the right to property or restrict its use. The criteria on which the restrictions to be imposed on the right to property will be based, how the public interest will be defined and in which cases these interventions will turn into a violation of rights are of great importance. Because the balance to be established between public interest and individual benefit is a fundamental element that directly affects the legitimacy of urban transformation practices. In practices where this balance is not sufficiently observed, victimisation and social injustices arise, and it becomes difficult for transformation activities to achieve their main objectives. Therefore, both administrations and individuals should act within the framework of constitutional guarantees and legal limits. Otherwise, negative consequences such as arbitrary practices, unequal treatment and irregularity in administrative procedures may be encountered.

The rule of law should not be ignored in the planning and implementation stages of urban transformation and effective oversight mechanisms should be established to ensure that individual rights are not violated. Urban transformation practices inherently possess the capacity to directly impact individuals' property rights. Transformation practices are not only related to the improvement of urban infrastructure. They are also related to encompass the enhancement of living standards, strengthening urban aesthetics and fundamental rights and freedoms. At this point, it is essential to establish a balance between the protection of constitutionally guaranteed property rights and other fundamental rights and the pursuit of the public interest. Ensuring the effective participation of the public in urban transformation processes will also ensure the legitimacy of the decisions taken.

Giriş

Kamu düzeninin sağlanması ve bozulduğunda yeniden inşası, devletin en temel vazifelerindendir. Modern anlayışta kamusal estetik de kamu düzeninin unsurlarından biri¹ olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla idare, kamu düzeninin sağlanması için kent estetiğinin gereklerini yerine getirmelidir. İlk olarak 1961 Anayasası'nın sağlık hakkını düzenleme altına alan 49. maddesinin ikinci fıkrasında devletin “yoksul veya dar gelirli ailelerin sağlık şartlarına uygun konut ihtiyaçlarını karşılayıcı tedbirleri” alacağı hüküm altına alınmıştır. Böylece devlete konut konusunda anayasal bir yükümlülük yüklenmiştir. 1982 Anayasasıyla birlikte konut hakkı bir hak olarak Anayasa metni içerisinde yer almış ve devlete “şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeten bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri” alma ve toplu konut teşebbüslerini destekleme görevi yüklenmiştir. Böylelikle yalnızca yoksul ya da dar gelirli için değil daha kapsamlı bir biçimde herkes için devlet, konut hakkını tesis etmekle mükellef kılınmıştır. Bu hakkın gereklerinin yerine getirilmesinde kentsel dönüşüm önemli bir yere sahiptir.

Kentsel dönüşüm; fiziksel, çevresel, ekonomik ve sosyal yönden artık sağlıklı yaşam koşullarını karşılayamayan, işlevsizleşmiş alanların teknik, idari ve hukuki süreçler çerçevesinde yeniden düzenlenmesi ve iyileştirilmesi maksadıyla yapılan planlı müdahaleler olarak tanımlanabilir. Burada sürecin teknik, idari ve hukuki boyutu bulunmaktadır. Nitekim bu süreçte kamulaştırma², şehir planlaması, mülkiyet hakkı, imar hukuku, kamu yararı, diğer idari işlemler gibi pek çok bileşen olduğu görülmektedir. Önemli olan sürecin mevzuata uygun, bütüncül, katılımcı ve sürdürülebilir bir yaklaşımla yürütülmesidir. İklim ve çevresel özelliklerin dikkate alınması kadar o yerin mimari özellikleri de göz önünde bulundurulmalı, şehrin dokusuna, orada yaşayanların yıllar boyunca oturmuş oldukları düzene aykırı projeler oluşturulmamalıdır.

¹ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri* (23. Baskı, Ekin 2021) 526. Ayrıca Bkz. Yahya Kazım Zabunoğlu, *İdare Hukuku Cilt-I* (Yetkin 2012) 541.

² Nitekim kentsel dönüşümüne konu alandaki taşınmazların malikleri ile anlaşma sağlanamaması halinde taşınmazın edinimi için kamulaştırma yoluna başvurulmaktadır. Hatta bunlarla anlaşma sağlanamazsa idare doğrudan acele kamulaştırma da yapabilmektedir. Yeşim Aliefendioğlu ve Harun Tanrıvermiş, ‘Kentsel Dönüşüm Sürecinde Taşınmaz ve Proje Değerleme İşlemleri ve Sorunlarının Analizi: Kayseri Büyükşehir Belediyesi Sahabiye ve Fatih Mahalleleri Dönüşüm Projesi Örneği Çerçevesinde Değerlendirme’ (2015) 8 (39) Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi 736, 742. Acele kamulaştırma istisnai bir yöntemdir. Bu sebeple, olağan kamulaştırma gerekçelerinden ayrı olarak aceleciliğin varlığına ilişkin şartlar ortaya konulmalıdır. Danıştay İDDGK, 2024/1615, 19.9.2024, <<https://kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 10 Şubat 2025.

Kentsel dönüşüm gerek ihtiva ettiği süreç gerekse de muhatapları ve toplumun geri kalanı üzerinde oluşturduğu etki bakımından geniş kapsamlı bir olgudur. Kentsel dönüşüm konusunda faaliyet gösteren aktörler olarak da hem kamuyu hem de özel sektörü ilgilendirmesi bakımından kapsamlıdır. Maliyetli bir iş olması ve bu süreçte yapılan işlemlerin oldukça teknik ve uzmanlık gerektirmesi, kentsel dönüşümün aktörlerini daha önemli bir konuma getirmektedir. Böylesine kapsamlı ve pek çok aşamayı bünyesinde barındıran bir iş olması hasebiyle kentsel dönüşüm konusunda çok çeşitli sorunlar meydana gelebilmektedir. Doktrinde bu sorunlar ele alınmış ve eleştiriler yapılmıştır. Bu süreçte karşılaşılan sorunların çeşitli ve fazla olması, bunların tek bir çalışmada ele alınarak her birine çözüm üretilmesini imkansız kılmaktadır. Kaldı ki mevcut sorunların farklı disiplinleri ilgilendiren yönünün olduğu da yadsınamaz bir gerçektir. Bu sebeple çalışmada kentsel dönüşümle ilgili sorunlardan bazıları ele alınmış ve idare hukuku perspektifi ile öneriler sunulmaya çalışılmıştır. Bu cihetle kentsel dönüşümün tüm aktörleri değil yalnızca idari aktörleri ve onlara mevzuatla verilen görev ve yetkiler ele alınmış, idare hukukunu ilgilendiren boyutuyla sorunlardan bazıları tasnif edilerek başlıklandırılmıştır. Bu başlıklar altında sorunlara ve bu konuda doktrindeki eleştirilere yer verilmiş, önerilerde bulunulmuştur.

I. Kentsel Dönüşümün İdari Aktörleri

Kentsel dönüşüm faaliyetlerinde farklı aktörler karşımıza çıkmaktadır. Bu başlık altında kentsel dönüşümün idari aktörleri ele alınacaktır. Fakat kentsel dönüşüm faaliyetleri yalnızca idarece yapılmamakta, özel hukuk kişilerin de yerine getirilebilmektedir. Nitekim idare, sağlıksız yapıların bulunduğu alanları tamamen temizleyip yenilerini inşa edebilmekte veya niteliği bozuk olanları yenileyebilmektedir. İşlevsiz alanlar, idarece yeniden değerlendirilmektedir. Bunun yanı sıra özel hukuk kişileri de -her ne kadar zor ve maliyetli olsa da- kentsel dönüşüm faaliyetinde bulunabilmektedir. Yasal olarak buna cevaz verilmektedir. Bu cihetle, taşınmaz sahiplerince veya kooperatif kurulması suretiyle özel hukuk kişileri tarafından da kentsel dönüşüm faaliyeti yapılabilir. Buna ilaveten, kamu-özel ortaklığı yöntemiyle³ de kentsel dönüşüm faali-

³ Kamu-özel ortaklığı ile ilgili olarak Bkz. Abdullah Uz, 'Kamu-Özel Ortaklığı/Public-Private Partnership (PPD) Kavram ve Hukuksal Çerçeve' (2007) 11 (1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1165, 1176 vd. Ayrıca Bkz. Sefa Usta ve Erdal Bilgiç, 'Yerel Yönetimlerde Hizmet Sunumu: Kamu Özel Ortaklığı Modeli' (2016) 1 (23) Yerel Yönetimlerde Hizmet Sunumu: Kamu Özel Ortaklığı Modeli 249, 253 vd. Ayrıca Bkz. Reha Bayansar ve Mehmet Akif Özer, 'Türkiye'de Kamu Özel Ortaklığı Modelinin Uygulama Alanları Üzerine Değerlendirmeler' (2021) (68) Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 415, 416 vd.

yetleri gerçekleştirilmektedir.⁴ Esasen kentsel dönüşüm faaliyeti maliyetli bir iştir. Bu sebeple, yalnızca kamu kaynakları kullanılarak ya da sadece özel hukuk kişilerinin kendi bütçeleri ile bu faaliyetleri yapmaları oldukça zordur. Bu zorluğu aşmak ve kentsel dönüşüm faaliyetini etkin bir biçimde, bir plan dahilinde ve öngörülen zamanda gerçekleştirebilmek için kamu ve özel sektörün ortaklıklar kurması, yerinde bir karardır.

Kentsel dönüşümde en önemli idari aktör Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'dır. Bakanlık dışında kalan diğer idari aktörlerden TOKİ ve belediyeler ise Bakanlığın belirlediği roller çerçevesinde kentsel dönüşüm faaliyetinde bulunmaktadır. Dolayısıyla kentsel dönüşümün idari aktörleri birbirleri ile bağlantı içerisinde. Bunların en tepesinde ise Bakanlık bulunmaktadır. Mevzuatta bu konuda Bakanlığın en üstte olduğu zaten anlaşılmaktadır. TOKİ, Bakanlığın bağlı kuruluşu olarak, belediyeler ise Bakanlığın idari vesayet denetimi altında mahalli idare olarak birbirleri ile ilişki içerisinde kentsel dönüşüm faaliyetini yürütmektedir. Bu sebeple bu başlık altında kentsel dönüşümün idari aktörleri olan Bakanlık, TOKİ ve belediyeler ele alınacaktır. Mevzuatta kentsel dönüşüm konusunda il özel idarelerine de birtakım yetkiler verildiği görüldüğünden bir idari aktör olarak il özel idarelerine de bu başlık altında yer verilecektir.

A. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı

Esasen kentsel dönüşümün baş aktörü Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'dır.⁵ Yasal düzenlemelerle Bakanlığa kentsel dönüşümle ilgili pek çok yetki verilmiştir. Nitekim 644 sayılı KHK'nın⁶ 2. maddesinin 3. fıkrası uyarınca Bakanlık gecekondular, tesisler, kıyı alanları, orman ve mera dışına çıkarılan niteliği bozulmuş alanlarda yapılacak iyileştirme, yenileme ve dönüşüm çalışmalarında idarenin uyacağı usul ve esasları belirlemek, 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu ve 775 sayılı Gecekondular Kanunu uyarınca TOKİ'nin yapacağı uygulamalara dair plan, etüt, harita, parselasyon planı ve yapı projelerini yapmak ya da yaptırmak ve bunları onaylamakla yetkili ve görevlidir. Ayrıca kamulaştırma, ruhsat verme ve yapım işlerini yaparak yapı kullanma izinlerini vermek, bu

⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. Nurhan Yaprak, 'Kentsel Dönüşüm Yöntemleri' in Melikşah Yasin ve Cenk Şahin (eds), *Kentsel Dönüşüm Hukuku* (2. Baskı, 12 Levha Yayınları 2015) 151 vd.

⁵ ibid 154.

⁶ 644 sayılı Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Kanun Numarası: 644, Kabul Tarihi: 29.06.2011, RG 04.11.2011/27984 (Mükerrer)

alanlarda kat mülkiyetinin kurulmasını sağlamak da Bakanlığın görev ve yetkileri arasındadır. Bu düzenlemede Bakanlığın kentsel dönüşümüne ilişkin doğrudan ya da dolaylı farklı görevlerine de yer verilmiştir. Fakat buradaki fıkrada da görüldüğü üzere TOKİ'nin yapacağı plan ve projelerin yapımı ve onayını Bakanlık üstlenmektedir. Dolayısıyla Bakanlık hem TOKİ hem de mahalli idareler karşısında kentsel dönüşümle ilgili olarak bir adım öndedir.

Kentsel dönüşümle ilgili önemli yasal düzenlemelerden biri olan 6306 sayılı “Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun”da da Bakanlığa kentsel dönüşümle ilgili önemli görev ve yetkiler verilmiştir. Her şeyden önce mezkûr Kanun’un 3. maddesinin ilk fıkrası gereğince riskli yapıların tespitinde uygulanacak usul ve esaslar, Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenir. Bakanlık bünyesindeki Kentsel Dönüşüm Başkanlığı (Başkanlık) bu yönetmeliği hazırlamaktadır. Başkanlık, riskli yapıların resen/kendiliğinden yapabilir yahut maliklere süre vererek onlardan da isteyebilir. Bunun yanı sıra Başkanlık, bir süre vererek belirli alanlardaki riskli yapıların tespitini il-ilçe belediyeleri, büyükşehir belediyeleri veya il özel idarelerinden isteyebilir. Başkanlık, riskli yapı tespiti için bazı kurum ve kuruluşlara lisans verir ve bunların faaliyetlerini mezkûr 3. maddenin 8. fıkrası gereği denetler. Şayet bu kurum ve kuruluşların mevzuattaki esaslara uygun şekilde görevlerini yerine getirmediği tespit edilirse Başkanlıkça bunlara idari yaptırım uygulanır. Uygulanacak yaptırımlar ve yaptırım gerektirecek fiiller ise mezkûr 8. fıkrada açıkça yer almaktadır.

6306 sayılı Kanun’un 6. maddesinin 6. fıkrası gereği Bakanlık, her tür ve ölçekteki planlama işlemlerine esas olacak standartları belirleme yetkisine sahiptir. Ayrıca gerek görülmesi hâlinde, söz konusu bu standartları plan kararlarıyla tayin etmeye yahut özel standartlar içeren planlar ve kentsel tasarım projeleri yapmaya ya da bunları yaptırmaya ve onaylamaya yetkilidir. Bu standartlardan, plan ve projelerden rezerv yapı alanları, riskli alanlar ve riskli yapıların bulunduğu parsellerdeki uygulamalarda faydalanılmaktadır.

15.10.2023 tarihli ve 153 sayılı “Bazı Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” ile bazı Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde (CBK) değişiklik ve eklemeler yapılarak Bakanlık bünyesindeki bazı birimlere kentsel dönüşümle ilgili yetkiler verilmiştir. Örneğin, 153 sayılı CBK’nın 6. maddesi ile 4 sayılı CBK’ya 792/M maddesi eklenmiştir. Bu maddenin ilk fıkrasının c bendinde, 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 73. maddesi kapsamında yer alan uygulamalara ilişkin kentsel dönüşüm ve gelişim alanı ilanı ile 5366 sayılı “Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yeni-

lenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun” kapsamındaki yenileme alanı ilanına ilişkin gerekli hazırlık işlemlerini yürütme görevi, Bakanlık bünyesindeki Kentsel Dönüşüm Başkanlığı’nın görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Fakat bu düzenlemeye karşı Anayasa Mahkemesi’ne (AYM) başvuru yapılmıştır. AYM bu başvuru üzerine 5393 sayılı Kanun’un 73. maddesi ile madde kapsamında kentsel dönüşüm ve gelişim projeleri uygulama yetkisinin belediyelere verildiği, 5366 sayılı Kanun gereği oluşturulacak olan yenileme alanlarının belediyelerde belediye meclisinin, il özel idarelerinde ise il genel meclisinin kararı ile belirleneceğinin öngörüldüğüne dikkat çekilmiştir.⁷ Dolayısıyla bu düzenlemelerde yetki, mahalli idare birimlerine aittir.

AYM, CBK’da öngörülen kural ile “kentsel dönüşüm ve gelişim alanı ilanı ile yenileme alanı ilanına ilişkin gerekli hazırlık işlemlerini yürütme görev ve yetkisinin” Bakanlığa bağlı ve merkezî idare teşkilatı içerisindeki Kentsel Dönüşüm Başkanlığı’na verildiğine, böylelikle mezkûr Kanunlar uyarınca mahallî idareler tarafından yürütülmekte olan süreçlere merkezî idarece dışarıdan bir müdahale yapılmasına imkân tanındığına, dolayısıyla kuralın, mahalli idarelere tanınan idari özerkliğin bir istisnasını oluşturan “idari vesayet yetkisine” ilişkin düzenleme içerdiğine vurgu yapmıştır. AYM burada mahallî idarelerin merkezî idare ile olan karşılıklı ilişkilerine dair bir düzenlemenin olduğunu ifade etmiş ve Anayasa’nın 104. maddesinin 17. fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan düzenlemeye atıf yaparak, Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenen konularda CBK çıkarılamayacağına dikkat çekmiştir. Fakat bu CBK’da münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konuya ilişkin düzenleme yer almaktadır. Dolayısıyla AYM, CBK ile düzenlenen bu kuralın iptaline karar vermiştir.

Yukarıda yer verilen AYM kararında da görüldüğü üzere, sonradan yapılan düzenlemelerle kentsel dönüşüm konusunda Bakanlığın yetkileri artırılarak mahalli idarelerin bu konudaki yetkilerini azaltmaya/sınırlamaya çalışıldığı görülmektedir. Şayet bu düzenlemelerde mülkiyet hakkına ilişkin durumlar varsa bu halde kanunla düzenleme yapılması, CBK ile bu konuda hükümler öngörülmemesi doğru olacaktır. Ayrıca münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konu varsa CBK ile yapılan düzenleme, hukuka aykırı olmaktadır. Dolayısıyla böyle bir düzenleme yapılmak isteniyorsa bunun kanunla yapılması gerekmektedir.

⁷ Anayasa Mahkemesi, E 2023/193 K 2024/106, 09.05.2024 <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>> Erişim Tarihi 02 Aralık 2024.

B. Toplu Konut İdaresi Başkanlığı (TOKİ)

Ülkemizde konut yapımıyla ilgili olarak devleti harekete geçiren en önemli olay, yaşanan deprem felaketleridir. Cumhuriyetin ilk yıllarından itibaren meydana gelen depremlerin, yıkıcı etkileri olmuştur. Bunun üzerine, kamunun kullanımına sunulacak sağlıklı konutların inşası amaçlanmış ve çeşitli girişimlerde bulunulmuştur. Bu girişimler 1980’li yıllara kadar sürmüş ancak tam anlamıyla istenilen sonuç alınamamıştır. Sosyal devlet anlayışı kapsamında her ne kadar planlı kentleşme ve sağlıklı bir kent yapısının oluşturulması amaçlansa da gecekondulaşma sorununun önüne geçilememiş ve bu durum, yapısal bir problem halini almıştır. 1984 yılında 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu ile bugünkü adıyla Toplu Konut İdaresi Başkanlığı (TOKİ), “Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı İdaresi Başkanlığı” adı altında kurulmuştur. Bu kurum, genel idare dışında, özerk bir Toplu Konut Fonu’na haizdi. Fakat zamanla mevzuat kaynaklı sorunlar nedeniyle kurum âtil bir duruma gelmiştir.⁸

Kurum’un âtil bir hal alması üzerine 1990 yılında 412 ve 414 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler (KHK) ile kurum, iki ayrı idare şeklinde örgütlenmeye girmiştir. Bunlardan biri Toplu Konut İdaresi Başkanlığı iken diğeri Kamu Ortaklığı İdaresi Başkanlığı’dır. 1993 yılına gelindiğinde özerk olan Toplu Konut Fonu, genel bütçe kapsamına alınmıştır. Böylece idarenin kaynaklarının azalması ile birlikte idare, konut üretiminden de uzaklaşmıştır. Bunun sonucunda, nitelikli konut ihtiyacı karşılanamamıştır. Sonrasında yaşanan depremler ve onun yıkıcı etkileri, devleti acil eylem planları oluşturmaya itmiş, bu planlar kapsamında “Planlı Kentleşme ve Konut Seferberliği” başlatılmasıyla TOKİ’nin yeni bir vizyonu olmuştur. 2018 yılında 703 sayılı KHK ile TOKİ, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı’na bağlanmıştır.⁹ Buradan da anlaşılacağı üzere TOKİ, mezkûr Bakanlığın bağlı kuruluşudur.

2003 yılından itibaren çeşitli yasal düzenlemeler yapılmak suretiyle TOKİ, kentsel dönüşüm projelerinde yetkilendirilmiştir. Böylece ülkenin tamamında kentsel dönüşüm ve yenileme ihtiyacı olan bölgelerde, mahalli idarelerle de iş birliği içerisinde, gecekondü dönüşümü ve kentsel yenileme projeleri yapılmıştır. TOKİ liderliğinde yapılan bu projeler ile risk altında bulunan bölgelerdeki yapıların güçlendirilmesi ve sürdürülebilir kentsel doku oluşturulması hedef-

⁸ Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, ‘TOKİ | Toplu Konut İdaresi Başkanlığı’ (TOKİ) <<https://www.toki.gov.tr/>> Erişim Tarihi 25 Aralık 2024.

⁹ ibid.

lenmektedir. Böylece mevcut yapı stoğu modernize edilecek, afet riskleri azaltılacak ve böylelikle kentsel yaşam kalitesi de artırılmış olacaktır. Özellikle 2004 yılında TOKİ ve Ankara Büyükşehir Belediyesinin yetkili olduğu “Kuzey Ankara Girişi Kentsel Dönüşüm Projesi” bu konuda önemli bir örnektir. Zira bu projede mahalli idare birimi olan belediye ile TOKİ’nin birlikte hareket etmesi, projenin etkin biçimde yönetilmesini sağlamıştır.¹⁰

Kentsel dönüşümle ilgili idari aktörlerden biri olan TOKİ, 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu’na göre, yurt içi ve dışında doğrudan ya da iştirakleri vasıtasıyla proje geliştirme, altyapı, konut ve sosyal donatı uygulamaları yapma yahut yaptıрма, tabii afetlerin meydana geldiği bölgelerde, gerekli görüldüğü takdirde konut ve sosyal donatı alanlarını, altyapılarıyla beraber inşa etme ya da bunu teşvik etme ve destekleme, gecekondulu alanlarının dönüşümüne, köy mimarisinin geliştirilmesine, tarihi doku ile yöresel mimarinin muhafaza edilip yenilenmesine yönelik yapılacak projeleri kredilendirme görev ve yetkilerine sahiptir.¹¹ Görüldüğü üzere TOKİ, kentsel dönüşümle ilgili takdir yetkisine de sahip bir idari otorite olarak kamu hizmeti sunmaktadır. Projeleri kredilendiriyor olması, TOKİ’nin yalnızca icracı değil aynı zamanda regülatif bir konumda yer aldığına göstergesidir. Dolayısıyla TOKİ, kentsel dönüşüm konusunda çok yönlü bir idari aktör olarak karşımıza çıkmaktadır.

C. Belediyeler

Deprem gibi doğal afetler, göç ve düzensiz yerleşim gibi faktörler, kentlerin hem maddi hem de manevi dokusunu olumsuz yönde etkileyebilmektedir. Bu tür olumsuz etkilerin giderilmesi ise kentlerin kendi oluşumu içerisinde, sosyolojik ve fiziksel yapısına uygun çözümlerle sağlanmalıdır. Bu cihetle, kentsel dönüşüm faaliyetleri, kentin özgün ruhunu ve yapısını göz ardı etmeksizin gerçekleştirilmelidir. Her kentin kendine özgü karakteristik özelliklere sahip olduğu göz önüne alındığında, bu tür dönüşüm çalışmalarında yerel yönetimlerin kentin maddi ve manevi yapısına ilişkin bilgi birikiminden faydalanılmasının önemi daha iyi anlaşılmaktadır. Mahalli idare birimlerinin, kanunlarla bu doğrultuda yetkilendirilmesi, hukuki bir gereklilik olarak değerlendirilmeli ve her ne kadar eleştirilecek tarafları olsa da yanlış bir yaklaşım olarak görülmemelidir. Kaldı ki izlenen strateji ve yapılan yasal düzenlemelere bakıldığında, mahalli idarelerin

¹⁰ Hatike Koçar Uzan, ‘Kentsel Dönüşüm: Belediyelerin Sorumlulukları ve Türkiye’de Mevzuat Değerlendirmesi’ (2023) 6 (5) Uluslararası Akademik Birikim Dergisi 985, 989-990-991.

¹¹ Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı (n 8).

kentsel dönüşüm konusundaki etkinliğini artırmaya yönelik politikalar izlendiği görülmektedir. Dolayısıyla mahalli idareleri bu süreçten soyutlamak yerine tam tersine, onları bu sürece daha fazla dahil etme eğilimi söz konusudur.

Mahalli idare birimi olan belediyeler, kentsel dönüşüm konusunda görev ve yetkileri olan aktörlerden biridir. Kentsel dönüşümle ilgili düzenlemelerden biri olarak kabul edilen 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun¹² "kentsel dönüşüm ve gelişim alanı" başlıklı 73. maddesinin ilk fıkrasında, belediye meclisi kararıyla belediyelerin, kentsel dönüşüm projeleri uygulayabileceği ifade edilmektedir. İlgili fıkra gereğince belediyeler, kentsel dönüşüm projelerini; kamu hizmeti alanları, konut ve sanayi alanları ile sosyal donatı alanları gibi alanları oluşturmak, kentin eskiyen kısımlarını yeniden inşa etmek ve buraların restorasyonunu yapmak, deprem riski karşısında tedbir almak, kentin kültürel ve tarihi dokusunu korumak amacıyla yapabilir. Mezkûr fıkra şart olarak, bu fıkra yer verilen hususlardan biri veya birkaçının gerçekleşmesi ve buna ilaveten bahsi geçen alanın belediye veya mücavir alan sınırları içerisinde kalması ileri sürülmüştür. Ancak bu şartların birlikte sağlanması halinde bir alan, kentsel dönüşüm ve gelişim alanı olarak ilan edilebilecektir. İstisnaen, kamunun mülkiyetinde olan ya da kamunun halihazırda kullanımında olan yerlerde, ilgili belediyenin talebi ve Cumhurbaşkanınca karar alınması şartıyla, kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı ilan edilebilecek ve uygulama yapılabilir.

Büyükşehir belediyesi sınırları ile mücavir alan sınırları içinde ise mezkûr 73. maddenin üçüncü fıkrası gereği büyükşehir belediyeleri kentsel dönüşüm ve gelişim projesi alanı ilan etmeye yetkilidir. Şayet büyükşehir belediye meclisi tarafından uygun görülürse ilçe belediyeleri de kendi sınırları içerisinde bu projeleri uygulayabilir. 73. maddenin 12. fıkrasına göre belediyeler, kentsel dönüşüm projelerini gerçekleştirmek maksadıyla imar uygulaması yapabilir. Ayrıca imar uygulaması yapılan alanlardaki taşınmazların değerlerini tespit eder, bu değer üzerinden de hak sahiplerine dağıtım yapar veya hasılat paylaşımını esas alan uygulamalarda bulunur. Dolayısıyla belediyeler, imar uygulaması ve değer tespiti ile paylaşım konusunda da yetkilidir.

¹² Belediye Kanunu, Kanun Numarası: 5393, Kabul Tarihi: 03.07.2005, RG 13.07.2005/25874. Mezkûr 5393 sayılı Kanun ile ilk kez belediyelere kentsel dönüşümle ilgili görevler verildiği yönünde Bkz. Fatma Neval Genç, 'Türkiye'de Kentsel Dönüşüm: Mevzuat ve Uygulamaların Genel Görünümü' (2008) 15 (1) Yönetim ve Ekonomi Dergisi 115, 119.

Esasen 2003 yılı ve sonrasında kentsel dönüşümle ilgili bir dönemeç yaşanmış ve ülkemizde mahalli idareler ile özel sektör iş birliğine odaklanılmıştır. Bu dönemde kentsel dönüşüm, bir strateji olarak tanımlanmış ve uygulanmıştır. Ayrıca yasal düzenlemeler yapılarak TOKİ, mahalli idareler¹³ ve özel sektör iş birliği ile büyük ve kapsamlı kentsel dönüşüm projelerinin de önü açılmıştır. Bahsi geçen projelerden en bilineni 2004 yılında çıkarılan 5104 sayılı “Kuzey Ankara Girişi Kentsel Dönüşüm Projesi Kanunu” dur. Mezkûr Kanun ile merkezi yönetim ve mahalli idarelerin birlikte çözüm üretmesi öngörülmüştür. Böylece TOKİ ve mahalli idare olan Ankara Büyükşehir Belediyesi iş birliği içerisinde büyük gecekondular dönüşüm projelerini başlatmıştır.¹⁴

2003 yılı ve sonrasındaki süreçte yapılan acil eylem planlarında da bu konuda belediyelerin yetkilerinin artırılacağı ifade edilmiştir. Buna göre kentlerdeki gecekondulaşma durumunun önüne geçmek ve mevcut gecekonduları ortadan kaldırmak suretiyle modern bir şehir görünümü elde etmek amacıyla, belediyelere daha fazla yetki verilmelidir. Bu süreçte, gecekondular sahiplerinin de desteği alınarak çeşitli çözümler sunulmalıdır. Daha fazla arsa üretilip piyasaya sunulmalı, böylece planlı şehirleşme teşvik edilmelidir. Buna ilaveten, mevcut gecekondular alanlarında, arazi değerlerine uygun biçimde yeni evler verilmek suretiyle bu alanların yenilenmesi sağlanmalıdır.¹⁵

Esasen kentsel dönüşüm faaliyetlerinde bu tür ortaklıkların kurulması maliyetin azaltılması, risklerin paylaşımı, hizmet kalitesinin ve hızının artırılması, deneyim paylaşımı gibi yönlerden oldukça gerekli ve faydalıdır. Kamu ve özel sektör iş birliği içerisinde bu faaliyetleri yerine getirdiğinde, kamunun üzerindeki maddi yük de azalmış olacaktır. Zira kentsel dönüşüm gibi büyük ve maliyetli projelerin tek başına kamu kaynakları ile karşılanması zordur. Kaldı ki bu tür projeler, tek başına kamu kaynakları ile yerine getirilebilecek mahiyette olsa dahi bu durum, ortaklık kurulmasına engel teşkil etmemektedir. Nitekim kamunun üstün yararı gözetilerek ortaklık kurulması da mümkündür. Bu tür

¹³ Deprem riski ve düzensiz yapılaşma problemleri karşısında belediyeler ile Toplu Konut İdaresi Başkanlığı (TOKİ), kentsel dönüşüm projeleri başlatmıştır. Bahsi geçen bu projeler, riskli bölgelerdeki yapıların güçlendirilmesini, mevcuttaki yapıların modernizasyonunu, çevreye uygun ve sürdürülebilir bir kentsel doku oluşturmayı, yaşam kalitesini artırmayı ve en önemlisi de afet risklerini azaltmayı hedeflemektedir. Uzan (n 10) 991.

¹⁴ Mustafa Görün ve Mustafa Kara, ‘Kentsel Dönüşüm ve Sosyal Girişimcilik Bağlamında Türkiye’de Kentsel Yaşam Kalitesinin Artırılması’ (2010) 8 (2) Yönetim Bilimleri Dergisi 137, 152-153. Ayrıca Bkz. Uzan (n 10) 991.

¹⁵ Görün ve Kara (n 14) 152-153.

ortaklıkların amaçlarına daha kolay ulaşabilmeleri ve ortaklığın sürekliliğinin sağlanabilmesi için halkın bu ortaklıkları desteklemesi ve toplumsal uzlaşmanın sağlanması önemlidir.¹⁶ Burada dikkat edilmesi gereken husus, kamu yararının dışına çıkılmamasıdır. Başka bir deyişle bu tür ortaklıklar kurulurken kamu yararı her daim ön planda olmalıdır. Şeffaflık ve hesap verebilirliğin sağlanması da bu noktada önemlidir. Ayrıca bu süreçlere halkın katılımı, toplumsal uzlaşmanın tesisi ve kentsel dönüşüm projelerinin yargıya takılmaması açısından önemlidir.

2004 yılından itibaren Avrupa Birliği'ne uyum çalışmalarının da etkisiyle kentsel dönüşüm konusunda yasal düzenlemeler yapılmış ve mahalli idarelerin bu konudaki yetki ve sorumlulukları daha spesifik olarak düzenlenmiştir. Mahalli idare birimleri bu düzenlemeler çerçevesinde kentsel dönüşüm projelerini hayata geçirme, bu süreci yönetme ve denetim yetkisine kavuşmuştur. Buradan da anlaşılacağı üzere bu süreçte mahalli idarelerin daha etkin rol oynamaları öngörülmüştür. İlaveten kentsel dönüşüm konusunda strateji belirleme, bunlara uygun eylem planları oluşturma yetkisini de elde eden mahalli idareler hem mevzuat hem de uygulamada etkin rol almaya başlamıştır. Dolayısıyla artık mahalli idareler, kentsel dönüşümle ilgili yönetim ve planlama süreçlerinde de yer almaktadır.¹⁷

D. İl Özel İdareleri

Kentsel dönüşümle ilgili önemli yasal düzenlemelerden biri olan 5366 sayılı “Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun”¹⁸ ile büyükşehir belediyelerine, il-ilçe belediyeleri ve belediyelerin yetki alanı dışında ise il özel idarelerine kentsel yenileme¹⁹ ile ilgili birtakım yetki ve sorumluluklar verilmiştir. Dolayısıyla kent-

¹⁶ Cafer Ulutaş, ‘Kentsel Toprak Rantının Kamuya Kazandırılmasında Bir Araç Olarak İmar Haklarının Toplulaştırılması (Dikmen Vadisi Örneği)’ (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE 2005) 60-61. Bu konuda kamu-özel ortaklığı ile ilgili daha detaylı inceleme için Bkz. Yaprak (n 4) 163 vd.

¹⁷ Uzan (n 10) 992. Ayrıca Bkz. Genç (n 12) 118.

¹⁸ Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5366, Kabul Tarihi: 16.06.2005, RG 05.07.2005/25866.

¹⁹ “Kentsel yenileme” kavramının kentsel dönüşüm kavramını ifade etmek üzere kullanıldığı ve en basit anlatımla eskiyi yıkip yeniden yapmak şeklindeki dönüşüm uygulamalarını kast ettiği yönünde Bkz. Şaban İnam ve Vuslat Salalı, ‘Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Çalışmalarının Hukuki Boyutu ve Uygulamada Karşılaşılan Yasal Sorunlar’ (2021) 79 (1) Ankara Barosu Dergisi 75, 83. Kentsel yenileme yöntemi ile kent dokusunun tamamen yenilendiği ile ilgili olarak Bkz. Uzan (n 10) 989. Kentsel yenilemenin türleri için Bkz. Pelin Özden, ‘Kentsel Yenileme Uyg-

sel dönüşümle ilgili idari aktörler ele alınırken bir mahalli idare birimi olan il özel idarelerine de değinmek gerekmektedir. Zira belediye sınırları dışında yenileme alanlarının tespiti gibi görevleri mezkûr Kanun gereği il özel idareleri yerine getirmektedir.

Bilindiği üzere mahalli idarelerle ilgili olarak 2012 yılında önemli değişiklikler yapılmış ve il özel idareleri de bu değişiklikten etkilenmiştir. Şöyle ki 2012 yılında yürürlüğe giren 6360 sayılı “On Dört İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Yedi İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile büyükşehir belediyelerinin sayısı artırılarak, sınırları bütün ilin sınırları haline getirilmiştir. Bu düzenleme ile büyükşehir belediyesi sayısı 30’a yükseltilmiş ve buralarda il özel idarelerinin tüzel kişiliği kaldırılmıştır.²⁰ Bir başka ifade ile büyükşehir belediyesi olan illerde il özel idareleri kaldırılmıştır. Bunun dışındaki illerde il özel idareleri varlığını devam ettirmektedir.

5366 sayılı Kanun’un ilk maddesine göre belediyeler ve büyükşehir belediyelerinin yanı sıra il özel idareleri, yıpranan ve özelliğini kaybetmeye başlamış olan, “kültür ve tabiat varlıklarını koruma kurullarınca sit alanı olarak tescil ve ilan edilen bölgeler ile bu bölgelere ait koruma alanlarını”, bölgenin gelişimine uygun bir biçimde yeniden inşa ve restore etmek, bu bölgelerde konut, kültür ve turizm, ticaret ve sosyal donatı alanları oluşturmak, doğal afet risklerine karşı tedbirler almak, tarihi ve kültürel değeri olan taşınmaz varlıkları yenileyerek korunması ve yaşatılarak kullanılmasını sağlamakla yetkili ve sorumludur.

Mezkûr 5366 sayılı Kanun’un 2. maddesi uyarınca yenileme alanlarını il özel idarelerinde il genel meclisi (meclis) belirlemektedir. Meclis, üye tam sayısının salt çoğunluğu ile bu kararı almaktadır. Meclis tarafından alınan bu karar, Cumhurbaşkanına sunulmaktadır. Dolayısıyla sunulan bu projenin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda son sözü Cumhurbaşkanı söylemektedir. Şayet Cumhurbaşkanı bunu kabul ederse bu alandaki uygulama, bir proje kapsamında etap etap olacak şekilde projelendirilmektedir. Bu etapların proje ve programları ise meclisin üye tam sayısının salt çoğunluğunun kararı ile il özel idareleri için Valinin onayının ardından uygulanmaktadır.

lamalarında Yerel Yönetimlerin Rolü Üzerine Düşünceler ve İstanbul Örneği’ (2011) (23-24) İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 255, 257 vd.

²⁰ Ramazan Çağlayan, *İdâre Hukûku Dersleri* (11. Baskı, Adalet 2023) 171.

II. Kentsel Dönüşümde Yaşanan Sorunlar

Kentsel dönüşümün kapsamlı ve pek çok aşamayı bünyesinde barındıran bir iş olması hasebiyle bu konuda çok çeşitli sorunlarla karşılaşmaktadır. Sorunların hepsini tek bir çalışmada ele almak ve çözümler üretmek mümkün değildir. Zira sorunların kaynağı ve çözümleri, her bir disiplin için farklı değerlendirmeler gerektirmektedir. Bu başlık altında kentsel dönüşümle ilgili sorunlardan bazıları ele alınmış ve idare hukuku perspektifi ile öneriler sunulmaya çalışılmıştır. İdare hukukunu ilgilendiren boyutuyla sorunlardan bazıları tasnif edilerek başlıklandırılmıştır. Bu başlıklar altında sorunlara ve bu konuda doktrindeki eleştirilere yer verilmiş, önerilerde bulunulmuştur.

A. Uygulama Kaynaklı Sorunlar

Çalışmanın ilk bölümünde açıklandığı üzere kentsel dönüşüm konusunda Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, TOKİ, belediyeler ve il özel idarelerine yetki verilmiştir. Dolayısıyla bu konuda yetkili olan idareler birden fazladır. Farklı kanunlarda farklı idarelere yetki verildiği görülmektedir. Hal böyle olunca işin uygulama boyutuna geçildiğinde, özellikle de projelerin yürütülmesi noktasında, yetki ve görevle ilgili olarak karmaşa yaşanabilmektedir. Örneğin 775 sayılı “Gecekondu Kanunu”nun uygulama sürecinde, bu yetki ve görev ayrımı, TOKİ ve belediyeler arasında karmaşaya sebep olmuştur.²¹ Kentsel dönüşüm projelerinde bu tür yetki karmaşasına bir de yetkili idarelerden bazıların inisiyatif almaması ya da merkezi idarenin sürece çok fazla müdahale etmesi de eklenince, denetim ve katılım iyice zorlaşmaktadır.

Kentsel dönüşüm konusunda yetkili olan bu idarelerde görevli personelle ilgili yetersizlikler de uygulamada sorunlara sebep olmaktadır. Buna bir de yasal

²¹ Aliefendioğlu ve Tanrıvermiş (n 2) 738. Ayrıca Bkz. Uğur İhtiyaroğlu, ‘Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında Karşılaşılan Hukuki Sorunların Yargı Kararları Işığında İncelenmesi’ (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi FBE 2019) 38-39. Burada yaşanan sıkıntı kamulaştırma yetkisinin somut olayda belediyeye mi yoksa TOKİ’ye mi ait olduğu ile ilgilidir. Olayda belediye sınırları içerisinde yer alan taşınmazların olduğu yerin “gecekondu önleme bölgesi ilan edilmesi” sebebiyle kamulaştırma yapma yetkisi Danıştay 6. Dairesinin E:2011/8144 ve K:2013/7613 sayılı kararında belediyeye ait olarak değerlendirilmiştir. Burada 775 sayılı Kanun dayanak olarak gösterilmiştir. Fakat mezkûr Kanunda açıkça belediyenin gecekondu bölgesinde yapacağı işlemlerde yetki ve görev sınırının TOKİ ve belediye arasında zaten çizildiğine dikkat çekilmektedir. Belediye çalışmalarının denetimi ise TOKİ kararlarına bağlanmıştır. 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’na göre, belediyenin alacağı kamu yararı ve kamulaştırma kararı çerçevesinde, TOKİ’nin de yetki devri yoluyla kamulaştırma yapabileceği ifade edilmektedir. Aliefendioğlu ve Tanrıvermiş (n 2) 738.

altyapı eksikliği eklenince, sorun büyümektedir. Kentsel dönüşüm konusunda yetkili olan merkezi idare ve mahalli idarelerde özellikle gayrimenkul proje geliştirme, değerlendirme ve proje yönetimi alanlarında uzman personelin ve yasal düzenlemelerin yetersiz olduğu yönünde eleştiriler söz konusudur.²² Bu durum, kentsel dönüşüm alanlarının sağlıklı bir biçimde planlanmasını, kentsel rant yönetimini ve rasyonel uygulamaları mümkün kılmamaktadır. Burada bir tespit çok önemlidir: Farklı illerdeki kentsel dönüşüm projelerine bakıldığında idarenin takdir ettiği taşınmaz değeri ile mahkemenin talebi üzerine hazırlanan bilirkişi raporlarına göre kesinleşen taşınmaz değerleri karşılaştırıldığında, aralarında 1,5 kat ila 5 kat arasında değişen bir farkın olduğu görülmüştür.²³ Bakıldığı zaman bu fark, uygulama ve mülkiyet hakkının korunması açısından ciddi bir hukuki sorundur. Zira taşınmazların eksik değerlendirilerek kamulaştırılması, mülkiyet hakkının ihlali neticesini doğurur ki kamulaştırmada gerçek ve adil değerlerin ödenmesi elzemdir. Ayrıca bu halde uygulama farklılıklarının meydana gelmesi söz konusu olduğundan, eşitlik ilkesine aykırı durumlar ortaya çıkabilmektedir.

Uygulama kaynaklı sorunlar içerisinde, yetkili idarelerin kentsel dönüşümle ilgili görev ve yetkilerini kullanımı da yer almaktadır. Zira mahalli idarelerin bu yetkilerini, uygulamak istedikleri kentsel müdahaleleri meşrulaştırmak için kullanabildikleri doktrinde ifade edilmektedir.²⁴ Yasal düzenlemelerde yer alan kentsel dönüşüm amaçları yerine bu idarelerin kentsel dönüşüm projelerini rant ölçekli veya yalnızca fiziksel müdahale ile sınırlı kalarak yaptıkları ya da evden çıkarma, kamulaştırma yapmak suretiyle araziye el koyma gibi uygulamalarda bulundukları ifade edilmektedir. Kentsel dönüşümün kentin ve o kentte yaşayan vatandaşların gerçek ihtiyaçları doğrultusunda şekillenmek yerine, mahalli idareler ve sermayedarların talepleri yönünde şekillendiğine dair eleştiriler yapılmaktadır.²⁵ Yapılan bu eleştiriler karşısında öneri olarak mevzuatın kamu yararını odağına alması gerektiği söylenebilir. Mevzuatta, dönüşüm olgusunun yalnızca fiziksel olarak değil, sosyal ve ekonomik bir dönüşümü de ihtiva etmesi gerektiği açıkça vurgulanmalıdır. Genel olarak kâr amacı güdülmesinin ve bunun kötüye kullanılmasının önüne geçmek için yasal sınırlamalar getiril-

²² Bu eleştiriler için Bkz. Aliefendioğlu ve Tanrıvermiş (n 2) 736.

²³ Aliefendioğlu ve Tanrıvermiş (n 2) 736.

²⁴ Bkz. Ulutaş (n 16) 94.

²⁵ Ulutaş (n 16) 94.

melidir. Yine halkın katılımının²⁶ yalnızca bilgilendirme seviyesinde kalmaması ve onların sürece aktif bir biçimde müdahil olmaları da dönüşüm kaynaklı memnuniyetsizlikleri azaltacaktır. Bu süreçte kamu yararına aykırı sözleşmeler yapılmaması da önemlidir.

Esasen kentsel dönüşümün amacı dışında kullanılması sonucunda mülkiyet hakkının ihlali de söz konusu olacaktır.²⁷ Bir başka deyişle kentte yaşayanların ihtiyaçlarına aykırı şekilde kentsel dönüşüm yapıldığında Anayasa ile korunan bir hak olan mülkiyet hakkının ihlali gündeme gelecektir. Dolayısıyla uygulamada sorun çıkmaması için kentsel dönüşümün amaçları ile uyumlu müdahaleler yapılmalıdır.

Kentsel dönüşümle ilgili yasal düzenlemelerin uygulanması noktasında sorunlar çıkabilmektedir. Örneğin temel yasal düzenlemelerden biri olan 6306 sayılı Kanun'un uygulanması noktasında birtakım sorunlar olduğu ifade edilmektedir. Özsunay'a göre Kanun, amacından saptırılarak uygulanabilmekte, kötüye kullanıma müsait alanları bünyesinde barındırabilmektedir. Bunun nedenlerinden birisi Kanun'un, bireysel mülkiyeti önceleyerek paylı mülkiyet, elbirliği mülkiyeti²⁸ ya da kat mülkiyetine²⁹ tabi yapıları geri plana atması ve

²⁶ Toplumu oluşturan bireylerin kentsel dönüşüm sürecine katılımı, burada amaçlanan faydayı sağlamak açısından önemlidir. Nitekim halkın katılımı sağlanarak onların talep ve beklentileri öğrenilerek uygun cevaplar oluşturulabilir. Burada sorun, bu katılımın ne ölçüde ve nasıl sağlanacağıdır. Gül Üstün, *Kentsel Dönüşüm Hukuku* (1. Baskı, 12 Levha Yayınları 2014) 198. Nitekim katılımın da belirli bir sınırının olması gerektiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Aksi halde kentsel dönüşüm sürecinde uzmanlık isteyen konularda bu katılımın faydadan çok zararı olabilecek, bu durum sürecin doğru bir biçimde akışını etkileyebilecektir.

²⁷ Melikşah Yasin, 'Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Hukuki Boyutu' (2005) (60) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 105, 109 ve 132. Mülkiyet hakkına, 6306 sayılı Kanun'la getirilen sınırlamalar ile ilgili değerlendirmeler için Bkz. Adem Avcı, '6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması' in Melikşah Yasin ve Cenk Şahin (eds), *Kentsel Dönüşüm Hukuku* (2. Baskı, 12 Levha Yayınları 2015) 310 vd.

²⁸ Paylı mülkiyet ve elbirliği mülkiyeti, birlikte mülkiyetin türleridir. Ergun Özsunay, *6306 Sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler* (Vedat Kitapçılık 2015) 36. Paylı mülkiyetle ilgili olarak ayrıca Bkz. İlker Öztas, *Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı* (12 Levha Yayınları 2011). Paylı mülkiyet konusunda gider ve yükümlülüklerle ilgili bilgi için Bkz. Efe Can Yıldırım, 'Paylı Mülkiyetten Doğan veya Paylı Malı İlgilendiren Gider ve Yükümlülüklerden Paydaşların Dış ve İç İlişkideki Sorumluluğu' (2024) 10 (1) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 195, 196 vd. Elbirliği mülkiyeti konusunda daha fazla bilgi için Bkz. Mehmet Akçaal, 'Elbirliği Mülkiyetinde Yönetim' (2020) 9 (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 211, 213 vd.

²⁹ Kat mülkiyeti, "arsa payı ve ana taşınmazdaki ortak yerlerle bağlantılı özel bir mülkiyet" türüdür. Özsunay (n 28) 36.

bunlara yönelik çözüm mekanizmalarını tam manasıyla geliştirememiş olmasıdır. Başka bir ifade ile bireysel mülkiyet halinde Kanun'un uygulanması oldukça kolaydır. Fakat az önce sayılan paylı mülkiyet, elbirliği mülkiyeti gibi durumlarda Kanun'un uygulanması bakımından sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Örneğin kat mülkiyetiyle ilgili sorunlar çıktığında, diğerleri ile hesaplama düşüncesinde olan kişiler, riskli yapı tespitine yönelik istemde bulunabilmekte ve binanın "Türkiye Bina Deprem Yönetmeliği'ne"³⁰ uygun olmadığını tespit ettirerek pazarlıklara girebilmektedir. Bu halde Kanun, amacından saptırılmakta ve kötüye kullanım durumu meydana gelebilmektedir.³¹

Uygulamada karşılaşılan sorunlardan biri de mevzuatın öngördüğü kavramların uygulayıcılar veya muhataplarca yanlış anlaşılmasıdır. Örneğin 6306 sayılı Kanun'un 3. maddesinde riskli yapı tespitinin, yapı maliki ya da onun kanuni temsilcisi tarafından yaptırılacağı hüküm altına alınmıştır. Burada "yapı maliki" kavramı, Kanun'un yanlış uygulanmasına sebep olabilmektedir. Nitekim yapı malikinin tek bir kişi olması durumunda Kanun'un uygulanması noktasında çok fazla sıkıntı yaşanmasa da birlikte mülkiyet halinde yapı malikinin tek bir kişi olmamasından kaynaklı olarak sorunlar çıkabilmektedir. Paylı mülkiyette maliklerden biri tek başına riskli yapı tespiti yaptıramamaktadır. Bu halde tüm paydaşların ortak kabulü gerekir. Elbirliği mülkiyeti halinde de durum aynıdır. Fakat uygulamada yanıltıcı beyanlarla bu işlemlerin yapılabilirdiği ifade edilmektedir.³² Bu tür durumların önüne geçilebilmesi için mevzuatın kapsayıcı çözümler üretebiliyor olması gerekmektedir. Başka bir ifade ile mevzuatta farklı durumlar için farklı ve kapsayıcı çözümler öngörüldüğünde, yani tek bir varsayım üzerinden hareket edilmediğinde, uygulama kaynaklı sorunlar azalacaktır. Kentsel dönüşümle ilgili mevzuat, yanlış anlaşılmalara sebebiyet vermeyecek biçimde açık, anlaşılır ve kapsayıcı olmalıdır. Kaldı ki mevzuatın öngördüğü konuların yanlış anlaşılması kadar hiç anlaşılmaması da uygulama açısından sorun teşkil edecektir.

³⁰ Türkiye Bina Deprem Yönetmeliği, RG 18.03.2018/30364 (Mükerrer)

³¹ Özsunay (n 28) 36-37. ibid. 6306 sayılı Kanun'un amacından saptırılarak uygulamada kötüye kullanıldığı durumlardan birisi de rant elde etme arzusu bulunan inşaat firmalarının faaliyetleridir. Özellikle kat mülkiyetine tabi yapılarda, inşaat şirketinin maliklerden birinin dairesini satın alarak 6306 sayılı Kanun uyarınca riskli yapı tespiti yaptırmasıdır. Burada amaç, bina/yapı henüz ekonomik ömrünü doldurmamış dahi olsa yıkımının yapılabilmesidir. Bu halde mezkûr Kanun amacından saptırılarak kötü emellerde kullanılmış olmaktadır. Özsunay (n 28) 36-37.

³² ibid 38 vd.

Mevzuatla düzenlenen konuların anlaşılır olmaması haline örnek olarak 5366 sayılı Kanun verilebilir. Mezkûr Kanun'un amacına bakıldığında *"yıpranan ve özelliğini kaybetmeye yüz tutmuş; kültür ve tabiat varlıklarını koruma kurullarınca sit alanı olarak tescil ve ilan edilen bölgeler ile bu bölgelere ait koruma alanlarının, bölgenin gelişimine uygun olarak yeniden inşa ve restore edilerek, bu bölgelerde konut, ticaret, kültür, turizm ve sosyal donatı alanları oluşturulması, tabii afet risklerine karşı tedbirler alınması, tarihi ve kültürel taşınmaz varlıkların yenilenerek korunması ve yaşatılarak kullanılması"* olduğu görülmektedir. Burada bahsi geçen alanların oluşturulması esnasında, mevcut imar planlarının ne olacağının Kanun metninden anlaşılmadığı, bu alanlar oluşturulurken halihazırda mevcut olan imar planlarının esas alınıp alınmayacağının belirsiz olduğu ifade edilmekte ve bu konu eleştirilmektedir.³³ Üstün, bu konu ile ilgili olarak *"sit alanı olarak tescil ve ilan edilen bölgeler ile bu bölgelere ait koruma alanları"* ifadesinin mevcut imar planlarına atıf yaptığını ifade etmektedir. Dolayısıyla Üstün'e göre Kanun'dan açıkça anlaşılmasa da bu alanlarda, mevcut imar planlarına riayet edilmelidir, aksi halde imar planında olmayan durumların zuhur etmesine sebep olacak bir proje, hukuka aykırı olacaktır.³⁴ Esasen mevzuatta açıkça düzenlenmese bile kentsel yenilemenin muhteviyatına göre imar planı, revizyona tabi tutulacaktır. Kentsel dönüşüm planı yapılırken sürecin doğal bir uzantısı olarak o projenin gereklerine göre imar planında değişikliğe gidilebilir. Dolayısıyla muhakkak mevcut imar planına riayet edilmesi yerine kentsel dönüşüme girecek planlama alanı için hazırlanan tasarım projesine göre mevcut imar planının uygulanması durumu değişiklik gösterebilir. Yine de bu konu mevzuatta açık ve anlaşılır biçimde düzenlenseydi, uygulayıcılar açısından kolaylık sağlayabilir ve hukuki öngörülebilirliği artırabilirdi.

B. Yetkinin Kullanımı Noktasında Sorunlar

Çalışmanın ilk kısmında yer verilen yasal düzenlemelere ve ilgili diğer düzenlemelere bakıldığında kentsel dönüşümle ilgili olarak idareye yani Bakanlık, TOKİ, belediyeler ve il özel idarelerine takdir yetkisinin tanındığı görülmektedir. Buna göre idare, kentsel dönüşümün kapsamının belirlenmesinde, dönüşüm yapılacak yerlerin ve uygulanacak usulün tespitinde bir serbestiye sahiptir.³⁵ Esasen idareye verilen bu takdir yetkisinin, kentsel dönüşümle ilgili karar alma

³³ Üstün (n 26) 199 vd.

³⁴ Üstün (n 26) 199 vd.

³⁵ Yasin (n 27) 110; Üstün (n 26) 211 vd.

süreçlerinde, mevcut koşulların ve somut durumun gerekliliklerine uygun hareket edilebilmesini sağlamak maksadıyla verildiği söylenebilir. Bu yetki, kamu yararı çerçevesinde kullanılmalıdır.

İdareye bu şekilde takdir yetkisinin verilmiş olmasıyla bağlı yetki içerisinde bırakılmayarak sınırlanmaması, belirsizliklere yol açabilecek bir durum olarak görülmüştür. Buna bir de mevzuatta yer alan ifade belirsizlikleri de eklenince idarenin yetkisi iyice genişlemekte ve bu da mülkiyet hakkına müdahale neticesini doğurabilmektedir.³⁶ Örneğin 6306 sayılı Kanun'un 2/b maddesinde, Kanun metninde geçen "idare" tabirinden neyin anlaşılması gerektiği yönünde "*Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyelerini*" şeklinde düzenleme yer almaktadır. Bakanlığın hangi konuda ve ne zaman/hangi hallerde yetkilendirme yapacağı belirsizdir. Bu da ilçe belediyesi seçiminde Bakanlığa geniş bir takdir hakkı sunmaktadır. Böylece bazı belediyeler hiçbir zaman yetkilendirilmeyebilecektir.³⁷

Mezkûr madde hakkında AYM'ye yapılan başvuruda, bu belirsizliğin hukuki güvenliği zedelediği, Bakanlığa istediği ilçe belediyesi ile çalışma imkanı verilmesinin, sınırları belirsiz, keyfi kullanıma açık bir asli düzenleme yetkisi olduğu ileri sürülmüştür. AYM ise yaptığı değerlendirmede, mezkûr Kanun'un bütününe bakıldığında asıl yetkilinin Bakanlık olduğu, Kanun'da "idare" olarak yer verilen mahalli idarelerin tümünün yalnızca Bakanlıkça yetkilendirilmeleri durumunda Kanun gereği yapılacak uygulamaları gerçekleştireceklerini ifade etmiştir. AYM, Bakanlığın takdir yetkisini kullanırken genel ilkeler ve sınırlamalara uygun hareket etmesi gerektiğini ve bunun da yargı denetimine tabi olduğunu vurgulamıştır. Dolayısıyla mezkûr madde hakkında iptal istemini reddetmiştir.³⁸ Fakat doktrinde DORU, şayet tüm idareler, yetkilendirilmeleri durumunda iş yapabilecekse o halde mezkûr maddede neden yalnızca ilçe belediyelerinin yetkilendirileceğinin ayrıca yer aldığını sorgulamaktadır. Dolayısıyla AYM'nin bu kararı, belirsizliği ortadan kaldırmamıştır.³⁹ Kentsel dönüşümle ilgili işlemlerde, baş aktör olan Bakanlığın bu tür yetkilendirmeler yapması mümkündür. Fakat

³⁶ Seyit Rasim Doru, '6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'a İlişkin Değerlendirme' in Melikşah Yasin ve Cenk Şahin (eds), *Kentsel Dönüşüm Hukuku* (2. Baskı, 12 Levha Yayınları 2015) 266.

³⁷ Doru (n 36) 266-267.

³⁸ Anayasa Mahkemesi, E 2012/87, K 2014/41, 27.02.2014 <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> Erişim Tarihi 20 Aralık 2024.

³⁹ Doru (n 36) 267.

mevzuatta yetkilendirmelerin yapılacağı idarelerin bu şekilde ayrıca belirtilmesi, belirsizliklere yol açabilecektir. Kentsel dönüşümle ilgili işlemlerin fazla ve karmaşık olması göz önüne alındığında, mevzuatta bu tür belirsiz durumların oluşturulmaması, sürecin sağlıklı işlenmesini kolaylaştıracaktır.

Elbette, idarenin sahip olduğu takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılması elzemdir.⁴⁰ Aksi halde, yapılan işlemler hukuka aykırı oldukları için iptal edilecektir. Örneğin, 5366 sayılı Kanun'un 2. maddesinin ilk fıkrası uyarınca il özel idareleri ve belediyeler yenileme alanlarını, meclis üye tam sayısının salt çoğunluğunun kararı ile tespit etmektedir. Burada il özel idare ve belediyelere yenileme alanlarının tespitinde bir takdir yetkisi tanınmıştır. Sayılan bu idareler, söz konusu tespiti yaparken Kanun'un amacına uygun bir biçimde, ayrıca kamu yararı ve hizmet gereklerini de gözeterek işlem tesis etmelidir.⁴¹ Aksi halde örneğin herhangi bir doğal afet riski bulunmayan bir alanı bu tür risklere karşı tedbir alma gerekçesiyle yenileme alanı olarak belirlemek, takdir yetkisinin kötüye kullanımını teşkil etmektedir. Fakat kentsel dönüşümle ilgili her konuda idarenin takdir yetkisinin bulunduğunu söylemek de doğru olmayacaktır. Nitekim ilgili yasal düzenlemelere bakıldığında kentsel dönüşüm işleminin sebebi ve sonucunun kanunla belirlendiği hallerde, idare için bir serbesti söz konusu değildir. Bu halde idare, kanunun belirlediği sınırlar doğrultusunda işlemleri yerine getirmelidir.

İdarenin bağlı yetki içerisinde olduğu durumlarda, takdir yetkisi ile hareket etmesi mümkün değildir. Takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda ise dikkatli olmalıdır. Kentsel dönüşüm uygulamaları yapılacak yerlerde her ne kadar idareye bir serbesti tanınmış olsa da dönüşüme konu olacak alanın karakteristik özelliği, tarihi dokusu, çevresel yapısı göz önüne alınmalıdır. O alanın özelliğini bozacak biçimde hareket edildiğinde, kamu yararı ile şehircilik ve planlama ilkelerine aykırı olarak takdir yetkisi kullanılmış olacaktır.⁴² Kaldı ki tarihi mekanlar açısından düşünüldüğünde bu mekanların, taşıdığı özgün tarihi doku ve barındırdığı köklü geçmiş sebebiyle kentsel dönüşümle ilgili her müdahaleye elverişli olmadığı görülmektedir. Bu alanlarda yapılacak dönüşüm ve iyileştirme çalışmaları, sadece fiziksel yapının aslına uygun şekilde korunmasıyla sınırlı kalmamalı, bunun yanı sıra çevresel unsurlar ile sosyal yaşam ve kültürel kimlik

⁴⁰ Yasın (n 27) 110.

⁴¹ Üstün (n 26) 222.

⁴² ibid 227.

de titizlikle muhafaza edilmelidir.⁴³ Bu alanlara yönelik kentsel dönüşüm projeleri hazırlanırken ve bu konuda idare takdir yetkisini kullanırken azami özen göstermeli, bu konudaki bilimsel yaklaşımları da göz ardı etmemelidir.

İdarenin takdir yetkisini sınırsız olarak kullanamayacağı açıktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, “.. bu yetkinin amacının, sınırları ve çerçevesinin yasayla belirlenmesi gerekir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa’nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamına gelmez. İdareye keyfi uygulamalara yol açabilecek çok geniş takdir yetkisi verilmesi Anayasa’nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.”⁴⁴ Yetkinin sınırlarının düzenlenmemiş olması hukuka aykırı durumları beraberinde getirebilir. Örneğin “Kuzey Ankara Girişi Kentsel Dönüşüm Projesi Yönetmeliği”⁴⁵ nin 12. maddesi uyarınca “*Tapu tahsis belgesi bulunan gecekonduların maliklerine proje alanı içerisinde üretilecek ve nitelikleri Belediye Meclisince tespit edilecek hak sahipleri konutlarından verilmesi için konut sözleşmesi yapılır.*” Mezkûr Yönetmeliğin 13. maddesi gereğince ise bu kişilere verilecek konutların nitelikleri, Belediye Meclisi tarafından tespit edilecektir. Burada kast edilen, Ankara Büyükşehir Belediyesidir ve Belediye’ye konutların belirlenmesi konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. Fakat burada dikkat edilmesi gereken husus, bu yetkinin sınırının çizilmemiş olmasıdır. Bu durum sorun teşkil edilecektir. Nitekim Belediye, bu maliklere proje alanı içerisinde herhangi bir konutu verebilir. Gecekondu aynı niteliği haiz iki malike, farklı nitelikte konut verilmesi de ihtimal dahilindedir. Bu halde eşitsizlik ortaya çıkacaktır.⁴⁶ Dolayısıyla bu örnekte olduğu gibi takdir yetkisinin sınırının belirlenmemiş olduğu durumlar, uygulamada sorunları ve hak ihlallerini beraberinde getirebilir. Bu noktada malikin konutunun değerinin değerlendirme uzmanlarınca tespit edilmesi, konutun değerine eş veya yakın nitelikte bir konutun malike verilmesine imkan sağlayabilecektir.

⁴³ İzzet Değirmenci, ‘Tarihi Mekanlarda Kentsel Dönüşüm Uygulamaları ve Çevre Üzerine Etkileri’ (2014) <https://www.researchgate.net/publication/272745986_Tarihi_Mekanlarda_Kentsel_Donusum_Uygulamalari_ve_Cevre_Uzerine_Etkileri> Erişim Tarihi 28 Ocak 2025.

⁴⁴ Anayasa Mahkemesi, E 2000/14, K 2000/21, 13.09.2000, <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>> Erişim Tarihi: 12 Ocak 2025

⁴⁵ Kuzey Ankara Girişi Kentsel Dönüşüm Projesi Yönetmeliği, RG 14.04.2006/26139

⁴⁶ Üstün (n 26) 230.

C. Kentsel Dönüşüm İşlemleri ile İlgili Sorunlar

Kentsel dönüşüm faaliyeti kapsamında birçok idari işlem tesis edilmektedir.⁴⁷ Yapılan bu işlem ve eylemlerden kesin ve icrai nitelikte olanlara karşı açılacak davalar, idari yargıda görülmektedir.⁴⁸ Örneğin, kentsel dönüşümle ilgili önemli düzenlemelerden birisi olan 6306 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 9. fıkrasında, mezkûr Kanun uyarınca tesis edilen idari işlemlere karşı "tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içerisinde 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) uyarınca dava açılabilmesi hüküm altına alınmıştır.⁴⁹ Dolayısıyla bahsi geçen bu işlemlere karşı, idari yargıda dava açılmalıdır.

⁴⁷ Ezgi Yıldırım, 'Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin İdari Uyuşmazlıkların Yargısal Denetimi (Esas)' in Melikşah Yasın ve Cenk Şahin (eds), *Kentsel Dönüşüm Hukuku* (2. Baskı, 12 Levha Yayınları 2015) 390. Ayrıca Bkz. Yasın (n 27) 133.

⁴⁸ Yasın (n 27) 133.

⁴⁹ Esasen Anayasa Mahkemesi (AYM) tarafından 2014 yılında iptal kararı verilmeden önce mezkûr 9. fıkranın devamında "bu davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemez." hükmü yer almaktaydı. Fakat açılan davada 6. maddenin pek çok fıkrasının iptali isteminde bulunduğu gibi bu fıkranın da iptali istenmiştir. 9. fıkranın ilk cümlesinde yer alan "30 gün" şeklindeki dava açma süresinin hak arama hürriyetini sınırladığı öne sürülerek iptali istenmiş ancak Yüksek Mahkeme bu sürenin, dilekçenin hazırlanması ve eklerinin teminini imkânsız kılacak biçimde ya da bunları büyük ölçüde güçleştirecek şekilde kısa olmadığı, bu yönüyle mahkemeye erişim hakkına ölçüsüz bir sınırlama getirmediği gerekçesiyle istemin reddine karar vermiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, E 2012/87, K 2014/41, 27.02.2014, <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>>, Erişim Tarihi 20 Aralık 2024.

Dolayısıyla 6306 sayılı Kanun gereği tesis edilen işlemlere karşı açılan davalarda genel dava açma süresi olan 60 günlük süre değil özel olarak 6306 sayılı Kanun'la belirlenen 30 günlük süre uygulanacaktır. Dava açma süresi, bu işlemler yönünden kısaltılmıştır.

Mezkûr 9. fıkranın ikinci cümlesinde yer alan "bu davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemez." kuralının gerekçesi, mezkûr Kanun ile temelde kişilerin can ve mal emniyetini temin etmenin amaçlandığı, Kanun'da öngörülen iş ve işlemlerin planlanan biçimde ve zamanda gerçekleştirilmemesi halinde afet riski nedeniyle bireylerin yaşam hakkının tehlikeye gireceği ve bu hâlin devam edeceği, bu sebeple Kanun gereği tesis edilen idari işlemlere karşı açılan davalarda yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceği yönünde hüküm sevk edildiği, şeklinde açıklanmıştır. Fakat Yüksek Mahkeme, mezkûr Kanun'un ilk maddesinde yer verilen amaçlara ve genel gerekçeye dikkat çekerek "Kanunla, genel sağlığa zarar veren gerçekleşmiş olayların sonuçlarının derhal giderilmesinin ya da can ve mal güvenliğine yönelik yakın ve kesin tehlikelerin derhal önlenmesinin değil; afet riski altındaki alanların, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun dönüşümü sağlanarak sağlıklı ve dengeli bir çevre hâline getirilmelerinin, böylelikle ileride gerçekleşmesi muhtemel can ve mal kayıplarının önüne geçilmesinin hedeflendiği anlaşılmaktadır." demek suretiyle Kanun uyarınca yürütmeyi durdurma kararına istisna getirilmesinde isabet bulamamıştır. Dolayısıyla "bireylerin, hak arama özgürlüklerini daha etkili biçimde kullanabilmelerini sağlayan yürütmeyi durdurma kurumundan Anayasa'ya aykırı olarak yoksun bırakıldıkları" sonucuna ulaşmış ve iptaline karar vermiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, E 2012/87, K 2014/41, 27.02.2014, <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>>, Erişim Tarihi 20 Aralık 2024.

Kesin ve icrai niteliği haiz olmayan işlemler ise dava konusu edilemeyecektir. Örneğin kentsel dönüşümle ilgili birtakım hazırlık işlemleri yapılmaktadır. Hazırlık işlemleri, esas işlemin yani kesin ve icrai nitelikteki işlemin öncesinde yapılan işlemlerdir. Ayrılabilir işlem kuramı⁵⁰ haricinde bu işlemler, asıl işlemten ayrılarak dava konusu edilemez. Şayet idare, bir konuda hazırlık işlemi yapmışsa, bu işlemin sonuçlarına da uymak durumundadır. Aksi halde, hazırlık işlemi yapılmadan işlem tesis edilmesi, yapılan işlemi şekil, usul ve en önemlisi de sebep unsuru yönünden hukuka aykırı hale getirmektedir.⁵¹ Bu halde yapılan işlem, idari işlemin unsurları yönünden sakat olacak ve iptal edilecektir.

Kentsel dönüşüm işlemleri ile ilgili üst paragrafta bahsedilen hukuka aykırı durumlara örnek olarak müellif raporunun olmaması⁵² örnek gösterilebilir. Nitekim Danıştay, kentsel dönüşüm ve gelişim alanının tespitine ilişkin plan değişikliğiyle ilgili müellif çalışmasının yapılmamasını ve bunun yanında müellif raporunun da hazırlanmamasını göz önünde bulundurarak yapılan işlemin iptalini hukuka uygun bulmuştur.⁵³ Benzer şekilde Danıştay, plan müellifi raporu olmayan imar planı revizyonunda hukuka uyarlık bulunmadığını ifade etmiştir.⁵⁴

⁵⁰ Ayrılabilir işlem kuramı, birbirini belirli bir sırayla izleyen zincir işlemi olarak karşımıza çıkan işlemlerde, icrai nitelikteki işlemin ayrılması ve buna karşı iptal davası açılmasını ifade etmektedir. Bkz. Murat Sezginer, 'İdari İşlem - İcrailik - Ayrılabilir İşlem - Yargısal Denetim' (2011) 69 (1-2) Journal of Istanbul University Law Faculty 241, 245. Buradan anlaşılması gereken şudur: bir işlemin ortaya çıkabilmesi için birden fazla işlemin birbiri ardına yapılması gerektiği hallerde, bu işlem basamaklarından bazıları icrai nitelikte olmayabilir. Bunlara karşı tek başına yargı yoluna başvuru yapılamaz. Fakat basamakların içerisinde, diğer işlemlerden ayrı olarak icrai niteliğe sahip işlemler varsa diğerlerinden ayrı olarak buna karşı iptal davası açılabilir.

⁵¹ Yıldızhan Yayla, *Şehir Planlamasının Başlıca Hukukî Meseleleri ve İstanbul Örneği* (İstanbul University Press 1975) 38-39. ibid.

⁵² "Plân Yapımını Yüklenecek Müelliflerin Yeterliliği Hakkında Yönetmelik" madde 4'te müellifin, "*Kanun'da tanımlanan her (Değişik ibare: RG-20/9/2023-32315) ölçek ve türdeki mekânsal plânların yapılmasını üstlenebilmek için gerekli olan ilgili yeterlilik grubuna uygun yeterlilik belgesine sahip gerçek kişiyi veya ilgili yeterlilik grubuna uygun yeterlilik belgesine sahip tüzel kişiliklerin hissedarları içinde hisseleri ortakların meslek grubuna göre dağılımında eşit veya daha fazla paya sahip gerçek kişiyi*" ifade ettiği düzenlenmiştir. Plân Yapımını Yüklenecek Müelliflerin Yeterliliği Hakkında Yönetmelik, RG 07.01.2006/26046. Dolayısıyla müellif raporu, kentsel dönüşüm için elzem olan imar planları ile ilgili önemli bir rapordur.

⁵³ Danıştay 6 D, 2009/4025, 08.02.2010 <<https://karararama.danistay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 27 Aralık 2024.

⁵⁴ Danıştay 6 D, 2018/6811, 11.10.2021 <<https://karararama.danistay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 27 Aralık 2024.

Şayet kentsel dönüşüm alanında bir proje yürütülüp bu projeler uygulanmak isteniyorsa bunun için imar planları yapılmalıdır.⁵⁵ Proje hazırlanmadan ve bu proje doğrultusunda imar planı yapılmadan, gerekli plan değişiklikleri yapılmadan uygulama işlemleri tesis edilemeyecektir. Dolayısıyla örneğin proje ve imar planı yapmadan kentsel dönüşüm alanı ilanını Danıştay 6. Dairesi “tek başına kamulaştırma işlemi tesis edilmesine gerekçe olamayacağı”⁵⁶ şeklinde değerlendirmiştir.

Kentsel dönüşüm sürecinde yapılan önemli işlemlerden birisi de riskli yapının tespiti. Riskli yapının tespiti konusunda 6306 sayılı Kanun’un 2. maddesinin (d) fıkrası eleştirilmektedir. Mezkûr fıkra “riskli yapı” kavramından anlaşılması gerekenin “ekonomik ömrünü tamamlamış” ya da “yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmî ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapı” olduğu hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla riskli yapı tespiti yaparken ilgili kurum ve kuruluşlar, Kanun metnindeki bu kriterlerin sağlanıp sağlanmadığına bakmalıdır. Metinde “ya da” bağlacı kullanıldığından, her iki durumdan birisinin varlığı halinde riskli yapının söz konusu olacağı anlaşılmaktadır. Fakat doktrinde, riskli yapı tespitinde bakılacak bu kriterlerden ilkinin göreceli bir kavram olduğu ve ekonomik kaygılarla mülkiyet hakkına müdahalenin önünü açabileceği belirtilmekte, eleştiride bulunmaktadır. Nitekim yapının ekonomik ömrünün iklim koşulları, yapıda kullanılan malzeme ve yapının kullanım şekline, yapının yapıldığı mevsimsel döneme ve hava şartlarına göre değişiklik gösterebileceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla “ekonomik ömrünü tamamlama” şeklindeki kriterin ucu açık bir kavram olduğu yönünde eleştiri yapılmıştır.⁵⁷

Mezkûr 2/d fıkrasının iptali için açılan davada AYM, Kanun’un genel gerekçesine atıf yapmış, riskli yapının “*hâlihazırda yaşanabilirlikten uzak, köhnemiş, can ve mal emniyeti bakımından riskli ve görüntü itibarı ile de çirkin olan yapılar*” olduğunu belirtmiştir. AYM ayrıca mezkûr maddenin riskli yapı tespiti usulü ve bu işlemi yapmaya yetkili mercileri düzenlemediğine dikkat çekmiştir. Netice itibarıyla AYM, bu fıkra da belirsizlik tespit etmeyerek iptal istemini reddetmiş-

⁵⁵ Üstün (n 26) 199.

⁵⁶ Danıştay 6 D, 2011/8665, 2013/9005, 20.12.2013 <<https://karararama.danistay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 30 Aralık 2024.

⁵⁷ Nusret İlker Çolak, ‘Kentsel Dönüşüm Mevzuatının Hukuksal Değerlendirmesi’ 21 <https://www.imarkadastro.com/userfiles/file/Makaleler/Makale_110.pdf> Erişim Tarihi 17 Mart 2025. Ayrıca Bkz. Doru (n 36) 268.

tir.⁵⁸ Kanun'un genel gerekçesi de göz önünde bulundurulduğunda bir yapının ekonomik ömrünü tamamlaması için onun köhnemiş, emniyetsiz, yaşanabilirlikten uzak ve görüntü olarak da estetik bulunmayan bir halde olması gerekir. Yıkılma veya ağır hasar görme riski tam olarak tespit edilemese dahi o yapının bu dört özelliği taşıdığına kanaat getirilmesi, yapının riskli yapı olduğunu gösterecektir. Elbette bu tespit yapılırken yapının ekonomik ömrünü etkileyecek olan, yapıda kullanılan malzeme, iklim koşulları vb. bileşenler göz önünde bulundurulacaktır. Bu noktada riskli yapı tespitini bilimsel verilere dayanarak alanında uzman kurum ve kuruluşların yapmasının önemi bir kez daha anlaşılmaktadır. Zira konu itibarıyla bu tespit, oldukça teknik ve uzmanlık gerektirmektedir. Fakat mezkûr Kanun'un riskli yapı tespiti usulü ile tespiti yapmaya yetkili mercileri düzenleyen 3. maddesinin ilk fıkrasında riskli yapı tespitini, Kentsel Dönüşüm Başkanlığı (Başkanlık), belediyeler ve il özel idarelerinin resen de yapabileceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla lisanslı kurum ve kuruluşlar dışında Başkanlık ve mahalli idareler de riskli yapı tespiti yapabilecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus bu idarelerde, özellikle de riskli yapı tespiti gibi uzmanlık isteyen konularda uzman, yetişmiş ve eğitimli personelin bulunmasıdır. Aksi halde Kanun metninde ifade edilen değerlendirmelerin doğru yapılması pek mümkün olmayacak ve yapılacak itirazlar bir yana, idarenin bu konuda hukuki sorumluluğu doğabilecektir. Dolayısıyla bu tespitler esnasında bilimsel kriterlere uyan raporlar düzenlenmezse ve hak sahiplerinin de bu konuda yapmış oldukları itirazlar dikkate alınmazsa, sorunlar meydana geleceğinden, düzenlenen raporların bilimsel verilere dayanması ve yapılan taleplerin dikkate alınması gerekmektedir. Bu noktada işlemlerin gerekçelendirilmesi de şeffaflık açısından önemlidir.

D. Mülkiyet Hakkına Müdahale: Hakkın Sınırlandırılması

Kamu yararının söz konusu olduğu durumlarda, temel hak ve özgürlüklere sınırlama getirilebilmektedir.⁵⁹ Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın sınırlanabilmektedir. 35. maddesine göre ise herkesin mülkiyet hakkı bulunmaktadır. Mezkûr 35. maddeye göre mülkiyet hakkı, yalnızca kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir ve bu hak, toplum yararına aykırı olarak kullanılamaz. Nitekim topluluk halinde yaşadığımıza göre

⁵⁸ Anayasa Mahkemesi, E 2012/87, K 2014/41, 27/02/2014 <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>> Erişim Tarihi 20 Aralık 2024.

⁵⁹ Üstün (n 26) 198.

içinde bulunduğumuz toplumda düzenin sağlanabilmesi için idarenin temel hak ve özgürlüklere birtakım sınırlamalar getirmesi olağandır. Anayasanın mezkûr maddeleri gereği bu sınırlamaların kanunla yapılması gerekir.

Kentsel dönüşüm faaliyetleri ile kişilerin mülkiyet hakkı sona erdirilebilmekte ya da mülkiyet hakkı dolayısıyla sahip olunan yetkilerin kullanımı sınırlandırılabilmektedir. Bu noktada karşımıza çıkan sorunlardan birisi, bu hakkın sınırlandırılmasında hangi hallerin yeterli olduğu ve kamu yararının tespitin⁶⁰ nasıl yapılacağı noktasıdır. Esasen kentsel dönüşüm projesinin amacı ve uygulama birliğinin sağlanması, hakkın sınırlandırılmasının sebebini oluşturmaktadır.⁶¹ Bu sebeplerin sınırlarının çizilmesi, hakkın sınırlandırılması noktasında önemli bir yere sahiptir. İşte uygulamada bu sınırların çizilmesinde yaşanan zorluk, kentsel dönüşüm sürecinde sorunlar yaşanmasına sebep olmaktadır.

Kentsel dönüşüm amacıyla idare tarafından bölgede geçici kısıtlamalar uygulanması, kamulaştırma kararı alınması, taşınmaz tasarruflarının kısıtlanması gibi durumlar, mülkiyet hakkına müdahale niteliğine sahiptir. İdare, bu yetkilerini kullanırken mülkiyet hakkına müdahale etmektedir. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla sınırlandırılacağı belirtilmiştir. Kentsel dönüşüm uygulamalarında da amaç, kamu yararıdır. Fakat kamu yararı sağlanmaya çalışılırken bireysel yarar da göz ardı edilmemelidir. Bu ikisi arasında bir denge kurulmalıdır. Kamu yararı sağlandığı halde mülkiyet hakkı sınırlandırılırken ortaya çıkacak fayda karşısında ekonomik ve sosyal maliyetin fazla olması durumunda, idarenin bu konudaki takdir yetkisini kullanımı, hukukilikten uzak olacaktır.⁶²

Kentsel dönüşüm projeleri uygulanırken taşınmazlarla ilgili yükseklik sınırlandırılması yapılması, inşaat yasağı konulması gibi durumların mülkiyet hakkına dokunup dokunmadığı incelenmesi gereken hususlardandır. Esasen mülkiyet hakkının Anayasa'nın 35. maddesi gereği kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilir olması ve toplum yararına aykırı olarak kullanılamaması bu hakkın, mutlak bir hak olmadığının göstergesidir. Bir başka ifade ile mülkiyet hakkı, kişilerin istedikleri şekilde, sınırsızca kullanabildikleri bir hak değildir. Dolayısıyla taşınmaz-

⁶⁰ Kamu yararının hukuka uygun olup olmadığına dair incelemenin ilk derece yargı mercii olan İdare Mahkemelerinde yapılacağı yönünde Bkz. Danıştay İDDGK, 2024/1615, 19.9.2024 <<https://kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 10 Şubat 2025.

⁶¹ Üstün (n 26) 198.

⁶² ibid 232-241.

larla ilgili bu tür sınırlamalar konulması mümkündür. Burada sınırlamaların kanunla konulmasına dikkat edilmelidir. Yapılan sınırlamalar mülkiyetin kullanımını ve ondan yararlanma hakkını tamamen ortadan kaldıracak ya da zorlaştıracak sınırlamaları içeriyorsa, bu halde mülkiyet hakkı ihlal edilmektedir. Nitekim burada hakkın özüne dokunulmaktadır. Bu tür sınırlamalar herkes için geçerli olmayıp da örneğin o projeye dahil alandaki birkaç taşınmaza külfet yüklenerek diğerlerine muafiyet tanınması şeklinde olursa bu durumda eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olacak ve işlem iptal edilecektir. Zira burada idarenin keyfi bir uygulaması söz konusudur.⁶³

Kentsel dönüşümün amacı dışında kullanılması, mülkiyet hakkının ihlali neticesini doğurabilecektir. Kentsel dönüşümün amacı; şehirlerdeki konut ve alt-yapı ihtiyacının karşılanması, şehrin kültürel yapısının korunarak gelecek nesillere bu kültürün taşınması, risk teşkil etmesi sebebiyle ya da estetik kaygılarla kent içerisinde eskiyen kısımların düzeltilerek yeniden inşa edilmesi, şehrin gelişimine katkı sağlanması, şehirleşme kaynaklı sorunların çözüme kavuşturulması vb. şeklindedir.⁶⁴ Sayılan bu amaçların dışına çıkılarak kentte yaşayanların ihtiyaçlarına aykırı şekilde kentsel dönüşüm yapılması, Anayasa ile korunan bir hak olan mülkiyet hakkının ihlaline neden olabilir. Zira üst paragraflarda da değinildiği üzere Anayasa'nın 35. maddesi ile bu hak, koruma altına alınmıştır.

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 73. maddesinin 5. fıkrasında *“Kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanlarında bulunan yapıların boşaltılması, yıkımı ve kamulaştırılmasında anlaşma yolu esastır. Kentsel dönüşüm ve gelişim projesi kapsamında bulunan gayrimenkul sahipleri ve belediye tarafından açılacak davalar, mahkemelerde öncelikle görüşülür ve karara bağlanır.”* hükmü yer almaktadır. Madde metninde vurgulanan, mülk sahipleriyle anlaşma yoluna gidilmesi konusu, esasen mülkiyet hakkının korunması ile ilgilidir. Zira bu halde belediyelerin doğrudan yıkım kararı ya da kamulaştırma kararı almak yerine maliklerle anlaşmak suretiyle çözüm üretmesi gerektiği ifade edilmiştir. Şayet anlaşma sağlanamazsa kamulaştırma gündeme gelecektir ki burada da mülkiyet hakkının korunması hususu göz ardı edilmemeli ve kamu yararı amacından uzaklaşmamalıdır.

⁶³ ibid 241 vd.

⁶⁴ Yasın (n 27) 109 ve 132. Mülkiyet hakkına, 6306 sayılı Kanun'la getirilen sınırlamalar ile ilgili değerlendirmeler için Bkz. Avcı (n 27) 310 vd.

Üst paragrafta da değinildiği üzere kentsel dönüşüm ve yenileme uygulamaları kapsamında idare, kamulaştırma yapabilmektedir. Nitekim 5366 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 3. fıkrası uyarınca *"Yenileme alanlarında bulunan yapıların boşaltılması, yıkımı ve kamulaştırılmasında anlaşma yolu esastır. Anlaşma sağlanamayan hallerde gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmazlar ilgili il özel idaresi ve belediye tarafından kamulaştırılabilir."* Kamulaştırma esnasında mülkiyet hakkına müdahale söz konusu olabilmektedir. Örneğin mezkûr 4. maddenin 3. fıkrasında bu kapsamda yapılacak kamulaştırmaların 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun⁶⁵ 3. maddesinin 2. fıkrasında yer alan *"iskân projelerinin gerçekleştirilmesi amaçlı kamulaştırma"* sayılacağı ifade edilmiştir. 6306 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 2. fıkrasında da aynı durum geçerli olup bu Kanun kapsamında yapılacak kamulaştırmalarda da 2942 sayılı Kanun'un ilgili maddesi geçerli olacaktır. 2942 sayılı Kanun'un bu maddesinin uygulanması neticesinde kamulaştırma bedelinin en az 1/6'sı idarece nakden ve peşin olarak ödenecek, kalanı ise *"peşin ödeme miktarından az olmamak ve en fazla beş yıl içinde faiziyle birlikte ödenmek üzere eşit taksitlere"* bağlanarak ödenebilecektir. Uygulama açısından sorun, taksitle ödeme durumunda ortaya çıkmaktadır. Nitekim bir malikin evi ya da dükkan olarak kullandığı bina, yenileme projesine dahil edildiğinde, bu malike kamulaştırma bedelinin taksitle ödenmesi durumu söz konusu olabilecektir. Bu halde malikin mağduriyeti söz konusu olabilecek ve mülkiyet hakkı da ihlal edilmiş olacaktır.⁶⁶ Zira burada makul süre içerisinde malike ödeme yapılmaması durumu ile karşılaşılabilmektedir.⁶⁷ Bu halde taşınmazdan gelir elde etmekte olan malikler için ciddi mağduriyetler doğacaktır. Malik taşınmazını kaybetmekle kalmaz, bedelini de eksiksiz ve zamanında alamadığı için zarara uğrar. Kaldı ki bedelin zamanında ödenmemesi, değişen ekonomik koşullarda değer kaybı yaşanmasına sebebiyet verir. Böylece mülkiyet hakkı ihlal edilmiş olur.

E. Halkın Katılımı Meselesi

Kentsel dönüşüm uygulamalarının halkı doğrudan etkiliyor olması, bu süreçte onların katılımını önemli hale getirmektedir. Özellikle dönüşüm alanları tanımlanırken bu bölgelerde yaşayan halkın sosyal, kültürel ve ekonomik koşul-

⁶⁵ Kamulaştırma Kanunu, Kanun Numarası: 2942, Kabul Tarihi: 04.11.1983, RG 08.11.1983/18215

⁶⁶ Yasin (n 27) 121; Üstün (n 26) 260.

⁶⁷ Üstün (n 26) 260.

ları göz önünde bulundurulmalı ve onların taleplerine kulak verilmelidir.⁶⁸ Zira kentsel dönüşüm, hafife alınacak bir olgu değildir. Çok yönlü etkileri bulunmaktır. Dönüşümle birlikte taşınmaz piyasaları şekillenebilir, taşınmazın kirası, kullanım şekli, mülkiyet yapısı ve piyasa değeri değişebilir.⁶⁹ Bu sebeple dönüşümün yapılacağı yerlerde, dönüşüm kaynaklı olarak önemli etkilerin tezahür edebileceği bilincinde olunmalı ve pek çok bileşen göz önünde bulundurulmalıdır.

Halkın kentsel planlama sürecine etkin katılımı için öncelikle onların iyi ve doğru bilgilerle donatılması gerekir. Örgütsel etkinlik ve katılım bu yolla sağlanır. Kentte yaşayanlar bu sayede, yaşamlarını sürdürecekleri kentle ilgili istek ve görüşlerini kent yönetimleri ile şehir plancılarına aktarma imkânı bulurlar. Yöneticiler ve şehir plancıları tarafından hazırlanan plan, proje ve stratejiler, kentte yaşayan halkın alınan kararları daha iyi kavrayıp içselleştirebilmesi, sağlıklı bir tartışma ortamının oluşturulması ve fikirlerini özgürce ifade edebilmesi açısından oldukça önemlidir.⁷⁰ Halk, planlama sürecine aktif biçimde müdahil olduğunda karar alıcılar da şeffaflığı sağlamaya çalışır ve böylece kararlar daha iyi anlaşılabilir. Esasen iyi ve doğru bilgilendirme, şeffaf yönetimin de bir gereğidir. Katılımın etkin ve tam olarak sağlanabilmesi için her şeyden önce doğru bilgilendirme yapılmalıdır. Kaldı ki idarece gerekli bilgilendirme yapılmadığında bu durum idarenin hukuki sorumluluğunun doğmasına yol açar.

Kentsel dönüşümle ilgili mevzuatta, halkın katılımı konusuna yer verilir ve incelendiğinde 5393 sayılı Belediye Kanunu'nda düzenlenen, meclis toplantılarının halka açık olması hükmü karşımıza çıkmaktadır. Fakat kanaatimizce her ne kadar meclis toplantıları halka açık olsa da halkın bu yönde çok fazla teveccühünün olduğu söylenemez. Nitekim bu doğrultuda yapılan araştırmalarda meclisin karar ve politika tasarımı halkın katılımını gözetken müzakere mekanizmalarının kullanılması gerektiği, dışarıdan katılımcılara da söz hakkı verilmesinin elzem olduğu ifade edilmektedir.⁷¹

⁶⁸ H Eylem Kaya, 'Kentsel Dönüşüm Projeleri ve Halk Katılımı' (2009) 3 (6) Toplum ve Demokrasi Dergisi 203, 209.

⁶⁹ Aliefendioğlu ve Tanrıvermiş (n 2) 764.

⁷⁰ Hasan Hüseyin Doğan, 'Yerel Yönetimlerin Kentsel Dönüşüm Uygulamaları Sürecine Halkın Katılımı' (2016) 8 (2) Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 528.

⁷¹ Özer Köseoğlu, Abdulkadir Aksoy ve Ömer Köktaş, 'Siyasal Katılma Bağlamında Belediye Meclis Toplantılarına Yurttaş Katılımı Üzerine Bir Araştırma' (2021) 30 (1) Siyasal: Journal of Political Sciences 65, 85.

Üst paragrafta yer verilen 5393 sayılı Kanun'a ek olarak "Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği"nin⁷² "Katılım ve Kamuoyunun Bilgilendirilmesi" başlıklı 7. maddesinde yetkili idarelerin, yenileme alanı içerisinde kalan mülk sahiplerini ya da bölge halkını, yapılacak uygulama ile ilgili olarak bilgilendirmek üzere toplantılar yapacağı ve bu suretle halkın görüşlerini alarak katılımı sağlayacağı düzenlenmiştir. Mezkûr Yönetmeliğin 22. maddesinde ise projeye katılım konusu hüküm altına alınmıştır. Buna göre *"Yenileme alanı içindeki parsellerdeki uygulamalarda kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde olan ve yapısı aynen korunacak veya yenilenecek yapılar, yetkili idarenin uygun görmesi ve projenin bütünlüğünün bozulmaması şartıyla ilgili kamu kurum veya kuruluşları ya da gerçek veya tüzel kişiler tarafından yapılabilir. Bu şekildeki uygulamanın projeye eş zamanlı olarak başlatılması ve tamamlanması esastır. Yetkili idare, zamanında tamamlanmayan bu yapıları kendisi tamamlayabileceği gibi kamulaştırabilir."* Bu hüküm gereğince mülk sahipleri, belirli şartlarla projeye katılım sağlayabilmektedir. Başka bir deyişle bu hüküm, maliklerin projeye katılımını mümkün kılmaktadır. Katılıma teşvik açısından önemli bir düzenleme olan bu hüküm, idareyi saf dışı bırakmayarak sürecin belirli bir disiplin içerisinde yürütülmesini sağlamaktadır.

Halkın katılımının sağlanması adına onların görüşlerine başvururken kent yönetimleri, halkın görüşünü yalnızca biçimsel olarak sormakla yetinmemelidir. Bu halde etkin bir katılımdan söz edilemez. Bunun yerine, toplumsal ihtiyaçlar, halkın beklentileri ve eğilimleri, karar alma süreçlerine etkin şekilde entegre edilmelidir. Gerçekçi ve etkili bir danışma mekanizması oluşturulmalıdır. Bir başka deyişle katılım mekanizmaları, yüzeysel bir danışma sürecinin ötesine geçmelidir. Şayet halk, kendi görüş, düşünce ve taleplerinin yönetsel kararlara etki edeceğine dair güven duygusuna sahip olursa, yönetim süreçlerine daha destekleyici ve yapıcı bir biçimde yaklaşacaktır. Kent yönetimi ise halktan elde ettiği verileri göz önüne alarak bu doğrultuda yeni girişimlere öncülük edebileceği gibi halihazırda mevcut politikalar üzerinde revizyonlar yaparak daha kapsayıcı ve sürdürülebilir nitelikte çözümler üretebilir. Elbette kent yönetiminin halktan gelen geri bildirimler ışığında bazı projelerden feragat etmesi de söz konusu olabilir.⁷³

⁷² Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği, RG 14.12.2005/26023

⁷³ Doğan (n 70) 529.

Kentsel dönüşüm sürecine halkın katılımı sağlanmadığında, uygulamada başarısızlıklarla karşılaşma olasılığı artacaktır. Nitekim kentte yaşayanlar, belirli sorunların çözümüne yönelik yeterli hazırlığa sahip olmadığında ve yönetim de halk ile sürekli bir iletişim içerisinde bulunmadığında, özellikle imar faaliyetleri açısından düşünüldüğünde bu durum, ticaret ve konut alanlarının yeniden düzenlenmesi süreçlerinde çeşitli zorluklara yol açabilir. Kent yönetimi ile halk arasında iletişim ve etkileşim eksikliği söz konusu olduğunda kent yönetimleri, mevcut imkanlarını, çalışma koşullarını ve kısıtlarını halka şeffaf ve ikna edici bir biçimde aktaramayacak, bu da halkta bir hoşnutsuzluk oluşturacaktır. Zira bu halde halk, gerçekleştirilmeyen hizmetlerin nedenlerini anlayamayacaktır.⁷⁴

Elbette halkın katılımının da bir sınırı olmalıdır. Şayet karar alma sürecinde halk, hakim konuma geçerse, bu halde kamu yararından uzaklaşma ve bireysel yararı ön plana alma, çıkar sağlama amacıyla hareket etme gibi durumlarla karşılaşılabilir. Kentsel dönüşüm konusunun ve bünyesinde barındırdığı süreçlerin teknik ve uzmanlık isteyen meseleler olduğu göz önüne alındığında buralarda halkın yanlış karar vermesi, beklenen faydanın elde edilememesine sebep olacaktır.⁷⁵ Dolayısıyla idare, kamu yararının bireysel çıkarlar karşısında zedelenmemesi için gerekli sınırları koymak durumundadır. Sınır koyarken de dengeyi sağlamalıdır. Karar alma süreci, hukuki ilkelere uygun bir biçimde uzman kişilerce yürütülmeli fakat halkın bilgilendirilmesi ve gereken yerlerde katılımının sağlanmasından da geri durulmamalıdır.

Sonuç ve Değerlendirmeler

Kentsel dönüşüm fiziksel, çevresel, ekonomik ve sosyal açıdan sorunlu alanların, hukuki, idari ve teknik süreçler içerisinde yeniden yapılandırılması ve iyileştirilmesi için yapılan planlı müdahalelerdir. Bu süreçte pek çok bileşen bir aradadır ve bunlar, birbirini takip edebilmektedir. Dolayısıyla hem bileşenleri hem süreci hem de muhatapları açısından oldukça kapsamlı bir olgudur. Bu kapsam içerisinde sorunların yaşanması, elbette ki olağandır. Fakat bu konudaki yasal düzenlemeler iyi olur, uzmanlık sağlanır ve katılım konusu bir denge içerisinde tesis edilirse, kentsel dönüşüm müdahaleleri daha doğru, akıcı, etkin ve sürdürülebilir olabilir.

⁷⁴ ibid.

⁷⁵ Üstün (n 26) 307.

Kentsel dönüşüm sürecinde birden fazla yetkili idarenin olmasının, bazı durumlarda uygulama açısından karışıklığa sebebiyet verebildiği tespit edilmiştir. Bu idarelerde yetkili personelin alanında uzman olmaması, yetersizliği, bunun yanı sıra yasal altyapıdaki mevcut eksiklikler, kentsel dönüşüm sürecinin doğru ve akıcı biçimde yürütülmesinin önünde engel teşkil etmektedir. Bu durum aynı zamanda uygulama farklılıklarına da sebep olmaktadır. Yetkinin kullanımı noktasında da sorunlar bulunmaktadır. Yetki kullanımı esnasında kentsel dönüşümün amacından sapılırsa bu halde mülkiyet hakkı tehlikeye düşecek ve kentsel dönüşümün muhataplarının talepleri göz ardı edilecektir. Elbette bu sorunların üstüne bir de mevzuat kaynaklı sorunlar eklendiğinde, uygulama açısından problemlerin meydana gelmesi kaçınılmaz olmaktadır. Bu halde mevzuatta yer alan amaçlardan sapılarak uygulamalar yapılması ve kötüye kullanımla karşı karşıya kalınmaktadır. Mevzuatın kamu yararını odağına alarak kentsel dönüşümün muhteviyatını iyi bir biçimde yansıtacak düzenlemeler içermesi ve kötüye kullanımı engelleyecek sınırlamalar getirmesi, çalışmada çözüm önerisi olarak sunulmuştur.

Kentsel dönüşüm sürecinde rant yönetiminin, şeffaf ve kamu yararına uygun bir biçimde yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Zira idarenin eksikliği sebebiyle değerlendirme süreci şeffaf şekilde yürütülüyor ve taşınmaz sahipleri zarar görüyorsa, bu halde dönüşüm süreci kamu yararına uygun olarak işletilmiyor demektir. Kamu gücünün, malikleri mağdur edecek şekilde kullanılması gerekmektedir. Şayet idarece yapılan taşınmaz değerlendirme süreci bilimsel yöntemlerden uzak ve keyfi uygulamaları içeriyorsa, kentsel dönüşüm projeleri, kamu yararı amacını aşıyor demektir. Bu durumda bireyler zarara uğrayabilmektedir.

Kentsel dönüşümle ilgili riskli yapı tespiti için teknik raporlar; bilimsel veriler ve nesnel kriterlere dayandırılmalıdır. Aksi halde bu durum hukuki uyumsuzluklara sebep olacaktır. Riskli yapı ile ilgili süreçlerde vatandaşlara yeterli bilgilendirme sağlanmalıdır. Hatta yalnızca riskli yapı sürecinde değil genel olarak kentsel dönüşüm sürecinde şeffaflık ve açıklık sağlanmalı, vatandaşlar doğru ve iyi bir biçimde bilgilendirilmelidir. Bu, etkin katılım ve idarenin bu yönde hukuki bir sorumluluğunun doğmaması için elzemdir. Vatandaşların yanlış yönlendirilmesi, eksik veya hatalı bilgilendirilmesi ile beklentilerinin gereksiz yere artırılması, hukuki güveni zedeleyebileceği gibi sorumluluğun doğmasına da yol açacaktır.

Kentsel dönüşüm uygulamalarıyla ilgili karar alma süreçlerinde, mevcut koşulların ve somut durumun gerekliliklerine uygun hareket edilebilmesini sağlamak maksadıyla, mevzuatta idareye belirli alanlarda takdir yetkisi tanındığı ve bu yetkinin kamu yararı çerçevesinde esnek bir biçimde kullanılmasına imkân sağlandığı görülmektedir. İdare bu yetkisini kullanırken hukuki sınırlar içerisinde kalmalı ve bu yetkinin sınırsız olduğunu düşünmemelidir. Mevzuatta gerekli açıklık sağlandığında, takdir yetkisinin kullanımı noktasında sorunlar yaşanmasının önüne geçilebilecektir. Aksi halde takdir yetkisinin kullanımından kaynaklı olarak mülkiyet hakkına haksız bir biçimde müdahale, eşitlik ilkesinin ihlali ve hukuka aykırı sair durumlar tezahür edebilir. Takdir yetkisinin kullanımından kaynaklı sorunların en aza indirilmesi için gereken hallerde uzman görüşlerine başvurulmalıdır.

Kentsel dönüşümle ilgili işlemlerde esas işlemin tesis edilmesinden önce gerekli hazırlık işlemlerinin yapılmış olmasına dikkat edilmelidir. Aksi halde yapılan işlem hukuka aykırı bulunarak iptal edilecektir. İcrai nitelikteki bu işlemlerle ilgili olarak idari yargı yoluna başvurulmaktadır. Özellikle de yapılan işlemlerin, alanında uzman, teknik personel eliyle yürütülmesi ve gerekçelendirilmesi, daha doğru bir usulün izlenmesi, şeffaflığın tesisi ve hak kayıplarının önlenmesi noktasında oldukça önemlidir.

Kentsel dönüşüm uygulamaları esnasında mülkiyet hakkına müdahale söz konusu olabilmektedir. Bu hak sona erdirilebilmekte ya da kullanımına sınır konulabilmektedir. Hal böyle iken bu sınırlamaların nasıl yapılacağı, hangi hallerde hakkın ihlal edilme tehlikesinin bulunduğu, kamu yararının nasıl tespit edileceği gibi hususlar önem arz etmektedir. Çalışmada bu konulara değinilerek gerekli açıklamalar yapılmıştır. Fakat burada dikkat edilmesi gereken husus, kamu yararı ile bireysel yarar arasında dengenin iyi kurulmasıdır. Kentsel dönüşüm olgusu özelinde bu denge tam manasıyla sağlanamadığında ortaya istenmeyen durumlar çıkmaktadır. Dengenin sağlanabilmesi için hem kentsel dönüşüm konusunda yetkili idareler hem de dönüşümün muhatapları, hukuki sınırlar içerisinde kalmalıdır. Aksi halde keyfilik, eşitsizlik, yapılacak uygulamalarda aksama, kentsel dönüşüm faaliyetleri ile amaçlanan sonuçlara ulaşamama gibi durumlarla karşılaşılacaktır.

Kentsel dönüşüm süreçlerinde halkın hakim konuma geçmeden katılımının sağlanması amacıyla, bilgilendirme süreçleri güçlendirilmeli ve şeffaflık artırılmalıdır. Burada halkın hakim konuma geçmesinin sakıncası, bünyesinde kamu yararından uzaklaşma ve bireysel yararı ön plana alma tehlikesini barındırıyor

olmasındandır. Kentsel dönüşüm sürecinin uzmanlık gerektiren teknik bir süreç olduğu göz önüne alındığında, bu sürece halkın belirli bir düzeyde katılım sağlanması ve bu düzeyin üzerine çıkmaması gerektiği rahatlıkla söylenebilir. Bu, halkın katılımının tamamen engellenmesi anlamına gelmemelidir. Dönüşüm sürecinde karar alma mekanizmaları uzmanlıklarını kullanırken halkın talep, ihtiyaç ve eğilimlerini göz ardı etmemelidir. Bu talep ve ihtiyaçların tam manasıyla anlaşılabilmesi için de halkın doğru ve açık bir biçimde bilgilendirilmesi elzemdir. Halk, süreç hakkında doğru bilgilerle donatılarak bilinçlendirildiğinde ve karar alıcılarla olan etkileşimleri arttığında, yapılan ya da yapılamayan uygulamaların nedenlerini daha iyi anlayacak, buna göre tavır alacaktır. Dolayısıyla sürecin yürütülmesi esnasında şeffaflığın sağlanması, hukuki ilkeler dairesinde kararların alınması ve gereken durum ve oranda halkın katılımı, kentsel dönüşüm sürecinin sağlıklı bir şekilde işlemesine katkı sunacaktır.

Kaynakça

- Akçaal M, 'Elbirliği Mülkiyetinde Yönetim' (2020) 9 (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 211-249.
- Aliefendioğlu Y ve Tanrıvermiş H, 'Kentsel Dönüşüm Sürecinde Taşınmaz ve Proje Değerleme İşlemleri ve Sorunlarının Analizi: Kayseri Büyükşehir Belediyesi Sahabiye ve Fatih Mahalleleri Dönüşüm Projesi Örneği Çerçevesinde Değerlendirme' (2015) 8 Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, 736-769. DOI:10.17719/jisr.20153913794
- Avcı A, '6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması' in Melikşah Yasin ve Cenk Şahin (eds), *Kentsel Dönüşüm Hukuku* (2. Baskı, 12 Levha Yayınları 2015)
- Bayansar R ve Özer MA, 'Türkiye'de Kamu Özel Ortaklığı Modelinin Uygulama Alanları Üzerine Değerlendirmeler' (2021) (68) Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 415-436. DOI: <https://doi.org/10.51290/dpusbe.885967>
- Çağlayan R, *İdare Hukûku Dersleri* (11. Baskı, Adalet 2023)
- Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, 'TOKİ | Toplu Konut İdaresi Başkanlığı' (TOKİ) <<https://www.toki.gov.tr/>> Erişim Tarihi 25 Aralık 2024
- Çolak Nİ, 'Kentsel Dönüşüm Mevzuatının Hukuksal Değerlendirmesi' <https://www.imarkadastro.com/userfiles/file/Makaleler/Makale_110.pdf> Erişim Tarihi 17 Mart 2025
- Değirmenci İ, 'Tarihi Mekanlarda Kentsel Dönüşüm Uygulamaları ve Çevre Üzerine Etkileri' (2014)<https://www.researchgate.net/publication/272745986_Tarihi_Mekanlarda_Kentsel_Donusum_Uygulamalari_ve_Cevre_Uzerine_Etkileri> Erişim Tarihi 28 Ocak 2025
- Doğan HH, 'Yerel Yönetimlerin Kentsel Dönüşüm Uygulamaları Sürecine Halkın Katılımı' (2016) 8 (2) Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 505-543. DOI: <http://dx.doi.org/10.17218/husbed.01862>
- Doru SR, '6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'a İlişkin Değerlendirme' in Melikşah Yasin ve Cenk Şahin (eds), *Kentsel Dönüşüm Hukuku* (2. Baskı, 12 Levha Yayınları 2015)
- Genç FN, 'Türkiye'de Kentsel Dönüşüm: Mevzuat ve Uygulamaların Genel Görünümü' (2008) 15 (1) Yönetim ve Ekonomi Dergisi 115-130.
- Görün M ve Kara M, 'Kentsel Dönüşüm ve Sosyal Girişimcilik Bağlamında Türkiye'de Kentsel Yaşam Kalitesinin Artırılması' (2010) 8 (2) Yönetim Bilimleri Dergisi 137-164.
- Gözler K ve Kaplan G, *İdare Hukuku Dersleri* (23. Baskı, Ekin 2021)
- İhtiyaroğlu U, 'Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında Karşılaşılan Hukuki Sorunların Yargı Kararları Işığında İncelenmesi' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi FBE 2019)

- İnam Ş ve Salalı V, 'Türkiye'de Kentsel Dönüşüm Çalışmalarının Hukuki Boyutu ve Uygulamada Karşılaşılan Yasal Sorunlar' (2021) 79 (1) Ankara Barosu Dergisi 75-110. DOI 10.30915/abd.931342
- Kaya HE, 'Kentsel Dönüşüm Projeleri ve Halk Katılımı' (2009) 3 (6) Toplum ve Demokrasi Dergisi 203-216.
- Köseoğlu Ö, Aksoy A ve Köktaş Ö, 'Siyasal Katılma Bağlamında Belediye Meclis Toplantılarına Yurttaş Katılımı Üzerine Bir Araştırma' (2021) 30 (1) Siyasal: Journal of Political Sciences 65-88. DOI: 10.26650/siyasal.2021.30.1.0039
- Özden P, 'Kentsel Yenileme Uygulamalarında Yerel Yönetimlerin Rolü Üzerine Düşünceler ve İstanbul Örneği' (2011) (23-24) İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 255-270.
- Özsunay E, *6306 Sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler* (Vedat Kitapçılık 2015)
- Öztaş İ, *Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı* (12 Levha Yayınları 2011)
- Sezginer M, 'İdari İşlem - İcraîlik - Ayrılabilir İşlem - Yargısal Denetim' (2011) 69 (1-2) Journal of Istanbul University Law Faculty 241-250.
- Ulutaş C, 'Kentsel Toprak Rantının Kamuya Kazandırılmasında Bir Araç Olarak İmar Haklarının Toplulaştırılması (Dikmen Vadisi Örneği)' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE 2005)
- Usta S ve Bilgiç E, 'Yerel Yönetimlerde Hizmet Sunumu: Kamu Özel Ortaklığı Modeli' (2016) 1 (23) Yerel Yönetimlerde Hizmet Sunumu: Kamu Özel Ortaklığı Modeli 249-268.
- Üstün G, *Kentsel Dönüşüm Hukuku* (12 Levha Yayınları 2014)
- Uz A, 'Kamu-Özel Ortaklığı/Public-Private Partnership (PPD) Kavram ve Hukuksal Çerçeve' (2007) 11 (1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1165-1182.
- Uzan HK, 'Kentsel Dönüşüm: Belediyelerin Sorumlulukları ve Türkiye'de Mevzuat Değerlendirmesi' (2023) 6 (5) Uluslararası Akademik Birikim Dergisi 985 -997.
- Yaprak N, 'Kentsel Dönüşüm Yöntemleri' in Melikşah Yasın ve Cenk Şahin (eds), *Kentsel Dönüşüm Hukuku* (2. Baskı, 12 Levha Yayınları 2015)
- Yasın M, 'Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Hukuki Boyutu' (2005) (60) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 105-138.
- Yayla Y, *Şehir Planlamasının Başlıca Hukukî Meseleleri ve İstanbul Örneği* (İstanbul Univeristy Press 1975)
- Yıldırım E, 'Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin İdari Uyuşmazlıkların Yargısal Denetimi (Esas)' in Melikşah Yasın and Cenk Şahin (eds), *Kentsel Dönüşüm Hukuku* (2. Baskı, 12 Levha Yayınları 2015)

Yıldırım EC, 'Paylı Mülkiyetten Doğan veya Paylı Malı İlgilendiren Gider ve Yükümlülüklerden Paydaşların Dış ve İç İlişkideki Sorumluluğu' (2024) 10 (1) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 195-222. DOI: <https://doi.org/10.54699/andhd.1391392>

Zabunoğlu YK, *İdare Hukuku Cilt-I* (Yetkin 2012)

Kanun Madde Gerekçelerinin Normların Yorumlanmasındaki Rolü ve Cinsel Saldırı Suçunun Eşe Karşı İşlenmesi^(*)

Doç. Dr. Abdullah Batuhan BAYTAZ^(**)

Öz

Farklı görüşler olsa da, doktrinde ve 2023 tarihli Yargıtay 9. Ceza Dairesinin kararına kadar yargı kararlarında cinsel saldırı suçunun temel halinin eşe karşı işlenemeyeceği görüşü hakimdir. Doktrinde bu görüşü savunanlar ve yargı kararlarında bu düşünceyi Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin gerekçesine ve evlilik birliğinde karı kocanın cinsel tatmin yükümlülüğü olmasına dayandırmaktadır.

Genel kabul bu yönde olmakla birlikte, söz konusu görüşün dayanağını oluşturan gerekçenin, hukukçular açısından ne ölçüde bağlayıcı olduğu tartışmaya açıktır. Kaldı ki, çalışmada ayrıntılı biçimde ortaya konulduğu üzere, çoğunluk görüşüne temel teşkil eden kanun gerekçesindeki ifadeler, normun lafzı ve amacıyla açık bir biçimde çelişmektedir. Diğer bir ifadeyle, normun lafzi, sistematik ve amaçsal yorum yöntemleriyle yapılacak yorum sonucu ulaşılan anlam ile kanun gerekçesinde yer alan açıklamalar arasında tutarlılık bulunmamaktadır.

Bu çerçevede, öncelikle normların yorumlanmasında kanun madde gerekçelerinin hukuki niteliği ve bağlayıcılığı ele alınacak; ardından ise cinsel saldırı suçunun temel hâlinin eşe karşı işlenip işlenemeyeceği sorunsalına ilişkin görüşümüzü temellendirmek

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 03.03.2025 - Kabul Edildiği Tarih: 11.06.2025.

Atıf Şekli: Abdullah Batuhan Baytaz, 'Kanun Madde Gerekçelerinin Normların Yorumlanmasındaki Rolü ve Cinsel Saldırı Suçunun Eşe Karşı İşlenmesi' (2025) 15(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 211, 251.

DOI: 10.52273/sduhfd..1650423.

^(**) İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul/ Türkiye.

E-posta: bbaytaz@istanbul.edu.tr / bbaytaz@hotmail.com.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9597-0485>.

amacıyla, Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesi kapsamında yorum faaliyeti yürütülecektir.

Anahtar Kelimeler

Kanun Gerekçesi, Yorum, Cinsel Saldırı, Eşe Karşı Cinsel Saldırı, Şikayet.

The Role of the Justifications of the Articles in the Interpretation of the Norms and the Crime of Sexual Assault Against the Spouse

Abstract

Although there are differing opinions, the prevailing view in legal doctrine and judicial decisions until the 2023 ruling of the 9th Criminal Chamber of the Court of Cassation is that the basic form of the offence of sexual assault cannot be committed against a spouse. Scholars who support this view and judicial decisions reflecting this reasoning base their arguments on the rationale of Article 102 of the Turkish Penal Code and the notion that there exists a mutual obligation of sexual fulfillment between spouses within the marital union.

It is debatable whether the justification of the article is binding for jurists who carry out interpretation. Moreover, as explained in detail in this study, the explanations in the justification of the article which form the basis of the majority opinion, contradict the literal and purpose of the norm. In other words, the result of the literal, systematic or purposive interpretation of the norm diverges the explanations in the justification of article.

In this respect, this study will first explain the role of the justification in the interpretation of the norms. Subsequently, in order to reveal our opinion on whether the basic form of the crime of sexual assault can be committed against the spouse, the interpretation activity regarding Article 102 of the TPC will be carried out.

Keywords

Justification of the Articles, Interpretation, Sexual Assault, Sexual Assault Against the Spouse, Complaint.

Extended Summary

One of the significant debates concerning the offense of sexual assault under Article 102 of the Turkish Penal Code (TPC) is whether the basic form of the offense can be committed against a spouse. In light of the relevant provision and the rationale behind the law, there are divergent opinions regarding the applicability of both the basic offense and its aggravated form-manifested through the insertion of organs or other objects-when committed against a spouse. This divergence, arising from interpretative efforts, stems from the varying weight attributed to the underlying justification of the article.

In a field such as criminal law, where fundamental rights and freedoms are restricted, it is highly problematic for interpretative activities by jurists to vary based on the individual. Indeed, through interpretation, it will be determined whether a person has committed the offense of sexual assault against his or her spouse. In other words, the interpretation will decide whether the individual is subject to a sentence of 5 to 10 years' imprisonment under the basic form of the offense regulated in Article 102/1 of the Turkish Penal Code (TPC), 12 to 20 years under the aggravated form regulated in Article 102/2, or whether no sentence will be imposed at all.

Consequently, the outcome of interpretative activities in criminal law can vary significantly. Therefore, it is crucial that interpretation is conducted within certain established principles, free from arbitrariness, and consistent across different interpreters as far as possible. While this ideal may not always be fully attainable, interpretation should nevertheless be carried out in accordance with the fundamental principles of criminal law and the relevant rules of statutory interpretation, and the opinions expressed should rest on solid legal foundations.

The primary aim of this study is not to analyze the constituent elements of the offense of sexual assault, but rather to clarify the doctrinal and judicial opinions concerning the basic form of the offense under Articles 102/1-2 of the TPC and the aggravated form involving the insertion of an organ or other object against a spouse, as well as to articulate how these relevant provisions ought to be interpreted.

In this regard, both the doctrine and, with the exception of the most recent decision, the judicial rulings are predominantly inclined to the view that the basic form of the offense of sexual assault cannot be committed against the spouse.

The primary argument advanced by proponents of this view is that there is no explicit provision indicating that the basic form of the offense, as regulated in paragraph 1 of Article 102, can be committed against the spouse. Indeed, these scholars emphasize that paragraph 2 of Article 102 explicitly states that the aggravated form of the offense may be committed against the spouse, whereas the spouse is not mentioned in the first paragraph, which governs the basic form. Consequently, they argue that the basic form of the offense cannot be committed against the spouse.

In this context, the primary argument is based on the statement in the fifth paragraph of the article's justification, which reads: "These acts, which constitute the aggravated form of the offense of sexual assault, can also be committed against the spouse." As

can be seen, the legislator explicitly indicates in the justification that the acts constituting the aggravating circumstances may be committed against the spouse. The use of the phrase “also against the spouse” implies that while the aggravated form can be committed against the spouse, the basic form cannot.

Another argument drawn from the same paragraph of the justification is the assertion that marriage imposes a mutual obligation on the spouses to satisfy each other’s sexual desires. This is presented as a rationale for excluding the basic form of sexual assault within the marital relationship.

Although this view is widely accepted, there are dissenting opinions in the doctrine that maintain the basic form can also be committed against the spouse. These opinions rely primarily on the wording of the article and the “protected legal interest” under the relevant provision. According to this perspective, there is no necessity for a specific provision in paragraph 1 of Article 102 of the TPC to establish that the basic form of the offense can be committed against the spouse.

Proponents of this view argue that the special mention of the spouse in paragraph 2 is due to the fact that aggravated forms of the offense committed against the spouse are prosecuted upon complaint, whereas the same aggravated acts committed against others are prosecuted ex officio. Furthermore, these authors contend that separate reference to the spouse in the context of the basic form-which is already subject to prosecution upon complaint-is redundant and unnecessary.

The second basis is the “protected legal interest” underlying the offense. This argument stems from the fact that sexual offenses are classified under crimes against persons, rather than crimes against public decency and family order, as was the case under the former legal regime.

In summary, this study will first address the principle of legality in crime and punishment. Subsequently, the meaning, purpose, and methods of statutory interpretation will be examined. Within this framework, the role of the article’s justification in the interpretative process will be analyzed. Following this, the doctrinal opinions that place significant emphasis on the justification will be critically evaluated. Finally, using established interpretative methods, the study will discuss whether the basic and aggravated forms of this offense can be committed against the spouse.

Giriş

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 102. maddesinde yer alan cinsel saldırı suçu bakımından önemli tartışmalardan biri de suçun temel hâlinin eşe karşı işlenip işlenemeyeceğine yöneliktir. İlgili norm ve gerekçesi dikkate alınarak suçun hem temel hâlinin ve hem de organ ve sair cisim sokulması şeklinde gerçekleştirilen nitelikli hâlin eşlere karşı işlenmesi hususunda farklı görüşler mevcuttur. Gerçekleştirilen yorum faaliyeti sonucunda ortaya çıkan bu farklılık, kanun maddesinin gerekçesine verilen önemden kaynaklanmaktadır.

Ceza hukuku gibi temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma ihtimali bulunan bir alanda gerçekleştirilen yorum faaliyetinin yorumcudan yorumcuya göre değişmesi son derece tehlikelidir. Nitekim yorum faaliyeti neticesinde bir kişinin eşine karşı cinsel saldırı suçu işlediğine veya işlemediğine karar verilecektir. Diğer bir ifadeyle yapılan yorum faaliyetinin sonucunda kişinin hakkında TCK'nın 102. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen suçun temel hâli bakımından 5-10 yıl, 102/2 maddesinde düzenlenen nitelikli hal bakımından ise 12 ila 20 yıl arasında ceza yaptırımına hükmedilmesine ya da hiç ceza almamasına imkan sağlayacaktır.

Ceza hukukunda bir normun anlamının ortaya konulabilmesine dair gerçekleştirilen yorum faaliyetinin doğurduğu sonuç son derece farklı olabilmektedir. Bu bakımdan gerçekleştirilen yorum faaliyetinin birtakım kurallar çerçevesinde yapılması ve keyfilikten uzak, mümkün olduğunca kişiden kişiye değişmeyecek şekilde yapılması önemlidir. Bu durum her zaman mümkün olamayacaksa da yapılan yorum faaliyetinin ceza hukukunun temel ilkelerine uygun, ilgili yorum kuralları dahilinde yapılması ve ortaya konulan görüşlerin sağlam temellere dayanması gerekmektedir.

Bu çalışmanın temel amacı, cinsel saldırı suçunun unsurlarını incelemek değildir. Çalışmada, Türk Ceza Kanunu'nun 102/1-2. maddelerinde düzenlenen cinsel saldırı suçunun temel hali ile organ veya sair bir cismin sokulması suretiyle gerçekleştirilen nitelikli halinin eşe karşı işlenip işlenemeyeceği konusu ele alınmaktadır. Bu bağlamda, doktrin ve yargı kararlarındaki görüşler ortaya konacaktır. Son olarak, ilgili normların nasıl yorumlanması gerektiğine dair kanaat açıklanacaktır.

Bu kapsamda öncelikle suçta ve cezada kanunilik ilkesinden bahsedilecek, devamında ise, yorum faaliyetinin ne anlama geldiği, amacı ve uygulanması gereken yöntemlerin üzerinde durulacaktır. Bilhassa madde gerekçesinin yo-

rum faaliyetindeki yeri ve bağlayıcılığından bahsedilecektir. Akabinde ise, doktrinde madde gerekçesi üzerinden yapılan yorumlara dair görüş ileri sürülecek ve nihayet yorum yöntemlerinin kullanılması suretiyle bu suçun temel hâlinin ve nitelikli hâlinin eşe karşı işlenip işlenemeyeceğine yönelik açıklamalarda bulunulacaktır.

I. Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi

Hukuk devletinin bir sonucu olan suçta ve cezada kanunilik ilkesi, kanun koyucunun suç olarak kabul ettiği davranışları ve bu davranışlara karşı öngördüğü yaptırımları açık bir şekilde kanunda düzenlemesi gerektiği anlamına gelmektedir. Dolayısıyla kanunda, açık olarak suç olduğu belirtilmeyen bir davranıştan dolayı yaptırım uygulanamayacağı gibi suç teşkil eden bir davranıştan dolayı maddede belirtilen tür ve miktar dışında bir yaptırıma da hükmedilemeyecektir¹.

Devletin keyfi uygulamalarını engellemeyi amaçlamakta ve cezalandırılmaya değer davranışlara ilişkin kararların önceden ve bizzat kanun koyucu tarafından düzenlenmesi güvence altına alınmış olduğundan, ilkenin güvence fonksiyonunu ortaya koymaktadır². Zira sağladığı bu güvenceyle birey, hangi fiilin suç olduğunu ve bu fiil sonundan ne tür ve ne miktarda ceza alabileceğini bileceği için davranışlarını buna göre düzenleyebilecektir³.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin; belirlilik ilkesi, örf ve adet hukukuyla suç yaratma ve cezayı ağırlaştırma yasağı, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç

¹ Klaus Hoffmann-Holland, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (4. Bası, Mohr Siebeck Tübingen, 2023) 9; Helmut Frister, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (8. Bası, C.H. Beck, 2018) 46; Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (7. Bası, Kohlhammer, Stuttgart, 2022) 10; Eberhard Schmidhauser, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2. Bası, J.C.B Mohr (Paul Siebeck) 1975) 96; Sabine Tofahrn, *Strafrecht Allgemeiner Teil I* (3. Bası, C.F. Müller 2013) 5; Georg Freund, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2. Bası, Springer, 2009) 11.

² Johannes Wessels, Werner Beulke, Helmut Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (52. Bası, C.F. Müller, 2022) kn. 69; Helmut Satzger, *Gesetzlichkeitsprinzip und Rechtfertigungsgründe*, (Juristische Ausbildung 2016(2)) 154; Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (4. Bası, Springer 2015) 99; 12; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Bası, Seçkin 2022) 57; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75* (8. Bası, Beta 2021) 57; Mehmet Emin Artuk ve diğerleri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Bası, Yetkin 2022) 158; Veli Özer Özbek ve diğerleri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Bası, Seçkin 2023) 63; Schmidhauser, (n 1) 97; Hoffmann-Holland (n 1) 9; Heinrich, (n 1) 10..

³ Kayıhan İçel ve Süheyl Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım* (5. Bası, Beta 2006) 72; Zafer (n 2) 57.

ve ceza konulması yasağı, geriye yürüme yasağı ve kıyas yasağı olmak üzere beş temel sonucu bulunmaktadır⁴.

Çalışmamız kapsamında kanunilik ilkesinin tüm sonuçları üzerinde durulmayacak olup, yalnızca yorum faaliyetinin sınırlarının belirlenmesi bakımından önemli olan kıyas yasağından bahsedilecektir⁵.

A. Yorum ve Kıyas Yasağı

Genel olarak bir metnin veya bir sözün anlamını belirleyebilmek amacıyla yapılan zihni bir faaliyet şeklinde tanımlayabileceğimiz yorum faaliyeti esasen tek tip bir anlamın bulunmasına yönelik değildir. Zira herkes okuduklarını ve işittiklerini kendi bilgi birikimi ve duygularıyla değerlendirmekte ve bir sonuca ulaşmaktadır. Metnin doğru anlamına varmayı sağlayan götüren bu düşünsel sürece yorum denilmektedir⁶.

Hukuk normlarının herkese göre farklı algılanması hukukun keyfi olarak uygulanmasına neden olacak ve hukuk güvenliğinin sağlanmasının önünde bir engel olacaktır. İşte bu nedenle ilgili hukuksal normun ne anlama geldiğinin ortaya konulabilmesi bakımından gerçekleştirilen zihinsel bir faaliyet olarak tanımlayabileceğimiz hukuksal yorumun birtakım kurallar dahilinde gerçekleştirilmesi zaruridir. Aksi kabul hâlinde hukuk normlarının keyfi biçimde uygulandığı ve hukuk güvenliğinin olmadığı durumlarla karşılaşılma ihtimali söz konusu olacaktır⁷.

Kaldı ki, hukuk güvenliğinin hiçe sayılarak hukuk normlarının keyfi olarak uygulandığına dair geçmişte birçok örnek bulunmaktadır. Bu yanlış uygulamalara bir tepki olarak ortaya çıkan suçta ve cezada kanunilik ilkesi, yukarıda da izah edilmeye çalışıldığı üzere ceza hukuku bakımından bireye güvence sağlamaktadır. Bu yanlış uygulamalara tepki olarak ortaya çıkan suçta ve cezada kanunilik ilkesine dayanılarak kıyasın yasaklanmasının yanı sıra keyfi uygulamaların önü-

⁴ Koca ve Üzülmöz (n 2) 58; Özbek vd. (n 2) 67.

⁵ Suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve sonuçları bakımından detaylı bilgi için bkz. Abdullah Batuhan Baytaç, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum* (On iki Levha 2015) 71 vd.

⁶ Nina Nestler, Die Auslegung von Straftatbeständen: Auslegungsmethoden und Methodik der Auslegung, (Juristische Ausbildung 2018(6)) 568.

⁷ Baytaç (n 5) 171.

ne geçebilmek için yorum faaliyetinin tamamen yasaklanmasını veya ancak dar yorum yapılabileceğine dair uygulamaları da gündeme getirmiştir.

Bu katı görüş zamanla yumuşamış ve hukukumuzda olduğu gibi yalnızca kıyasın yasak olduğu ve kıyasa varmadığı sürece yorum faaliyetinin serbest olduğu şeklini almıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, hukuk sistemlerinde genişletici yorumun yasak olduğunu kabul eden örnekler mevcuttur. Nitekim Fransız Ceza Kanunu'nun yer alan hükümlerin ancak dar olarak yorumlanabileceği düzenlenmiştir.

Bazı hukuk sistemlerinde yaşam hakkı da dahil olmak üzere genel itibariyle temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden bir alan olarak ceza hukuku bakımından yorum faaliyetinin çok daha dikkatli yapılması gerekmektedir. Zira ceza hukuku dışında bilhassa özel hukuk alanlarında kanun boşluklarını doldurmak için kıyas ve hatta hakim kanun koyucu yerine geçerek hukuk kuralı koyması imkânı dahi söz konusu iken, ceza hukukunda kanunilik ilkesinin mevcudiyeti ve bu ilkenin sonucu olarak kıyasın yasak olması ceza hukukunu diğer hukuk alanlarından ayırmaktadır.

Kıyas, kavram olarak kanundaki ilgili maddenin anlamının genişletilmesi suretiyle normun, kendi kapsamına girmeyen bir olaya uygulanmasıdır⁸. Diğer bir deyişle kıyas, meydana gelen olaya ilişkin kanunda herhangi bir düzenleme söz konusu olmamasına rağmen, kanunda yer alan bir başka düzenlemenin anlamının genişletilmesi ve esasen kapsamadığı benzer başka bir olaya uygulanması olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla yorum yalnızca hukuk normlarının veya hukuki terimlerin ilgili anlamını açıklığa kavuşturmayı amaçlarken, kıyas ilgili düzenlemenin çerçevesini ederek, kanunda yer alan boşlukları doldurmaktadır⁹.

Kıyas, kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olarak yasak olmakla birlikte, kanun koyucu tarafından TCK'nın 2. maddesinin 3. fıkrasında "*Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.*" şeklinde düzenlenen kıyas yasağı, medeni hukuktan farklı olarak, ceza hukukunda yorumun sınırını oluşturmaktadır.

⁸ Heinrich, (n 1) 15.

⁹ Wessels, Beulke, Satzger, (n 2) kn. 83.

Bu düzenlemeye göre ilgili madde metninin anlamının ortaya çıkarılmasına yönelik fikri bir faaliyet olan yorum sırasında kıyas yapılamayacaktır. Kanun koyucu kıyasın yanı sıra, kıyasa varacak derecede genişletilerek yorumlamayı açıkça yasaklamış olmakla beraber, bu düzenlemenin ilk cümleinin tekrarından ibaret olduğunun belirtilmesi gerekmektedir. Zira maddede yasaklanan genişletici yorum değil, kıyasa varan genişletici yorumdur. Oysa yorum faaliyetinin kıyasa varmış olması, “kıyas” yapıldığı anlamına geleceği için bu durum kıyas yasağının kapsamı dahilindedir¹⁰.

B. Yorum Faaliyetinin Amacı

Yorum faaliyetinin amacı bakımından sübjektif teori ve objektif teori olmak üzere temelde iki teori ileri sürülmüştür¹¹. Sübjektif teoriye göre yorum faaliyetinin gerçekleştirilmesiyle ulaşılmaya çalışılan anlamın, kanun koyucunun normun hazırlanmasındaki iradesi olması gerektiğini belirten teori sübjektif teori olarak adlandırılmıştır¹². Diğer bir deyişle sübjektif teori, yasa koyucunun kanunu yürürlüğe koyma veya değiştirme anında güttüğü amacı yorumun merkezine yerleştirmekte ve bu hususu, hukukun yaratılmasına yönelik yetkinin yalnızca demokratik meşruiyete sahip yasa koyucuya ait olduğuna dayandırmaktadır¹³.

Objektif teori ise kanunların yürürlüğe girmesiyle kanun koyucu ile bağlantısının kesildiği ve normların kanun koyucudan bağımsız objektif bir anlama sahip olduklarını belirtmektedir. Bu teoriye göre yorum faaliyeti ile amaçlanan hususun, kanun koyucunun iradesinden bağımsız bizzat kanunun kendisinin objektif anlamı olduğu ifade edilmektedir¹⁴. Diğer bir deyişle normun, kanun koyucunun tarihsel iradesinin ötesinde, objektif olarak tespit edilebilecek bir anlamı olmalıdır. Bu yaklaşıma göre, kanun koyucudan daha akıllı bir kanun gereklidir.

¹⁰ Baytaz (n 5) 172.

¹¹ Eric Simon, *Gesetzesauslegung im Strafrecht*, (Duncker Humboldt Berlin 2004) 210; Johannes Forck, *Methodik der Gesetzesauslegung: Wann stößt die Argumentation mit Wortlaut, Systematik, Telos und Historie an ihre Grenzen?* (ZJS 2022(3)), 357; Stephan Mader, ‘Grundprobleme und Geschichte der Juristischen Hermeneutik’ in Marcel Senn ve Barbara Fritschi (eds), *Rechtswissenschaft und Hermeneutik* (Franz Steiner 2009), 30.

¹² Bernd Rüthers, Clemens Höpfner, *Analogieverbot und subjektive Auslegungsmethode*, (Juristen Zeitung, 2005(1)) 21.

¹³ Forck, (n 11) 357.

¹⁴ Mader (n 14) 30.

Son olarak yorumun amacının belirlenmesinde sübjektif teori ve objektif teoriden mutlak olarak birinin uygulanmasının doğru sonuca götürmeyeceği, dolayısıyla iki teorinin birlikte uygulanması gerektiği görüşü mevcuttur. Birlik teorisi olarak adlandırılan bu görüşe göre, temel amaç kanun koyucunun iradesini ortaya koymaksa da, yalnızca kanun koyucunun iradesiyle sınırlı kalınmalı ve kanunun yürürlüğe girişi, kullanılan dil, teknolojinin ve sosyal yapının değişimi gibi farklı değişkenlerin mevcudiyeti hâlinde bu hususların da hesaba katılması gerekmektedir¹⁵.

Kanaatimizce yorum faaliyetiyle ulaşılması amaçlanan anlamın kanun koyucunun iradesi olduğuna dair sübjektif teorinin kabulü, tarihsel yorum dışındaki diğer yöntemleri anlamsızlaştıracak ve yorumcunun hatalı sonuçlara ulaşmasına neden olacaktır.

Zira amacın kanun koyucunun iradesi olması durumunda tarihsel yorum yönteminin kullanılmasıyla doğrudan sonuca gidilebilecektir. Bu da kanun çalışmalarındaki meclis komisyon ve genel kurul tutanaklarına olması gerekenden çok daha fazla önem atfedilmesine imkan sağlayacaktır. Asıl tehlikeli durum ise kanun gerekçelerinin yorumcuyla bağlayıcı hale gelmesine neden olma ihtimalidir. Zira yorumla ulaşmaya çalışılan amaç kanun koyucunun iradesi olduğu için fikri bir faaliyet olan yoruma dahi ihtiyaç duymaksızın gerekçenin esas kabul edilmesine imkan tanınacaktır. Kaldı ki, gerekçe, madde metnine dahil olmadığı gibi, bağlayıcı da değildir.

Sübjektif teorinin esas alınmaması gerektiğine dair bir diğer argüman ise, kanunun yürürlüğe giriş tarihinin eski olması hâlidir. Nitekim uzun yıllar evvel yürürlüğe giren bir kanun maddesinin yorumlanması sırasında amacın kanun koyucunun iradesine ulaşmak olması hâlinde yorumcunun hatalı sonuca ulaşabileceğini söylemek gerekir. Zira toplumlar durağan değil, bilakis sürekli olarak değişen ve gelişen yapılardır. Dolayısıyla yorum zamanı ile kanun koyucunun iradesini ortaya koyduğu an olan normun yazımı ve yürürlüğe girme anı arasında toplumun örf ve âdeti, değer yargıları, teknolojinin gelişimi vb. birçok hususun değişme ihtimali yüksektir. Bu bakımdan 100-150 yıl önce yürürlüğe girmiş normun yorumunun kanun koyucunun iradesine ulaşmak amacıyla yapılması,

¹⁵ Baytaç (n 5) 180.

yorum yapılan anın gereksinimlerini karşılayamama ihtimali¹⁶ hatalı sonuçlara ulaşılmasına neden olacaktır¹⁷.

Son olarak, kanun maddesinin değişmesine rağmen ilgili madde gerekçesinin değiştirilmesinin unutulması gibi durumlarda yorumcunun çok hatalı sonuçlara ulaşılmasına neden olacaktır. Keza birlik teorisi bakımından benzer eleştirilerin yapılabileceği ifade edilmelidir. Zira birlik teorisi, her ne kadar kanun koyucunun amacı dışında diğer değişkenlerin de dikkate alınması gerektiğini belirtse de, asıl amacın kanun koyucunun iradesinin ortaya çıkarılması olması sebebiyle kabulünün doğru olmayacağının belirtilmesi gerekmektedir¹⁸. Nitekim Alman Anayasa Mahkemesince de kabul edildiği üzere, kanunu hazırlayan üyelerin kişisel arz ve tasarruflarının kanunların anlaşılmasında belirleyici olmaması gerekmektedir¹⁹.

Bu açıklamalar ışığında objektif ve sübjektif teorilerden birini seçmenin çok doğru olmayacağı kanaatine katılmakla beraber ulaşılmaya çalışılan ana hedefin kanun koyucunun iradesinin ortaya konulması değil, kanunun kendi objektif anlamı olduğu ancak bu objektif anlamın ortaya konulması sırasında kanun koyucunun amacına da sırt çevrilmemesi gerektiğini ifade etmek gerekir. Dolayısıyla yorum faaliyetiyle ulaşılmaya çalışılması amaçlanan hususun kanunun objektif anlamı olduğunun kabulü gerekmektedir. Zira kanunun yürürlüğe girmesiyle kanun koyucu ile bağı kesilmiştir. Ancak kanun maddesinin objektif anlamının ortaya konulması sırasında lafzi, sistematik ve amaçsal yorum yöntemleriyle kendi içinde tutarlı bir sonuç ortaya çıkmıyorsa, ancak o zaman ilgili normun ortaya konulması sırasında kanun koyucunun iradesinin dikkate alınması yerinde olacaktır.

¹⁶ Jürgen Baumann, Ulrich Weber ve Wolfgang Mitsch, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (10. Bası, Ernst und Werner Gieseking 1995) 142; Christian Walz, 'Das Ziel der Auslegung und die Rangfolge der Auslegungskriterien' (2010) (4) Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS) 482, 484.

¹⁷ Bu durumun daha iyi anlaşılabilmesi bakımından Alman Medeni Kanunu örneği verilebilir. Zira Alman MK, 1900 yılında yürürlüğe girmiştir. Hazırlık süresinin de hesaba katıldığında yaklaşık 130-140 yıllık bir kanundur. 2024 yılında yapılacak bir yorumda 1900 yıllarındaki Alman kanun koyucunun iradesine ulaşma amacıyla hareket edilmesi yorumcuyu doğru sonuca götürmeyeceği açıktır. (Altan Heper, 'Almanya'da Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler' (2012) (1) Ankara Barosu Dergisi 71, 81).

¹⁸ Simon (n 14) 210.

¹⁹ Heper, (n 20), 80.

C. Yorum Yöntemleri

Yorum faaliyetinin belirli yöntemlerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi, hukuk güvenliği bakımından zaruridir. Doktrinde farklı sınıflandırmalar mevcut olmakla birçok hukuk sisteminde benimsenen ve Türk hukukunda da çoğunlukla kabul edilen dörtlü sistem çalışmada esas alınmıştır. Buna göre yorum yöntemleri; lafzi yorum, sistematik yorum, amaçsal yorum ve tarihsel yorum olmak üzere dört başlık altında sınıflandırılmaktadır²⁰.

Ancak yorum faaliyetinin amacına yönelik yapılan açıklamalar dikkate alındığında bu yöntemleri iki aşamaya ayırmak faydalı olacaktır. Buna göre ilk aşama lafzi yorum, sistematik yorum ve amaçsal yorumdan oluşacak ve normun kanun koyucunun iradesinden bağımsız objektif anlamına ulaşılmaya çalışılacaktır. Bu amaca ulaşılması sırasında gerçekleştirilen yorum faaliyeti sırasında bu yöntemlerin yetmemesi veya kendi içinde tutarlı bir sonuca götürmemesi hâlinde ikinci aşamada, destek amaçlı olarak tarihsel yorum yöntemine başvurulacaktır.

Yorum yöntemlerinin tanımlarına geçmeden belirtmek gerekir ki, yorum yöntemlerinin tek başına uygulanması suretiyle ulaşılabilecek anlam her zaman doğru olarak kabul edilmeyebilecektir. Dolayısıyla tüm yorum faaliyetleri sırasında lafzi, sistematik ve amaçsal yorum yöntemleri üzerinden bir inceleme yapılması ve ulaşılan sonuçların birbirleriyle uyumlu olup olmadığının kontrolünün yapılarak bir sağlamanın yapılması gerekmektedir.

Yorum faaliyetinde birincil yöntem olarak uygulanacak olan lafzi yorumdur²¹. İlgili hukuk metninin kaleme alınması sırasında kullanılan kelimelerin anlamı, bu kelimelerin cümledeki yerleri ve görevleri ile kullanılan noktalama işaretleri dikkate alınması suretiyle normun anlamının ortaya çıkarılmasına yönelik yöntemle lafzi yorum yöntemi denilmektedir²².

İkinci olarak değerlendirilecek yöntem, sistematik yorumdur. Anlamının ortaya konulmasına çalışılan normun hangi kanunda düzenlendiği, düzenlendiği kanundaki konumu, diğer ilgili hukuk normlarıyla ilişkisi ve genel olarak ilgili

²⁰ Simon (n 14) 45.

²¹ Simon (n 14) 45.

²² Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil* Band 1 (4. Bası, C.H. Beck 2006) 149; Wessels, Beulke ve Satzger, (n 2) kn. 84.

hukuk alanı ve tüm hukuk düzeni, ilke ve prensipler dikkate alınarak gerçekleştirilen yorum faaliyetine “sistematiik yorum” denilmektedir²³.

Bir diğler yorum yöntemi ise, amaçsal yorumdur. Bu yöntemde normun özünde yer alan anlamı ve amacı dikkate alınmakta ve gerçekleştirilen yorum normun öncesinde tespit edilen öz amacına (Ratio Legis²⁴) ulaşmaya yönelik olmaktadır. Dolayısıyla amaçsal yorumun gerçekleştirilmesi için iki aşamaya ihtiyaç vardır. Bu aşamaların ilkinde normun Ratio Legis’i bulunacak, akabinde ise norm, o amaç doğrultusunda yorumlanacaktır²⁵.

Nihayet üzerinde durulacak son yöntem ise, ikinci aşamayı oluşturan tarihsel yorum yöntemidir. Bu yöntem, kanun teklifi, teklifte yer alan genel ve ilgili norma özel kaleme alınan gerekçe, meclis komisyonlarındaki ve meclis genel kurulundaki tartışmaların dikkate alınması suretiyle gerçekleştirilmekte olup, kanun koyucunun sübjektif niyetini ortaya çıkarmayı amaçlamaktadır²⁶. İkincil bir yöntem olup, diğler yöntemlerle ulaşılan sonuçta bir çelişki söz konusu olması halinde yardımcı nitelikte son çare olarak kullanılması gerekmektedir²⁷.

II. TCK’nın 102. Maddesi’nde Yer Cinsel Saldırı Suçunun Eşe Karşı İşlenmesi

A. Genel Olarak

2005 yılında ceza hukuku mevzuatlarında yapılan reform sonucu yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK birçok noktada yenilikler getirmiştir. Önemli yeniliklerden biri de cinsel suçlara dair yapılan düzenlemedir. Nitekim mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda “Adabı Umumiye” yani genel ahlaka karşı suçlar adı altında düzenlenen cinsel suçlar, 5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girmesiyle cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başlığıyla “kişilere karşı suçlar” altında düzenlenmiştir.

²³ Wessel, Beulke ve Satzger (n 2) kn. 84; Simon (n 14) 388.

²⁴ Bir normun temel düşüncesi ya da yukarıda belirtilen anlamların ikincisinde kullanılan şekliyle yasa anlamı, normun dayandığı temel fikir, yani normun arkasında yer alan düşünce ya da onun varlık nedenidir. (Simon (n 14) 472).

²⁵ Baytaaz (n 5) 257; Bu yöntem Alman hukukunda “yorum yöntemlerinin tacı” olarak da ifade edilmektedir. Nitekim Federal Alman Yüksek Mahkemesi (BGH), BGHSt 3, 300 (303) ve 4, 144 (148) sayılı kararlarında, dilsel olarak mümkün olan çerçevede her kavramın anlam ve amacına göre yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. (Simon (n 14) 471).

²⁶ Wessel, Beulke ve Satzger (n 2) kn. 8.

²⁷ Simon (n 14) 204.

Kanun koyucu bu düzenlemeyle birlikte cinselliği, ahlaka yönelik bir husus olarak görmeyi bırakmış ve bireyin bir özgürlük değeri olarak kabul etmiştir²⁸. Nitekim yukarıda da belirtildiği üzere cinsel suçlar, kişilere karşı işlenen suçlar altında ve cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar başlığında düzenlenmiştir. Buna göre birey cinselliğe dair serbestçe tasarrufta bulunma imkanına sahiptir ve kanunun çizdiği sınırlar dahilinde özgürce hareket edebilecektir. Dolayısıyla cinsel suçlarla korunan hukuki değer, bireyin cinsel özgürlüğü olduğunun kabulü gerekir²⁹.

Doktrinde genel olarak, korunan hukuki değer yukarıda ifade edildiği üzere cinsel özgürlük olduğu kabul edilmekle birlikte; Özgenç, kanun koyucunun kanunda “cinsel özgürlük” ibaresini bilinçli olarak kullanmadığını belirterek, cinsel suçlarla korunan hukuki değer kişilerin cinsel özgürlüğü değil, cinsel dokunulmazlığı olduğunu belirtmektedir³⁰. Yine bu düzenlemeyle bireylerin cinsel seçimlerini özgürce yaşaması ve bireylerin serbestçe cinsel davranışlarda bulunmasını değil, yalnızca bireylerin rızaları hilafına cinsel davranışlara karşı korunmasını, diğer bir deyişle cinsel özgürlüğün negatif boyutu olarak nitelenen cinsel dokunulmazlığı korunduğu için korunan hukuki değer cinsel dokunulmazlık olduğunu ifade etmektedir³¹.

Öncelikle cinselliğin bir genel ahlak problemi olarak görülmesinden, bireysel özgürlük olarak görülmesine geçilmesi son derece önemli olup, bu gelişim, cinsel suçlarla korunan hukuki değer belirlenmesinde önem arz etmektedir.

²⁸ Adem Sözüer, Abdullah Batuhan Baytaş ve Tuba Keleş Pekmez, ‘Türk Ceza Hukukunda Kadın ve Türkiye’de Kadına Yönelik Şiddetin 6284 Sayılı Kanun Bağlamında Değerlendirilmesi’ in Adem Sözüer (ed), *Kadın Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık* (Adalet 2014) 257.

²⁹ Mehmet Emin Artuk ve diğerleri, *Ceza Hukuku, Özel Hükümler* (21. Bası, Adalet 2024) 335-336; Nur Centel ve Hamide Zafer, ‘Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)’ in Mahmut Koca (ed), Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan (Seçkin 2020) 225, 231; Handan Yokuş Sevük, ‘5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu ve Taciz Suçları’ (2005) 57 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 243, 247; Handan Yokuş Sevük, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (4. Bası, Adalet 2022) 358; Selman Dursun, ‘Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış’ (2014) (24) Ceza Hukuku Dergisi 57, 58; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (21. Bası, Seçkin 2023) 319; Pınar Memiş Kartal, *Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı* (Der 2014) 121; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Ceza Özel Hükümler* (9. Bası, Seçkin 2023) 364; Fahri Gökçen Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar* (3. Bası, Seçkin 2023) 85; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (18. Bası, Seçkin 2023) 229.

³⁰ İzzet Özgenç, ‘Cinsel Suçlar’ (2020) 24(1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 257, 260; Eylül Erdem ve Aras Türay, ‘Türk Ceza Hukukunda Basit Cinsel Saldırı Suçunun Eşe Karşı İşlenmesi’ (2019) 12(2). Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi 65, 70.

³¹ Türkan Yalçın Sancar, *Türk Ceza Hukukunda Kadın* (Savaş 2013) 93; Erdem ve Türay (n 33) 70.

Buna göre cinselliğin bireysel bir özgürlük olarak kabul edilmesi, cinsel suçların cinsel özgürlük başlığı altında değerlendirilmesine imkan sağlamıştır³².

Bireysel bir özgürlük olan cinsel özgürlük, pozitif anlamda kişinin cinsel kimliğini serbest şekilde ifade edebilme ve bu bağlamda serbestçe cinsel davranışlarda bulunabilmesi anlamına gelirken, negatif anlamda ise, kişinin cinsel dokunulmazlığının korunması olarak ifade edilmektedir³³.

Ancak ifade etmek gerekir ki, cinsel dokunulmazlığın korunduğu görüşü üzerinden hareket edilse dahi, cinsel dokunulmazlığın cinsel özgürlüğün alt başlığı olarak kabul edilmesi ve düzenlemelerin mefhumu muhalifinden kişilerin karşılıklı rızalarıyla hukuka uygun bir şekilde cinsel davranışlarda bulunabilecekleri anlamı taşımasından dolayı cinsel suçlarla korunan hukuki değer cinsel özgürlük olduğu söylenebilecektir³⁴.

B. Eş Kavramı

Cinsel saldırı suçunun eşe karşı işlenip işlenmediği hususundaki tartışmalara değinmeden evvel, madde metninde yer alan eş kavramı üzerinde durmak gerekmektedir. Nitekim doktrinde eş kavramının ne alama geldiği ve kapsamına dair farklı görüşler mevcuttur.

Eş kavramının ne anlama geldiği hususunda ortaya konulan ilk görüş, TMK'da yer alan düzenlemeler dikkate alınarak, yalnızca resmi nikâhlı karı ve kocanın eş olabileceğini belirtmektedir³⁵. Diğer görüş ise, dini nikahla veya nikah olmaksızın evlilik hayatı yaşayan kişilerin de eş olarak kabul edilmesi gerektiği yönündedir³⁶.

Sözlükte, "*Karı kocadan her biri; evdeş, hayat arkadaşı, ehil*" olarak tanımlanan eş³⁷, Türk Medeni Kanunu'nun 134. vd maddelerinde yer alan usule göre evlilik sözleşmesinin tarafları olan kadın ve erkektir. Diğer bir ifadeyle eş, resmi

³² Yalçın Sancar (n 34) 99.

³³ Eylem Baş, 'Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu' (2016) 65(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1135, 1149; Erdem ve Türay (n 33) 70.

³⁴ Bu bakımdan bölüm başlığının "Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar" olarak düzenlenmesi yerinde olacaktır.

³⁵ Tezcan, Erdem ve Önok (n 32) 322; Taner (n 32) 97; Sinan Kocaoğlu, *Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar* (Yetkin 2016) 136; Memiş Kartal (n 32) 126; Zeynep Büşra Korkmaz, 'Türk Ceza Hukukunda Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu' (2023) (1) Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27, 29.

³⁶ Koca ve Üzülmüş (n 32) 366.

³⁷ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük <<https://sozluk.gov.tr/>> erişim tarihi 26 Aralık 2024.

nikah bağıyla birbirine bağlı kişiler olup, resmi nikah olmaksızın dini nikahla veya nikah olmaksızın evlilik hayatı yaşayan kişiler eş olarak nitelendirilmesinin kıyasa varacak nitelikte genişletici bir yorum olacağından suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olacağı kanaatindeyiz.

Dolayısıyla cinsel saldırı suçunun düzenlendiği madde metninde yer alan eş'ten anlaşılması gereken, medeni kanun hükümlerine göre resmi nikahla evli kadın ve erkektir. Eşlerin boşanması hâlinde, boşanma sonrasında "eş" kavramı içinde değerlendirilmeyecekse de, haklarında ayrılık kararı verilmiş olması hâlinde evlilik akdi devam ettiğinden eş olarak kabul edilmeye devam edilecektir. Bir diğer durum ise, evliliğin butlan halidir. Bu durumda TMK'nun 156. Maddesine göre, mahkeme tarafından verilen evliliğin iptali kesinleşinceye kadar evlilik geçerli sayılacak ve kişiler evli kaldıkları süre zarfında "eş" olarak kabul edilecektir.

C. Suçun Eşe Karşı İşlenmesi

Günümüzde esasen temel hâli bakımından mevcut olan cinsel saldırı suçunun eşe karşı işlenip işlenemeyeceği hususu, eski kanun döneminde nitelikli hâli de kapsar şekilde tartışılmıştır. Buna göre önceki kanun döneminde fail ve mağdurun karı veya koca olmayacağına dair herhangi bir düzenleme olmamasına rağmen, hakim görüşü, suçun karı koca arasında işlenemeyeceği şeklindedir³⁸. Nitekim bu görüş sahipleri, evlilik müessesini cinsel ilişkiyi haklı kılacak hukuki bir rabıta olarak görmekte ve dolayısıyla karının rızası hilafına dahi olsa bu suçun oluşmayacağını savunmaktaydı³⁹.

Yukarıda ifade edildiği üzere evlilik içinde kocanın karısının rızası hilafına normal yoldan ilişkiye girmesi durumunda suç oluşmayacaksa da, cinsel ilişkinin karının rızası hilafına anormal yoldan gerçekleşmesi durumunda "*aile bireylerine karşı kötü muamele suçu*"nın oluşacağı belirtilmekteydi⁴⁰. Nitekim Yargıtay da verdiği kararlarla bu görüşü benimsemiştir⁴¹.

³⁸ M. Emin Artuk ve A. Caner Yenidünya, 'Evlilik İçinde Irza Geçme', *İÜ Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı* (İstanbul Üniversitesi 1999) 57, 61.

³⁹ Sulhi Dönmezer, *Ceza Hukuku Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler* (5. Bası, Filiz 1983) 61.

⁴⁰ Centel ve Zafer, (n 32) 241; Muhammed Emre Tulay, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçun Eşe Karşı İşlenmesi, (Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 8, Sayı: 16, Aralık 2020) 515; Yalçın Sancar (n 26) 110; Taner (n 32) 89; Kocaoğlu (n 38) 137; Sözüer, Baytaz ve Kelep Pekmez (n 31) 258.

⁴¹ Yargıtay vermiş olduğu kararlarda yerleşik içtihadı; cebir kullanarak eşyle ters cinsel ilişkide (anal ilişkide) bulunan sanığın eyleminin TCK'nın 478/1-3 maddesindeki aile bireylerinden birine rahim

1 Haziran 2005 tarihinde ceza hukuku mevzuatında yapılan değişiklikler kapsamında yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK, birçok noktada olduğu gibi özellik- le cinsel suçlar bakımından önemli yenilikleri beraberinde getirmiştir. Yukarıda da ifade edildiği üzere suçla korunan hukuki değer bireyin cinsel özgürlüğü şeklinde ele alınması başta olmak üzere, cinsel saldırı suçunun eşe karşı işlene- bileceğinin (Temel hâli bakımından hâkim görüş suçun oluşmayacağını belirtse de) kabul edilmesi son derece önemlidir⁴².

TCK'nın 102. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinde yer alan *"Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır"* şeklindeki açık düzenlemenin mevcut olması dolayısıyla suçun nitelikli hâlinin eşe karşı işlenebileceği aksi görüşler mevcut⁴³ olsa da gerek doktrinde ve gerekse Yargıtay içtihatlarında kabul edilmektedir.

Asıl tartışmalı husus ise, TCK'nın 102. maddesinin 1. fıkrasında yer alan cin- sel saldırı suçunun temel hâlinin eşe karşı işlenip işlenmeyeceği noktasındadır. Aksi görüşler olmakla birlikte doktrinde genel kabul suçun temel hâlinin eşe karşı işlenemeyeceği yönünde olup, bu konudaki Yargıtay içtihatları da benzer şekilde suçun eşe karşı işlenemeyeceği yönündedir.

1. TCK md. 102/2'de Yer Alan Suçun Nitelikli Hâlinin Eşe Karşı İşlenmesi

Yukarıda da ifade edildiği üzere kanunda açık düzenlemenin mevcut olması dolayısıyla cinsel saldırının eşe karşı organ ve sair cisim sokmak suretiyle ger- çekleşmesi hâlinde cinsel saldırı suçu oluşacaktır. Ancak bu konudaki aksi gö- rüşte bu düzenleme eleştirilmekte ve eşin rızası hilafına organ veya cisim sok-

ve şefkatle bağdaşmayacak şekilde fena muamele suçunu oluşturacağı şeklindedir. Yargıtay 4. CD. 7. 7. 1994 Tarih ve 2788/6217 Sayılı Kararı (Aktaran Artuk ve Yenidünya (n 41) 63).

⁴² Cinsel davranışın muhatabı olan eş, 18 yaşından küçük ise ve cinsel davranış cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi halinde, bu halde cinsel saldırı suçu değil, cinsel istismar suçunun oluşacaktır. Doktrinde bu konuda farklı gö- rüşler söz konusu olsa da, Yargıtay 14 CD., 26.12.2019 Tarih, 2016/993 Esas ve 2019/13661 Karar No'lu Kararında ifade edilen de benzerdir: *"...5237 sayılı TCK'nın 6 ve 5395 sayılı ÇKK'nın 3. maddeleri karşısında; suçun mağdurunun on sekiz yaşını bitirmemiş olması duru- munda, 4721 sayılı Türk Medeni Kanun'u uyarınca herhangi bir sebeple on sekiz yaşından ön- ce ergin olsa dahi ceza hukuku bakımından çocuk olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu sebeple evlenmeyle veya mahkeme kararıyla ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış mağdura karşı gerçekleştirilen eylemler çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturacaktır."* Ko- nuya dair detaylı bilgi için bkz. Elif Ergüne, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu (MÜHF-MAD, Cilt 29, Sayı 1, 2023) 58-59.

⁴³ Görüşlere dair detaylı açıklama aşağıda yapılacaktır.

mak suretiyle cinsel saldırıda bulunan eşin davranışının suç olarak kabul edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir.

Aksi yöndeki ilk görüş, madde gerekçesinin dikkate alınması gerektiğini ve eş üzerinde cinsel arzuları tatmin amacıyla gerçekleştirilen cinsel saldırının nitelikli hâlini oluşturan davranışların tıbbi ve hukuki sınırları ihlal edip etmediği hususuna dair bir değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmektedir. Bu görüşe göre cinsel saldırının nitelikli hâlini oluşturan davranışların tıbbi ve hukuki sınırlar dahilinde olması hâlinde eşin rızası olmaksızın yapılan davranışların varlığının cinsel saldırı suçunun maddi unsurunu oluşturmayacağı ifade edilmektedir⁴⁴.

Eşe karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar sırasında cebrin uygulanması hâlinde ise, hukuki sınırın aşılması söz konusu olacağından, cinsel saldırıda bulunan eş hakkında kasten yaralama veya kötü muamele suçundan sorumlu tutulması gerektiği belirtilmektedir. Ortaya konulan bu görüşün mevcut kanun sistematığına uygun olmaması sebebiyle eşe karşı gerçekleşen cinsel saldırı suçunun bu nitelikli hâlinin “Aile düzenine karşı suçlar” başlığı altında ayrı bir suç olarak düzenlenmesi önerisi getirilmektedir⁴⁵.

Bir diğer görüşe göre, evlilik birliği çerçevesinde eşler arasında gerçekleşen rıza dışı cinsel davranışların niteliği gereği cinsel saldırı değil, kasten yaralama suçu kapsamında değerlendirilmesi daha uygun olacaktır. Nitekim bu görüşe göre, evlilik birliğinin varlığı eşlere rıza dışı cinsel ilişki hakkı tanınmamaktadır; ancak cinsel birlikteliğin evliliğin doğal bir sonucu olduğu da inkâr edilemez. Ayrıca bu fiillerin cinsel saldırı suçu kapsamında değerlendirilmesi hâlinde soruşturma ve kovuşturmanın şikâyetle bağlı olduğu, buna karşılık eylemin yaralama suçu çerçevesinde ele alınması durumunda ise TCK m. 86/3 uyarınca resen soruşturma ve kovuşturma yapılacağı ifade edilmektedir⁴⁶.

Son bir görüşe göre ise, eşe karşı cinsel saldırı suçunun işlenebileceğinin kabulünün toplumsal barış ve huzuru bozacak nitelikte olduğunu belirtmekte olup sosyolojik olarak topluma aykırı olan bu düzenlemenin baştan kanunlaşmasının yanlış olduğunu belirtmektedir⁴⁷. Yazar bu görüşünü, toplumda dini ve

⁴⁴ Koca ve Üzülmöz (n 2) 366.

⁴⁵ Koca ve Üzülmöz (n 2) 367.

⁴⁶ Tulay (n 43) 517-518.

⁴⁷ Kocaoğlu (n 38) 141-142.

kültürel olarak hâkim görüş olduğunu belirttiği kadının her türlü şart altında kocası ile birlikte olması gerektiğine dair düşünceye dayandırmaktadır⁴⁸. Yazar çözümü, mevcut sistemin terk edilerek, eski kanun döneminde olduğu gibi cebir ve şiddet uygulanması ve zorla tabii olamayacak şekilde cinsel ilişkiye girilmesi hâlinde “Eşe Karşı Kötü Muamele” suçunun uygulanması gerektiği düşüncesini ileri sürmektedir⁴⁹.

2. TCK md. 102/1’de Yer Alan Suçun Temel Hâlinin Eşe Karşı İşlenmesi

a. Genel Olarak

Giriş kısmında da ifade edildiği üzere çalışma konusunun seçimi bakımından temel hareket noktası cinsel saldırı suçunun temel hâlinin eşe karşı işlenip işlenemeyeceğidir. Nitekim suçun oluşup oluşmayacağına dair soru son derece tartışmalı olup, doktrinde suçun eşe karşı işlenemeyeceğini savunanlar⁵⁰ olduğu gibi suçun eşe karşı da işlenebileceğini savunanlar⁵¹ mevcuttur.

Eşe karşı cinsel saldırı suçunun temel halinin işlenip işlenemeyeceği hususu, yargı kararlarına çok fazla konu olmasa da var olan kararların sayısal olarak çoğunlukta olan kısmı, bu suçun eşe karşı işlenemeyeceğine yönelik kanaati ortaya koymaktadır⁵². Ancak 09.02.2023 tarihli Yargıtay 9. Ceza Dairesi kararın-

⁴⁸ Yazar ülkemizdeki algının yaratıcının erkeğe bahsettiği bir ayrıcalık olarak görüldüğünü iddia etmektedir. (Kocaoğlu (n 38) 141).

⁴⁹ Kocaoğlu (n 38) 142.

⁵⁰ Artuk ve diğerleri (n 32) 339; Tezcan, Erdem ve Önok (n 32) 323; Koca ve Üzülmüş (n 32) 366; Yokuş Sevük (n 32 (Özel Hükümler)) 359; Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Temel Suç Tipleri* (Adalet 2023) 114; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (14. Bası, Legem 2023) 211; Kocaoğlu (n 38) 122; Tulay, (n 43) 515-516; Çetin Akkaya, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar* (Adalet 2017) 14; Remzi Gündüz, *Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar* (2. Bası, Bilge 2017) 38; İsmail Malkoç, *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Cilt* (Malkoç 2013) 1576; Hasan Gerçek, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt - 1* (3. Bası, Seçkin 2017) 1029.

⁵¹ Gökhan Taneri, *Cinsel Suçlar* (Bilge 2014) 25; Yener Ünver, ‘Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi’ in Yener Ünver (ed) *II. Türkiye - Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu* (Seçkin 2014) 30 vd.; Erdem ve Türey (n 33) 95 vd.; Nurullah Kantarcı, ‘Cinsel İstismar Suçunun Eşe Karşı İşlenip İşlenemeyeceği Sorunu’ (2014) 9(24) *Ceza Hukuku Dergisi* 151, 158; Alaattin Şimşek, ‘Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarının Hafif Şekli: Sarkıntılık’ (2015) 10 *Ceza Hukuku Dergisi* 309, 340; Volkan Altun, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu M. 102/1 Kapsamında Kalan Fiillerin Eşler Arasında İşlenip İşlenemeyeceğine İlişkin Değerlendirme, (Suç ve Ceza Dergisi, 2024(1)) 41.

⁵² “Sanık ...’nın katılan ...’a yönelik olarak Basit Cinsel Saldırı suçunu işlediği iddiasıyla TCK’nın 102/1 1.cümle uyarınca cezalandırılması için kamu davası açılmış ise de, basit cinsel saldırı

da “5237 sayılı Kanun'un 102 nci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen cinsel saldırı suçunun soruşturma ve kovuşturması şikayete tabi olup, kovuşturma evresinde sanıktan şikayetçi olarak kamu davasına katılan Ayşe'nin, mahkemece kurulan mahkumiyet hükmünün sanık müdafî tarafından temyiz edilmesinin ardından dosyaya sunduğu 22.02.2016 tarihli dilekçe ile mevcut şikayetinden vazgeçtiği anlaşıldığından, sanıktan şikayetden vazgeçmeyi kabul edip etmediği sorularak neticesine göre 5237 sayılı Kanun'un 73 ve 5271 sayılı Kanun'un 223 üncü maddesinin sekizinci fıkrası gereğince hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesi gerektiğinden, hüküm bu nedenle hukuka aykırı bulunmuştur.”⁵³ TCK'nın 102. maddesinin 1. fıkrasında yer alan cinsel saldırı suçunun temel halinin eşe karşı işlenebileceğini kabul etmiştir.

eyleminin eşe karşı işlenmesinin 5237 sayılı TCK'da suç olarak düzenlenmediği, bu kapsamda sanığın katılana yönelik olarak TCK'nın 6/1-f maddesi kapsamında silahtan sayılan aletle silahla “seni bırakmayacağım, eninde sonunda seni ...” şeklindeki söylemi nedeniyle “SİLAHLA TEHDİT” suçunu işlediği sabit görülerek, 5237 sayılı TCK'nın 106/2-a. maddesi uyarınca suçun işleniş biçimi, suçun işlendiği zaman ve yer, meydana gelen korkutucu etki, sanığın kasta dayalı kusurunun ağırlığı, sanığın güttüğü amaç ve saik dikkate alınarak takdirenen SANIĞIN HAPİS CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA,..” (Bergama Ağır Ceza Mahkemesi, 16.01.2020 Tarih, 2019/6 Esas ve 2020/9 Karar No'lu Kararı); Bu karara yönelik yapılan istinaf incelemesi sonucu verilen karar ise şu şekildedir; “Sanığın resmi nikahlı eşi olan müşteki ...'a yönelik cinsel bölgelerine dokunmak suretiyle basit cinsel saldırı suçundan cezalandırılması için açılan davada, Kanun'da eşe karşı cinsel saldırı eyleminin yalnızca organ sokmak suretiyle işlenen nitelikli hallerinin suç olarak düzenlendiği, basit halinin ise suç olarak düzenlenmediği, sanığın bu sürede sarf ettiği tehdit içeren sözlerin ise hukuki ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacıyla yağma suçunun unsuru olduğu anlaşıldığından, CMK'nın 223/2-a maddesi uyarınca yüklenen fiilinin Kanun'da suç olarak tanımlanmamış olması nedeniyle BERAATİNE,” (İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 21. CD., 15.04.2021 Tarih, 2020/875 Esas ve 2021/1156 Karar No'lu Kararı); “Eşe karşı işlenen cinsel suçlarda cinsel saldırının sadece nitelikli halinin TCK'nın 102/2. Maddesinin ikinci cümlesinde şikayete tabi suç olarak düzenlenmesi, cinsel saldırı suçunun basit halinin eşe karşı işlenmesinin ise suç olarak düzenlenmemesi karşısında, olay tarihinde mağdure ile resmi evli olan sanığın eşinin rızası hilafına onu kendisine doğru çekerek sarılıp öpmesi şeklindeki eyleminin TCK'nın 102/1 maddesindeki suçu oluşturmadığı” (Yargıtay 14. Ceza Dairesi, 13.02.2014 Tarih ve 2012/4276 Esas ve 2014/1689 Karar No'lu Kararı).

⁵³ Yargıtay 9. CD. 09.02.2023 Tarih, 2021/5067 Esas ve 2023/510 Karar No'lu Kararı; Yargıtay'ın vermiş olduğu bu karara konu ilk derece mahkemesi kararı: “..., sanık ve katılanın karı-koca oldukları, katılan tarafın kadın hastalığına ilişkin tedavi görmesi ve ilaç alması sebebine bağlı olarak kanaması olması nedeni ile cinsel birliktelik yaşamak istemediği, olay günü sanığın cinsel ilişkide bulunma isteğini katılana söylediği, katılanın rahatsız olması nedeni ile bu isteği geri çevirdiği, sanığın bu duruma sinirlenerek, katılanı sürüklemek suretiyle banyoya soktuğu, katılanın rızası hilafına katılanın atletini yırtarak ve üzerindeki eşofmanı zorla çıkararak cinsel birleşme olmaksızın, katılanın cinsel organına sürtmek suretiyle boşaldığı, sanığın bu şekilde eşine karşı cinsel saldırı eylemini gerçekleştirdiği kanaati ile, sanığın eylemine uyan TCK'nın 102/1, 62, 53. maddeleri gereğince mahkumiyeti yönünde aşağıdaki gibi karar vermek gerekmiştir.” (Konya 1. Ağır Ceza Mahkemesi, 03.03.2015 Tarih, 2014/506 Esas ve 2015/67 Karar No'lu Kararı)

b. Suçun Temel Hâlinin Eşe Karşı İşlenemeyeceğini Savunan Görüş

Suçun temel hâlinin eşe karşı işlenemeyeceğine yönelik görüşün dayanak noktaları; 102. maddenin 1. ve 2. fıkralarındaki lafız ve madde gerekçesinde⁵⁴ yer alan açıklamalara dayanmaktadır⁵⁵.

Cinsel saldırı suçunun temel hâlini düzenleyen 102. maddenin 1. fıkrasında yer alan suçun temel şeklinin eşe karşı işlenebileceğine dair açık bir düzenleme olmaması, bu görüş sahipleri tarafından ileri sürülen ilk argümandır. Nitekim bu görüş sahipleri, kanun koyucunun 102. maddenin 2. fıkrasında yer alan nitelikli hal düzenlemesinde, suçun nitelikli hâlinin eşe karşı işlenebileceğini açık bir şekilde kaleme almış olması ancak temel hâlin yer aldığı ilk fıkrada eşten bahsedilmemiş olmasını, suçun temel hâlinin eşe karşı işlenemeyeceği şeklinde yorumlamaktadır⁵⁶.

Diğer bir deyişle görüş sahipleri, daha cezayı ağırlaştıran nitelikli hallerde eş kavramının açık bir şekilde kullanılmış olması, ancak nitelikli hale göre daha az ceza ön görülen temel halde eşten bahsedilmemiş olmasının bilinçli bir tercih olduğu kabulünden hareket etmektedir. Bu görüş sahipleri, lafzi yorum yöntemi kullanmak suretiyle ortaya koydukları bu düşüncelerini, tarihsel yorum metodu ile desteklemekte ve gerekçede yer alan açıklamaları bu görüşlerine dayanak yapmaktadır.

⁵⁴ “...Cinsel saldırı suçunun nitelikli hâlini oluşturan bu fiiller, eşe karşı da işlenebilir. Evlilik birliği, eşlere sadakat yükümlülüğünün yanı sıra, karşılıklı olarak birbirlerinin cinsel arzularını tatmin yükümlülüğü de yüklemektedir. Buna karşılık, evlilik birliği içinde bile, cinsel arzuların tatminine yönelik talepler açısından tıbbi ve hukuki sınırların olduğu muhakkaktır. Bu sınırların ihlâli suretiyle eş üzerinde gerçekleştirilen ve cinsel saldırı suçunun nitelikli hâlini oluşturan davranışlar, ceza yaptırımını gerekli kılmaktadır. Ancak, bu durumda soruşturma ve kovuşturmanın yapılması, mağdur eşin şikâyetine bağlı tutulmuştur...”

⁵⁵ Cinsel saldırı suçunun suç olarak düzenlenmemesi gerektiğine dair doktrinde genel olarak kanuni düzenlemeler dikkate alındığında bu suçun eşe karşı işlenemeyeceği belirtilmekteyse de, bu görüşlerin bir kısmı mevcut düzenlemenin olması gereken hukuk bakımından doğru olmadığını da görüşlerine eklemektedir. (Yokuş Sevük, (n 24 (Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları) 260; Murat Volkan Dülger, ‘Evlilik Birliği İçinde Gerçekleşen Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu, Bu Suçun Mağdur Üzerindeki Etkileri ve Mağduru Korumaya Yönelik Alınabilecek Önlemler’ (2006) 80(2) İstanbul Barosu Dergisi 543, 558); TCK’nın 102. maddesinin 1. fıkrasının eşe karşı işlenemeyeceğine dair bir diğer görüş sahibi,, görüşünü, “... eşler arasında basit cinsel saldırı eylemini suç haline getirmek, uygulamada boşanma davalarında kocalarını kusurlu çıkarmak, haksız tazminat ya da intikam almak isteyen kadınların eline yeni bir silah vermek anlamına gelmektedir...” şeklinde ifade etmektedir. (Kocaoğlu (n 38) 123).

⁵⁶ Artuk ve diğerleri (n 32) 338-339; Tezcan, Erdem ve Önok (n 32) 323; Yokuş Sevük (n 32 (Özel Hükümler)) 359.

Bu kapsamda ilk argüman, madde gerekçesinin 5. Paragrafının başındaki *“Cinsel saldırı suçunun nitelikli hâlini oluşturan bu fiiller, eşe karşı da işlenebilir”* şeklindeki cümledir. Görüldüğü üzere kanun koyucu gerekçede, nitelikli halleri oluşturan fiillerin eşe karşı da işlenebileceğini belirtmektedir. Nitelikli hâli oluşturan fiillerin *“eşe karşı da”* işlenebileceğinin belirtilmesi, temel hâlin eşe karşı işlenememesine rağmen, cezayı ağırlaştıran nitelikli hâlin eşe karşı işlenme imkânının olduğu anlamına gelmektedir⁵⁷.

Maddenin birinci fıkrasının metninde açık bir şekilde temel hâli oluşturan fiillerin eşe karşı gerçekleşmesi durumunda suçu oluşturacağının yazılmaması ve gerekçedeki bu ifade birlikte değerlendirildiğinde de bu suçun temel hâlinin eşe karşı işlenemeyeceğine bir dayanak oluşturmaktadır.

Suçun temel hâlinin eşe karşı işlenemeyeceğine dair görüşün gerekçede dayandığı bir diğer argüman ise, aynı paragrafın devamında *“Evlilik birliği, eşlere sadakat yükümlülüğünün yanı sıra, karşılıklı olarak birbirlerinin cinsel arzularını tatmin yükümlülüğü de yüklemektedir. Buna karşılık, evlilik birliği içinde bile, cinsel arzuların tatminine yönelik talepler açısından tıbbi ve hukukî sınırların olduğu muhakkaktır. Bu sınırların ihlâli suretiyle eş üzerinde gerçekleştirilen ve cinsel saldırı suçunun nitelikli hâlini oluşturan davranışlar, ceza yaptırımını gerekli kılmaktadır.”* şeklinde yer almaktadır.

Bu anlatımda ortaya konulan husus, evlilik birliğinin taraflara birbirlerini cinsel yönden tatmin yükümlülüğü yüklediğidir. Ancak bu yükümlülüğün sınırsız olmadığı ve tıbbi ve hukuki birtakım sınırların olduğu da gerekçede yer almaktadır. Her ne kadar nitelikli hâlin varlığı halinde bir suç söz konusu olacaksa da kanunda temel hâlin eşe karşı işlenebileceğine dair açık bir düzenlemenin olmaması, temel hâli oluşturacak davranışların eşlerin tatmin yükümlülüğü kapsamında kaldığı sonucunu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla ikinci fıkradaki nitelikli hale varmayan cinsel davranışlar eşin karşı rızası hilafına dahi gerçekleşse de suç oluşturmayacaktır.

⁵⁷ Madde metnin bağımsız olarak bu suçun asla eşe karşı işlenemeyeceğine dair görüş de mevcut olup, bu yöndeki bir görüş, TCK’nın 102. maddesinin 2. fıkrasında yer alan *“bu fiilin”* ibaresinin kendisinin takip ettiği cümleyle bağlantısının bulunduğu ve bu nedenle TCK’nın eşe karşı cinsel saldırı suçunun oluşabilmesinin suçun nitelikli haliyle sınırlı olduğunu ve temel hâlinin eşe karşı işlenemeyeceğini ifade etmektedir. (Tulay (n 43) 515-516)

c. Suçun Temel Hâlinin Eşe Karşı da İşlenebileceğini Savunan Görüş

Yukarıda belirtildiği üzere Yargıtay'ın son içtihadına kadar yargı kararlarında temel hâlin eşe karşı işlenemeyecek olması hususunda birlik söz konusuysa da doktrinde temel hâlin eşe karşı da işlenebileceğini savunan görüşler mevcuttur⁵⁸.

Bu görüş sahipleri tezlerini, madde metninde yer alan lafza ve ilgili düzenlemeye korunan hukuksal değere dayandırmaktadır.

Buna göre bu görüşün ilk dayanağını, TCK'nın 102. maddesinin 1. fıkrasında temel hâlin eşe karşı işlenebilmesi için özel bir düzenlemeye ihtiyaç olmadığı oluşturmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre ikinci fıkrada eşten özel olarak bahsedilmesinin nedeni, nitelikli hâli oluşturan fiillerin eş dışında birine işlenmesi hâlinde resen kovuşturulurken, eşe karşı işlenmesi hâlinde şikâyeteye bağlı olmasının sağlanmasıdır. Yine bu yazarlar, zaten soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı olan temel hal bakımından eşten ayrıca bahsedilmesinin bir manasının olmadığını kabul etmektedir⁵⁹.

İkinci dayanağını ise, suç ile korunan hukuki değer oluşturmaktadır. Bu dayanağın temeli, cinsel suçların eski kanun döneminde olduğu gibi genel adap ve aile düzenine karşı suçlar altında değil, kişilere karşı işlenen suçlar başlığı altında düzenlenmesidir.

Nitekim bu görüşe göre cinsel suçların kişilere karşı işlenen suçlar başlığı altında düzenlenmesiyle korunan hukuki değer cinsel özgürlük veya cinsel dokunulmazlıktır. Dolayısıyla cinselliğin kişilerin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği bireysel niteliğe sahip olmasından dolayı yalnızca evlilik birliğinin tarafı olmak kişinin rıza olmaksızın cinsel dokunulmazlığına bir müdahaleye imkan sağlamayacaktır. Diğer bir deyişle kişinin evli olması bireysel özgürlük niteliğine sahip olduğu bu hakkın niteliğinde bir değişikliğe neden olmayacaktır. Dolayısıyla temel hâlin meydana gelmesine imkan sağlayan davranışların eşin rızası olmaksızın eşe karşı gerçekleştirilmesi hâlinde, suçun temel hâlini oluşturmaktadır⁶⁰. Her ne kadar konu başlığı itibarıyla doğrudan tartışma kapsamında bulunmasa da eşin, cinsel taciz suçunu oluşturmaya elverişli nitelikteki davranış ve sözlere açıkça rıza göstermemesi durumunda, bu fiillerin Türk Ceza Kanu-

⁵⁸ Ünver (n 54) 30; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 32) 330; Dursun (n 32) 65, Taneri (n 54) 25.

⁵⁹ Taner (n 32) 96; Dursun (n 32) 66; Erdem ve Türay (n 33) 96.

⁶⁰ Benzer görüş bkz. Erdem ve Türay (n 33) 82.

nu'nun 105. maddesi kapsamında cinsel taciz suçu olarak değerlendirilebileceği ifade edilmelidir.

d. Değerlendirme ve Kanaatimiz

Yukarıda detaylı olarak üzerinde durulmaya çalışıldığı üzere ceza hukukuna ait bir normun yorumlanması sırasında kişi temel hak ve hürriyetlerinin zede- lenmemesi için mümkün olduğu kadar objektif bir anlam ortaya konulması gerekmektedir. Bunun sağlanabilmesi için yorum faaliyetinin belirli bir usul dahilinde yapılması gerekmektedir.

i. Lafzi Yorum

Bir normun ne anlama geldiğinin ortaya konulması bakımından dikkate alınması gereken hususlar; ilgili normda kullanılan kelimelerin anlamları, cümle içindeki rolleri ve kullanılan noktalama işaretleridir.

Bu bağlamda incelenmesi gereken normlar; TCK'nın 102. maddesinin 1. fı- rasında yer alan *"Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."* ve 2. fıkrasında yer alan *"Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır."* şeklindedir.

aa. Suçun Mağduruna Dair Değerlendirme

İlk fıkra metni incelendiğinde, madde metninde fail veya mağdur bakımın- dan herhangi bir ayırım ve sınırlama yapılmamıştır. Dolayısıyla bu suçun faili veya mağduru herkes olabilir.

Mağdur bakımından yegane sınırlama, kanun sistematığı dikkate alınmak suretiyle ortaya konulacağı üzere mağdurun yaşına ilişkindir. Bu sınırlama, TCK'nın 3. maddesinde yer alan çocuk tanımı ile yine TCK'nın 103. maddesinde yer alan cinsel istismar suçuna dair düzenleme birlikte değerlendirildiğinde, cinsel saldırı suçunun mağdurunun 18 yaşından büyük olması gerektiği şeklin- dedir. Bu husus dışında da herhangi bir sınırlama olmadığından mağdur; 18 yaşını doldurmuş olmak şartıyla kadın olabileceği gibi erkek, tanıdık olabileceği gibi bir yabancı ya da eş olabileceği gibi herhangi biri de olabilecektir⁶¹. Nitekim

⁶¹ Centel N, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 99, 2012) 272.

evli olsa dahi 18 yaşından küçük olanlar bakımından cinsel davranışın cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi halinde, cinsel saldırı suçu değil, cinsel istismar suçu oluşacaktır⁶².

Bu bakımdan madde metninde mağdura dair hiçbir özellik aramaması dolayısıyla cinsel saldırı suçunun temel hâlinin mağdurunun “eş” de olabileceği çok net bir şekilde ortada olup, aksi görüşün lafzi yorum üzerinden hareket edildiğinde herhangi bir dayanağının bulunmadığını belirtmek yerinde olacaktır.

Cinsel saldırı suçunun cezayı ağırlaştıran nitelikli hâlini düzenleyen ikinci fıkradaki metin incelendiğinde görüleceği üzere bu fıkra özelinde de mağdur veya fail bakımından hiçbir özellik yer almamaktadır. Dolayısıyla vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle gerçekleşen cinsel saldırı suçunda mağdur benzer şekilde herkes olabilecektir.

Yalnızca ikinci fıkranın ikinci cümlesinde, mağdurun eş olması hâline özgü özel bir düzenlemeye yer verilmiş olup, söz konusu düzenleme - aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere - suçun maddî veya manevî unsurlarına değil, suçun soruşturulması ve kovuşturulmasına ilişkin bir ceza muhakemesi şartına ilişkindir.

bb. Suçun Şikâyeteye Bağlı Olup Olmamasına Dair Değerlendirme

Yukarıda ifade edildiği üzere 2. fıkranın ikinci cümlesinde mağdura dair özel bir açıklama yer almakta ve mağdurun eş olması hâlinde suç, şikâyeteye bağlı hale gelmektedir. Doktrinde suçun temel hâlinin eşe karşı işlenemeyeceğini ortaya koyan görüşlerin gerekçelerinden biri de bu husustur. Bu görüş sahipleri, bu düzenlemede eşten özel olarak bahsedildiğini ancak ilk fıkrada eşten bahsedilmemiş olduğunu belirterek, bu suçun yalnızca nitelikli hâlinin eşe karşı işlenebileceğini ileri sürmektedir⁶³.

⁶² Tezcan, Erdem Önok (n 32) 389; Memiş Kartal (n 32) 148; Ergüne (n 45) 59; Taneri (n 54) 26; Aksi görüşe göre, evlilikle reşit olan 18 yaşından küçük eşe karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, cinsel istismar suçunu değil, TCK’nın 102. maddesi bağlamında cinsel saldırı suçunu oluşturmaktadır. Bu görüşe göre filin eş tarafından işlenmesi halinde TCK md. 102, bir başkası tarafından işlenmesi halinde ise, TCK md. 103 gündeme gelecektir. Bu görüş için bkz. Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi, 3. Cilt (Adalet Yayınevi, Ankara, 2021) 3699.

⁶³ Tezcan, Erdem ve Önok (n 32) 323; Artuk ve diğerleri (n 32) 339; Yokuş Sevük (n 32 (Özel Hükümler)) 359.

Bu temellendirmeye katılmadığımızı ifade etmek gerekir. Zira bu madde metninde eşten özel olarak bahsedilmesinin sebebi, hiçbir şekilde suçun eşe karşı işlenip işlenememesiyle ilgili değildir. Diğer bir deyişle, suçun eşe karşı işlenmesi hâlinde suçun soruşturmasının ve kovuşturmasının şikâyete bağlı kılınması, suçun unsurlarına dair bir bilgi değildir. Kaldı ki şikâyet, şikâyete bağlı suçların varlığı hâlinde ceza muhakemesi sürecinin başlaması veya bazı hallerde sürecin devamı bakımından gereken gerçekleşmesi gereken bir muhakeme şartıdır.

Bu suça ilişkin soruşturma ve kovuşturmanın yürütülebilmesi bakımından öngörülen muhakeme şartının, suç tipinin unsurlarından biriymişçesine suçun oluşup oluşmadığına dair bir değerlendirmede esas alınması ve bu bağlamda birinci fıkrada düzenlenen suçun temel hâlinin eşe karşı işlenemeyeceği yönündeki görüş isabetsiz ve hukuki temelden yoksundur.

Kaldı ki, ilk fıkrada özel bir düzenlemeye ihtiyaç duymaksızın, mağdur ister eş ister bir yabancı olsun hiçbir fark gözetilmeden suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır. Dolayısıyla hâli hazırda zaten şikâyete bağlı bir suç olan cinsel saldırı suçunun temel hâlinde eşten ayrıca bahsedilmesinin bir mantığı olmayacaktır⁶⁴.

ii. Sistematik Yorum

Sistematik yorum, yukarıda değinildiği üzere normun anlamının ortaya konulması bakımından normun hangi kanunda düzenlendiği, düzenlendiği kanundaki konumu, diğer tüm hukuk normlarıyla ilişkisi dikkate alınarak gerçekleştirilmektedir⁶⁵.

Çalışma konusu bakımından sistematik yorum üç noktada önem arz etmektedir. Bunların ilki Türk Ceza Kanunu'nun sistematigi ve ilgili maddenin düzenlendiği yerdir. Bu kapsamda değerlendirilecek ikinci husus, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun düzenlemeleridir. Üçüncü ve son olarak üzerinde durulacak bir diğer inceleme alanı ise, kadına yönelik şiddetin önlenmesine dair uluslararası sözleşmelerdir.

⁶⁴ Benzer görüş için bkz. Erdem ve Türay, (n 25) 84; Dursun (n 32) 66.

⁶⁵ Baytaç (n 5) 234.

aa. TCK Sistematiği Üzerinden Yapılan Değerlendirme

İlki, yukarıda bahsedildiği üzere TCK'nın 6. maddesinde yer alan çocuk kavramının ve yine TCK'nın 103. maddesinde yer alan cinsel istismar düzenlemelerinin dikkate alınması noktasındadır. Bu iki düzenlemenin dikkate alınması sonucu, çalışma konumuz olan cinsel saldırı suçunun mağdurunun 18 yaşını doldurmuş kişiler olduğu anlaşılmaktadır.

Sistematiği yorumun çalışmamız bakımından önem arz ettiği ikinci durum ise, TCK'nın 102. maddesinin düzenlediği başlıktır. Nitekim bu başlık üzerinden suçun korunan hukuki değerinin tespiti son derece önemlidir.

Cinsel saldırı suçu, TCK'nın ikinci kitabının "Kişilere Karşı Suçlar" kısmında, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlıklı altıncı bölümünde düzenlenmiştir. Madde metninin yer aldığı bu alan suç ile korunan hukuki değerin tespiti bakımından son derece önemlidir. Korunan hukuki değerin tespiti ise, amaçsal yorum bakımından bir sonraki başlıkta önem arz edecektir.

Bu düzenleme ile yukarıda da ifade edildiği üzere suçun önceki kanun döneminde olduğu gibi genel ahlaka dair bir sorun olarak görülmesinden vazgeçildiği ve bireysel özgürlüğe yönelik bir sorun olarak kabul edildiği karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla doktrinde cinsel suçlarla ilgili ortaya konulan, korunan hukuki değerin ne olduğuna dair görüşlerden hangisinin seçildiğinin bir önemi olmaksızın, korunan hukuki değerin bireysel özgürlük olduğu ifade edilmelidir.

Tüm bu tartışmalardan bağımsız olarak, madde metninin düzenlendiği yer bakımından cinsel suçlarla korunan hukuki değerin ister cinsel özgürlük, ister cinsel dokunulmazlık korunması olsun, bireysel bir özgürlük olduğunun tespiti önem arz etmektedir. Nitekim kişilere karşı suçlar başlığı altında bireysel bir özgürlüğü koruduğu kabul edilen bir suç tipinde kişinin rızası olmaksızın kendisine yönelik cinsel davranışların gerçekleşmesinin suç olmadığını kabul etmek doğru olmayacaktır.

bb. 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Üzerinden Yapılan Değerlendirme

Sistematiği yoruma dair yukarıda yapılan açıklamalarda da ifade edildiği üzere bir normun ne anlama geldiğinin ortaya konulması faaliyetinde ilgili normun hangi kanunda ve kanunun hangi kısmında düzenlendiği büyük öneme sahiptir. Ancak sistematiği yorum bakımından ilgili norm, hukukun tekliği ilkesi bakımından da değerlendirilmeli ve mevzuatın geneliyle birlikte ele alınmalıdır. Bu kapsamda şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınla-

rın, çocukların, aile bireylerinin korunması amacıyla yürürlüğe giren 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun sistematik yorum yöntemi bakımından incelenmesi zaruret arz etmektedir.

İlgili kanunun tanımlar başlıklı ikinci maddesinde şiddet, “*Kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranış*” şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla bireye karşı, aile içinde gerçekleştirilen ve kişinin cinsel yönden zarar görmesine veya acı çekmesine sebebiyet veren davranışlar şiddet olarak tanımlanmıştır. Bu bakımından, aile içinde bireyin cinsel özgürlüğüne yönelik kişinin rızası olmaksızın gerçekleştirilen davranışların şiddet olarak addedilmesi yanlış olmayacaktır.

Bu tespitten hareketle, kanun koyucu bir taraftan aile içinde cinsellik üzerinden şiddete uğrayan kadının korunmasını düzenlerken, diğer taraftan evlilik içi rıza dışı cinsel davranışların TCK’da eşlerin birbirlerini cinsel yönden tatmin etme yükümlülüğü kapsamında suç olarak kabul edilmemesi düşüncesi birbiriyle çelişmektedir.

Ezcümle hukuk sistemi içinde kadının cinsel yönden şiddete uğramasının engellemesine yönelik bu şekilde bir kanuni düzenleme mevcutken, TCK’nın 102. maddesinin 1. fıkrasının eşe karşı işlenemeyeceği görüşü, sistematik olarak da uygun değildir.

cc. Uluslararası Sözleşmeler Üzerinden Yapılan Değerlendirme

Kadına yönelik ayrımcılığın önlenmesine yönelik birçok uluslararası metin olmakla birlikte, tüm bu metinlerin başında gelen “Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi” (CEDAW⁶⁶), kadın hakları bakımından uluslararası düzeyde standartları ortaya koymaktadır⁶⁷.

⁶⁶ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women.

⁶⁷ Sevda Bora Çınar, ‘Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) m 2/f Işığında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’ndaki Cinsiyetçi İfadelerin Değiştirilmesi Gerekliliği Üzerine Bir Değerlendirme’ (2023) 81(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 343, 352.

Sözleşme, Anayasanın 90. maddesinin 5. fıkrası⁶⁸ gereği üstün iç hukuk kuralı statüsündedir⁶⁹. Dolayısıyla yorum faaliyeti sırasında sistematik yorum metodunun önemli argümanlarından biridir. Sözleşme, kadına yönelik şiddetin genel bir tanımını yapmadığı gibi, evlilik içi cinsel saldırı suçuna yönelik özel bir düzenlemeyi de içermemektedir. Ancak madde metnlerinin anlaşılmasını sağlamak ve Sözleşme'nin nasıl uygulanacağını göstermek üzere sözleşme kapsamında kurulan, taraf devletlere tavsiye kararlarında bulunma yetkisine sahip olan CEDAW komitesinin konuya dair tavsiye kararları bulunmaktadır. CEDAW komitesinin birçok tavsiye kararı mevcut olmakla birlikte çalışmamız bakımından 19⁷⁰ ve 35⁷¹ numaralı tavsiye kararları önem arz etmektedir⁷².

⁶⁸ Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası: *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."*

⁶⁹ Fatmagül Kale Özçelik, Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nin Usule ve Esasa İlişkin Düzenlemeleri ve Türk Anayasa Hukuku'na Yansımaları, (Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2016, Sayı 8) 336.

⁷⁰ Komite'nin genel anlamda en önemli tavsiye kararı olarak nitelendirilen 19 no'lu kararında komite, toplumsal cinsiyete dayalı şiddeti, kadınların erkeklerle eşitlik temelinde hak ve özgürlüklerden yararlanmasını ciddi şekilde engelleyen bir ayrımcılık biçimi olarak tanımlamaktadır. Yine toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin, bir kadına kadın olduğu için yöneltilen veya kadınları orantısız bir şekilde etkileyen şiddeti içerdiğini belirten komite; fiziksel, zihinsel veya cinsel zarar veya acı veren eylemleri ve bu tür eylemlerle tehdit etmeyi, zorlamayı ve diğer özgürlüklerden mahrum bırakmayı şiddet olarak tanımlamaktadır. Komite bu davranışların mevcudiyetinin sözleşmenin belirli hükümlerini ihlal edeceğini belirtmekte ve ayrıca kadınlara yönelik genel uluslararası hukuk veya insan hakları sözleşmeleri kapsamındaki insan hakları ve temel özgürlüklerden yararlanmasını engelleyen veya geçersiz kılan toplumsal cinsiyete dayalı şiddeti, Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında ayrımcılık olarak tanımlamaktadır. Komite yaptığı değerlendirme sonucunda taraf devletlere; aile içi şiddet ve istismar, tecavüz, cinsel saldırı ve diğer toplumsal cinsiyete dayalı şiddete karşı, yasaların tüm kadınlara yeterli koruma sağlamasını ve kadınların bütünlüğüne ve onuruna saygı gösterilmesini temin etme ödevi yüklemektedir. (Report of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Eleventh Session, General Assembly Official Records, Forty-seventh Session Supplement No. 38 (A/47/38))

⁷¹ Üzerinde durulacak diğer tavsiye kararı ise, kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddete ilişkin 35 sayılı genel tavsiye kararıdır. Bu karar esasen 19 sayılı genel tavsiye kararının güncellenmesi olarak verilmiştir. Bu tavsiye kararında komite, öncelikle kadınlara karşı ayrımcı olan ve böylece toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin herhangi bir biçimini kutsayan, teşvik eden, kolaylaştıran, haklı gösteren veya hoş gören tüm yasal hükümlerin yürürlükten kaldırılması gerektiğinin altını çizmekte ve tecavüz de dahil olmak üzere cinsel saldırının kişisel güvenlik hakkına ve fiziksel, cinsel ve psikolojik bütünlüğe karşı işlenen bir suç olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca evlilik içi, tanıdık veya flört tecavüzü de dahil olmak üzere cinsel suçların tanımının özgürce verilmiş rızanın olmamasına dayandırılması ge-

Bu tavsiye kararlarıyla sözleşme, aile içi gerçekleştirilen her türlü cinsel şiddetin engellenmesi bakımından devletlere sorumluluk yüklemektedir. Bu bakımdan mevcutta şiddete imkan tanıyacak düzenlemelerin kaldırılması ve şiddetin önlenmesine yönelik tedbirlerin alınması gerektiği ifade edilmektedir.

iii. Amaçsal Yorum

Yukarıda da bahsedildiği üzere amaçsal yorum, iki aşamalı bir yöntem olup, ilk olarak normun Ratio Legis'i bulunmaya çalışılmakta, akabinde ise ilgili norm tespit edilen amaç doğrultusunda yorumlanmaktadır⁷³. Ancak diğer yöntemlerden farklı olarak bu yöntemin münferit olarak uygulanma imkanı yoktur. Bu bakımdan normun Ratio Legis'inin tespiti sırasında lafzi ve sistematik yorumdan faydalanılmakta ve sonrasında o amaç doğrultusunda yorum faaliyeti gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla bu başlık altında öncelikle normun Ratio Legis'i tespit edilecek ve sonrasında tespit edilen bu amaç doğrultusunda normun yorumlanmasına geçilecektir.

Cinsel suçların kanunda düzenlediği yer dikkate alındığında yukarıda detaylı olarak izah olunduğu üzere korunan hukuki değer ister cinsel dokunulmazlık ister cinsel özgürlük olsun her iki hâlde de bireysel bir özgürlük niteliğindedir. Dolayısıyla cinsel saldırı suçuna dair normun Ratio Legis'i, bireysel özgürlük niteliğine sahip cinsel özgürlüğün korunmasıdır. Bu minvalde madde metninin, bireysel özgürlük niteliğindeki cinsel özgürlüğün korunması Ratio Legis'i ile değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu kapsamda cinsel saldırı suçunun temel hâlinin eşe karşı işlenemeyeceğine dair ortaya konulan görüşün gerekçelerinden biri, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere evlilik birliğinde eşlerin birbirlerine yönelik cinsel arzularını tatmin yükümlülüğü altında olduklarıdır.

Öncelikle evlilik birliğinde eşlerin birbirlerine karşı yükümlülüklerinin yer aldığı TMK'nın 185. maddesinin ikinci fıkrasında⁷⁴ eşlerin birbirlerinin cinsel

rektiği ifade edilmektedir. (Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General recommendation No. 35 on gender-based violence against women, updating general recommendation No. 19, CEDAW/C/GC/35,

<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n17/231/54/pdf/n1723154.pdf1>, 21.10.2024)

⁷² Erdem ve Türay, (n 25) 92.

⁷³ Baytaz (n 5) 257.

⁷⁴ "...Eşler, bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler..." (TMK md. 185/2).

arzularını tatmin yükümlülüğü açık bir şekilde yer almamaktadır. Açık bir şekilde kanunda yer almamaktaysa da eşlerin birbirlerini cinsel yönden tatmin yükümlülüğü, doktrinde “evlilik birliğinin mutluluğunu sağlama” yükümlülüğü altında değerlendirilmektedir⁷⁵. Bu bağlamda eşlerin birbirlerini cinsel yönden tatmin etmemeleri ise, eşlerin evlilik birliğinin cinsel mutluluğunu sağlama yükümlülüğünü ihlal olarak değerlendirilmekte ve boşanma sebebi olarak kabul edilebilmektedir⁷⁶.

Her ne kadar kanunda açıkça düzenlenmemiş olsa da doktrinde evlilik birliğinin mutluluğunu sağlama yükümlülüğü çerçevesinde cinsel arzuların tatmini yükümlülüğünün varlığı kabul edilmekte ve bu yükümlülüğün ihlali, boşanma sebebi olarak değerlendirilebilmektedir. Ne var ki, bu yükümlülüğe dayanılarak, kişinin rızası hilafına kendisine cinsel davranışlarda bulunulabileceği sonucuna varılması, hukuken kabul edilemez. Kaldı ki, rıza dışı cinsel ilişkinin evlilik birliği içinde mutluluğu sağlayacağı düşüncesi ve bu yöndeki bir yaklaşımın söz konusu yükümlülük kapsamında değerlendirilmesi de isabetsiz olacaktır. Diğer bir deyişle bu durum, evlilik birliğini oluşturan sözleşmeye imza atılması kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği bireysel özgürlüğünden vazgeçmesi anlamına geldiği şeklinde bir yorum hatalı olacaktır. Nitekim evlilik birliği, cinsellik açısından her iki tarafın zımni rızalarının varlığına dair bir karine oluşturabilecekse de, bu durum tarafların cinselliğe dair bireysel özgürlüklerinden vazgeçtikleri anlamına gelmeyecektir⁷⁷. Bu bakımdan evlilik birliği kişilerin eş tarafından gerçekleştirilebilecek tüm cinsel davranışların baştan kabul edildiği şeklinde yorumlanamaz. Dolayısıyla eşler cinsel davranışlara karşı rıza gösterip gösterme konusunda her zaman serbestçe karar verebilecektir. Kaldı ki evlilik birliğinin, kişinin cinsel özgürlüğü kapsamında karar verme hakkını elinden alabileceği şeklindeki bir kabul son derece tehlikeli olup, maddenin Ratio Legis’ine de aykırı olacaktır⁷⁸.

⁷⁵ Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku 2. Cilt* (12. Bası, Beta 2021) 112.

⁷⁶ Yargıtay 2. HD, 27.4.2016 Tarih, 2016/7810 Esas ve 2016/8548 Karar No’lu Kararı; Yargıtay 2. HD, 13.3.2014 Tarih, 2013/22464 Esas ve 2014/5606 Karar No’lu Kararı.

⁷⁷ Benzer görüş için bkz. Efser Erden Tütüncü, Vücuda Organ veya Sair Cisim Sokmak Suretiyle İşlenen Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Teşebbüse İlişkin Sorunlar (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 2, 2022) 627.

⁷⁸ Benzer görüş için bkz. Erdem ve Türay, (n 25) 85.

iv. Hakim Görüşe Karşı Argümanlar ve Kanaat

Yorum yöntemlerinin kullanılması suretiyle yapılan incelemede net bir şekilde ortaya konulduğu üzere görüşümüz, cinsel saldırı suçunun temel hâlinin de eşe karşı işlenebileceği doğrultusundadır. Ancak Yargıtay'ın son içtihadına kadar yerleşik kararlarında ve doktrinde az olarak nitelendirilemeyecek sayıda yazarın suçun temel hâlinin eşe karşı işlenemeyeceği savunulmaktadır. Bu görüşlerin dayanakları ise, temel hâlin yer aldığı 1. fıkranın metninde özel olarak eş kavramına yer verilmemesi ve madde gerekçesinde yer alan açıklamalardır.

aa. İlk Fıkroda “Eş” Kavramının Özel Olarak Yer Almaması

Öncelikle yukarıda detaylı olarak ifade edildiği üzere 1. fıkroda eşten özel olarak bahsedilmesine gerek yoktur. Zira madde metni, herhangi bir istisnai düzenleme içermeden suçun herkese karşı işlenebileceği şekilde düzenlenmiştir.

Kaldı ki, mantıken ana kuralın bir istisnasının bulunması hâlinde, istisna ile ana kuralın aynı doğrultuda değil, aksi doğrultuda anlam ortaya koyması durumunda mümkündür. Dolayısıyla herkesin mağdur olabileceği bir suça ilişkin düzenlemenin istisnası, ancak belirli kişilerin mağdur olamayacağına dair olmalıdır. Aksi halde herkesin mağdur olabileceğine dair bir düzenlemenin devamında belirli kişilerin de mağdur olabileceğini düzenlemek, mantık kurallarıyla da çelişmektedir. Dolayısıyla TCK'nın 102. maddesinin 1. fıkrası suçun herkese karşı işlenebileceğini düzenlediğinden ayrıca bu suçun eşe karşı da işlenebileceğine ilişkin bir ifade anlamsız kalacaktır. Zira halihazırda madde metninde herhangi bir istisna olmaksızın suçun herkese karşı işlenebileceği ve dolayısıyla herkesin mağdur olabileceği belirtilmektedir.

Suçun temel hâlinin eşe karşı işlenemeyeceğine dair görüş sahipleri dayanak olarak TCK'nın 102. maddesinin 2. fıkrasında eşten ayrıca bahsedildiğini belirtmektedir. Oysa yukarıda da ifade edildiği üzere bu norm bir ceza muhakemesi şartı düzenlemesi olup, suçun maddi unsurları ile en ufak bir bağlantısı yoktur. Yalnızca suçun soruşturmasının ve kovuşturmasının eşin şikâyetine bağlı olacağını belirtmektedir⁷⁹.

Bu düzenlemenin sebebi ise, organ ve sair cisim sokmak suretiyle gerçekleştirilen cinsel saldırı suçunun esasen soruşturması ve kovuşturması şikâyete bağlı olmayıp, re'sen kovuşturulabilen bir suç olmasıdır. Ancak aile birliğinin

⁷⁹ Taner (n 32) 96; Dursun (n 32) 66; Erdem ve Türey (n 33) 96.

kutsallığı, aile içinde yaşanan tüm sorunların esasen aile özeli olması nedeniyle bu gibi durumlarda doğrudan devletin müdahale etmesinin doğru olmayacağı ve kişilerin aile içinde yaşadıkları bu aile sırrı olabilecek nitelikteki durumlarda ancak onların talebiyle devletin müdahale etmesinin gerektiği kanaatiyle suç, eşe karşı işlenmesi hâlinde şikâyeteye bağlı hale getirilmiştir.

İlk fıkranın halihazırda herkes bakımından şikâyeteye bağlı bir suç olarak düzenlenmiş olması dolayısıyla ayrıca bahsedilme ihtiyacı duyulmamış ve bu nedenle özel bir düzenleme yapılmamıştır. Kaldı ki bu şekilde bir düzenleme mantık dışı olacaktır. Zira herkesin mağdur olabileceği bir suç, kime karşı işlenirse işlensin şikâyeteye bağlı bir suç ise, bu suçun eşe karşı işlenmesi hâlinde soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı olacağına dair bir düzenlemeye ihtiyaç olmayacağı gibi, bu şekilde bir düzenleme mantık kurallarıyla da bağdaşmamaktadır. Zira çoğun içinde az da bulunmakla birlikte, düzenleme istisnasız herkesi kapsayacak şekilde kaleme alınmış olup, eşe karşı bu suçun işlenebilmesi bakımından 'eş' kavramının özellikle madde metninde yer almasına gerek yoktur.

Ezcümle, eş kavramının özel olarak ilk fıkroda yer almadığından suçun temel hâlinin eşe karşı işlenemeyeceğine dair görüşün mesnetsiz olduğunu ifade etmek gerekir.

bb. Gerekçede Yer Alan Açıklamalar

aaa. Nitelikli Hâlin Eşe Karşı İşlenebileceğine Dair Gerekçe

Suçun temel hâlinin eşe karşı işlenemeyeceğine dair görüşün bir diğer argümanı gerekçede yer alan "...Cinsel saldırı suçunun nitelikli hâlini oluşturan bu fiiller, eşe karşı da işlenebilir..." şeklindeki cümledir.

Bu şekilde, tarihsel yorum yönteminden hareketle kanun koyucunun görüşüne ulaşma amacıyla hareket edilmekte ve gerekçede yer alan bu açıklamayla kanun koyucunun cinsel saldırı suçunun eşe karşı yalnızca organ ve sair cisim sokulması suretiyle işlenebileceği belirtilmektedir. Bu yorum, yukarıda detaylı olarak belirtildiği üzere eş kavramı ikinci fıkroda yer alırken, ilk fıkroda özellikle eş kavramına yer verilmediği dayanağıyla birlikte sunulmaktadır.

Genel kabul olduğu üzere kanun gerekçeleri, hukuki nitelikleri itibarıyla kanun maddesi hükmünde olmayıp yalnızca madde metninin hazırlanması sırasında kanun koyucunun ne demek istediğinin ortaya koyulması bakımından önem arz etmektedir. Dolayısıyla gerekçe, kanun maddesinde yer alan bir kav-

ramın ne anlama geldiği noktasında destekleyici nitelikte kullanılabilecekse de kanun maddesinde yer almayan bir hususun ortaya koyulmasına imkan vermez. Diğer deyişle kanun maddesinde yer almayan hiçbir şey gerekçeyle var olarak kabul edilemez.

Bu nedenle kanunda açık bir şekilde herkese karşı işlenebilen bir suç olarak düzenlenen cinsel saldırı suçunun, gerekçede yer alan bir ibareyle maddi unsurlarında değişiklik yapılması imkanının olmaması gerekmektedir. Dolayısıyla cinsel saldırı suçunun eşe karşı işlenemeyeceğine dair madde metninde açık bir düzenleme olmadığı için gerekçeyle bu şekilde bir sınırlama yapılması geçerli değildir⁸⁰. Kaldı ki gerekçenin hiçbir bağlayıcılığı da bulunmamaktadır⁸¹. Ayrıca lafzi, sistematik ve amaçsal yorum yöntemlerinin kullanılması ile ortaya çıkan sonuçlar kendi içinde tutarlı iken, tarihsel yorum ile ulaşılan sonuçla çelişmektedir. Bu bakımdan tarihsel yorum ile ulaşılan sonucun, diğer yöntemlerle ulaşılan sonuçlarla adeta siyah ve beyaz kadar farklı olması, bu yöntem üzerinden gidilmesinin doğru olmayacağını göstermektedir.

Sonuç olarak kanun metninde yer almamasına rağmen, gerekçede yer alan birtakım ifadeler üzerinden suçun maddi unsurlarında değişiklik yapılması, ceza hukukunun temel ilkeleriyle bağdaşmadığı gibi hukuk güvenliği bakımından da önemli bir tehlike alanı yaratmaktadır.

⁸⁰ Her ne kadar örnekleri artırmak mümkün olsa da, hakaret suçu bakımından yapılacak bir değerlendirme açıklayıcı olacaktır. Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesinde, söz konusu suçun eşe karşı işlenmesine ilişkin herhangi bir özel düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu bağlamda, kanun koyucunun açıkça eşi saymaması, hakaret suçunun eşe karşı işlenemeyeceği şeklinde yorumlanabilir mi? Böyle bir yorumun hakaret suçu bakımından isabetsiz olacağı açıktır. Aynı şekilde, benzer bir yorumsal yaklaşımın cinsel suçlar açısından da hukuken geçerli ve doğru kabul edilmesi mümkün değildir.

⁸¹ Doktrinde birçok yazar, herhangi bir madde metninin ne anlama geldiğini ortaya koyarken, kendi görüşüne uyması halinde, gerekçeyi kendisine dayanak olarak ortaya koyarken, aynı yazar, bazen aynı veya bir farklı eserinde başka bir suça dair yaptığı açıklamalarda, gerekçenin kendi görüşüne uymaması halinde gerekçenin zaten bağlayıcı olmadığını ifade ederek, gerekçenin dikkate alınmamasını ve madde metninin kendi belirttiği şekliyle anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Ceza hukuku gibi temel hak ve özgürlükler bakımından son derece dikkatli davranılması gereken bir alanda, objektif birtakım kriterlerden uzak yorum faaliyetinde bulunulması ve sübjektif görüşlerin kabul ettirilmesi bakımından yorum yöntemlerine bakışın değiştirilmesi hukuk güvenliği bakımından son derece tehlikelidir. Zira bu görüşler mahkeme kararlarına yansiyabilmektedir. Ezcümle yorum faaliyetinin mutlaka bir takım objektif kurallar dahilinde yapılması gerekmektedir.

bbb. Cinsel Arzuların Tatmin Yükümlülüğünün Bulunduğuna Dair Gerekçe

Cinsel saldırı suçunun temel hâlinin eşe karşı işlenemeyeceğini ortaya koyan görüşün bir diğer dayanağı, gerekçede belirtildiği üzere eşlerin birbirlerine karşı cinsel arzuları tatmin yükümlülüğü bulunduğuna dair ifadedir.

Yukarıda da izah olunduğu üzere TMK’da cinsel arzuları tatmin yükümlülüğü kanunda açık bir şekilde ortaya konulan bir yükümlülük olmayıp, doktrinde evlilik birliğinin mutluluğunu sağlamak yükümlülüğü kapsamında doktrinde değerlendirilmektedir.

Cinsel arzuların tatmini yükümlülüğünün ihlali bir boşanma nedeni olarak kabul edilebilecek olmakla birlikte, evlilik sözleşmesini imzalamasıyla birlikte cinsel arzuların tatmini yükümlülüğü çerçevesinde eşlerin, bireysel özgürlük niteliğinde olan cinsel özgürlük/cinsel dokunulmazlığıyla ilgili izin verme ver-meme şeklinde karar verme hakkının tamamen ortadan kalkacağını kabulü hukuka aykırı olacaktır.

Diğer bir ifadeyle bu yükümlülüğü sadece evlilik sözleşmesini imzalamakla ömür boyu kendisine yönelik organ ve sair cisim sokma dışında gerçekleştirilecek tüm cinsel davranışlara boyun eğmek zorunda olmak şekline anlaşılmaması, kanunun sistemine de, temel hak ve özgürlükler bağlamında hukukun temel ilke ve prensiplerine de uygun düşmeyecektir. Evlilik sözleşmesiyle tarafların karşılıklı olarak vücutlarına dokunulması konusunda rıza⁸² verdikleri kabul edil-se dahi, eşlerden birinin açık bir şekilde cinsel karşı eşten gelecek cinsel davranışlara yönelik rızanın bulunmadığını beyan etmesi hâlinde geçerli bir rızadan bahsedilemeyecektir.

Nitekim cinsel saldırı suçunun Ratio Legis’i kişinin cinsel özgürlüğünün/cinsel dokunulmazlığının korunmasıdır. Bu bağlamda kişinin kendisine yönelik cinsel davranışlara karşı serbestçe tasarruf imkânı vardır ve istediği bir cinsel davranışa rıza gösterebileceği gibi, rıza göstermeyebilir. Evlilik birliğinin tarafı olmak, kişinin kendisine yönelik tüm cinsel davranışlara rıza gösterme yükümlülüğünü beraberinde getirmez ve diğer eşe de kişinin rızası olmaksızın cinsel davranışlarda bulunma imkanı tanımaz. Aksi bir görüş yukarıda da belirtildiği üzere hukuka aykırı olacaktır.

⁸² “...Kaldı ki bizce özellikle ülkemizde evlilik sözleşmesinin kurulması ile eşler haklı olarak, birbirlerine cinsellik tekelliğini verdiklerini ve artık birbirlerinin vücutlarına istedikleri anlarda ve yerlerde dokunabileceklerini bir tür - mefruz rıza - içinde algılamaktadırlar...” (Kocaoğlu (n 38) 123.)

Sonuç

Detaylı olarak ortaya koyulduğu üzere doktrinde ve yargı kararlarında yer alan ve cinsel saldırı suçunun temel hâlinin eşe karşı işlenemeyeceğine dair görüş dayanaktan yoksun olup, bu şekilde bir kabul hukuka aykırıdır.

Yukarıda detaylı olarak belirtildiği üzere madde metninin lafzi, sistematik ve amaçsal yorum yöntemlerinin ayrı ayrı kullanılarak ve birlikte değerlendirilmesi ile suçun temel hâlinin eşe karşı işlenemeyeceğine dair bir sonuca ulaşılmamaktadır. Tüm sonuçlar, aksine bu suçun eşe karşı işlenebilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.

Tarihsel yorum yöntemi üzerinden hareketle, madde gerekçesinin değerlendirilmesi sonucu ortaya konulan ve maddenin lafzının kanaatimizce doğru olmayan bir şekilde yorumlanmasıyla temel hâlin eşe karşı işlenemeyeceği ifade edilmekteyse de, bu şekilde bir kabulün yukarıda da izah olunduğu üzere hukukun temel ilke ve prensiplerine aykırı düştüğü ve hukuk güvenliğini önemli ölçüde zedelediğini ifade etmek gerekir.

Bu minvalde yukarıda detaylı olarak üzerinde durulduğu üzere; maddenin lafzında suçun mağdurunun herkes olabilmesi, ikinci fıkrada eş kavramının yer almasının suçun maddi unsurlarına değil de suçun soruşturulmasının ve kovuşturulmasının şikâyetle bağlı kılınmasıyla ilgili olması ve maddenin TCK'nın kişilere karşı işlenen suçlar başlığı altında yer alması ve korunan hukuki değerın tartışmalardan bağımsız olarak bireysel özgürlük olması ve yalnızca evlilik birliğinin tarafı olunması suretiyle bireysel özgürlükten tamamen vazgeçildiği anlamına gelemeyeceği gibi gerekçelerle TCK'nın 102. maddesinin 1. fıkrasında yer alan cinsel saldırı suçunun eşe karşı işlenebileceği kanaatinde olduğumuzu ifade etmek gerekir.

Organ ve sair cisim sokmak suretiyle cinsel saldırı suçunun eşe karşı işlenmesi bakımından genel olarak bir tartışma olmamakla birlikte doktrinde azınlıkta yer alan aksi görüşlere katılmadığımızı ve TCK'nın 102. maddesinin 2. fıkrasında yer alan açık düzenleme gereği 102. maddesinin 1. fıkrasında olduğu gibi nitelikli hâlin de eşe karşı işlenebileceği kanaatindeyiz.

Kaynakça

- Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku 2. Cilt* (12. Bası, Beta 2021)
- Akkaya Ç, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar* (Adalet 2017)
- Altun V, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu M. 102/1 Kapsamında Kalan Fiillerin Eşler Arasında İşlenip İşlenemeyeceğine İlişkin Değerlendirme, (Suç ve Ceza Dergisi, 2024(1))
- Artuk ME ve diğerleri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Bası, Yetkin 2022)
- Artuk ME ve diğerleri, *Ceza Hukuku, Özel Hükümler* (21. Bası, Adalet 2024)
- Artuk, M.E ve Yenidünya, A.C, 'Evlilik İçinde Irza Geçme', *İÜ Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı* (İstanbul Üniversitesi 1999) 57
- Baş E, 'Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu' (2016) 65(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1135
- Baumann J, Weber U ve Mitsch W, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (10. Bası, Ernst und Werner Gieseking 1995)
- Baytaz AB, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum* (Oniki Levha 2015)
- Bora Çınar S, 'Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) m 2/f Işığında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndaki Cinsiyetçi İfadelerin Değiştirilmesi Gerekliliği Üzerine Bir Değerlendirme' (2023) 81(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 343
- Centel N ve Zafer H, 'Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)' in Mahmut Koca (ed), Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan (Seçkin 2020) 225
- Centel N, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 99, 2012)
- Centel N, ve Zafer H, Cinsel Saldırı Suçu, (Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK'a ARMAĞAN, Ed. Mahmut Koca, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020)
- Dönmezer S, *Ceza Hukuku Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler* (5. Bası, Filiz 1983)
- Dursun S, 'Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış' (2014) (24) Ceza Hukuku Dergisi 57
- Dülger MV, 'Evlilik Birliği İçinde Gerçekleşen Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu, Bu Suçun Mağdur Üzerindeki Etkileri ve Mağduru Korumaya Yönelik Alınabilecek Önlemler' (2006) 80(2) İstanbul Barosu Dergisi 543
- Erdem E ve Türay A, 'Türk Ceza Hukukunda Basit Cinsel Saldırı Suçunun Eşe Karşı İşlenmesi' (2019) 12(2) Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi 65.
- Erden Tütüncü E, Vücuda Organ veya Sair Cisim Sokmak Suretiyle İşlenen Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Teşebbüse İlişkin Sorunlar (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 2, 2022)
- Ergüne E, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu (MÜHF-MAD, Cilt 29, Sayı 1, 2023)

- Forck J, Methodik der Gesetzesauslegung: Wann stößt die Argumentation mit Wortlaut, Systematik, Telos und Historie an ihre Grenzen? (ZJS 2022(3))
- Fransız Ceza Kanunu <
- Freund G, Strafrecht Allgemeiner Teil (2. Bası, Springer, 2009)
- Frister H, Strafrecht Allgemeiner Teil, (8. Bası, C.H. Beck, 2018)
- Gerçeker H, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt - 1* (3. Bası, Seçkin 2017).
- Gropp W, Strafrecht Allgemeiner Teil, (4. Bası, Springer 2015)
- Gündüz R, *Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar* (2. Bası, Bilge 2017).
- Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 3. Cilt (Adalet Yayınevi, Ankara, 2021)
- Heinrich B, Strafrecht Allgemeiner Teil, (7. Bası, Kohlhammer, Stuttgart, 2022)
- Heper A, 'Almanya'da Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler' (2012) (1) Ankara Barosu Dergisi 71
- Hoffmann-Holland K, Strafrecht Allgemeiner Teil, (4. Bası, Mohr Siebeck Tübinden, 2023)
- https://sherloc.unodc.org/cld/document/fra/1992/penal_code_en.html erişim tarihi 25 Eylül 2024
- İçel K ve Donay S, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım* (5. Bası, Beta 2006)
- Kale Özçelik F, Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nin Usule ve Esasa ilişkin Düzenlemeleri ve Türk Anayasa Hukuku'na Yansımaları, (Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2016, Sayı 8)
- Kantarci N, 'Cinsel İstismar Suçunun Eşe Karşı İşlenip İşlenemeyeceği Sorunu' (2014) 9(24) Ceza Hukuku Dergisi 151
- Koca M ve Üzülmöz İ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Bası, Seçkin 2022)
- Koca M ve Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Ceza Özel Hükümler* (9. Bası, Seçkin 2023)
- Kocaoğlu S, *Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar* (Yetkin 2016)
- Korkmaz ZB, 'Türk Ceza Hukukunda Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu' (2023) (1) Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27
- Mader S, 'Grundprobleme und Geschichte der Juristischen Hermeneutik' in Marcel Senn ve Barbara Fritschi (eds), *Rechtswissenschaft und Hermeneutik* (Franz Steiner 2009)
- Malkoç İ, *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu*, 2. Cilt (Malkoç 2013)
- Memiş Kartal P, *Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı* (Der 2014)
- Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*, Çev. Fehmi Baldaş, Hiperlink Yayınları, 2014)

- Nestler N, Die Auslegung von Straftatbeständen: Auslegungsmethoden und Methodik der Auslegung, (Juristische Ausbildung 2018(6))
- Özbek VÖ ve diğerleri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Bası, Seçkin 2023)
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (18. Bası, Seçkin 2023)
- Özen M, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Temel Suç Tipleri* (Adalet 2023)
- Özgenç İ, 'Cinsel Suçlar' (2020) 24(1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 257
- Roxin C, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band 1* (4. Bası, C.H. Beck 2006)
- Rüthers B ve Höpfner C, Analogieverbot und subjektive Auslegungsmethode, (Juristen-Zeitung, 2005(1))
- Rüthers B, Clemens Höpfner, Analogieverbot und subjektive Auslegungsmethode, (JuristenZeitung, 2005(1))
- Satzger H, Gesetzlichkeitsprinzip und Rechtfertigungsgründe, (Juristische Ausbildung 2016(2))
- Schmidhauser E, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2. Bası, J.C.B Mohr (Paul Siebeck) 1975)
- Simon E, Gesetzesauslegung im Strafrecht, (Duncker Humboldt Berlin 2004)
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (14. Bası, Legem 2023)
- Sözüer A, Baytaş AB ve Keleş Pekmez T, 'Türk Ceza Hukukunda Kadın ve Türkiye'de Kadına Yönelik Şiddetin 6284 Sayılı Kanun Bağlamında Değerlendirilmesi' in Adem Sözüer (ed), *Kadın Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık* (Adalet 2014)
- Şimşek A, 'Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarının Hafif Şekli: Sarkıntılık' (2015) 10 Ceza Hukuku Dergisi 309
- Taner FG, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar* (3. Bası, Seçkin 2023)
- Taneri G, *Cinsel Suçlar* (Bilge 2014)
- Tezcan D, Erdem MR, Önok RM, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (21. Bası, Seçkin 2023)
- Tofahrn S, *Strafrecht Allgemeiner Teil I* (3. Bası, C.F. Müller 2013)
- Tulay ME, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçun Eşe Karşı İşlenmesi, (Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 8, Sayı: 16, Aralık 2020)
- Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük <<https://sozluk.gov.tr/>> erişim tarihi 26 Aralık 2024
- Ünver Y, 'Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi' in Yener Ünver (ed) *II. Türkiye - Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu* (Seçkin 2014) 30
- Walz C, 'Das Ziel der Auslegung und die Rangfolge der Auslegungskriterien' (2010) (4) Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS) 482

Wessels J, Beulke W ve Satzger H, Strafrecht Allgemeiner Teil, (52. Bası, C.F. Müller, 2022

Yalçın Sancar T, *Türk Ceza Hukukunda Kadın* (Savaş 2013)

Yokuş Sevük H, '5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Taciz Suçları' (2005) 57 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 243

Yokuş Sevük H, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (4. Bası, Adalet 2022)

Zafer H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75* (8. Bası, Beta 2021)

Yağma Suçunun Konusu Üzerine Bir Değerlendirme (Taşınmazlar Yağma Suçunun Konusunu Oluşturabilir mi?)^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Buminhan DUMAN^(**)

Dr. Öğr. Üyesi Selen EVİRGEN^(***)

Öz

Yağma suçu Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 148. maddesinde düzenlenmiştir ve madde metninde yağma suçunun konusu olarak "mal" ibaresine yer verilmiştir. Hukukta mal kavramı, taşınır ve taşınmaz malları kapsar. Aynı kanunun 141. maddesinde hırsızlık suçunun konusunu taşınır malın oluşturacağı açıkça belirtilmiş olmasına karşın yağma suçu ile ilgili böyle bir ibareye yer verilmemiştir. Oysaki 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda (ETCK) kanun koyucu yağma suçunun konusunu açıkça "*menkul mal*" olarak düzenlemiştir. Güncel düzenlemedeki belirsizlik Yargıtay'ın kararlarına da yansımıştır. Yargıtay, bazı kararlarında sadece taşınır malların yağma suçunun konusu olabileceğini belirtirken bazı kararlarında ise taşınmaz malların da bu suçun konusunu oluşturabileceğini kabul etmektedir.

Anahtar Kelimeler

Yağma, Suçun Konusu, Mal, Taşınır, Taşınmaz.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 24.03.2025 - Kabul Edildiği Tarih: 18.05.2025.

Atıf Şekli: Buminhan Duman ve Selen Evirgen, 'Yağma Suçunun Konusu Üzerine Bir Değerlendirme (Taşınmazlar Yağma Suçunun Konusunu Oluşturabilir mi?)' (2025) 15(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 253, 289.

DOI: 10.52273/sduhfd..1664732.

^(**) Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD, Afyon, Türkiye.

E-posta: avbuminhanduman@gmail.com.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9864-5170>.

^(***) Kırıkkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD, Kırıkkale, Türkiye.

E-posta: s.evirgen@kku.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0691-0710>.

An Evaluation on the Subject of the Crime of Plunder (Can Immovables Constitute the Subject of the Crime of Plunder?)

Abstract

The crime of plunder is regulated in Article 148 of the Turkish Penal Code (TPC). According to this article, the subject of the crime of plunder is “*property*”. In legal terms, the concept of property includes movable and immovable property. Although it is clearly stated in Article 141 of the same law that movable property shall constitute the subject matter of the offence of theft, there is no such statement regarding the crime of plunder. However, in the repealed Turkish Penal Code No. 765, the legislator clearly regulated the subject of the crime of plunder as “movable property”. The ambiguity in the current regulation is also reflected in the decisions of the Court of Cassation. While the Court of Cassation states in some of its decisions that only movable property can be the subject of the crime of plunder, in other decisions it accepts that immovable property can also constitute the subject of this offence.

Keywords

Plunder, Subject Matter of the Crime, Property, Movable, Immovable.

Extended Summary

The crime of plunder, regulated under Article 148 of the Turkish Penal Code (TPC), involves unlawfully seizing property through force or threats. Given the coercion and intimidation inherent in robbery, this offense protects not only property rights but also individuals' physical integrity and freedom of will. However, whether the crime's material subject is limited to "movable property" remains debated. Article 148 uses the term "property" without restricting it to movables, creating ambiguity about immovable property. In contrast, Article 141 explicitly states that theft pertains to "movable property", raising questions about whether this distinction was intentional or a terminological inconsistency.

In legal doctrine, there are differing views on whether the coercive transfer of immovable property should fall within the scope of plunder. The prevailing opinion holds that in cases involving forced transfer of immovable property, the offense of plunder does not materialize; instead, other offenses such as unlawful occupation, extortion of a document, or coercion may be applicable. Nevertheless, some authors argue that the term "property" should be interpreted broadly to include immovable property and suggest legislative amendments to clarify this issue.

The Turkish Court of Cassation has issued various rulings regarding whether the forced transfer of immovable property through coercion or threats can be classified as plunder. Generally, the court maintains that plunder pertains exclusively to movable property and that in cases involving coercion or threats to transfer immovable property, different criminal offenses, such as coercion, extortion, or unlawful occupation, may be constituted.

Despite being based on the German Penal Code, the TPC differs in its regulation of plunder. The German legal system does not explicitly distinguish plunder based on "movable property" or "removal from where it is". Under German law, plunder is considered an independent offense combining theft -which involves the unlawful appropriation of another's movable property for oneself or a third party- with the additional requirement of coercion, such as physical force or a life-threatening threat. While theft under German law entails the unlawful taking of another's property for personal gain, plunder requires coercion or intimidation. Accordingly, although theft and plunder are distinct offenses, they are closely linked due to their composite nature. This conceptual framework ensures consistency in their interpretation and application.

We agree that in cases where immovable property is occupied through force or threat and the owner is prevented from using it, the crimes of force (Art. 108 TPC), threat (Art. 106 TPC), or trespass (Art. 154 TPC) will occur. However, we do not agree that the crime of plunder of the deed will occur in cases where there is a forced transfer of title deed immovable properties, as some argue. This is because the promissory note defined as the subject of the crime in Article 148/2 of the TPC must be a document that can create or extinguish a debt. Not all types of documents qualify; only those indicating a legally valid debt relationship may constitute the subject of this offense. The reasoning of the relevant article states that "any document that causes the victim

not to use his/her right that is economically favorable falls within the definition of a debt-bearing promissory note.” In this context, the crime of plunder of a deed will not occur in cases such as the creation or destruction by force or threat of force of a deed that does not impose or remove a debt.

A title deed is an official document showing who owns an immovable property. However, it does not contain a debt-bearing transaction; it is merely a declarative document that confirms ownership and registration. Therefore, documents such as title deeds, which are not in the nature of a deed of obligation and only reflect a state of ownership, cannot be accepted within this scope. However, if force or threats are applied to compel the issuance of a title deed that transfers ownership of immovable property to the perpetrator, the immovable property may indirectly be subject to plunder.

The contract of promise of sale of immovable property should be evaluated separately. Since such a contract commits the transfer of the immovable property at a later date and imposes a mutual obligation on the parties, it should be considered within the scope of a debt-bearing deed. Unlike a title deed, it not only reflects the ownership status of the immovable property but also legally obliges the debtor to transfer the property in the future while granting the creditor the right to demand this transfer. Thus, a coercive act directed at this type of document may fall within the scope of plunder under Article 148 of the TPC.

In cases where the price of immovable property is taken by force or threat, the subject of the crime is not the immovable property itself but the money representing its value. Ensuring the forced transfer of immovable property to the defendant or a designated person differs from compelling the sale of the property and seizing its monetary value. Since money is considered movable property, there is no doubt that it can constitute the subject of the crime of plunder.

We believe that in cases where the transfer of an immovable property is ensured through force or threat, the acts of coercion amount to an unjust attack on the property’s economic value. It would be legally inconsistent to classify such acts solely under crimes of intentional injury or threat, which carry lighter penalties than plundering movable property. The current provision results in an unjust situation where the forcible taking of a low-value movable item leads to heavier imprisonment penalties compared to the forcible acquisition of an immovable property, which has greater economic value. Therefore, legal reform is necessary to ensure proportionality and fairness in punishment, preventing inconsistencies in the criminal law framework regarding plunder.

Giriş

Malvarlığına karşı işlenen suçlardan biri olarak yağma suçu, Türk Ceza Kanunu¹'nin (TCK) 148. maddesinde düzenlenmiştir. Bahsi geçen kanun maddesinde suçun maddi konusu tanımlanırken yalnızca “mal” ibaresinin kullanılması tercih edilmiştir. Oysa, yine malvarlığına karşı suçlardan biri olan hırsızlık suçunun kanuni tanımında “taşınır mal” ibaresi kullanılmıştır. Bu farklılık, kanun koyucunun bilinçli bir tercihi mi olduğu, yoksa terminolojik bir farklılık mı taşıdığı konusunda tartışmalara yol açmaktadır.

Özellikle mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (ETCK) yağma suçuna ilişkin 495. maddede, suçun konusunu oluşturan malın niteliği açıkça belirtilmiş ve “*menkul mal*” ibaresi kullanılarak yağma suçunun yalnızca taşınır mallar üzerinde işlenebileceği vurgulanmıştır². Ancak TCK'da bu ibareden vazgeçilerek yalnızca “*mal*” kelimesi tercih edilmiştir. Aynı zamanda ETCK'da yer alan korkutarak faydalanma (m. 498) ve adam kaldırma (m. 499) suçları da TCK'da düzenlenmemiştir. Bu durum, yağma suçunun taşınmaz mallar üzerinde de işlenip işlenemeyeceği konusunda öğretide çeşitli görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Madde gerekçesi incelendiğinde, kanun koyucunun yağma suçunun konusunu oluşturan malın, hırsızlık suçunda olduğu gibi yalnızca taşınır mal niteliğinde olması gerektiğine işaret ettiği görülmektedir. Maddenin gerekçesiyle madde metni uyumlu değildir. Bu bağlamda, yağma suçunun konusunu oluşturan malın niteliği, suçun unsurlarının belirlenmesi ve cezai sorumluluğun sınırlarının çizilmesi açısından büyük önem taşımaktadır.

Bu çalışmada, ana hatlarıyla yağma suçu açıklandıktan sonra, yağma suçunun konusunu oluşturan “*mal*” kavramının ne olduğu, taşınmaz malları kapsayıp kapsamadığı, kanun koyucunun bu tercihinin arkasındaki gerekçeler ve bu durumun hukuki sonuçları Türk ve Alman öğretisindeki görüşler ve yargı kararları ışığında incelenecektir.

¹ Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG. 12.10.2004/25611

² Türk Ceza Kanunu (Mülga), Kanun Numarası: 765, Kabul Tarihi: 01.03.1926, RG. 13.03.1926/320 m.495: “*Her kim, menkul bir malın zilyedini veya cürüm mahallinde bulunan bir başkasını cebir ve şiddet kullanarak veya şahsen veya malen büyük bir tehlikeye düşüreceği beyanı ile tehdit ederek o malı teslim yahut o malın kendi tarafından zaptına karşı süküt etmeye mecbur kılsa...*”

I. Ana Hatlarıyla Yağma Suçu

A. Genel Bilgiler

Yağma suçu, cebir veya tehdit kullanılarak bir malın alınmasını ifade eden ve hem malvarlığına hem de kişinin özgürlüğüne yönelik ihlaller içeren bir suç tipidir. En genel tanımıyla yağma, başkasına ait malın veya senedin zorla alınmasıdır. Zor kullanma, fiziksel bir zorlama olabileceği gibi korkutma şeklinde de gerçekleşebilir³. Yağma suçunun cebir ve tehdit içermesi, onu tehlikeli ve ağır bir suç tipi haline getirmektedir. Bu nedenle yağma suçunun yaptırımını da diğer malvarlığı suçlarına kıyasla daha ağırdır.

Yağma suçu, TCK'nın ikinci kitabının “Kişilere Karşı Suçlar” kısmının onuncu bölümünü oluşturan “Malvarlığına Karşı Suçlar” başlığı altında, m. 148’de düzenlenmiştir. Anılan hükme göre,

“(1) Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılan kişi, altı yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Cebir veya tehdit kullanılarak mağdurun, kendisini veya başkasını borç altına sokabilecek bir senedi veya var olan bir senedin hükümsüz kaldığını açıklayan bir vesikayı vermeye, böyle bir senedin alınmasına karşı koymamaya, ilerde böyle bir senet haline getirilebilecek bir kağıdı imzalamaya veya var olan bir senedi imha etmeye veya imhasına karşı koymamaya mecbur edilmesi halinde de aynı ceza verilir.

(3) Mağdurun, herhangi bir vasıta ile kendisini bilmeyecek ve savunamayacak hale getirilmesi de, yağma suçunda cebir sayılır.”

Hükmün birinci fıkrasında malın yağması, ikinci fıkrasında senedin yağması, üçüncü fıkrasında ise “cebir karinesi” olarak adlandırılan fiilin işleniş şekli düzenlenmiştir. Birinci ve ikinci fıkradaki suçlar bakımından araç hareketler olarak cebir ve tehdit, suçun manevi unsuru, hukuka aykırılık ve nitelikli hâller gibi birçok konu ortak düzenlenmişken bu fıkralardaki suçun konusu ve hareket

³ Devrim Aydın, *Türk Ceza Hukukunda Yağma Suçu* (Yetkin 2020) 21.

unsuru birbirinden farklıdır⁴. Senedin yağması, ETKK’da müstakil bir suç tipi olarak düzenlenmişken TCK’da yağma suçunun özel bir şekli olarak düzenlenmiştir⁵. Kanun koyucu senedin içeriğini korumak amacıyla ayrı bir fıkra da senedin yağmasını düzenleme yoluna gitmiştir⁶. Yağma suçunun konusunu yalnızca taşınır mal olarak kabul eden görüşlere göre, senet de taşınır mal kavramına dahil edileceğinden bu yönde ayrı bir madde öngörülmüş olması gereksiz de olsa, ilk fıkradan farklı fiiller cezalandırıldığı için ayrı bir düzenleme yapılmış olması doğru bulunmuştur⁷. Senedin yağması, klasik yağmaya göre özel bir hüküm niteliğinde olduğu için ayrı bir düzenleme yapılmamış olsa bile, failin ilk fıkra uyarınca cezalandırılacağı belirtilmiştir⁸. Çalışma konumuz bağlamında yağma suçunun konusu üzerine bir değerlendirme yapılırken, ilk fıkradaki yağma suçu kapsamında bir değerlendirme yapılacaktır. Zira ikinci fıkradaki senedin yağması suçunun konusu tartışmaya mahal vermeyecek şekilde açık bir biçimde düzenlenmiştir.

B. Korunan Hukuki Değer

Yağma suçunun, cebir veya tehdit ile hırsızlık suçlarının bir araya gelmesi ile oluşan bir bileşik suç olmasından ötürü kendisini oluşturan suçların koruduğu hukuki değerleri koruduğu ifade edilebilir. Bu kapsamda yağma suçunun; hırsızlık suçunun koruduğu mülkiyet ve zilyetlik ile cebir ve tehdit suçlarının koruduğu kişi özgürlüğü, irade serbestliği ve vücut dokunulmazlığını koruduğu söylenebilir. Dolayısıyla bu yönüyle, yağma suçu hem ekonomik değerleri hem de bireysel özgürlükleri korumayı amaçlayan bir suç tipi niteliği taşımaktadır.⁹

⁴ Abdülhalim Arslanbaş, ‘Yağma Suçları’ (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2009) 97; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (10. Baskı, Adalet 2024) 737.

⁵ Burak Taş, ‘Senedin Yağması Suçu’ (2021) 2 (1) NKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 231, 235.

⁶ Ayşen Alan, ‘Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 30.03.2021 Tarih ve 2017/1018 E., 2021/147 K. Sayılı Kararı Ekseninde Yağma Suçuna İlişkin Tartışmalar’ (2022) 1 (1-2) Karar İncelemeleri Dergisi 253, 261.

⁷ Mahmut Koca, ‘5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar’ (2005) 5 İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi 67, 81; Taş (n 5) 236.

⁸ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (11. Baskı, Yetkin 2016) 412; Alan (n 6) 261-262.

⁹ Keskin Kaylan, ‘Yargıtay Kararları Işığında Yağma Suçları (765 ve 5237 Sayılı Yasalardaki Düzenlemelerin Karşılaştırmalı Bir Değerlendirilmesi)’ (2013) 1 (1) Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 39, 40; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (19. Baskı, Adalet 2021) 612; Taş (n 5) 236; Murat Semiz,

Yağma suçu, hem hırsızlık hem de cebir veya tehdit unsurlarını bünyesinde barındıran bileşik bir suç tipi olup; bu yönüyle, kendisini oluşturan hırsızlık ve cebir veya tehdit suçlarının her birinin koruduğu hukuki değerleri birlikte himaye etmektedir¹⁰. Hırsızlık suçu, mağdurun mülkiyet ve zilyetlik haklarını ihlal eden bir suçtur ve kanun koyucu tarafından malvarlığına karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiştir. Cebir veya tehdit suçları ise mağdurun irade serbestisini, cebir kullanma suçunda iradeye yönelik fiilin kasten yaralama suçunu meydana getirecek hareketlerle işlenmesi gerektiğinden vücut bütünlüğünü ve kişi özgürlüğünü koruma amacına yöneliktir. Dolayısıyla yağma suçu, hırsızlık suçunun koruduğu mülkiyet ve zilyetlik hakları ile cebir veya tehdit suçlarının koruduğu kişi özgürlüğü, irade serbestisi ve vücut dokunulmazlığı gibi değerleri birlikte güvence altına almaktadır.

Türk Ceza Kanunu sistematigi içerisinde yağma suçu malvarlığına karşı işlenen suçlar başlığı altında düzenlenmiştir. Bu düzenleme, kanun koyucunun birincil olarak korumayı amaçladığı hukuki değer mülkiyet ve zilyetlikle bağlantılı olarak malvarlığı olduğu şeklinde yorumlanabilir. Bununla birlikte, yağma suçunun işleniş biçimi ve doğurduğu hukuki sonuçlar değerlendirildiğinde, yalnızca malvarlığı değerlerine yönelik bir müdahaleden ibaret olmadığı; aynı zamanda bireyin Anayasa'nın 17. ve 19. maddeleriyle güvence altına alınan kişi dokunulmazlığı ile kişi hürriyeti ve güvenliği haklarının da ihlal edildiği görülmektedir. Ancak mağdurun fiziksel bütünlüğüne ve psikolojik özgürlüğüne yönelik doğrudan bir saldırı niteliğinde olan bu davranışlar, yağma suçunda araç hareketleri oluşturmaktadır¹¹. Asıl amaç, bu araç hareketleri kullanarak malın teslimini veya alınmasını sağlamaktır. Bu nedenle hem TCK'da hem de TCK'nın mehzazı olan Alman Ceza Kanunu'nda (AICK/Strafgesetzbuch-StGB)¹² yağma suçu malvarlığına karşı işlenen suçlar arasında düzenlenmiştir.

Mal Varlığına Karşı Suçlar ve Cezalandırma Yargılama Hüküm Kurma Esasları (Adalet 2022) 747; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (21. Baskı, Seçkin 2023) 694-695; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt I* (5. Baskı, Beta 2021) 391; Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri* (8. Baskı, Adalet 2023) 629; Koca ve Üzülmmez (n 4) 738.

¹⁰ Koca ve Üzülmmez (n 4) 738.

¹¹ Arslanbaş (n 4) 53; Koca ve Üzülmmez (n 4) 738.

¹² Strafgesetzbuch (StGB) 1872

C. Suçun Unsurları

1. Fail

Yağma suçunun kanuni tanımında fail olmak bakımından herhangi bir özellik aranmadığından bu suçun faili herkes olabilir. Dolayısıyla yağma suçu özgü suç niteliğinde değildir¹³.

2. Mağdur

Bu suçun mağduru da herkes olabilir, mağdurda özel bir nitelik aranmamıştır. Suçun kanuni tanımına göre mağdur, cebir kullanılarak veya tehdit edilerek bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur bırakılan kişidir. Mağdur, malın maliki olabileceği gibi zilyedi de olabilir. Şayet cebir veya tehdidin yöneldiği kişi zilyet ise bu durumda zilyet mağdur, malik suçtan zarar gören olur¹⁴. Cebir veya tehdidin mutlaka mağdurun şahsına yönelik olması gerekli değildir; bir üçüncü kişiye yönelik de olabilir ancak bu kötülük, mağdur için kişisel bir zarar olarak algılanacak kadar ona yakın bir ilişkiyi gerektirmektedir¹⁵. Madde metninde bu durum “*kendisinin veya yakınının*” biçiminde ifade edilmiştir. Buradaki “yakının” muhakkak akraba olması gerekmektedir. Alman yargı kararlarında da cebir veya tehdidin muhakkak yakın aile ilişkisiyle sınırlandırılmasının gerekli olmadığı belirtilmektedir¹⁶.

Yağmanın araç hareketleri olan cebir veya tehdit irade özgürlüğüne yönelik hareketler olduğundan, mağdurun bu hareketleri anlama yeteneğine sahip olması gerekmektedir¹⁷. Kalıcı bilinç kaybı yaşayan kişiler mağdur olarak değerlendirilemez. Bu tür durumlarda, mağdurun irade özgürlüğüne yönelik bir saldırıdan söz edilemeyecektir; zira bu kişiler, failin cebir veya tehdit etkisiyle bozabilecekleri irade oluşturma yetisine sahip değildirler¹⁸.

¹³ Kaylan (n 9) 40; Taş (n 5) 237; Tezcan, Erdem ve Önok (n 9) 695; Koca ve Üzülmmez (n 4) 739.

¹⁴ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 9) 639; Özen (n 9) 632; Ali Kemal Yıldız, ‘Yağma’ in Köksal Bayraktar, Vesile Sonay Evik, Zeynel T Kangal, Pınar Memiş Kartal, Ali Kemal Yıldız, Hasan Sınar, Güçlü Akyürek, Eylem Aksoy Retornaz, Gülşah Bostancı Bozbayındır, Ali Hakan Evik, Sinan Altunç, Asuman Aytekin İnceoğlu and Barış Erman, *Özel Ceza Hukuku Cilt IV: Malvarlığına Karşı Suçlar* (On İki Levha 2018) 84.

¹⁵ Bernd von Heintschel-Heinegg, Markus Bange, Ralf Eschelbach, Jörg Hollering, und Heiner Christian Schmidt, *BeckOK StGB*, Herausgegeben von Bernd von Heintschel-Heinegg (63. Auflage, C.H. Beck 2024) § 249 para 12.

¹⁶ BGHSt 16, 316 (318) = NJW 1962, 164 (165); BGH NStZ 1985, 408; 1987

¹⁷ Taş (n 5) 237-238; Koca ve Üzülmmez (n 4) 739.

¹⁸ Heintschel-Heinegg, Bange, Eschelbach, Hollering, und Schmidt (n 15) § 249 para 7.

Kanunda mağdurun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olması, cezayı ağırlaştıran bir nitelikli hâl olarak düzenlenmiştir (TCK m. 149/1-e). Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, yağma suçunun oluşabilmesi için mağdurun cebir veya tehdidin etkisiyle malın alınmasına karşı koymaması ya da malı teslim etmesi gerektiğinden, bu nitelikli hâl, kendisine yönelik cebir veya tehdidi anlama yeteneğine sahip olmakla birlikte bu araç hareketlere karşı kendisini savunamayacak durumda olan kişilere karşı işlendiğinde uygulama alanı bulmalıdır¹⁹.

3. Hareket-Netice

Kanuna göre yağma suçunda yasaklanan hareket, kişiyi, cebir veya tehdit kullanarak bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılmaktır (TCK m. 148/1)²⁰.

Görüldüğü üzere yağma suçunun oluşabilmesi için failin malı almak amacıyla mağdura karşı cebir veya tehdit kullanması gerekmektedir ve bundan sonra malı alma hareketi gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla yağma suçu çok hareketli bir suçtur²¹. Aynı zamanda araç hareketler olan cebir ve tehdit bakımından da seçimlik hareketli suç özelliği göstermektedir.

Yağma suçunun kanuni tanımında suçun tamamlanması için malın alınması yeterli görülmesi, ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi aranmamıştır. Bu nedenle yağma suçu sırf hareket suçu özelliği göstermektedir²².

Cebirde kişiye karşı fiziksel kuvvet uygulanması suretiyle kişinin iradesi dışında, istemediği bir hareketi yapması sağlanırken; tehditte korkutma yoluyla bu gerçekleştirilmektedir. Yağma suçunda cebir veya tehditle mağdurun malı üzerinde serbestçe tasarruf edebilme iradesi ortadan kaldırılmaktadır²³.

¹⁹ Koca ve Üzülmaz (n 4) 740.

²⁰ Aynı maddenin ikinci fıkrasında senedin yağması düzenlenmiştir. Buna göre, cebir veya tehdit kullanmak suretiyle mağdurun, kendisini veya başkasını borç altına sokabilecek bir senedi veya var olan bir senedin hükümsüz kaldığını açıklayan bir vesikayı vermeye, böyle bir senedin alınmasına karşı koymamaya, ilerde böyle bir senet haline getirilebilecek bir kâğıdı imzalamaya veya var olan bir senedi imha etmeye veya imhasına karşı koymamaya mecbur edilmesi senedin yağmasının hareket unsurunu oluşturur.

²¹ Ersin Şare, 'Bileşik Suç Niteliğindeki Yağma Düzenlemesinin Suçta Kanunilik İlkesi Yönünden Değerlendirilmesi' (2021) 3 (2) ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 613, 632; Taş (n 5) 242; Semiz (n 9) 747; Koca ve Üzülmaz (n 4) 743.

²² Arslanbaş (n 4) 57; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 9) 638, Koca ve Üzülmaz (n 4) 749.

²³ Koca ve Üzülmaz (n 4) 744.

Alman hukukunda da Türk hukukunda olduğu gibi yağmanın araç hareketlerinden biri cebirdir. Cebir, Alman öğretisi ve mahkeme içtihatlarında oldukça tartışılmış bir kavram olup bir kişiye karşı cebir, mağdurun bedenine yönelik doğrudan veya dolaylı bir müdahaleyi gerektiren, malın alınması hareketine karşı gösterilen veya gösterilmesi beklenen direnci kırmaya elverişli her türlü fiziksel zorlama olarak kabul edilmektedir²⁴. Ancak fiziksel bütünlüğü önemli ölçüde etkilemeyen müdahaleler cebir kapsamında değerlendirilmemektedir. Bunun dışında, hem *vis absoluta* (tam zorlama) hem de *vis compulsiva* (kısmi zorlama) söz konusu olabilir. Cebir, direnci kırmak için veya direncin oluşmasını önlemek amacıyla kullanılabilir²⁵. Cebirin gösterilmiş veya beklenmiş bir direncin aşılmasına yönelik olması gerektiğinden, failde cebir saiki aranmaktadır. Mağdurun bu saiki bilmesi gerekmemektedir, genel bir savunma iradesi bulunması yeterlidir. Bu bağlamda belirleyici olan, mağdurdan nesnel olarak direnç beklenip beklenmediği değil, failin öznel değerlendirmesidir. Bu nedenle mağdurun cebir uygulanmasının amacını anlaması gerekli değildir. Aynı şekilde, fiziksel zorlama etkisinin hissedilmesi de zorunlu değildir. Bilinçsiz bir kişinin bir yerden başka bir yere götürülmesi mağdura yardım edilmesini engellemek amacı taşıyorsa, bu durum da cebir olarak değerlendirilmektedir. Failin direniş beklemesi ve bu direnişi önceden, yani henüz gerçekleşmeden ortadan kaldırması yeterlidir²⁶. Ancak Alman yargı kararlarına göre, failin direniş beklemediği ve bunu baştan engellemek istediği durumlar cebir kapsamına girmemektedir²⁷.

Türk hukukunda ise cebir, TCK'nın 108. maddesinin gerekçesinde “*Cebir kullanma suçu, aynı zamanda kasten yaralama suçunu oluşturmaktadır. Ancak, kasten yaralama suçundan farklı olarak, bir şeyi yapması veya yapmaması ya da bir şeyin yapılmasına müsaade etmesi için kişiye karşı cebir tatbik edilmektedir. Latince karşılığı “vis compulsiva” olan cebir, kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecrî bir etki meydana getirilmesidir. Cebre maruz kalan kişi, bu fiziki gücün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır. Cebir hâlinde kişi bir acı hissetmektedir ve bu acının etkisiyle belli bir davranışı gerçekleştirmeye zorlanmaktadır. Buna karşılık, tehdit hâlinde, kişi bir tecavü-*

²⁴ Heintschel-Heinegg, Bange, Eschelbach, Hollering, und Schmidt (n 15) § 249 para 6.

²⁵ Adolf Schönke und Horst Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar* (29. Auflage, C.H. Beck 2014), StGB, § 249 para 4, 4a.

²⁶ Heintschel-Heinegg, Bange, Eschelbach, Hollering, und Schmidt (n 15) § 249 para 7.

²⁷ BGH BeckRS 1999, 30068148; StV 1990, 205 (206); 1990, 262.

zün, kötülüğün ileride meydana geleceği bildirilerek korkutulmaktadır.” şeklinde açıklanmıştır. Bu bağlamda, yağma suçunun araç hareketi olan cebirde kişiyi malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya karşı zorlarken, cebrin en azından kasten yaralama boyutuna ulaşması aranmaktadır²⁸. Kasten yaralama oluşturmeyen cebir ile malın alınması durumunda yağma suçu oluşmayacaktır²⁹.

TCK’nın 148. maddesinin 3. fıkrasında da yağma suçunda cebir sayılan hâller kapsamında *“mağdurun herhangi bir vasıta ile kendisini bilemeyecek ve savunamayacak hâle getirilmesi de yağma suçunda cebir sayılır.”* denilerek bu hâllerin aslında cebir kavramının içine girmediği; ancak kanunen cebir sayıldığı belirtilmiştir³⁰. Bu fıkarda sayılan hâller, Alman hukuku bakımından cebir kavramı içerisinde değerlendirilmektedir.

Tehdit durumunda ise mağdur üzerindeki zorlama etkisi, mağdurun korkutulmasına yönelik olan, gelecekte yapılacağı bildirilen bir kötülükle meydana getirilmektedir³¹. Bu bağlamda tehditte kullanılan araçların ve tehdidin ne şekilde yapıldığının bir önemi yoktur. ETCK’nın 495. maddesinde yer alan *“şahsen veya malen büyük bir tehlikeye düşürecek”* ifadesi TCK’da kendisine yer bulmamıştır. Tehdidin yönelebileceği değerler; yaşama hakkı, vücut dokunulmazlığı, cinsel dokunulmazlık ve malvarlığı olmak üzere sınırlı bir şekilde belirlenmiştir.

Alman hukukunda da yağmanın diğer bir işleniş şekli, kişinin bedeni veya hayatı üzerinde tehdit ile başkasına ait bir taşınır malın alınması olarak belirtilmiştir. Ancak görüldüğü gibi, bu tehdidin kişinin bedeni veya hayatı için mevcut bir tehlike oluşturmaması gerekmektedir; başka bir ifadeyle, herhangi bir kötülük yapacağından bahisle tehdit yağma suçu bakımından yeterli görülmemiştir. Failin tehdidi gerçekleştirmek isteyip istemediği ya da bunu gerçekleştirme yeteneği olup olmadığı da önemli değildir. Mağdurun tehdidi ciddiye alması, ayrıca tehdidin mağdur tarafından fark edilmesi ve anlaşılması bir ön koşuldur.

²⁸ Karşıt görüş için bk. Tezcan, Erdem ve Önok (n 9) 700-701. Yazarlara göre, şiddet vücuda yönelik olsa da vücutla temas şart olmadığından cebrin kasten yaralama boyutuna ulaşması gerekmemektedir.

²⁹ Ziya Koç, ‘Alman Öğretisinde İleri Sürülen Görüşler Işığında Türk Hukukunda Yağma Suçunun İhmalî Hareketlerle İşlenip İşlenemeyeceği Meselesi’ (2021) 11 (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 577, 582; Şare (n 21) 636; Koca ve Üzülmaz (n 4) 746.

³⁰ Koca ve Üzülmaz (n 4) 747.

³¹ Koç (n 29) 583; Koca ve Üzülmaz (n 4) 750.

Tehdit unsuru, mağdurun karşı koyamayacağı veya haklı bir tepki veremeyeceği ölçüde ciddiyet taşınmalıdır³². Tehdit sadece açık bir şekilde değil, zımni bir şekilde de gerçekleşebilir. Ancak bu durumda fail, beden veya hayat için tehlikeyi açık bir şekilde gözler önüne sermelidir; yani bu tehlikeyi belirli bir davranışla yeterince belirgin hale getirmelidir. Yalnızca mağdurun failin kendisine beden veya hayat üzerinde zarar vereceğini beklemesi yeterli değildir. Yağma suçu ile ilgili kanuni düzenlemenin amacı (*ratio legis*), silah veya tehlikeli bir araç kullanımıyla ilgili suçlardan farklı olarak, mağdurun fiilen tehlikeye maruz kalmasından ziyade tehdidin etkili bir korku yaratma gücüdür. Tehditle ilgili olarak suçun öznel unsuru, failin, tehdidinin en azından tehdit edilen kişinin bunun gerçekleştirileceğinden korkmasına neden olabileceğini kabul etmesini gerektirir³³. Bu nedenle, örneğin, dolu olmayan bir tabanca ile yapılan tehdit de yağma suçu kapsamına girmektedir³⁴.

4. Manevi Unsur

Yağma suçu kasten işlenebilir. Yağma suçunda hırsızlığın bir unsur olması ve korunan hukuki değer dikkate alındığında failde genel kastın yanında faydalanma amacının da bulunması gerekir³⁵. Yargıtay da bu yönde görüş bildirmektedir³⁶. Bu nedenle bu suç olası kastla işlenemez³⁷.

5. Hukuka Aykırılık Unsuru

TCK m. 24/1'te kanun hükmünü yerine getirme bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamda, kanunların verdiği yetki çerçevesinde güvenliği sağlamak veya şüphelileri yakalamak için kişilerin elindeki veya üzerindeki silahların veya suçla ilgili eşyaların kolluk kuvvetleri tarafından zorla

³² Schönke und Schröder (n 25) § 249 para 5.

³³ Heintschel-Heinegg, Bange, Eschelbach, Hollering, und Schmidt (n 15) § 249 para 19.

³⁴ BGH 15, 322; NStZ-RR 15, 213; Aynı yönde bk. Tezcan, Erdem ve Önok (n 9) 703.

³⁵ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 9) 654; Tezcan, Erdem ve Önok (n 9) 722; Centel, Zafer ve Çakmut (n 9) 401; Koca ve Üzülmüş (n 4) 760. Aksi yönde bk. Şare (n 21) 663-664. Yağma suçunun yarar sağlama amacı içerisinde yalnızca ekonomik mahiyetteki yararların değerlendirilmesi gerektiğine dair görüş için bk. Fatih Birtok, 'Yağma Suçu Bakımından Yarar Sağlama Amacı', (2020) 15 (44) Ceza Hukuku Dergisi 673, 704.

³⁶ "...yağma suçunun oluşması için failin zorla aldığı malı sahiplenme veya ondan yararlanma iradesini taşıması gerekir..." Bk. Yargıtay 6 CD, E 1982/923 K 1982/8767, 25.11.1982, <https://www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 1 Şubat 2025.

³⁷ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 9) 655. Aksi yönde bk. Kaylan (n 9) 42; Tezcan, Erdem ve Önok (n 9) 722; Özen (n 9) 649; Koca ve Üzülmüş (n 4) 760.

alınması yağma suçunu oluşturmaz. Yine İcra ve İflas Kanunu³⁸ (İİK) m. 80 uyarınca haciz memurunun borçlunun üzerinde para veya başka kıymetli şeyler bulunduğunu anlaması durumunda bunları almak için kuvvet kullanmasına müsaade edilmiştir. Bu durumda da yağma suçunun oluşmayacağı açıktır³⁹.

TCK m. 25'te düzenlenen meşru savunma kapsamında da malın zorla alınması söz konusu olabilir. Örneğin, kendisine saldırmak üzere olan kişinin elindeki silahı cebir kullanmak suretiyle alan kişinin fiili yağma suçunu oluşturmayacaktır.

II. Yağma Suçunun Konusu ve Mal Kavramı

Yağma suçunun konusu TCK m. 148/1'de yalnızca "mal" ibaresi ile düzenlenmiştir. Ancak bu malın özellikleri belirlenmemiştir. Bu ibareye bakıldığında malın taşınır veya taşınmaz olması hususunda bir ayırım yapılmadığı ileri sürülebilir. Ancak madde gerekçesinde yağma suçunun konusunu taşınır malın oluşturacağı belirtilmiştir. Şüphesiz madde gerekçesi metne dahil değildir ancak kanun metninin anlamını belirlemede bir yorum aracı olarak yararlanılabilir.

Hukuk sözlüğüne göre mal, gerçek veya tüzel kişinin mülkiyetinde bulunan, taşınır veya taşınmaz varlıkların bütünüdür⁴⁰. Taşınır mülkiyetinin kapsamı, Türk Medeni Kanunu (TMK)⁴¹ m. 762'de şu şekilde düzenlenmiştir: "*Taşınır mülkiyetinin konusu, nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddî şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçlerdir.*" Görüldüğü üzere öncelikle maddi varlığı olan taşınabilir şeylerin taşınır mal olduğu kabul edilmektedir. Taşınabilir şeyler, özüne zarar gelmeksizin bulunduğu yerden başka bir yere nakli mümkün olan nesnelerdir. Taşınmaz mallar ise değerini ve niteliğini kaybetmeksizin bir yerden başka bir yere götürülemeyen mallardır. TMK m. 704'te; arazilerin, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerin taşınmaz mal hükmünde olduğu belirtilmiştir.

Türk Medeni Kanunu'nun 762. maddesinde edinmeye elverişli doğal güçlerin de taşınır mülkiyetine konu olacağı hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda

³⁸ İcra ve İflâs Kanunu, Kanun Numarası: 2004, Kabul Tarihi: 09.06.1932, RG. 19.06.1932/2128.

³⁹ Taş (n 5) 246; Koca ve Üzülmüş (n 4) 762.

⁴⁰ <<https://sozluk.adalet.gov.tr/mal>> Erişim Tarihi 28 Kasım 2024.

⁴¹ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG. 08.12.2001/24607.

elektrik enerjisi ile sıvı veya gaz hâlindeki enerji türleri de taşınır eşya olarak hukuki işlemlere konu olabilecektir⁴². Ceza hukuku bakımından, elektrik enerjisi dışında kalan sıvı veya gaz hâlindeki enerji türleri suçun konusunu oluşturabilir. Nitekim TCK m. 142/3'te hırsızlık suçunun sıvı veya gaz hâlindeki enerji hakkındaki işlenmesi nitelikli hâl olarak düzenlenmiştir. Elektrik enerjisi ise bu kapsamda değil, TCK m. 163/3 kapsamında karşılıksız yararlanma suçunun konusu olarak düzenlenmiştir. Buradan hareketle hırsızlık suçunun konusunu oluşturan sıvı veya gaz hâlindeki enerjinin yağma suçunun da konusunu oluşturabileceği kabul edilebilir.

Türk Ceza Kanunu'nun 148. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen senedin yağmasının konusunu ise mağdurun kendisini veya başkasını borç altına sokabilecek bir senet, var olan bir senedin hükümsüz kaldığını belirten bir vesika veya borç doğurucu senet hâline getirilebilecek imzalı kâğıt oluşturmaktadır⁴³.

Taşınır malların yağma suçunun konusunu oluşturmaları hususunda öğretide ve uygulamada tartışma yoktur. Taşınmaz malların yağma suçunun konusu olabilmesi ise bir sonraki bölümde ayrıntılı bir şekilde belirteceğimiz üzere tartışmalı bir husustur.

Taşınır-taşınmaz mal ayrımı, aynı hakların kurulmasında ve aleniyet kazanmasında kendini göstermektedir. Taşınırlarda aynı hakkın geçmesi için zilyetliğin devri gerekir, taşınmazlarda ise tapu kütüğüne tescil işlemi yapılmalıdır⁴⁴. Zilyetlik, taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki hâkimiyet durumudur. Yani sadece taşınır mallar üzerinde zilyetlik kurulmaz; ancak zilyetlik taşınır mallarda aynı haklar bakımından kamuya açıklık sağlama işlevini yerine getirir. Zilyetlik, zilyedin taşınır mal üzerinde iddia ettiği hakka sahip olduğu yönünde karine teşkil eder⁴⁵. TMK zilyetliğe sadece taşınır mallar açısından bir karine işlevi tanımıştır. Tapuya kayıtlı taşınmazlarda hak karinesi tapu sicilinde hak sahibi olarak kayıtlı olan kişi için tanınır⁴⁶. Taşınmazlar üzerindeki hak sahipliği bakımından aleniyeti sağlayan zilyetlik değil, tapu sicilidir⁴⁷.

⁴² Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku II Mülkiyet* (4. Baskı, Mimoza 2012) s. 506.

⁴³ Koca ve Üzülmöz (n 4) 764; Alan (n 6) 270.

⁴⁴ Sanem Aksoy Dursun, *Eşya Kavramı* (On İki Levha 2012) 38.

⁴⁵ Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (17. Baskı, Filiz 2014) 46.

⁴⁶ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 45) 112.

⁴⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 45) 131.

Ceza hukukunda zilyetlik nesnel ve öznel olmak üzere iki koşul içerir. Nesnel anlamda zilyetlik, mal üzerinde doğrudan etki edebilme yönündeki iradenin gerçekleştirilmesine bir engel olmamasını; öznel açıdan zilyetlik ise egemenlik iradesini ifade eder⁴⁸. Mülkiyet iradesinin bulunması gerekmediği gibi hukuki açıdan iradeyi açıklama yetkisine sahip olmak da gerekmemektedir. Bu anlamda, ceza hukukundaki zilyetlik ile özel hukuktaki zilyetlik büyük ölçüde örtüşmekte, mal üzerindeki fiili hakimiyeti ele geçirmeyi ve onu kaybetmemeyi ifade etmektedir⁴⁹.

TMK m. 977'ye göre zilyetliğin devri, şeyin veya şey üzerindeki hâkimiyeti sağlayacak araçların edinene **teslimi** suretiyle gerçekleşir. Teslim ise malın maddi olarak yeni zilyede verilmesi suretiyle onun mal üzerinde hakimiyeti kullanacak duruma sokulması ile gerçekleşir⁵⁰. Zilyetliğin teslim yolu ile devri, taşınırlarda mülkiyetin nakli için gerekli ve yeterli işlemlerden biridir (TMK m. 763). Taşınmaz mallarda ise zilyetliğin devri yeterli değildir, mülkiyetin kazanılması esas olarak tapu kütüğüne tescil suretiyle olmaktadır (TMK m. 705). Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların ise taşınır mal gibi teslimi mümkündür, dolayısıyla bunlar yağma suçuna konu olabilirler⁵¹.

Ancak nasıl ki zilyetlik sadece taşınır mallar üzerinde değil, taşınmaz mallar üzerinde de kurulabiliyorsa zilyetliğin devri çeşitleri de taşınmaz mallar için geçerli olabilir. Zilyetliğin teslim suretiyle devri, eşya üzerindeki hâkimiyeti sağlayan araçların verilmesi suretiyle de gerçekleşebilir. Örneğin, taşınır nitelikteki bir dolabın anahtarının teslim edilmesi zilyetliğin devredildiği anlamına gelir. Aynı şekilde taşınmaz eşya niteliğindeki bir deponun anahtarının başka birine verilmesi durumunda o deponun zilyetliğinin devredildiğini, dolayısıyla deponun o kişiye teslim edildiğini kabul etmeye engel bir durum olmamalıdır. Zilyetliğin teslim edilmesi ile eşyanın mülkiyetinin nakli farklı hususlardır. TCK m. 148/1'de mülkiyet hakkından söz edilmemiştir, malın teslimi veya alınmasına sessiz kalınmasından bahsedilmiştir⁵².

⁴⁸ Arslanbaş (n 4) 85.

⁴⁹ Arslanbaş (n 4) 85.

⁵⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 45) 67.

⁵¹ Semiz (n 9) 780; Alan (n 6) 267-268.

⁵² Ahmet Taşkın, 'Yağma Suçunda Mal Kavramı' (2008) 20 Terazi Hukuk Dergisi 95, 95.

Bu nedenlerle yağma suçunun kanuni tanımında yer alan “teslim” ibaresinden hareketle yağma suçunun konusunu sadece taşınır malların oluşturabileceğinin kabulünün zorunlu olmadığı kanaatindeyiz.

III. Yağma Suçunun Konusu Etrafındaki Tartışmalar

A. Suçun Konusunun Sadece Taşınır Mal Olduğu Yönündeki Görüşler

Tezcan/Erdem/Önok’a göre, her ne kadar kanuni tanımda suçun konusu *mal* olarak belirtilmişse de hırsızlık suçunun oluşması için aranan koşullar buradan da aranır. Bu kapsamda suçun konusunu *taşınabilir* mallar oluşturabilir⁵³.

Centel/Zafer/Çakmut’a göre yağma suçunun konusu sadece alınabilme özelliği taşıyan taşınır mallar olabilir⁵⁴.

Yıldız’a göre, TCK m. 148/1’de düzenlenen *taşınır malın yağması* bakımından konunun taşınır mal olması gereklidir⁵⁵.

Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır’a göre yağma suçunda *teslime veya alınması-na* karşı koymamaya mecbur kılınan mal ancak taşınır bir mal olabilir. Bu nedenle bu suçun konusunu taşınır mallar oluşturabilir⁵⁶.

Özbek/Doğan/Bacaksız’a göre, bileşik suç hükmü gereği hırsızlığın yağma suçunun bir unsurunu oluşturduğu kabul edildiği için bu suçun konusunu da ancak taşınabilir mallar oluşturabilir⁵⁷.

Korkmaz’a göre, yağma suçunda malın alınması fiili sadece taşınırlar için söz konusu olabilir, taşınmazlar bir yerden alınıp başka yere götürülemez⁵⁸.

Yazıcıoğlu’na göre, suçun maddi unsurunu oluşturan “bir malın verilmesi veya teslimi” olgusu, suçun konusunun taşınır mal niteliğinde olmasını zorunlu kılmaktadır. Taşınmazın tapusunun failin üstüne geçirilmesi veya taşınmazın

⁵³ Tezcan, Erdem ve Önok (n 9) 694-695; aynı yönde bk. Gökhan Taneri ve Gani Kamışlı, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (Seçkin 2018) 869.

⁵⁴ Centel, Zafer ve Çakmut (n 9) 392.

⁵⁵ Yıldız (n 14) 86.

⁵⁶ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 9) 641.

⁵⁷ Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (18. Baskı, Seçkin 2023) 681.

⁵⁸ Esra Şule Korkmaz, *Türk Ceza Hukukunda Yağma Suçu* (Seçkin 2021) 46.

sattırılarak parasının alındığı durumlarda da suçun konusu taşınmaz değil, teslim edilen evrak veya paradır⁵⁹.

Eker'e göre, fail tarafından mağdura ait taşınmazın tapu sicilinde kendisi ya da başkası adına zorla devrettirilmesi durumunda suçun konusu tapu senedir. Taşınmazlarda mülkiyeti geçiren işlem tapu senedinin düzenlenmesi olduğundan failin zorla aldığı şey senet olur ve senedin yağması gerçekleşir⁶⁰.

Özbek ve Meraklı'ya göre, hırsızlık suçu ile yağma suçu arasında bileşik suç ilişkisi bulunması ve özellikle tipiklikte yer alan malın alınması unsuru nedeniyle bu suçun konusunu sadece taşınır mallar oluşturabilir. Mal üzerindeki zilyetliğin fiilen sonlandırılarak malın mağdurun hakimiyet alanından çıkarılıp onun etki alanı dışına sokulması yalnızca taşınır mallarda olabilir⁶¹. Aynı görüşe göre, cebir veya tehdit kullanmak suretiyle bir taşınmaz üzerindeki fiili hakimiyetin ele geçirilmesi durumunda cebir veya tehdit suçu ile hakkı olmayan yere tecavüz (TCK m. 154) suçlarından gerçek içtima yoluyla faile ayrı ayrı ceza verilmelidir. Taşınmazların tapu dairesinde veya noterde usulüne uygun olarak devrinin sağlanması durumunda ise senedin yağması suçu oluşacaktır⁶².

Koca da ETCK'da yer alan yağma cürmü ile ilgili olarak yazdığı eserinde, hukukça hükmü haiz senette somutlaşan hakkın bir alacağa, başka bir hakka veya bir taşınmaza ilişkin olabileceğini ancak bu durumda suçun maddi konusunun alacak, hak veya taşınmaz olmayacağını; bizzat senedin kendisi olacağını ifade etmektedir. Senedin alınması ile senedin kâğıt olarak değeri değil, bu senette mündemiç olan haklar faile geçer. Buradan hareketle yağma gibi suçların sadece mülkiyet ve zilyetliğe karşı işlenebilen suçlar olduğu sonucuna ulaşılır. Dolayısıyla failin cebir veya tehdit ile bir kişiyi taşınmazını tapuda satış sözleşmesi yaptırarak kendisine devretmeye mecbur bıraktığı durumda senedin yağması cürmü oluşur. Zira bu durumda taşınmaz malikin devre ilişkin irade beyanını, bir senedin verilmesi veya imza ettirilmesi şeklinde anlamak gerekir⁶³.

⁵⁹ Yılmaz Yazıcıoğlu, 'Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayrımı' (2013) 19 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Özel Sayısı) 757, 762-763.

⁶⁰ Hüseyin Eker, *Yağma Suçları* (Adalet 2014) 103.

⁶¹ Veli Özer Özbek ve Serkan Meraklı, 'Taşınmaz Malların Yağma Suçunun Konusunu Oluşturup Oluşturamayacağı Sorunu' (2023) 2 (2) İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EconJURA) 127, 136-138.

⁶² Özbek ve Meraklı (n 66) 140.

⁶³ Mahmut Koca, *Yağma Cürümleri* (Seçkin 2003) 104.

Kanaatimizce ETCK'nın yağma suçu kapsamında senet ile ilgili düzenlemesi dikkate alındığından bu görüş isabetli görülebilir. Zira ETCK'da senedin niteliği konusunda bir belirleme yapılmamış, sadece "hukukça hükmü haiz senet" denilerek herhangi bir hakkı temsil eden bir senedin zorla alınmasının bu suçu oluşturacağı kabul edilmiştir. Yürürlükteki TCK'nın senedin yağması ile ilgili fıkra hükmünde ise (TCK m. 148/2) bu suçun konusunu oluşturan senedin ancak "mağdurun, kendisini veya başkasını borç altına sokabilecek bir senet" olduğu belirtilmiştir. Taşınmazlar bakımından tapuda devir yapıldıktan sonra tapu idaresi tarafından teslim edilen ve taşınmazın kime ait olduğunu gösteren tapu senedinin bu şekilde bir borç senedi olmadığı açıktır. Şayet TCK'da da ETCK'da olduğu gibi senedin yalnızca hukuken hüküm ifade etmesi, yani hukuken sonuç doğurmaya elverişli olması yeterli görül-müş olsaydı güncel uygulama bakımından biz de bu görüşe iştirak edebilirdik.

*Kuzudişli'*ye göre; madde gerekçesi, öğretideki çoğunluk görüşü ve Yargıtay kararları dikkate alındığında yağma suçunun konusunu sadece taşınabilir mallar oluşturur ancak bir kişinin tehdit edilerek taşınmazını zorla devretmeye mecbur bırakılması durumunda suçun oluşmayacağını kabul etmek de adil değildir. Bu nedenle kanun değişikliği yapılarak taşınmazların da yağma suçunun kapsamına alınması gerekmektedir⁶⁴.

B. Taşınmaz Malların da Suçun Konusunu Oluşturabileceği Yönündeki Görüşler

Özen'e göre, kanunda yer alan "*bir malı teslim veya malın alınmasına*" ifadesinden malın taşınır mal olması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Ancak tapusuz taşınmazlar da devir bakımından taşınır mallar gibidir. Bu nedenle tapusuz taşınmazlar da bu suçun konusunu oluşturabilir. Zira bu hususta kanunda malın mutlaka taşınır nitelikte olması yönünde sınırlandırıcı bir hüküm de bulunmamaktadır. Tapulu taşınmazların ise teslimi veya alınması değil, devir ve tescili söz konusudur. Bu açıdan kanun metnine bakıldığında bunların suçun konusunu oluşturmaları mümkün değildir; ancak "*teslim*" kelimesi korunan hukuki değer de esas alınarak geniş yorumlanırsa devir ve tescili de kapsayabilir ve tapulu mallar da suçun konusunu oluşturabilir. Çünkü tapulu bir malın sahibine tehditte bulunularak tapuda devir işlemi yaptırılması da mümkündür⁶⁵.

⁶⁴ Müslüm Kuzudişli, 'Yağma Suçu' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2012) 23-24. Aynı yönde bk. Tuğba Uçak, 'Yargısal İçtihatlar Işığında Alacağın Tahsili Amacıyla İşlenen Yağma Suçu' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2022) 12.

⁶⁵ Özen (n 9) 630-631.

Gökcan/Artuç da kısmen aynı görüşte olmakla birlikte tapulu taşınmazların devri için cebir veya tehdit uygulanması durumunda suçun konusunun taşınmaz değil, tapu senedi olduğunu; dolayısıyla bu durumda TCK m. 148/2’de düzenlenen senedin yağması suçunun oluşacağını savunmuşlardır⁶⁶.

Taşkın’a göre, ETCK yağma suçunun konusunu açıkça “*menkul mal*” ile sınırlandırmışken TCK “*mal*” ibaresini tercih etmiştir. Kanun koyucunun yürürlükteki kanunu düzenlerken “*mal*” ibaresini tercih etmesinin bir anlamı olmalıdır. Aynı kanun koyucunun hırsızlık suçu ile ilgili kanun hükmünde *taşınır mal* ibaresini kullanırken yağma suçunda sadece “*mal*” ibaresini kullanması unutkanlık olarak görülmemelidir⁶⁷. Mal kavramını sadece taşınır mallarla sınırlandırmak kanunun sözel anlamını daraltmak olur ve suçun unsurlarını kaldırarak şekilde yorum yapmak da hukuka aykırıdır⁶⁸.

Aydın’a göre, yağma suçu ile cebir veya tehdit kullanılarak kişilerin malvarlıklarına saldırılması suretiyle mallarının zorla alınmasının engellenmesi amaçlandığından Kanundaki suç tanımında yer alan “*mal*” ifadesinin taşınmazları da içerecek şekilde yorumlanması gerekir. Bu hususta, taşınmazların zorla devrinin de yağma kapsamında olduğunu gösteren açık bir düzenleme yapılması en doğru çözüm olacaktır⁶⁹.

Birtek/Bursa’ya göre, her ne kadar öğretide yağma suçu bileşik suç olduğundan hırsızlık suçunun cebir veya tehditle işlenen hâli olarak değerlendiren görüşler olsa da TCK m. 148 hükmünde suçun konusu açık bir şekilde tanımlanmamıştır. Suçun yalnızca fiil unsuru yorumlanmak suretiyle maddi konu açıklığa kavuşturulabilir. Maddede yer alan “bir malı”, “teslim” ve “alma” ifadeleri kıyas yasağı da gözetilerek dar anlamda yorumlandığında, suçun konusunun yalnızca taşınır mallar olduğu; buna karşılık geniş bir şekilde yorumlandığında ise taşınmaz malların da suçun konusu olabileceği sonucuna ulaşılmaktadır⁷⁰.

⁶⁶ Ayrıca yazarlara göre alacak hakları da suçun konusunu oluşturabilir. Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi 4. Cilt* (Adalet 2021)148.

⁶⁷ Taşkın (n 57) 96.

⁶⁸ Taşkın (n 57) 101.

⁶⁹ Aydın (n 3) 44.

⁷⁰ Fatih Birtek ve Fuat İdar Bursa, ‘Malvarlığına Karşı Suçların (Hırsızlık, Yağma ve Dolandırıcılık Suçlarının) Konu Unsuru Bakımından Dijital Varlıklar’ (2023) 18 (52) Ceza Hukuku Dergisi 231, 246.

Demir/Yıldırım'a göre kanun koyucu “mal” kelimesini kullanarak amacını açıkça ortaya koymuştur. Kanun koyucunun açıkça “mal” olarak belirttiği suçun konusunu yanlışlıkla böyle düzenlediği söylenemez. Şayet kanun koyucu yağma suçunun konusunu taşınır mal ile sınırlamak isteseydi suçta ve cezada kanunilik ilkesi bağlamında bu hususu kanunda açıkça belirtirdi⁷¹. Yine aynı yazarlara göre, fail mağdurun taşınmazını cebir veya tehdit ile ele geçirmesine rağmen yağma suçunun oluşmayacağını savunmak adeta faili ödüllendirmek olacaktır. Yağma suçunun koruduğu hukuki değer dikkate alındığında suçun konusunun sadece taşınır mallardan ibaret olduğunu savunan baskın görüşten ayrıldıklarını ifade etmektedirler⁷².

Şen, doğrudan bir şekilde taşınmazların da yağma suçunun konusunu oluşturabileceğini belirtmemekle birlikte kanun maddesi incelendiğinde hırsızlık suçunun aksine yağma suçunda taşınır/taşınmaz mal ayrımı yapılmadığını; bu suçla korunan hukuki yarar olarak mülkiyetin taşınmazları da kapsadığını ifade etmiştir⁷³.

Semiz'e göre, taşınmaz malların yağma suçunun konusunu oluşturup oluşturamayacağı tartışmalı olmakla beraber, tapu kaydı bulunmayan taşınmazların taşınır mal gibi teslimi mümkün olduğu için yağma suçunun konusunu oluşturabileceği söylenebilir⁷⁴.

C. Yargıtay Kararları

Taşınmaz malların devrini sağlamak amacıyla cebir veya tehdit kullanılması durumunda, bu eylemin yağma suçu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda Yargıtay'ın çeşitli kararları bulunmaktadır. Genel olarak Yargıtay içtihatlarında yağma suçunun konusunun taşınır mallar olduğu kabul edilmekte ve taşınmaz malların cebir veya tehditle devrinin sağlanması durumunda farklı suç tiplerinin oluşabileceği belirtilmektedir.

⁷¹ Remzi Demir ve Hasan Yıldırım, *Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri Kararları Eşliğinde Yağma Suçları* (Adalet 2022) 29.

⁷² Demir ve Yıldırım (n 76) 30.

⁷³ Ersan Şen, ‘Yağma ve Hırsızlık Suçlarında Fiili Hâkimiyet’ (2013) 8 (109-110) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 123, 124.

⁷⁴ Semiz (n 9) 780.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun birçok kararında yağma suçunun konusu-
nun taşınır mal olduğu belirtilmiştir⁷⁵. Ceza Genel Kurulu’nun 30.03.2021 tarihli
bir kararında, “...TCK’nın 148. maddesinin birinci fıkrasındaki... düzenlemede
yağma suçunun konusu mal olarak belirtilip taşınır veya taşınmaz olması ara-
sında herhangi bir ayırım yapılmamış ise de aynı maddenin gerekçesinde
...yağma suçuna konu olan malın taşınır mal olduğunun açıkça ifade edilmesi,
ayrıca birçok Ceza Genel Kurulu kararında da belirtildiği üzere yağma suçunun,
tehdit veya cebir ile hırsızlık suçlarının bir araya gelmesiyle oluşan bileşik suç
niteliğinde olması ve TCK’nın 141. maddesinde de hırsızlık suçunun taşınır mal-
lara karşı işlenebileceğinin açıkça düzenlenmesi karşısında, taşınmazların yağ-
ma suçuna konu olamayacağının kabulünün gerektiği, cebir veya tehdit kulla-
nılmak suretiyle başkasına ait taşınmaz bir malın tapuda devredilmesi hâlinde
ise yağma suçunun konusunu taşınmaz değil; taşınmazın mülkiyetini geçiren ve
taşınır mal niteliğinde olan tapu senedinin oluşturacağı” belirtilmiştir⁷⁶.

Yargıtay, bazı kararlarında ise taşınmazların da yağma suçunun konusunu
oluşturabileceği yönünde görüş bildirmiştir. Yakın tarihli bir kararında Yargıtay,
sanıkların bir evin tapuda devrinin yapılması amacıyla mağduru tehdit ettiği bir
olayda, sanık müdafilerinin “taşınmazların yağma suçunun konusunu oluşturu-
mayacağı” yönündeki savunmalarına itibar etmemiş, olayda yağma suçunun
oluşturduğuna kanaat getirmiştir⁷⁷.

Yargıtay’ın bir kararına göre ETCK’da yağma suçunun konusunun açıkça
menkul mal olacağı belirtildiğinden bu hususta bir tereddüt bulunmazken
TCK’da suçun konusu “mal” olarak belirtilmiştir. Mal kavramının içine ise hem
taşınırlar hem de taşınmazlar girmektedir. Yağma suçunun konusunu sadece
taşınırlar ile sınırlandırmak kanun koyucunun maksat ve iradesine aykırı olacak-
tır⁷⁸.

Yargıtay, sanıkların mağduru tehdit ederek yedi dönüm tarlasının tapuda
devir işlemini yaptırmaları nedeniyle yağma suçunun gerçekleştiği yönünde

⁷⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E 2017/1175 K 2018/518, 13.11.2018; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E 2017/517 K 2018/530, 15.11.2018; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E 2018/308 K 2019/684, 28.11.2019, <https://www.legalbank.net> Erişim Tarihi 5 Ekim 2023.

⁷⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E 2017/1018 K 2021/147, 30.03.2021, <https://www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 28 Eylül 2023.

⁷⁷ Yargıtay 6 CD, E 2021/22667 K 2023/10518, 08.05.2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi 18 Ekim 2023.

⁷⁸ Yargıtay 4 CD, E 2015/27957 K 2016/956, 21.01.2016 in Korkmaz (n 63) 45, dn. 152.

karar vermiştir⁷⁹. Yine, sanıkların mağduru cebir ve tehdit zoru ile farklı illere götürüp buralarda alıkoymak suretiyle mağdurdan birisi daire, ikisi arsa olmak üzere üç adet taşınmazın tapusunu sanığın üstüne geçirilmesine yönelik fiillerin yağma suçunu oluşturduğu yönünde karar vermiştir⁸⁰.

Yargıtay'ın başka bir kararında, mağdur tarafından icradan satılan alınan evin bir süre sonra sanıklar tarafından tehdit ile tapuda işlem yaptırılarak geri alınması fiilinin yağma suçunu oluşturacağı belirtilmiştir.^{81,82}

D. Alman Hukukundaki Düzenleme ve Öğretideki Görüşler

Yağma suçu (*Raub*), AİCK §249'da düzenlenmiştir. Buna göre, başkasına ait taşınır bir malı (*fremde bewegliche Sache*), kendisine veya üçüncü bir kişiye hukuka aykırı olarak mal edindirmek amacıyla, bir kişiye karşı cebir kullanarak veya hayati tehlike tehdidiyle muhafaza edenin rızası olmadan bulunduğu yerden alan (*wegnehmen*) kişinin bir yıldan az olmamak üzere hapis cezasına çarptırılacağı düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi, Alman hukukunda Türk hukukunda olduğundan farklı bir şekilde, yağma suçunun konusunu taşınır malların oluşturacağı açık bir şekilde zikredilmiş, “*bulunduğu yerden alma*” ifadesi kullanılarak da bu durum pekiştirilmiştir⁸³. Taşınmaz mallar (*Immobilien*), AİCK kapsamında yağma suçunun konusu olamaz. Bunun sebebi, taşınmaz malların, taşınır mallar gibi fiziksel olarak yer değiştirme özelliğine sahip olmaması ve dolayısıyla “*bulunduğu yerden alma*” unsurunu karşılamamasıdır. AİCK, TCK'nın mehzaz kanu-

⁷⁹ Yargıtay 6 CD, E 2011/23997 K 2012/6081, 28.03.2012 in Eker (n 65) 88, dn. 96.

⁸⁰ Yargıtay 6 CD, E 2013/25964 K 2016/1854, 16.03.2016 in Demir ve Yıldırım (n 76) 28.

⁸¹ Yargıtay 6 CD, E 2013/15882 K 2016/4444, 26.05.2016, <https://www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 21 Ocak 2024. Aynı yönde bk. Yargıtay 5 CD, E 2016/3200 K 2017/213, 19.01.2017, <https://www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 18 Nisan 2024.

⁸² Yargıtay'ın benzer olaylarda, aynı hukuki sorun karşısında böylesine farklı kararlar vermesi kişilerin hukuki güvenliği ve kanun önünde eşitlik ilkeleri açısından sakıncalıdır. Zira kanun yollarının amaçlarından biri de ülkede içtihat birliğini sağlamaktır. İchtihat birliği, kanun önünde herkesin eşitliği ilkesinin de önemli güvencelerinden biridir. Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (5. Baskı, Adalet 2023) s. 482; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (14. Baskı, Seçkin 2021) 747. Aynı yönde Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı için bk. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E 2008/47 K 2008/43, 04.03.2008, <https://www.lexpera.com.tr>, Erişim tarihi 11 Mayıs 2025.

⁸³ Alman Medeni Kanunu'nda (AlMK-BGB, Bürgerliches Gesetzbuch §90) taşınır ve taşınmaz mal ayrımı net bir şekilde yapılmıştır. Taşınır mallar, fiziksel olarak bir yerden başka bir yere taşınabilen nesneler olarak tanımlanırken, taşınmaz mallar taşınamaz nitelikteki arsa, bina gibi varlıkları ifade etmektedir.

nu olmasına rağmen yağma suçu düzenlemesi aynen alınmamış, “taşınır mal” ifadesine de “bulunduğu yerden alma” ifadesine de yer verilmemiştir.

Alman Yüksek Mahkemesi (BGH) tarafından da failin taşınır mal üzerindeki fiilinin yağma suçu kapsamında değerlendirildiği ancak taşınmaz malın ele geçirilmesine yönelik fiillerin farklı suç tiplerine tâbi olduğu belirtilmiştir⁸⁴. Örneğin, fail, cebir veya tehdit kullanarak mağduru bir evin mülkiyetini devretmeye zorlarsa, bu eylem yağma değil, hileli davranış veya zor kullanma yoluyla mülkiyet devri gerektiren başka suç tipleri kapsamında ele alınmaktadır. Buna karşılık, taşınmaz içinde yer alan taşınır malların cebir veya tehdit yoluyla ele geçirilmesi hâlinde yağma suçu gündeme gelebilir. Örneğin, fail bir eve girerek cebir kullanıp mağduru etkisiz hale getirerek içerideki değerli eşyaları alırsa, bu eylem yağma suçu olarak değerlendirilir.

Alman hukukunda yağma, hırsızlık suçunun (*Diebstahl*) tüm maddi ve manevi unsurlarını (başkasına ait taşınır bir malı, hukuka aykırı bir şekilde kendine veya üçüncü bir kişiye mal edindirme amacıyla alma) barındırmakla birlikte, bunları nitelikli bir zorlamayla (bir kişiye karşı cebir veya hayati tehlike arz eden bir tehdit) birleştiren bağımsız iki eylemli bir suç tipi (*zweiaktiges Delikt*) olarak değerlendirilmektedir⁸⁵. Hırsızlık suçu, başkasına ait taşınır bir malın hukuka aykırı olarak ve mal edinme amacıyla alınmasını içerirken, yağma suçunun gerçekleşebilmesi için ek olarak mağdurun iradesinin cebir veya tehdit yoluyla zorlanması gerekmektedir. Bu bağlamda, hırsızlık suçu ile yağma suçu arasında bir bileşik suç ilişkisi olduğu kabul edilmekte, AİCK §242’de düzenlenen hırsızlık suçunun tüm unsurlarının gerçekleşme şartı aranmaktadır⁸⁶. Yağma, hırsızlık suçunun nitelikli hâli değil, bağımsız bir suç tipidir⁸⁷. Alman hukukunda yağma suçu ile hırsızlık suçu her ne kadar bağımsız suç tipleri olsa da aralarındaki bileşik suç ilişkisinden dolayı suçun unsurlarının birbiriyle paralellik gösterdiği ve bu düşünceyle suç kaleme alınırken yağma ile hırsızlık suçları arasında suçun konusu bakımından uyum sağlandığı görülmektedir⁸⁸.

⁸⁴ BGHSt 40, 257.

⁸⁵ Heintschel-Heinegg, Bange, Eschelbach, Hollering, und Schmidt (n 15) § 249, para Allgemeines; Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ulrich Paefgenn und Frank Saliger, *NK-StGB* (6. Auflage, Nomos 2023) §249 para 1; Schönke und Schröder (n 25) §249 para 1.

⁸⁶ Karl Lackner, Kristian Kühl und Martin Heger, *Strafgesetzbuch Kommentar* (C. H. Beck 2023) § 249 para 1.

⁸⁷ Schönke und Schröder (n 25) § 249 para 1; BGH NJW 68, 1292.

⁸⁸ Özbek ve Meraklı (n 66) 133.

Alman hukukunda yağma suçunun konusu, başkasına ait olan ve taşınabilir nitelikteki bir eşyadır. “*Bulunduğu yerden alma*” fiili, başkasına ait olan zilyetliğin sona erdirilmesi ve yerine yeni bir zilyetliğin tesis edilmesi anlamına gelmektedir. Mağdurun bu alma fiilini fark etmesi veya fiil sırasında orada bulunması gerekmemektedir. Örneğin, fail, kaçan mağdurun geride bıraktığı bir eşyayı alabilir ya da mağduru araçtan inmeye zorladıktan sonra onun arabasıyla uzaklaşabilir.⁸⁹ Özellikle, mağdurun hâkimiyet alanından bir eşyanın alınması söz konusu olmalıdır. Bu nokta, yağma ile yağma suçuna görünüş itibarıyla benzerlik gösteren yağma yoluyla şantaj (*Räuberische Erpressung*- AİCK §255) suçu arasındaki farkı da ortaya koyar. Zira yağma suçunda fail, mağdurun doğrudan direncini cebir veya tehdit yoluyla kırarak eşya üzerinde fiilen hâkimiyet kurarken; yağma yoluyla şantajda mağdur, cebir veya tehdidin etkisiyle iradi olarak malı teslim etmektedir. Bu ikinci durumda, failin mağdur üzerindeki baskısı malvarlığı tasarrufunu yönlendirmekte, dolayısıyla eylem “*bulunduğu yerden alma*” değil, “*teslim alma*” şeklinde tezahür etmektedir. Yağma suçunda fail, mağdurun doğrudan direncini kırarak eşyayı zorla ele geçirirken, yağma yoluyla şantajda mağdur, cebir veya tehdidin etkisiyle kendi iradesiyle eşyayı teslim etmektedir. Örneğin, bir kişinin zorla dövülerek çantasının elinden alınması yağma suçunu oluştururken, mağdurun tehdit edilerek banka hesabındaki parayı transfer etmeye zorlanması yağma yoluyla şantaj suçuna vücut vermektedir. İşte bu ayrım, suçun konusunun belirlenmesi bakımından da anlamlı hale gelmektedir. Yağma suçunun konusu yalnızca taşınabilir mallarla sınırlı iken, mağdurun cebir veya tehdidin etkisiyle gerçekleştirdiği iradi tasarrufa dayanan yağma yoluyla şantaj suçunun konusunu taşınmaz mallar da oluşturabilir. Nitekim Alman ceza hukukunda, failin baskısıyla mağdurun taşınmazını devretmesi veya bu taşınmaza ilişkin bir tasarruf işlemi gerçekleştirmesi hâlinde, yağma yoluyla şantaj suçu gündeme gelebilmektedir. Eğer cebir veya tehdit yoluyla mağdurun eşyayı tesliminin sağlandığı bir durum söz konusu ise, bu durumda bir “*bulunduğu yerden alma*” fiili gerçekleşmediğinden, yalnızca yağma yoluyla şantaj değerlendirilebilir. Bu çerçevede, “*bulunduğu yerden alma*” unsurunun bulunmaması, taşınmaz malların da suçun konusu kapsamına girebilmesini mümkün kılmaktadır.

Yağma suçu ile yağma yoluyla şantaj suçu arasındaki ayrımı belirleyen temel unsurlardan biri de mağdurun mal üzerindeki hâkimiyetini sona erdiren fiilin hukuki niteliğidir. Bu ayrım, doğrudan suçun konusunun belirlenmesini de

⁸⁹ Kindhäuser, Neumann, Paefgenn und Saliger (n 90) § 249 para 8.

etkilemektedir. Alman hukukunda yağma suçunun konusu, mağdurun zilyetliğinde bulunan ve taşınabilir nitelikteki bir maldır; bu suçta fail, cebir veya tehdit kullanarak mağdurun fiilî direncini kırmakta ve malı onun rızası dışında hâkimiyet alanından çıkarmaktadır. Mağdurun bu fiile katlanması (*dulden*), yani direncinin kırılması, eylemin “*bulunduğu yerden alma*” (*wegnahme*) niteliğini ortadan kaldırmaz; dolayısıyla hâkimiyetin cebir veya tehditle ihlal edildiği bu tür durumlarda halen yağma suçunun unsurları oluşmaktadır. Buna karşılık, mağdurun cebir veya tehdit etkisi altında kendi rızasıyla malı failin hâkimiyetine devrettiği durumlar, alma fiilinden ziyade bir “*malvarlığı tasarrufu*” (*Vermögensverfügung*) ifade eder. Bu durumda, fail mağdurun iradesini doğrudan kontrol ederek onun bir tasarruf işlemi gerçekleştirmesini sağlar; burada ise suçun konusu artık yalnızca taşınabilir mallarla sınırlı değildir. Zira mağdurun iradi tasarrufu, taşınmaz mallar üzerinde de gerçekleşebilir. Bu bağlamda, Alman hukukunda dolandırıcılık (*Betrug*- AİCK §263) suçundaki ölçütlerden biri olan “*malvarlığı tasarrufu*” kavramına benzer bir yaklaşım benimsenmektedir⁹⁰. Dolandırıcılık suçunda fail, mağdurun iradesini hileli davranışlarla etkileyerek onun rızasına dayalı bir malvarlığı tasarrufu elde ederken; yağmada, cebir veya tehdidin etkisiyle gerçekleştirilen eylemin hukuken geçerli bir tasarruf sayılıp sayılmadığı değerlendirilmektedir. Eğer mağdur, cebir veya tehdit nedeniyle fiziken direnememekte, ancak buna rağmen mal üzerinde tasarrufta bulunmak yerine yalnızca fiile pasif biçimde katlanmakta ise, bu durumda bir tasarruf işleminden söz edilemeyeceğinden, eylem yağma suçu olarak nitelendirilir⁹¹. Bu ayrım, özellikle mağdurun failin şiddet veya tehdit yoluyla yarattığı baskı altında sadece fiile sessizce katlanması gibi durumlarda önem kazanır. Örneğin, mağdur silahla tehdit edilerek çantasını bırakmak zorunda kalmışsa, bu durumda mağdurun teslim davranışı cebir karşısında pasif bir direnişsizlik halinde gerçekleşmiş olduğundan, hukuken geçerli bir malvarlığı tasarrufundan söz edilemez ve eylem yağma olarak değerlendirilir. Buna karşılık, mağdur cebir veya tehdidin etkisi altında iradi bir şekilde taşınmazını devreder veya banka havalesi gerçekleştirirse, bu durumda failin eylemi “*bulunduğu yerden alma*” olarak nitelendirilemeyeceğinden, yağma yoluyla şantaj söz konusu olur.

Alman hukukunda yağma suçunun oluşumu için hırsızlık ile nitelikli zorlama (cebir veya hayati tehlike tehdidi) arasındaki ilişkinin nasıl kurulması gerektiği konusunda öğretide ve yargı kararlarında farklı görüşler bulunmaktadır.

⁹⁰ Schönke und Schröder (n 25) § 249 para 2.

⁹¹ Schönke und Schröder (n 25) § 249 para 2.

Hâkim görüş, yağma suçunun nesnel unsurları açısından zorlama fiili ile hırsızlık fiili arasında doğrudan bir nedensellik bağı aranmadığı yönündedir. Önemli olan, failin öznel olarak cebir veya tehdidin hırsızlık suçuyla bağlantılı olduğunu düşünmesi ve bu bağlamda hareket etmesidir. Başka bir ifadeyle fail, mağdura yönelik zorlama eylemini, malı ele geçirme sürecinin bir parçası olarak hayal ediyorsa, yağma suçu oluşmuş kabul edilmektedir. Bu bakış açısıyla, zorlama eyleminin hırsızlığı nesnel olarak mümkün kılması ya da kolaylaştırması şart değildir. Dışarıdan nesnel bir değerlendirme yapıldığında, mağdurun failin beklentisine aykırı şekilde direnç göstermemesi veya zilyetliği savunmak istemesi bile suçun oluşumunu engellemektedir⁹².

Karşıt görüş, yağma suçunun oluşması için cebir veya tehdidin hırsızlık eylemini nesnel olarak kolaylaştırması gerektiğini savunmaktadır⁹³. Buna göre, failin kullandığı nitelikli zorlama araçları (cebir veya tehdit) ile hırsızlık fiili arasında doğrudan bir nedensellik bağı bulunmalıdır. Cebir veya tehdit, yalnızca failin zihninde bir bağlantı oluşturmasıyla değil, fiilen mağdurun direncini kırarak hırsızlık fiilini kolaylaştırmasıyla anlam kazanmaktadır. Bu görüşe göre, mağdurun gerçekten direnç gösterip göstermeyeceği ex post (olay sonrası) bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Sözgelimi failin cebir uyguladığı mağdurun fiziksel olarak kendisini savunmaya gücü olmadığı ortaya çıkarsa, burada cebrin nesnel olarak hırsızlığı kolaylaştırmadığı ileri sürülebilir. Bu durum, özellikle mağdurun zaten pasif veya savunmasız olduğu hallerde önem taşır. Örneğin, fail felçli veya sağır-dilsiz bir mağdura karşı cebir kullandığında, mağdurun fiilen direnemeyecek durumda olduğu anlaşılırsa, karşıt görüşe göre burada yağma suçunun oluşmadığı savunulabilecektir. Ancak bu görüş, şiddetin savunma potansiyeline sahip bir kişiye yönelmiş olması durumunda, bu kişinin rastlantısal olarak savunma gücünden yoksun olmasını suçun varlığını reddetmek için ye-

⁹² BGHSt 4, 210 (211); 18, 329 (331); 20, 32 (33); 30, 375 (377); BGH StV 1990, 159 (160); NStZ 1993, 79; 2003, 431 (432); 31.7.2012 - 3 StR 232/12, NStZ-RR 2012, 342; 11.9.2018 - 1 StR 413/18, BeckRS 2018, 25410; 11.8.2021 - 3 StR 63/21, NStZ-RR 2022, 14; Eser NJW 1965, 378; Schönke und Schröder (n 25) § 249 para 7; Karl Lackner, Kristian Köhl, *Strafgesetzbuch Kommentar* (29. Auflage, C.H. Beck 2011), StGB §249 para 4; Kindhäuser, Neumann, Paefgen und Saliger (n 90) § 249 para 11; Schönke und Schröder (n 25) § 249 para 7.

⁹³ Tatjana Hörnle, 'Wider Das Dogma Vom Finalzusammenhang Bei Raub und Sexueller Nötigung' in Hans-Ullrich Paefgen, Martin Böse, Urs Kindhäuser, Stephan Stübinger, Torsten Verrel und Rainer Zaczyk (eds), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe Zum 70. Geburtstag*, (Duncker & Humblot, 2011) 1143; Rudolf Rengier, 'Raub ohne Nötigung?' in Max-Emanuel Geis (ed), *Staat, Kirche, Verwaltung: Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag* (C. H. Beck 2001) 1195.

terli görmektedir. Bu yaklaşım, failin amacıyla bağdaşmayan sonuçlar doğurabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir.⁹⁴ Zira failin cebir veya tehdit kullanma amacı, mağdurun direncini kırmak ve eşyayı ele geçirmeyi sağlamak olduğundan, mağdurun gerçekte direnip direnemeyeceğinin sonradan değerlendirilmesi, suçun oluşumunu keyfi bir şekilde sınırlayabilir.

AICK §249'un lafzından yağma ile hırsızlık arasında belirli bir bağlantının olması gerektiği açıkça anlaşılmaktadır. Hırsızlık suçu yalnızca bulunduğu yerden alma ve cebir veya tehdidin beraber bulunmasını değil, aynı zamanda bunların *"hırsızlığa özgü bir şekilde"* birbirine bağlanmasını da gerektirir. Cebir veya tehdit, başka bir kişinin malının alınmasını kolaylaştıran bir araç olmalıdır. Cebir veya tehdidin malın alınması için nedensel olması, yani cebir veya tehdit ile malın alınması arasında nihai bir bağlantı olması gerekmektedir. Bununla birlikte, *"bulunduğu yerden alma"* fiilinin tek amaç olması şart koşulmamaktadır. Failin cebir veya tehdidi kullanmaya ilk etapta farklı bir amaçla başlamış olması, sonrasında mal edinme kastının devreye girmesiyle birlikte yağma suçunun oluşmasına engel teşkil etmemektedir; örneğin, fail başlangıçta cinsel saldırı amacıyla mağdura cebir uygulamış ancak eylem sırasında mağdurun değerli eşyalarına sahip olma niyeti geliştirmişse ve cebir bu süreçte devam etmişse, yağma suçu meydana gelmiş kabul edilmektedir.⁹⁵

Alman hukukunda yağma suçunun oluşumu için cebir veya tehdidin yalnızca failin öznel niyetine dayalı olarak hırsızlık eylemiyle bağlantılı olması yeterli değildir; aynı zamanda bu iki unsurun zaman ve mekân bakımından da belirli bir nesnel bağlantı içinde bulunması gerekmektedir. Bununla birlikte, cebir fiilinin gerçekleştiği yer ile bulunduğu yerden alma fiilinin gerçekleştiği yerin aynı olması gerekmez ve cebir ile alma arasında belirli bir zaman ve mekân farkının aşılması gerektiği de zorunlu değildir. BGH içtihatlarına göre, cebir veya tehdidin hırsızlık eylemiyle bağlantısını belirlemede temel ölçüt, mağdurun cebir veya tehdit sonucu savunma yeteneğinin veya iradesinin zayıflamış olup olmadığıdır.⁹⁶ Cebir veya tehdit, mağdurun iradesini kırarak alma fiilinin gerçekleştirilmesine doğrudan hizmet etmeli ve failin bu araçları kullanma amacı yağma suçuna yönelik olmalıdır.

⁹⁴ Kindhäuser, Neumann, Paefgenn und Saliger (n 90) § 249 para 11.

⁹⁵ Heintschel-Heinegg, Bange, Eschelbach, Hollering, und Schmidt (n 15) § 249 para 18.

⁹⁶ Heintschel-Heinegg, Bange, Eschelbach, Hollering, und Schmidt (n 15) § 249 para 18.

IV. Görüşümüz

Taşınmaz malların cebir ya da tehdit kullanılarak fiilen işgal edilmesi ve malikinin kullanmasına engel olduğu durumlarda cebir (TCK m. 108), tehdit (TCK m. 106) veya hakkı olmayan yere tecavüz (TCK m. 154) suçlarının oluşacağı fikrine katılmaktayız. Ancak yukarıda yer verdiğimiz bazı görüşlerin savunduğu, tapulu taşınmazların zorla devrinin söz konusu olduğu durumlarda senedin yağması suçunun oluşacağı fikrine katılmıyoruz. Çünkü TCK m. 148/2’de suçun konusu olarak tanımlanan senedin, mağdurun kendisini veya başkasını borç altına sokabilecek ya da borcu sonlandırabilecek bir senet mahiyetinde olması gerekmektedir. Yani her türlü senet değil, hukuken geçerli bir borç ilişkisini gösteren senetler bu suçun konusunu oluşturabilir. İlgili maddenin gerekçesinde de *“mağdurun iktisaden değerlendirmeye elverişli olan hakkını kullanmamasına yol açan her türlü belge borç doğurucu senet tanımına girer.”* açıklaması yapılmıştır. Bu bağlamda, borç doğurucu ya da borcu ortadan kaldıran nitelikte olmayan bir senedin cebir veya tehdit ile oluşturulması ya da imha edilmesi gibi durumlarda senedin yağması suçu oluşmayacaktır⁹⁷. Tapu senedi, bir taşınmazın mülkiyetinin kimde olduğunu gösteren resmi bir belgedir⁹⁸. Ancak borç doğurucu bir işlem içermez, yalnızca mülkiyetin kimde olduğunu gösteren ve tesvili ispatlayan deklaratif (bildirici) nitelikte bir belgedir. Bu nedenle borç senedi niteliğinde olmayan, sadece bir mülkiyet durumunu gösteren tapu senedi gibi belgeler bu kapsamda kabul edilemez⁹⁹.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, taşınmazın ilerleyen bir tarihte devrini tahhüt eden ve taraflara karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme niteliğini haiz olduğundan, borç doğurucu senet kapsamında değerlendirilmelidir. Tapu senedinden farklı olarak, yalnızca taşınmazın mülkiyet durumunu göstermekle kalmayıp borçluya ileride taşınmazın devri konusunda bir yükümlülük yüklemekte ve alacaklıya da bu devri talep etme hakkı vermektedir. Bu yönüyle borç ilişkisi yaratan ve edim yükümlülüğü doğuran bir belge olarak, taşınmaz mülkiyetinin devrini sağlayan asli bir sözleşme olmamakla birlikte, ileride yapılması zorunlu olan tapu devri işleminin hukuki temelini teşkil etmektedir. Taşınmaz satış vaa-

⁹⁷ Semiz (n 9) 793.

⁹⁸ Cebir veya tehdit ile bir taşınmazın devrinin yapılmasına zorlanması hareketinde suçun konusunun taşınmazın mülkiyetini geçiren ve taşınır mal niteliğinde olan tapu senedi değil, taşınmaz satış sözleşmesi olduğu hakkındaki görüş için bk. Alan (n 6) 295.

⁹⁹ Aynı yönde bk. Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (7. Baskı, US-A 2021) 369; Aydın (n 3) 45.

di sözleşmesi, alacak hakkı yaratma özelliği taşıdığı için borç doğurucu senet kabul edilmelidir. Borç doğurucu bir senet niteliğinde olduğu için taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tehdit veya cebir yoluyla mağdurdan alınması durumunda senedin yağması suçu söz konusu olabilir¹⁰⁰. Zira bu tür bir sözleşme, yalnızca bir mülkiyet durumunu belgeleyen tapu senedinden farklı olarak, taraflara karşılıklı borç yükleyen ve alacak hakkı doğuran bir hukuki işlem niteliğindedir. Bu durumda borç yükleyen hukuki ilişki ise taşınmaz ile ilgili olsa da yağma suçunun konusu taşınır bir mal olan senet olacaktır¹⁰¹. TMK m. 706'da taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olabilmesi için resmî bir şekilde düzenlenmiş olmaları gerektiği öngörülmüştür; bu nedenle taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin de resmî bir şekilde yapılması gerekmektedir¹⁰². Cebir veya tehdit ile adi bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılması durumunda senedin yağması suçu oluşmayacaktır.

7413 sayılı Kanun ile Noterlik Kanunu'na¹⁰³ Temmuz 2023'te eklenen 61/A maddesi uyarınca, *"Taşınmaz satış sözleşmesi noterler tarafından da yapılabilir."* Bu düzenleme öncesinde taşınmaz satış sözleşmeleri yalnızca resmi şekilde tapu müdürlüklerinde düzenlenebilirken, artık noterler de taşınmaz satışına ilişkin resmi sözleşme yapma yetkisine sahiptir. Bu bağlamda, noter huzurunda düzenlenen taşınmaz satış sözleşmeleri, yalnızca bir irade beyanı değil, aynı zamanda borç doğurucu bir işlem niteliği taşımaktadır. Zira bu sözleşmelerle birlikte alıcı, taşınmazın bedelini ödeme; satıcı ise taşınmazı devretme borcu

¹⁰⁰ Murat Demiş, 'Yağma Suçu', (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2014) 80; Fidan Balcı ve Seyithan Öztürk, *Hırsızlık, Karşılıksız Yararlanma (Kaçak Elektrik Su ve Doğalgaz Kullanımı) ve Yağma Suçları*, (2. Baskı, Adalet 2020) 655; Birtürk ve Bursa (n 75) 247, dn. 88.

¹⁰¹ Koca 'Yağma Cürümleri' (n 68) 103-104; Alan (n 6) 269.

¹⁰² Bk. Yargıtay 4 CD, E 2014/45945 K 2015/27733, 24.04.2015: *"...Birlikte tehdit suçundan sanıklar hakkında açılan kamu davasının yapılan yargılaması sonucunda, Ankara Batı 1. Asliye Ceza Mahkemesinin 23/06/2014 tarihli kararıyla, sanıkların inşaat sözleşmesi nedeniyle alacaklı oldukları müştekiden alacaklarını alamamaları üzerine ona hitaben "yarın seninle notere gideceğiz, burada haklarından feragat ettiğine dair bize yazı vereceksin, yoksa seni öldürürüz, dağa kaldırırız, hanımını sinkaf ederiz." diyerek tehdit ettiklerine dair iddianın sübutu halinde, TCK'nın 148, 149/1-c, 35/2 ve 150. maddeleri kapsamında senet yağması suçunu oluşturabileceği gerekçesiyle görevsizlik kararı verildiği, bu karara sanıklar müdafii tarafından itiraz edilmesi üzerine, Ankara Batı 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 08/07/2014 kararıyla, eylemin TCK'nın 150. maddesi kapsamında hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla gerçekleştirilen tehdit suçunu oluşturduğu gerekçesiyle itirazın kabulüne karar verildiği görülmektedir..."* <https://www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Şubat 2025.

¹⁰³ Noterlik Kanunu, Kanun Numarası: 1512, Kabul Tarihi: 18.01.1972, RG. 05/02/1972/14090.

altına girmekte ve sözleşme tescile esas hukuki sebep olarak işlem görmektedir. Bu yönüyle, bu tür sözleşmeler mağdur açısından malvarlığını doğrudan etkileyen, ekonomik değer taşıyan ve yeni borç ilişkileri doğuran senetler arasında değerlendirilmelidir. Cebir veya tehdit kullanılarak bir kişiye taşınmaz satış sözleşmesi imzalatılması halinde, mağdurun iradesi hukuka aykırı şekilde etkilenmekte ve rızası dışında malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunması sağlanmaktadır. Bu tür bir işlem, TCK m. 148/2 kapsamında düzenlenen senedin yağması suçunun konusunu oluşturabilecek niteliktedir. İlgili madde gereğince, borç doğuran veya borcu sona erdiren nitelikteki bir belgenin cebir veya tehdit yoluyla imzalatılması, alınması ya da yok edilmesi hâlinde, faile yağma suçuna ilişkin hükümler uygulanmaktadır. Bu çerçevede, taşınmaz satış sözleşmeleri, cebir veya tehditle düzenlenmeleri durumunda, failin mağdur aleyhine bir borç ilişkisi tesis etmesini sağladığı için, senedin yağması suçu kapsamında değerlendirilmelidir.

Cebir veya tehdit ile taşınmazların sattırılarak bedelinin alınması fiillerinde ise suçun konusunun taşınmaz değil, onun bedeli olarak para olduğu kanaatindeyiz. Zira cebir veya tehdit ile taşınmazın tapuda bizzat sanığa veya onun belirlediği bir kişiye devredilmesinin sağlanması ile taşınmazın sattırılarak bedeli olan ve taşınır niteliğinde olan paranın alınması aynı şey değildir. Para taşınır mal olarak kabul edildiğinden yağma suçunun konusunu oluşturabileceği hususunda şüphe yoktur.

Kanaatimizce cebir veya tehditle bir taşınmazın devrinin sağlanması durumunda, taşınmazın devrini sağlamak için uygulanan cebir veya tehdit fiilleri taşınmazın ekonomik değerine yönelen haksız bir saldırı niteliği taşımakta olup taşınır yağmasına göre daha az ceza ile cezalandırılacak şekilde, yalnızca kasten yaralama veya tehdit suçlarının kapsamında kabul edilmesi, ceza hukuku açısından adaletsiz ve tutarsız bir sonuç doğuracaktır. Zira taşınmaz mallara nispeten daha düşük değerli bir taşınır eşyanın (örneğin bir cep telefonunun) zor kullanılarak alınması durumunda mevcut hükme göre altı yıldan on yıla kadar ağır hapis cezası öngörülürken, bir taşınmazın mülkiyetinin zorla ele geçirilmesine daha az ceza öngörülmüş olmasının adil olmadığı açıktır.

Sonuç

Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 495. maddesinde, yağma suçunun konusunun *"menkul bir malın zilyedi"* olduğu açıkça ifade edilerek, suçun yalnızca taşınabilir mallara yönelik işlenebileceği vurgulanmıştı. 5237 sayılı Türk

Ceza Kanunu'nun 148. maddesinde ise yalnızca “mal” ibaresine yer verilmiş, söz konusu malın taşınabilir olup olmadığı hususu metinde açıkça belirtilmemiştir. Ancak madde gerekçesinde, tıpkı hırsızlık suçunda olduğu gibi, yağma suçunun da yalnızca taşınabilir mallar üzerinde işlenebileceği ifade edilmiştir.

Öğretide bazı yazarlar kanun metninin lafzını esas alarak, taşınmazların da yağma suçunun konusunu oluşturabileceğini ileri sürmekte iken bazı yazarlara göre ise yağma suçu yalnızca taşınır mallar üzerinde işlenebilir. Bu görüşe göre, cebir veya tehdit kullanılarak bir malın “teslim alınması” ya da “zorla alınması” fiilleri, niteliği gereği taşınmazlara uygulanamaz. Zira taşınmaz malların fiziken taşınması söz konusu değildir ve bunların devri ancak hukuki işlemler yoluyla gerçekleştirilebilir. Bu nedenle taşınmazlar üzerinde yağma suçunun işlenmesi mümkün değildir. Bazı yazarlar ise kanunda geçen “malın alınması veya teslimi” ifadesinden hareketle suçun yalnızca taşınır mallara ilişkin olabileceğini savunurken, tapusuz taşınmazların taşınır mal gibi değerlendirilebileceğini ve dolayısıyla yağma suçunun konusunu oluşturabileceğini ileri sürmektedir. Tapulu taşınmazlar açısından ise teslim değil, devir ve tescil söz konusu olduğundan, bunların ancak geniş yorumla suçun konusuna dahil edilebileceği belirtilmektedir. Diğer yandan bazı görüşler taşınmazların cebir veya tehditle devredilmesi halinde esasen tapu senedinin yağmalandığını ve bu nedenle senedin yağması suçunun oluşacağını savunmaktadır. Buna karşı çıkanlar ise kanun koyucunun bilinçli bir şekilde “mal” kavramını kullandığını, bunun sadece taşınır malları kapsayacak şekilde daraltılmasının hukuka aykırı olduğunu öne sürmektedir. Yağma suçunun temel amacının malvarlığına zorla el koymayı engellemek olduğu vurgulanarak, taşınmazların da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği dile getirilmektedir.

Yargıtay kararlarında da taşınmaz malların cebir veya tehdit yoluyla devrinin yağma suçu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda farklı yaklaşımlar görülmektedir. Genel olarak Yargıtay içtihatlarında yağma suçunun konusunun taşınır mal olduğu kabul edilmekte ve taşınmazların cebir veya tehdit yoluyla devrinin sağlanması durumunda suçun konusunun taşınmaz değil, taşınmazın mülkiyetini devreden tapu senedi olduğu belirtilmektedir. Bu çerçevede, Yargıtay Ceza Genel Kurulu da yağma suçunun hırsızlık ve cebir/tehdit unsurlarını içeren bileşik bir suç olduğunu vurgulayarak, hırsızlık suçunun yalnızca taşınır mallara karşı işlenebileceğini hatırlatmaktadır. Ancak - azınlıkta kalmış olsa da- bazı kararlarında Yargıtay taşınmazların da yağma suçunun konusunu oluşturabileceğini kabul etmiştir. Özellikle sanıkların mağdur-

ları tehdit ederek taşınmazlarını tapuda devretmeye zorladıkları olaylarda, taşınmazların da yağma suçu kapsamında değerlendirilebileceğine hükmetmiştir. Bu doğrultuda, mağdurun tehditle tapuda işlem yaptırmak zorunda bırakılması, sanıkların cebir ve tehdit kullanarak taşınmaz devri gerçekleştirmesi gibi fiillerin yağma suçunu oluşturduğuna dair kararlar da mevcuttur. Uygulamada kararları emsal teşkil eden, yerel mahkemelerin kararlarında belirli bir standardı sağlama işlevi de olduğunu düşündüğümüz Yargıtay'ın, yağma gibi ağır cezayı gerektiren bir suçla ilgili olarak benzer olaylarda bu şekilde farklı kararlar vermesi kabul edilemez. Ancak bu durumun Yargıtay'dan değil, kanundaki belirsizlikten kaynaklandığı kanaatindeyiz.

Alman hukukuna göre ise başkasına ait taşınır bir malı hukuka aykırı olarak edinmek amacıyla cebir veya hayati tehlike tehdidiyle bulunduğu yerden alan kişi hapis cezasına çarptırılır. Türk hukukundan farklı olarak, yalnızca taşınır malların yağma suçunun konusunu oluşturacağı kanun metninde açıkça yazılmıştır. Taşınmaz mallar ise fiziksel olarak yer değiştiremediğinden bu suç kapsamında değerlendirilmez. Alman Yüksek Mahkemesi, taşınır mal üzerindeki fiillerin yağma kapsamında olduğunu, ancak taşınmaz malların devrine yönelik cebir veya tehdidin farklı suçlara tabi olduğunu belirtmiştir. Yağma suçu hırsızlık suçunun tüm unsurlarını içerirken, ayrıca mağdurun iradesinin cebir veya tehdit yoluyla zorlanmasını gerektirir. Hırsızlık suçu bir malın hukuka aykırı olarak alınmasını ifade ederken, yağma suçu mağdurun direncinin kırılmasını da içerdiğinden iki eylemli bir suç olarak değerlendirilir. Alman hukukunda taşınmazların devrinin cebir veya tehditle sağlanması hâlinde, sözleşmesel bir edimin ifasına zorlamanın hürriyete karşı suçlar çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği görüşü öne çıkmaktadır. Alman Yüksek Mahkemesi kararlarında, taşınmazın cebir veya tehditle devrinin sağlanmasının dolandırıcılık veya zorla menfaat sağlama suçları kapsamında değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmış ancak taşınmazın fiziki olarak taşınamaz olması nedeniyle klasik yağma suçunun uygulanamayacağı belirtilmiştir.

Bu çalışma, mevcut hukuk sistemimizde yağma suçunun taşınmaz mallara uygulanabilirliği konusunda kanun koyucunun bu belirsizliği giderecek bir düzenleme yapmasının zorunluluğuna işaret etmiştir. Taşınmaz mülkiyetinin cebir veya tehdit ile devrinin sağlanması, taşınmazın ekonomik değerine yönelen haksız bir saldırı niteliği taşımaktadır ve cezasız bırakılmaması gerekmektedir. Burada esas alınması gereken husus, mağdurun malvarlığı değerinin cebir veya tehditle rızası dışında failin fiili hâkimiyetine geçirilip geçirilmediğidir. Taşınma-

zın fiziki olarak taşınamaz olması, failin haksız fiiline karşı ceza hukuku korumasını mutlak surette engellememelidir. Faili bu durumda yalnızca cebir veya tehdit suçlarından sorumlu tutmak adil bir yaklaşım olmayacaktır. Ancak mevcut ceza hukuku sistemi açısından doğrudan yağma suçunun uygulanabilirliği konusunda sınırlamalar bulunmaktadır.

Kanunilik ilkesi gereği, ceza hukukunda belirsizliğe yer verilmemeli, bireyler hangi fiillerin suç olduğunu ve bu fiillerin ne gibi yaptırımlar doğuracağını önceden bilebilmelidir. Kanunilik ilkesi, bir fiilin suç olarak nitelendirilebilmesi ve bu suç karşılığında yaptırım uygulanabilmesi için mutlaka kanunda açıkça suç olarak tanımlanmış olmasını gerektiren ilkedir. Bu ilke, hukuk devleti olmanın da bir gereğidir. Bir hukuk devletinde, kişiler hangi davranışlarının suç oluşturduğunu önceden bilebilecek durumda olmalıdır ve devlet de suç işleyen kişileri cezalandırırken kanundaki sınırlar dâhilinde hareket eder. Böylece kişiler keyfi uygulamalara karşı korunmuş olur.

Kanunilik ilkesi Anayasa’da düzenlenerek en üst hukuk normu tarafından açıkça teminat altına alınmıştır. Hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri, adil bir ceza hukukunun temel unsurlarıdır. Elbette ki kanunilik ilkesinin sonuçlarından biri olan kıyas yasağı ve TCK m. 2/3’te yer alan *“Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.”* hükmü gereği, kanun koyucunun açıkça düzenlemediği bir hususun, benzerlik ilişkisi kurularak mevcut bir düzenleme kapsamına alınması mümkün değildir. Dolayısıyla *“mal”* kavramının yorumlanması sırasında da kıyas yasağı ihlal edilmemeli, kanunun lafzına ve ruhuna uygun bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu bağlamda, yağma suçunun konusunun yalnızca taşınır mallarla sınırlı olduğunu açıkça belirten bir düzenleme getirilmesi ya da taşınmaz malların da bu suçun konusunu oluşturabileceğini belirten bir ek madde veya fıkra ihdas edilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda, taşınmazların cebir veya tehditle devrinin sağlanması gibi durumların cezasız bırakılmaması için Türk ceza hukuku sisteminde taşınmazların zorla devrine ilişkin özel bir düzenleme yapılması gerektiği de açıktır.

Kaynakça

Adalet Bakanlığı Hukuk Sözlüğü, <https://sozluk.adalet.gov.tr>

Aksoy Dursun S, Eşya Kavramı (On İki Levha 2012)

Alan A, 'Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 30.03.2021 Tarih ve 2017/1018 E., 2021/147 K. Sayılı Kararı Ekseninde Yağma Suçuna İlişkin Tartışmalar' (2022) 1 (1-2) Karar İncelemeleri Dergisi 253-304

Arslanbaş A, 'Yağma Suçları' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2009)

Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, Ceza Hukuku Özel Hükümler (19. Baskı, Adalet 2021)

Ayan M, Eşya Hukuku II Mülkiyet (4. Baskı, Mimoza 2012)

Aydın D, Türk Ceza Hukukunda Yağma Suçu (Yetkin 2020)

Balcı F ve Öztürk S, Hırsızlık, Karşılıksız Yararlanma (Kaçak Elektrik, Su ve Doğalgaz Kullanımı) ve Yağma Suçları (2. Baskı, Adalet 2020)

Birtek F, 'Yağma Suçu Bakımından Yarar Sağlama Amacı' (2020) 15 (44) Ceza Hukuku Dergisi 673-709

Birtek F ve Bursa Fİ, 'Malvarlığına Karşı Suçların (Hırsızlık, Yağma ve Dolandırıcılık Suçlarının) Konu Unsuru Bakımından Dijital Varlıklar' (2023) 18 (52) Ceza Hukuku Dergisi 231-261

Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt I (5. Baskı, Beta 2021)

Demiç M, 'Yağma Suçu', (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2014)

Demir R ve Yıldırım H, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri Kararları Eşliğinde Yağma Suçları (Adalet 2022)

Eker H, Yağma Suçları (Adalet 2014)

Gökcan HT ve Artuç M, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi 4. Cilt (Adalet 2021)

Hafizoğulları Z ve Özen M, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar (7. Baskı, US-A 2021)

Heintschel-Heinegg B von, Bange M, Eschelbach R, Hollering J und Heiner CS, BeckOK StGB (63. Auflage, C.H. Beck 2024)

Hörnle T, 'Wider Das Dogma Vom Finalzusammenhang Bei Raub und Sexueller Nötigung' in Hans-Ullrich Paeffgen et al. (eds), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe Zum 70. Geburtstag (Duncker & Humblot 2011)

Karakehya H, Ceza Muhakemesi Hukuku (5. Baskı, Nisan 2023)

- Kaylan K, 'Yargıtay Kararları Işığında Yağma Suçları (765 ve 5237 Sayılı Yasalardaki Düzenlemelerin Karşılaştırmalı Bir Değerlendirilmesi)' (2013) 1(1) Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 39-49
- Kindhäuser U, Neumann U, Paeffgen HU und Saliger F, NK-StGB (6. Auflage, Nomos 2023)
- Koca M, Yağma Cürümleri (Seçkin 2003)
- -, '5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar' (2005) 5 İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi 67-92
- Koca M ve Üzülmaz İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (10. Baskı, Adalet 2024)
- Koç Z, 'Alman Öğretisinde İleri Sürülen Görüşler Işığında Türk Hukukunda Yağma Suçunun İhmalî Hareketlerle İşlenip İşlenemeyeceği Meselesi' (2021) 11 (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 577-612
- Korkmaz EŞ, Türk Ceza Hukukunda Yağma Suçu (Seçkin 2021)
- Kuzudişli M, 'Yağma Suçu' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2012)
- Lackner K and Kühl K, Strafgesetzbuch Kommentar (29. Auflage, C.H. Beck 2011)
- Lackner K, Kühl K und Heger M, Strafgesetzbuch Kommentar (C.H. Beck 2023)
- Oğuzman K, Selici Ö ve Oktay Özdemir S, Eşya Hukuku (17. Baskı, Filiz 2014)
- Lexpera, <https://www.lexpera.com.tr>.
- Legalbank, <https://www.legalbank.net>
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, Ceza Muhakemesi Hukuku (14. Baskı, Seçkin 2021)
- -, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (18. Baskı, Seçkin 2023)
- Özbek VÖ ve Meraklı S, 'Taşınmaz Malların Yağma Suçunun Konusunu Oluşturup Oluşturamayacağı Sorunu' (2023) 2 (2) İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EconJURA) 127-146
- Özen M, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri (8. Baskı, Adalet 2023)
- Rengier R, 'Raub ohne Nötigung?' in Max-Emanuel Geis (ed), Staat, Kirche, Verwaltung: Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag (C. H. Beck 2001)
- Semiz M, Mal Varlığına Karşı Suçlar ve Cezalandırma Yargılama Hüküm Kurma Esasları (Adalet 2022)
- Soyaslan D, Ceza Hukuku Özel Hükümler (11. Baskı, Yetkin 2016)
- Şare E, 'Bileşik Suç Niteliğindeki Yağma Düzenlemesinin Suçta Kanunilik İlkesi Yönünden Değerlendirilmesi' (2021) 3 (2) ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 613-674
- Şen E, 'Yağma ve Hırsızlık Suçlarında Fiili Hâkimiyet' (2013) 8 (109-110) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 123-129
- Taş B, 'Senedin Yağması Suçu' (2021) 2 (1) NKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 231-264

Taşkın A, 'Yağma Suçunda Mal Kavramı' (2008) 20 Terazi Hukuk Dergisi 95-101

Taneri G ve Kamışlı G, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (Seçkin 2018)

Tezcan D, Erdem MR ve Önok M, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (21. Baskı, Seçkin 2023)

Uçak T, 'Yargısal İçtihatlar Işığında Alacağın Tahsili Amacıyla İşlenen Yağma Suçu' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2022)

Yargıtay Karar Arama, <https://karararama.yargitay.gov.tr>

Yazıcıoğlu Y, 'Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayrımı' (2013) 19 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Özel Sayısı) 757-796

Yıldız AK, 'Yağma' in Bayraktar K, Evik VS, Kangal ZT, Memiş Kartal P, Yıldız AK, Sınar H, Akyürek G, Aksoy Retornaz E, Bostancı Bozbayındır G, Evik AH, Altunç S, Aytekin İnceoğlu A ve Erman B, Özel Ceza Hukuku-Cilt IV-Malvarlığına Karşı Suçlar (On İki Levha 2018)

Uluslararası Antlaşmaların Üçüncü Taraflar Açısından Bağlayıcılığı “Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Örneği”^(*)

Doç. Dr. Erdi ŞAFAK^(**)
Samet Hamza RUŞO^(***)

Öz

Uluslararası antlaşmalar ister genel bir konuyu ister bölgesel bir konuyu ilgilendirsin, isterse iki ya da daha çok devlet arasında olsun, antlaşmayı imzalayan ve taraf olan devletler için bağlayıcıdır. Sözleşmeler hukukunun genel ilkelerine dayanan bu kural, uluslararası hukukta ayrıca devletlerin egemenliği ve bağımsızlığı kurallarınca da desteklenmektedir. Dolayısıyla uluslararası antlaşmalar yalnızca antlaşmaya taraf olan devletler için bağlayıcıdır ve kural olarak, taraf olmayan devletler için hak ve yükümlülük doğurmamaktadır. Ancak, antlaşmalar hukukuyla ilgili diğer birçok konuda olduğu gibi, *res inter alios acta* (başkaları arasında yapılan şeyler taraf olmayanlar için görev yaratmaz) ilkesi son yıllarda farklı düşünce sürecinden geçmiştir. Bu bağlamda günümüzde uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde antlaşmaların, taraf olmayan üçüncü kişiler bakımından etkileri çok daha fazla tartışılır hale gelmiştir. Uluslararası antlaşmalar Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC) açısından ayrı bir değerlendirme konusu oluşturmaktadır. Zira uluslararası alanda tanınma sorunu nedeniyle KKTC, antlaşmalara taraf olma konusunda önemli sorunlar yaşamaktadır. Bu noktadan

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 15.10.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 06.02.2025.

Atıf Şekli: Erdi Şafak ve Samet Hamza Ruşo, ‘Uluslararası Antlaşmaların Üçüncü Taraflar Açısından Bağlayıcılığı “Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Örneği”’ (2025) 15(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 291, 314.

DOI: 10.52273/sduhfd..1568194.

^(**) Yakın Doğu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Lefkoşa, KKTC.

E-posta: erdi.safak@neu.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4000-2468>.

^(***) Yakın Doğu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Öğrencisi, Lefkoşa, KKTC.

E-posta: samethamza.ruso@neu.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6522-043X>.

hareketle çalışmada, KKTC'nin taraf olmadığı antlaşmaların, KKTC açısından, herhangi bir hak ya da yükümlülük yaratıp, yaratmadığı durumu incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası Hukuk, Uluslararası Antlaşmalar, Uluslararası Antlaşmaların 3. Kişilere Etkileri, KKTC'nin Statüsü, KKTC'nin Tanınmaması.

Binding Force of International Agreements on Third Parties “The Example of the Turkish Republic of Northern Cyprus”

Abstract

International agreements, whether they concern a general issue or a regional issue, or whether they are between two or more states, are binding on the states that have signed the agreement and are parties to it. This rule, which is based on the general principles of the law of contracts, is also supported in international law by the rules of sovereignty and independence of states. Therefore, international agreements are binding only on the states that are parties to the agreement and, as a rule, do not create rights or obligations for states that are not parties. However, as in many other issues related to the law of treaties, the principle of *res inter alios acta* (things done between others do not create duties for non-parties) has gone through a different thought process in recent years. In this context, the effects of agreements on non-parties third parties within the framework of international law rules have become much more debatable today. International agreements constitute a separate subject of evaluation for the Turkish Republic of Northern Cyprus (TRNC). Because of the problem of recognition in the international arena, the TRNC has significant problems in becoming a party to agreements. Starting from this point, this study will examine whether the agreements to which the TRNC is not a party create any rights or obligations for the TRNC.

Keywords

International Law, International Treaties, Effects of International Treaties on Third Parties, Status of TRNC, Non-Recognition of TRNC.

Extended Summary

International law has become much more talked about because of today's developments, and treaties play an important role in the establishment of international law rules. In addition, this important role played by treaties forms the basis of international diplomacy. We often hear that a certain action by a certain country violates an international treaty, and therefore this situation is against international law. The rules of international law have been developed by many international treaties prepared by the International Law Commission, which was established by the United Nations (UN) General Assembly in 1947 to develop and codify international law. Within the framework of these efforts and diplomacy of the International Law Commission, the Vienna Convention on the Law of Treaties was adopted on May 23, 1969. The Vienna Convention on the Law of Treaties acknowledges the importance of treaties as a source of international law, and the Convention states that it is important to understand the scope and dynamics of a treaty, who can and cannot be a party to a treaty.

Article 1 of the Vienna Convention on the Law of Treaties states that treaties can take the form of agreements between states and agreements between international organizations. According to the definitions set forth in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, a "treaty" means "an international agreement (understanding) concluded in writing between States and governed by international law, whether contained in a single document or in two or more related documents and regardless of its specific name". The Convention also covers other international law subjects such as international organizations; Article 3 covers agreements between states, agreements between themselves and agreements within the scope of international agreements to which other international law subjects are parties. The general principles of international law regarding treaties and conventions are that they create rights and obligations for states parties by means of ratification, accession, acceptance or approval. However, there are exceptions to this rule and sometimes third states may also have obligations and rights under a treaty. In other words, in the case of treaties, a third party may claim to be a party to a treaty in whole, as a party, or in part, subject to certain sections. Article 11 of the Vienna Convention allows consent to be bound by a treaty to be expressed in various ways, including acceptance, approval, and accession. These claims differ from other third-party claims in that, if successful, the third party loses this status and becomes a party. For example, the United Nations Charter grants non-member states the right to participate in the discussion of disputes in which they are involved (Article 32); the right to bring such disputes to the attention of the Security Council or the General Assembly (Article 35); and the right to consult with the Security Council on the solution of special economic problems arising from the application of preventive or coercive measures (Article 50). This situation has some different elements for the Turkish Republic of Northern Cyprus (TRNC), which has significant difficulties in becoming a party to treaties.

Based on the Zurich and London agreements, the Nicosia Agreements were signed between Turkey, Greece, England and the independent Republic of Cyprus on 16.08.1960, and the legal status of the Republic of Cyprus was abolished when Turkey

rejected the constitutional amendment proposals of the then President of Cyprus Makarios in December 1963. During this period, tensions increased between the two communities in Cyprus and because of these tensions, the Turkish Cypriots declared the TRNC on 15.11.1983. Following the declaration of the TRNC, the UN Security Council, with its resolution dated 18.11.1983 and numbered 541, found this declaration to be contrary to the 1960 Constitution and declared the TRNC invalid. The said resolution evaluated the Declaration of Independence as separatism and called on all States not to recognize any other Cyprus State other than the Republic of Cyprus. Despite this approach of the UN, only Turkey recognized the TRNC on the day it was declared. Since then, there is no other state other than Turkey that has recognized the TRNC. The international status of the TRNC will not result in some international agreements not creating rights and obligations for it or that some international agreements will not be binding for it. This study will examine how international agreements should be evaluated in terms of the TRNC.

Giriş

Uluslararası hukuk genel olarak uluslararası toplumun hukukudur ve bu hukuk kurallarının oluşturulmasında uluslararası antlaşmalar önemli bir rol oynamaktadır. Uluslararası antlaşmaların oynamış olduğu bu önemli rol aynı zamanda uluslararası diplomasinin temellerini de oluşturmaktadır. Uluslararası hukuk kuralları, Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu tarafından 1947'de uluslararası hukuku geliştirmek ve kanunlaştırmak için kurulan Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan birçok uluslararası antlaşma tarafından geliştirilmiştir. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun bu çabaları ve diplomasisi çerçevesinde, 23 Mayıs 1969'da Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin kabul edilmesi sağlanmıştır. BM Antlaşması Madde 38'de¹ ve Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde, antlaşmaların uluslararası hukukun bir kaynağı olarak önemi kabul edilmiş olup, özellikle Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi bir antlaşmanın kapsamı ve dinamiklerinin ne olduğunu, bir antlaşmaya kimlerin taraf olabileceğini ve kimlerin taraf olamayacağını anlamının önemli olduğunu belirtmiştir.

Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 1. maddesi, antlaşmaların devletler arasındaki antlaşmalar ve uluslararası örgütler arasındaki antlaşmalar şeklinde olabileceğini belirtmektedir. 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin koyduğu tanıma göre, bir "antlaşma", *"ister tek bir belgede, isterse iki veya daha fazla ilgili belgede yer alsın ve (kendine) mahsus ismi ne olursa olsun, Devletler arasında yazılı şekilde akdedilmiş ve milletlerarası hukuka tabi olan milletlerarası antlaşma (mutabakat) demektir"*. Uluslararası hukukun antlaşmalar ve sözleşmelerle ilgili genel ilkeleri, bunların onay, katılım, kabul veya tasdik yoluyla taraf devletlere sağladığı haklar ve yükümlülükler yaratması şeklindedir³. Medeni Hukukta yaygın olarak kullanılan ve Roma Hukukundan türetilen *"pacta tertiis nec nocent nec prosunt"* özdeyişine göre antlaşmalar yalnızca sözleşme taraflarını ilgilendirir, üçüncü kişilere ne yükümlülükler yükleyebilir ne de haklar verebilirler. Alıntılanan ilkenin bir sonucu olarak, bir antlaşmanın yasal etkileri sözleşme taraflarının çevresiyle sınırlı olmalıdır. Medeni hukukta sözleşme hukukunun genel kavramına dayanan bu kural, uluslararası hukukta

¹ BM Antlaşması Uluslararası Adalet Divanı (U.A.D.) Statüsü'nün 38. Maddesine göre uluslararası hukukun kaynakları uluslararası andlaşmalar, teamül kuralları ve hukuk genel ilkeleridir.

² Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 22 Mayıs 1969, Madde2/a, BM Enformasyon Merkezi UNIC-Ankara.

³ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 22 Mayıs 1969, Madde 3.

Devletlerin egemenliği ve bağımsızlığı kurallarıyla bağlantılıdır. Dolayısıyla uluslararası antlaşmalar yalnızca sözleşme taraflarını kapsar ve kural olarak, antlaşmalara taraf olmayan devletler için antlaşmalar kapsamında ne haklar ne de görevler ortaya çıkmaktadır. Ancak bu kuralın istisnaları da vardır ve bazı durumlarda üçüncü devletlerin de bir antlaşma kapsamında hakları ve yükümlülükleri olabilecektir.

Bir antlaşmanın üçüncü kişiler bakımından birtakım haklar ve yükümlülükler öngörmesi uluslararası uygulamada rastlanılan bir örnektir. Bu etki üçüncü kişinin açık veya örtülü iradesine dayanabilir. Bazı antlaşmalar ise niteliklerinden ötürü genel bir etkiye sahip olduğu kabul edilmektedir⁴. Bu noktadan hareketle çalışmada antlaşmaların üçüncü kişiler bakımından etkileri ile ilgili olarak genel bir etkiye sahip olan antlaşmaların Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC) açısından durumu incelenecektir.

11 Şubat 1959 tarihinde Birleşik Krallık, Türkiye ve Yunanistan ile Kıbrıs'taki Rum ve Türk halkları arasında Zürih ve Londra Anlaşmaları imzalanmış, bağımsız bir devlet olarak Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası'nın temel unsurları belirlenmiştir. Anayasanın hazırlanma süreci sonrasında ise Kıbrıs Cumhuriyeti, imzalanan Kuruluş, İttifak ve Garanti Antlaşmaları çerçevesinde resmi olarak 16 Ağustos 1960 tarihinde kurulmuştur. Kıbrıs Cumhuriyeti'nin hukuksal statüsü dönemin Kıbrıs Cumhurbaşkanı Makarios'un Aralık 1963'te Anayasa değişikliği önerilerinin Türkiye tarafından reddedilmesi üzerine ortadan kalkmıştır. Bu süreçte Kıbrıs'ta iki toplum arasında gerginlik artmış ve yaşanan bu gerginlikler neticesinde Kıbrıslı Türkler 15.11.1983'te KKTC'yi ilan etmişlerdir⁵. KKTC'nin ilanı üzerine BM Güvenlik Konseyi 18.11.1983 tarih ve 541 sayılı kararı ile bu ilanı 1960 Anayasasına aykırı bulmuş ve KKTC'nin tanınmasını geçersiz saymıştır. Anılan karar ayrıca BM üyesi devletlere, Kıbrıs adasında Kıbrıs Cumhuriyeti'nden başka bir devleti tanımama çağrısında bulunmuştur. BM'nin bu yaklaşımına rağmen, sadece Türkiye ilan edildiği gün KKTC'yi tanımıştır. O günden bu zamana Türkiye dışında KKTC'yi tanıyan başka bir devlet bulunmamaktadır⁶. KKTC'nin uluslararası statüsü, bazı uluslararası antlaşmaların kendisi bakımından hak ve yükümlülükler doğurmayacağı sonucunu doğurmayacaktır. Bu çalışmada uluslararası antlaşmaların üçüncü kişiler bakımından etkileri bağlamında KKTC'nin durumu değerlendirilecektir.

⁴ Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, (14. Baskı, Beta Yayınları 2020) 70.

⁵ Hüseyin Pazarıcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, (Turhan Kitabevi 2015) 161.

⁶ Pazarıcı, *Türk Dış Politikası* (n 5) 161.

I. Genel Olarak Antlaşma Kavramı ve Antlaşma Yapmaya Yetkili Kişiler

Antlaşma kavramı ile genel olarak, uluslararası hukukun kendilerine bu alanda yetki tanıdığı kişiler arasında, uluslararası hukuka uygun bir biçimde hak ve yükümlülükler doğuran, bunları değiştiren ya da sona erdiren yazılı irade uyuşması anlaşılmaktadır⁷. Başka bir ifadeyle bir antlaşma, iki veya daha fazla devletin veya uluslararası örgütlerin kendi aralarında bir hukuki ilişki kurmak, mevcut bir hukuki ilişkiyi değiştirmek veya sona erdirmek, ya da ileriye dönük davranış kuralları amacıyla milletlerarası hukuka uygun olarak yaptıkları anlaşma olarak da açıklanabilir⁸.

Uluslararası hukukun, antlaşma yapma yetkisi tanıdığı uluslararası hukuk kişilerinin başında devletler gelmektedir. Diğer uluslararası hukuk kişilerinin antlaşma ve uluslararası hukuk işlemi akdetmesi veya benimsemesi kendilerine tanınan yetkiler kapsamında olmaktadır⁹. Konuya ilişkin 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 6. Maddesi "*Her devletin antlaşma akdetme yetkisi vardır*"¹⁰ şeklinde düzenleyeme yeti vermiştir.

Devletler dışındaki yapıların örneğin bağımsızlığı sınırlı olabilen ve minyatür devlet kategorisinde bulunan, vesayet altında olan, federal, konfederal vb, yapılarda yer alan devletlerle uluslararası antlaşma yapma yetkisinin tanınıp tanınmadığı hususu uluslararası hukuk açısından önemli bir konudur. Bu konu ile ilgili, bu devletlere tanınan yetkilerin incelenmesi ve tespit edilmesi gerekmektedir. Uluslararası hukuk sükelerini temsil eden kişilerin yetkisiz olması veya yetki aşımında bulunarak antlaşma yapmaları mümkün olabilmektedir¹¹.

Uluslararası antlaşmaların yapılışı ile ilgili olarak anlaşılması gereken, antlaşma metninin içeriğinin hazırlanması ve antlaşma metnine son şeklinin verilerek içeriğinin kesinleştirilmesidir. Bir başka ifadeyle uluslararası antlaşmaların, ilgili taraflar arasında görüşülmesi ve antlaşma metni üzerinde tarafların nihai olarak uzlaşma sağlamış olması sürecine antlaşmanın yapılış süreci denmektedir¹².

⁷ Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, (21. Baskı, Turhan Yayınları 2022) 45.

⁸ Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk*, Reşad Volkan Günel (Ed.) (9. Baskı, Savaş Yayınevi 2018) 15.

⁹ Kamuran Rençber, *Uluslararası Hukuk*, (3. Baskı, Dora Yayınları 2018), 48.

¹⁰ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 22 Mayıs 1969, Madde 6.

¹¹ Rençber (n9), 49.

¹² Yücel Acer ve İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı - İngilizce Özetli*, (11. Baskı, Seçkin Yayınları 2020) 82.

Antlaşmaların yapılması ile ilgili geleneksel olarak sıfatları dolayısıyla bazı kimseler devleti temsilen görüşme ve imza yetkisine sahiptir. Antlaşmada taraf bir devlet olduğunda, genel olarak devlet adına yetkili kişi devlet başkanı, hükümet başkanı veya dışişleri bakanıdır. Sadece temsilci olarak atandıkları hükümet veya uluslararası örgüt nezdinde atanan diplomasi temsilcileri de devlet adına yetkili kişilerdir. Bunların dışında başka kimseler de yetki belgesi ke yetkilendirilerek devletleri adına antlaşma yapma yetkisine sahip olabilecektir. Taraf bir uluslararası örgüt ise, örgütün kurucu antlaşmalarına bakılması gerekecektir. Bu konuda bir hüküm yoksa örgütün en yüksek dereceli görevlisi yetki sahibidir. Uygulamada genel sekreter ve genel sekreter yardımcılarında her birinin yetkili olduğu görülmektedir¹³.

KKTC açısından uluslararası antlaşmaların iç hukuktaki yeri KKTC Anayasası 90. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu madde hükmü şöyledir: *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalar yasa hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi olarak görev yapan Yüksek Mahkeme'ye başvurulamaz."*¹⁴ KKTC Anayasası'nda antlaşma imzalama yetkisi ile herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. KKTC Anayasası'nın 3. maddesinin (2). fıkrasına göre, *"Kıbrıs Türk halkı, egemenliğini, yetkili organları eliyle kullanır"* demektedir. Bu organlar, Anayasanın 4., 5. ve 6. maddelere göre, yasama, yürütme ve yargı organlarıdır. KKTC Anayasası'nın 4. maddesine göre, Cumhuriyet Meclisi yasama yetkisine sahiptir. Anayasa'nın 90. maddesine göre, yasama organı, uluslararası antlaşmaları imzalama ya da imzalanmalarına önceden izin verme değil, bu antlaşmalar imzalandıktan sonra bunları onaylama yetkisine sahip olabilecektir¹⁵.

II. Antlaşmaların Yürürlüğe Girmesi ve Taraflar Açısından Uygulanması

Antlaşmalar, genel olarak tarafların niyetlerine uygun olarak, antlaşmanın kendisinde ifade edildiği şekilde yürürlüğe girmektedir. Bir tarafın antlaşmaya katılımı veya antlaşmayı imzalaması, antlaşmanın o taraf için derhal yasal etkiye sahip olduğu başka bir ifadeyle bağlayıcılık teşkil ettiği anlamına gelmemek-

¹³ Sur (n3) 28.

¹⁴ KKTC Anayasa 90. madde (5)

¹⁵ Tufan Erhürman, "Cumhurbaşkanı'nın Uluslararası Antlaşma İmzalama Yetkisi Var mı? Kaynak: Cumhurbaşkanı'nın Uluslararası Antlaşma İmzalama Yetkisi Var mı?", <https://www.yeniduzen.com/cumhurbaskaninin-uluslararasi-antlasma-imzalama-yetkisi-var-mi-13559h.htm> Erişim Tarihi: 14 Ocak 2025.

tedir¹⁶. Genellikle bir antlaşmanın yürürlüğe girmesi, antlaşma metninde belirtilen birtakım işlemlerin yerine getirilmesi örneğin devletlerin gerekli iç hukuksal işlemleri tamamlamasına kadar beklemektedir. Çok taraflı antlaşmalarda en sık görülen olay ise, antlaşmayı imzalayan devletlerin belirli sayıda onaylama veya katılıma ulaşılması şeklindedir. Bir antlaşma iki ya da çok tarafı durumda olsun, belirli bir tarih, belirli sayıda onaylama veya katılıma ulaşıldıktan sonra geçen işlemlerin ardından bağlayıcılık kazanacaktır¹⁷.

Elbette bir antlaşmanın metninin antlaşmanın yürürlüğe girme tarihini belirlemesi farklı şekillerde mümkün olabilecektir. 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, bir antlaşmanın yürürlüğe girmesini düzenleyen hükümlerinin, metnin kabul edildiği tarihten itibaren "uygulanacağını" belirterek bu mantıksal imkansızlığı ele almaktadır. Bu, antlaşmanın müzakere eden taraflarının, bu hükümlerin antlaşmanın özünün resmen yürürlüğe girmesine kadar derhal yürürlüğe girmesini amaçladıkları varsayılırsa teorik olarak mümkündür. Antlaşmada "tetikleyici" hükümler yer almaması ve müzakere eden devletler arasında bu konuda herhangi bir anlaşmaya varılamaması halinde, antlaşmanın, müzakere eden tüm devletlerin bağlanma iradesini ifade etmeleri üzerine yürürlüğe girdiği kabul edilir¹⁸.

Bir tarafın antlaşmanın yürürlüğe girmesinden sonra onaylaması veya katılması durumunda, onay veya katılım belgesi veya antlaşma aksi yönde bir hüküm içermediği sürece, söz konusu taraf derhal bağlı olur¹⁹.

Bir antlaşmanın yürürlüğe girmesinden sonra, uygulanabilirliği açısından önemli bir işlem, BM Sekreterliği'ne antlaşmanın kaydedilmesi ve antlaşmanın daha sonra bu sekreterlik tarafından yayınlanmasıdır. Kayıt zorunluluğu hem 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde hem de BM Şartı'nda belirtilmiştir. Bu durumun uluslararası istikrarı ve düzeni baltalayabilecek gizli antlaşmalardan kaçınmak için gerekli olduğu söylenmektedir²⁰. Konu ile ilgili bir diğer görüş ise, bu tür merkezi kaydın yalnızca "uluslararası ilişkilerin düzgün yönetimi" meselesi olarak önemli olduğudur²¹.

¹⁶ Antonio Cassese, *International Law*, (Oxford University Press 2001), 126

¹⁷ Sur (n 3) 29.

¹⁸ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 22 Mayıs 1969, Madde 24.

¹⁹ Malcolm N. Shaw, *International Law*, (Cambridge University Press 2008) 910 - 911.

²⁰ Pazarcı, *Uluslararası Hukuk* (n 7) 48.

²¹ Pazarcı, *Uluslararası Hukuk* (n 7) 49.

Antlaşmaların özel bağlamında, *pacta sunt servanda* (ahde vefa) ilkesi, bir uluslararası hukuk kişinin, bir antlaşmaya bağlı olma iradesini ifade etmesi ve antlaşmanın yürürlüğe girmesiyle, antlaşmanın o kişi için bağlayıcı hale geldiği ve onun tarafından iyi niyetle yerine getirilmesi gerektiği anlamına gelmektedir. Başka bir ifadeyle, egemen bir devlet antlaşma yükümlülüklerinden vazgeçmek için egemenliğini ileri süremez. Bu nedenle, 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 26. maddesi antlaşma hukukunun en temel ilkesini ortaya koymaktadır²². İlgili madde çerçevesinde *pacta sunt servanda*, "Yürürlükteki her antlaşma, tarafları için bağlayıcıdır ve onlar tarafından iyi niyetle yerine getirilmelidir" şeklinde ifade edilmiştir²³.

Pacta sunt servanda doktrini, uluslararası hukukun en temel ilkelerinden birini ifade eder; uluslararası hukuk özneleri tarafından yapılan yasal taahhütlere iyi niyetle yerine getirilmesi gerektiği anlamındadır. Yasal yükümlülüğün temeli olarak büyük ölçüde özgürce verilen iradeye dayanan bir hukuk sisteminde, bu tür özgür irade ifadelerinin temel yasal sonuçları izleyeceği kesindir. *Pacta sunt servanda*, koşulsuz iradenin tek taraflı olarak verilmiş olsa bile tek taraflı olarak geri çekilemeyeceğini ileri sürerek bu tür sonuçların en temel olanını dile getirir²⁴.

KKTC'de bir antlaşmanın hüküm doğurabilmesi için, mevcut mevzuat çerçevesinde gerekli hukuksal işlemlerin yapılması gerekmektedir. KKTC'de, uluslararası antlaşmanın hüküm doğurması, Cumhurbaşkanı tarafından Resmi Gazete'de yayımlanması ile gerçekleşir. Anayasa'nın 94. maddesi²⁵ altında antlaşmaların onay yasasının Cumhurbaşkanı tarafından Resmi Gazete'de yayımlanması gerekmektedir. Cumhurbaşkanı'nın uluslararası antlaşmayı yayımlama-

²² Christine Chinkin, *Third Parties in International Law* (Oxford Monographs in International Law 1993) 55.

²³ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 22 Mayıs 1969, Madde 26.

²⁴ Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge University Press 2007) 256-261.

²⁵ KKTC Anayasa Madde 94 (1) Cumhurbaşkanı, Cumhuriyet Meclisince kabul edilen yasaları on beş gün içinde Resmi Gazete'de yayımlar. Yayımlanmasını uygun bulmadığı yasaları bir daha görüşülmek üzere gerekçesi ile aynı süre içinde Cumhuriyet Meclisine geri gönderir. (2) Cumhuriyet Meclisi, geri gönderilen yasaları, değiştirerek veya aynen, üye tamsayısının salt çoğunluğu ile kabul ederse, yasa Cumhurbaşkanı'nca yayımlanır. Çekimser oylar karar yeter sayısı bakımından dikkate alınmaz. (3) Cumhurbaşkanı, Cumhuriyet Meclisince kabul edilen yasaları, yayımlanma süresi içinde, Bakanlar Kurulunun istemi üzerine halkoylamasına sunar. Halkoylamasında kabul edilen yasalar, kabul tarihinden başlayarak on gün içinde Resmi Gazete'de yayımlanır. (4) Cumhurbaşkanı, 146. maddedeki yetkisini, on beş günlük süre içinde kullanabilir. Bu takdirde, 146. madde kuralları uygulanır

sından sonra, uluslararası antlaşma Anayasa'nın 90(5). Maddesi kapsamında usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası bir antlaşma olmakta ve o andan itibaren de uluslararası antlaşma yasa hükmünde kabul edilmektedir.

III. Uluslararası Antlaşmaların Üçüncü Taraflar Bakımından Etkileri

Antlaşmalar konusunda ortaya çıkan önemli bir sorun, antlaşmaya taraf olmayan devletler açısından herhangi bir hak ve yükümlülük doğurmadığıdır. *Pacta terries nec nocent prount* ilkesi antlaşmaların üçüncü devletlere ne haklar ne de yükümlülükler getirmediği anlamına gelen bir Latince özdeyiştir. Bir antlaşma öncelikle imzacı tarafları bağlamaktadır ve antlaşmanın devletler açısından oluşturacağı hakların ve yükümlülüklerin yalnızca antlaşmada belirtilen kurallara veya koşullara irade gösteren taraflara yüklenmesi gerekmektedir²⁶. Hiçbir devlet, açıkça veya zımnen onay vermediği sürece bir hukuk kuralına bağlı değildir²⁷. 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 34. maddesi de, "*Bir antlaşma, iradesi olmadan üçüncü bir devlet için ne yükümlülükler ne de haklar yaratır*"²⁸ şeklinde düzenlenmiştir. 34. maddede ortaya konan ilkeye göre, bir antlaşma üçüncü devletler için var olmayan bir parçadır ve bu bağlamda *res inter alios acta* "*başkaları arasında yapılan bir şey başkalarına zarar vermez veya fayda sağlamaz*" anlamına gelen ilke çerçevesinde, bir antlaşma üçüncü devletler için ne yükümlülükler ne de haklar yaratabilecektir²⁹.

Antlaşmaların üçüncü taraflar bakımından etkileri bağlamında *pacta tertis nec nocent nec crosent* ilkesi 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 35. maddesinde de ifade edilmiştir. Belirtilen madde "*Bir antlaşmanın tarafları bu antlaşmanın bir hükmünün bir üçüncü devlet için bir yükümlülük aracı olmasını kast ettiyse ve üçüncü devlet o yükümlülüğü açıkça yazılı bir şekilde kabul ettiyse, bu antlaşma hükmünden üçüncü bir devlet için bir yükümlülük ortaya çıkar*" şeklinde düzenlenmiştir³⁰. Bu maddenin iki önemli unsuru bulunmaktadır. Bu unsurlardan ilki, üçüncü taraflar antlaşmanın belirli bir hükmüne irade göstermektedir; ikinci unsur ise, iradenin yazılı olarak ifade edilmesi gerektiği

²⁶ Shaw, (n 18) 913.

²⁷ Zdzisla W. Galicki, 'International Treaties And Third States', Sabinet African Journals, 1980. 105-108.

²⁸ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 22 Mayıs 1969, Madde 34.

²⁹ David J Bederman, 'Third Party Rights and Obligations in Treaties', Duncan B Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties (1st Edition)* (Oxford Press 2012) 330 - 335.

³⁰ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 22 Mayıs 1969, Madde 35.

şeklinde³¹. Bu durum ayrıca, bir devletin taraf olmadığı bir antlaşma kapsamındaki bir yükümlülüğe bağlı olması için, bu yükümlülüğe sözlü veya yazılı olarak irade göstermesi gerektiği anlamına gelmektedir³². 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 35. Maddesi çerçevesinde, üçüncü tarafın iradesi olmadan bir antlaşmanın parçası olamayacağı konusu uluslararası hukukun temel ilkeleri olan egemenlik, eşitlik ve müdahale etmeme ilkeleri çerçevesinde de değerlendirilebilir³³.

1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 35. maddesinde belirtilen yükümlülüğün genel kuralı belirli durumlarda geçerli olmayacaktır. Bu durumlara örnek BM Antlaşması'nın 2. maddesinin 6. Paragrafı örnek gösterilebilir. İlgili maddeye göre, *"Örgüt, Birleşmiş Milletler üyesi olmayan devletlerin de uluslararası barış ve güvenliğin korunmasının gerektirdiği ölçüde bu ilkelere uygun biçimde hareket etmesini sağlar"* şeklindeki düzenlemesi, BM Antlaşmasının bazı durumlarda taraf olmayan devletler açısından yükümlülükler getirdiğini belirtmektedir³⁴. Üçüncü devletlerin bu yükümlülüğü, Uluslararası Adalet Divanı'nın şu kararıyla Namibya davasında teyit edilmiştir: *"Üye olmayan Devletler, Şart'ın 24 ve 25. maddeleriyle bağlı olmasalar da, 1976 (1970) sayılı kararın 2. ve 5. paragrafları uyarınca, Birleşmiş Milletler tarafından Namibya ile ilgili olarak alınan eylemde yardımda bulunmaya çağırılmışlardır"*³⁵.

1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 36. Maddesi *"Bir antlaşmanın tarafları antlaşmanın bir hükmünün ya üçüncü bir devlete veya o devletin mensubu olduğu devletler grubuna, ya da bütün devletlere, bir hak vermesini kastettiye ve üçüncü devlet buna irade gösterirse, üçüncü, devlet için antlaşmanın bu hükmünden o hak doğar. Üçüncü devletin iradesi, aksi belirtilmediği sürece farz edilir, meğerki antlaşma başka türlü öngörsün"* şeklinde düzenlenmiştir³⁶. İlgili madde hükme uygun olarak bir hakkı kullanan bir devletin veya uluslararası bir örgütün, antlaşmada öngörülen veya antlaşmaya uygun olarak oluşturulan kullanım koşullarına uyması gerektiğini belirtmektedir. Bir antlaş-

³¹ John H. Currie, *Public International Law*, (Essentials of Canadian Law Series 2008) 160.

³² Robert Kolb, *The Law of Treaties An Introduction*, (Edward Elgar Publishing, 2016) 115.

³³ Aust, (n 24) 256 - 258.

³⁴ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 22 Mayıs 1969, Madde 35.

³⁵ International Court of Justice, Legal Consequences for States of The Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970).

³⁶ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 22 Mayıs 1969, Madde 36.

ma uyarınca üçüncü kişilere hak vermek için yerine getirilmesi gereken koşullar şunlardır: antlaşmanın üçüncü devletlere hak vermeyi amaçlaması, üçüncü devletlerin verilen haklara irade göstermesi, aksi belirtilmediği sürece üçüncü devletlerin iradesinin kesin kabul edilmesi ve son olarak antlaşma üçüncü devletin onayını belirli bir şekilde ifade etmesini gerektiriyorsa, irade belirli şekilde ifade edildiğinde geçerli olacaktır. Aksine bir kanıt olmadığı sürece, antlaşma yalnızca bu yönlerden bahsetmiyorsa, iradenin belirli yönlerden varsayılabilceği kabul edilecektir³⁷.

Bir antlaşmanın, üçüncü devletler açısından sağlamış olduğu yükümlülüklerin ya da hakların iptal edilmesi veya değiştirilmesi, 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 37. Maddesinde ele alınmıştır. 37. madde, yükümlülükler ve haklar arasında bir ayrım yapmaktadır³⁸. Yükümlülükler açısından kural, yükümlülüğün yalnızca antlaşmanın taraflarının ve üçüncü devletin iradesiyle iptal edilebileceği veya değiştirilebileceğidir. Hakların iptali veya değiştirilmesi açısından kural ise, üçüncü devletler için doğan bir hakkın, üçüncü devletin iradesi olmadan iptal edilemeyeceği veya değişikliğe tabi tutulamayacağı yönündedir³⁹.

1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 38. Maddesi ise, "*34 ila 37. maddelerde yer alan hiçbir şey, bir antlaşmada belirtilen bir kuralın, uluslararası hukukun örf ve adet hukuku kuralı olarak tanınan bir üçüncü taraf için bağlayıcı olmasını engellemez*" demektedir. Bu durum antlaşmadaki örf ve adet hukuku olan kuralların üçüncü Devletler için bağlayıcı olabileceği anlamına gelmektedir. İki taraf arasında akdedilen bir antlaşmada belirlenen kurallar ve ilkeler, üçüncü devletler tarafından genel olarak kabul edilebilir hale gelebilir ve örf ve adet hukuku yoluyla onlar için bağlayıcı hale gelebilir⁴⁰. Başka bir ifadeyle bir antlaşma, antlaşmada formüle edildikleri sırada örf ve adet kuralları olan kurallar içerebilir. Bu tür kurallar da uluslararası hukukun örf ve adet normları statüsünde üçüncü devletleri bağlayacaktır⁴¹. Örneğin Deniz Savaşlarında Tarafsızlığa İlişkin 1856 tarihli Paris Deklarasyonu, savaş hukuku ve taraf-

³⁷ Martin Dixon, Robert McCorquodale ve Sarah Williams, *Cases & Materials on International Law*, (Oxford University Press 201) 72 - 74.

³⁸ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 22 Mayıs 1969, Madde 37.

³⁹ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 22 Mayıs 1969, Madde 37.

⁴⁰ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 22 Mayıs 1969, Madde 34-37.

⁴¹ Hugh Thirlway, *The Sources of International Law*, (Oxford University Press 2019) 162.

sızlık konularını düzenleyen 1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleri, bu tür hukuk yaratan uluslararası belgelerdir⁴².

Uluslararası nehirlerde ve deniz yollarında seyrüsefer özgürlüğünü tesis eden belirli antlaşmalar, belirli bölgelerin tarafsızlaştırılmasını veya askerden arındırılmasını sağlayan antlaşmalar veya Antarktika Antlaşması da antlaşmaya taraf olmayan devletler açısından bazı haklar ve yükümlülükler getirebilecektir. Bu antlaşmalar, sözde "nesnel rejimler" olarak adlandırılan özel bir kategoriye girmektedir. Sözde nesnel rejimlerin yasal statüsü sorunu, antlaşmaların üçüncü devlet üzerindeki etkileri sorunuyla ilişkilidir. Genellikle bu sorunlar, birçok durumda görüldüğü gibi, doktrinel bir ayrım olmaksızın birlikte ele alınır ve nesnel rejimler antlaşmalar tarafından yaratılmaktadır⁴³.

Lord McNair, Antlaşmalar Hukuku adlı kitabında, nesnel rejimler ve antlaşmaların üçüncü devletler üzerindeki etkileri konularını birbirinden ayırmıştır. Antlaşmaların, antlaşmaların işleyiş kapsamı içindeki üçüncü taraflar üzerindeki etkisini, *pacta tertiis ne nocent ne prosunt* genel kuralından bir istisna olarak analiz etmiş, nesnel rejimlerle ilgili teorik ve pratik sorunları ve bunların *erga omnes* yani herkese yönelik etkilerini ise belirli bir antlaşma türü üzerinde incelemiştir⁴⁴. Ancak iki rejimi kesin bir şekilde ayıran McNair bile, Serbest Bölgeler Davası'nda gösterildiği gibi, aralarında teorik ve pratik bir örtüşme olasılığının bulunduğunu gözlemlemiştir⁴⁵.

Uluslararası antlaşmaların üçüncü kişiler bakımından etkileri ile ilgili bir diğer tanım "keskin antlaşmalar"dır. Keskin antlaşmalar bir bölgedeki toprakların ve doğal hakların yönetimiyle ilgili anlaşmalardır. Keskin anlaşmaya örnek olarak Güney Afrika'ya Namibya'yı yönetme yetkisi veren yetki gösterilebilir. Keskin karakter, oluşturdukları hakların niteliğidir. Bu kategorideki antlaşmalar, onları oluşturan veya devreden anlaşmalardan bağımsız bir varlık ve geçerlilik edinen veya koruyan belirli kalıcı hakları yaratır veya devreder veya varlığını tanır. Bu anlaşma kategorisi, bireyler için diğer genel anlaşma türü altında edinilen haklardan farklı bir tür hak üretmektedir⁴⁶. Bu haklar, kökenleri itibarıyla mutlaka

⁴² Şeref Ünal, *Uluslararası Hukuk*, (Yetkin Yayınları 2005) 52.

⁴³ Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap*, (15. Baskı Turhan Yayınları 2021) 188.

⁴⁴ Conway W. Henderson, *Understanding International Law*, (Wiley-Blackwell 2010) 65.

⁴⁵ Lord McNair, *The Law of Treaties* (Oxford University Press 1961) 38-44.

⁴⁶ Lea Brilmayer & Isaias Yemane Tesfaldet, 'Third State Obligations and the Enforcement of International Law', *International Law And Politics*, Vol:44:1, 2011, 6-7.

aynı haklar değildir, ancak onları üreten anlaşma ortadan kalktığında bile hayatta kalmalarını sağlayan nesnel bir varoluşa sahip olmaları nedeniyle onlara benzemektedirler⁴⁷.

Kurucu anlaşmalar, belirli bir coğrafi alan için belirli bir rejim kuran veya bir devlet veya uluslararası bir örgüt gibi yeni bir varlık oluşturan anlaşmalardır. Mc Nair'e göre, sadece belirli devlet grupları tarafından girilen, nesnel bir uluslararası kişiliğe sahip uluslararası bir örgüt oluşturan, *erga omnes* geçerli ve sadece onu kuran devletlere değil, diğer tüm devletlere karşı etkili olan anlaşma türü, kurucu veya yarı yasama anlaşmaları kategorisine ait görünmektedir⁴⁸. Bu anlaşmalar kamu hukuku niteliğine sahiptir ve kamu yararına hareket eden veya hareket ettiğini varsayan bir güç grubunun kararlarını içerir. Avrupa Birliği, Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü (NATO) gibi uluslararası siyasi-ekonomik örgütler de yapıcı anlaşmanın özelliklerine sahiptir⁴⁹.

Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 36 ve 38. maddeler kapsamındaki hükümlerin, belirli türdeki anlaşmaların otomatik nesnel etkisi iddiasıyla, nesnel rejimlerin yasal niteliğini açıklamak için tatmin edici mekanizmalar sağladığını düşünmesi nedeniyle nesnel rejimleri bırakmaktadır. Nesnel rejimlerin anlaşmalar tarafından yaratıldığı durumlar, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi kapsamında çok sınırlıdır. 36. madde, Türk Boğazları veya Kiel Kanalı rejimleri gibi, üçüncü devletler tarafından kara veya deniz topraklarının kullanılmasının kurulmasını öngören genel bir anlaşma kategorisine örnek teşkil eden durumları kapsar ve açık bir anlaşma olmaksızın üçüncü devletlerle ilgili olarak otomatik yasal etkiler yarattığı söylenebilir (açık bir anlaşma olmaksızın yürürlüğe girer). Bu rejimler çoğunlukla hakların kurulmasını hedefler ve bu hakların kullanılması için üçüncü devletler tarafından belirli yükümlülüklerin uygulanması şartıyla birlikte gelir⁵⁰.

Sonuç olarak anlaşmaların üçüncü devletlere etkisi konusu bakımından, bazı uluslararası anlaşmalar sadece belirli devletler lehine haklar ya da yükümlülükler yaratmasına karşılık, bazı anlaşmalar bütün devletlerin yararlanabileceği türden haklar ya da yükümlülükler yaratabilecektir. Bu noktadan hareketle

⁴⁷ Bederman (n 21) 330 - 335.

⁴⁸ McNair, (n 30) 38-44.

⁴⁹ "United Nations Security Council Resolution 353, <<http://unscr.com/en/resolutions/doc/353>> 20 July 1974.

⁵⁰ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 22 Mayıs 1969, Madde 36-38.

çalışmanın bir sonraki bölümünde antlaşmaların üçüncü kişiler bakımından yarattığı haklar ve yükümlülükler KKTC örneği açısından incelenecektir.

IV. Uluslararası Antlaşmaların Taraf Olmayan Devletler Açısından Bağlayıcılığı Bağlamında Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Örneği

1974'te, Yunanistan'daki askeri rejimin desteklediği Kıbrıs'taki bir darbenin ardından Türk Silahlı Kuvvetleri adaya barış getirmek için askeri bir hareket gerçekleştirmiş ve bu hareket sonrasında BM Güvenlik Konseyi 353⁵¹ (1974) sayılı kararında tüm devletleri Kıbrıs'ın egemenliğine, bağımsızlığına ve toprak bütünlüğüne saygı göstermeye çağırmıştır. 15 Kasım 1983'te Kıbrıslı Türkler bağımsızlıklarını 'Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti' olarak ilan etmişler ve bu durum yine BM Güvenlik Konseyi tarafından 541⁵² (1983) sayılı kararla yasadışı ilan edilmiş olup, bağımsızlık adımının geri çekilmesi istenmiştir⁵³. Kararda ayrıca BM Güvenlik Konseyi tüm devletlerden 'sözde devleti' tanımamalarını veya bu devlete hiçbir şekilde yardım etmemelerini istemiştir. Bu durum KKTC'nin uluslararası alanda egemen bir devlet olarak kabul edilmesini zorlaştırmış ve bir devletin KKTC ile antlaşma imzalaması sorunu dışında uluslararası antlaşmaların KKTC açısından bağlayıcılığı gibi sorunları ortaya çıkarmıştır. BM'in 541 sayılı kararına uluslararası toplumda genel bir biçimde uyularak KKTC'nin tanınmadığı ve Kıbrıs Cumhuriyeti'nin, Kıbrıs'ta tek devlet olduğu yolunda birçok kararın alındığı görülmektedir⁵⁴.

Uluslararası antlaşmaların KKTC açısından durumunu incelerken öncelikle antlaşmadan doğan haklarla (yararlanma olanaklarıyla) antlaşmanın getirdiği yükümlülükleri ayırt etmek son derece önemlidir. Bu konuda öncelikle belirtilmesi gereken, bir antlaşmayı imzalamış ya da onaylamış olmayan tarafların, o antlaşmayla bağlı olamayacağı ve dolayısıyla da, o antlaşmada öngörülmüş olan yükümlülüklerle bağlı olmayacağı uluslararası mahkeme kararlarıyla da desteklenmiştir⁵⁵. Ancak bir antlaşmanın örf ve adet hukuku normu olarak zaten var

⁵¹ "United Nations Security Council Resolution 541, <<http://unscr.com/en/resolutions/doc/541>>, 18 November 1983.

⁵² Bederman (n 21) 330 - 335.

⁵³ "Kıbrıs Meselesinin Tarihçesi, BM Müzakerelerinin Başlangıcı", <https://www.mfa.gov.tr/kibris-meselesinin-tarihcesi_-bm-muzakerelerinin-baslangici.tr.mfa>, Erişim Tarihi: 12 Ocak 2025.

⁵⁴ 550 (1984) Sayılı Güvenlik Konseyi Kararı vd. Detaylı Bilgi İçin Bakınız: Soyalp Tamçelik, "BM Güvenlik Konseyi'nin Kıbrıs'la İlgili Aldığı Bazı Kararların Özellikleri ve Analitik Değerlendirme", (2013) 8 (12) Journal of Turkish Studies, s.1229-1229.

⁵⁵ Örneğin Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği Davası.

olan bir kuralı yazılı hale getirmesi söz konusu ise durum değişebilir. Çünkü burada söz konusu olan antlaşma, sadece taraflar arasında yeni bir durum yaratmamakta ve zaten var olan bir örf ve adet hukuku kuralını yazılı biçime dönüştürmektedir. Dolayısıyla da taraf olmayan devletlerin örf ve adet kuralından kaynaklanmış olan yükümlülükleri varsa, o yükümlülükler doğal olarak antlaşmaya taraf olmasalar da devam edecektir⁵⁶. Bu veriler doğrultusunda bu bölümde KKTC için bir antlaşmanın hak ve yükümlülükler doğurması, örf ve adet hukuku kurallarından kaynaklananlar şeklinde değerlendirilecektir.

Esasen iradeye dayalı yapıları göz önüne alındığında, antlaşmaların taraf olmayanlar için ne haklar ne de yükümlülükler yaratmadığı temel bir ilkedir. Bu bağlamda ilk olarak KKTC'nin taraf olmadığı antlaşmalar, KKTC açısından herhangi bir bağlayıcılık teşkil etmeyecektir. Bu durumun aksi yönde bir düzenleme olsaydı, antlaşma yükümlülüklerine bağlı olma iradesinin verilmesi ve tespiti için gerekli tüm kanun maddeleri büyük ölçüde gereksiz olacaktı. Ayrıca bu durum devletlerin egemen eşitliği ilkesini de tehlikeye atacaktır. Çünkü bazı devletler antlaşmalar yaparak diğerlerinin yasal konumlarını onların iradesi olmadan etkileyebilecektir. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi bu nedenle antlaşmaların taraf olmayanlar için geçerli olmadığı önermesini "genel bir kural" olarak kabul etmiştir⁵⁷ ve bu durum KKTC için de geçerli olacaktır.

Bu genel ilkeye ilişkin olası istisnalar konusunda konu ile ilgili bazı tartışmalar devam etmektedir. Başka bir ifadeyle bir antlaşmanın hükümlerinin özünün örf ve adet hukuku kurallarına girdiği durumlarda, antlaşma taraf olmayan devletler açısından da hak ve yükümlülükler doğurabilecektir. Örneğin yukarıda da açıkladığımız üzere savaş ve tarafsızlık konularını düzenleyen 1899 ve 1907 La Haye Sözleşmelerinin KKTC açısından da hak ve yükümlülükler doğurması söz konusu olabilecektir. Elbette antlaşmaya taraf olmayan devlet için yasal yükümlülük, kuralın örf ve adet statüsünden kaynaklanmasıdır. Bir diğer ifadeyle bu durum diğer devletler arasındaki antlaşmanın varlığından kaynaklanmamaktadır. Örneğin BM Antlaşması madde 2/6, BM Antlaşması'na taraf olmayan devletlere de BM ilkelerine saygı göstermesini sağlama görevi yüklemektedir. Böyle bir etkinin, BM ilkelerinin evrensel olarak uygulanabilir örf ve adet uluslararası hukuku gövdesine girmesinin sonucu olması daha olasıdır. Bu bağlamda

⁵⁶ Rona Aybay ve Elif Oral, Kamusal Uluslararası Hukuk, (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2016) 87.

⁵⁷ Jan Klabbbers, *International Law*, (Cambridge University Press 2013) 74 - 75.

BM Antlaşması Madde 2/6 da, BM Antlaşması'na taraf olmayan KKTC açısından yükümlülükler doğurmaktadır.

1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 35. Madde çerçevesinde, antlaşmaların üçüncü kişiler bakımından hak ve yükümlülükler doğurması bir antlaşmanın tarafları böyle bir niyetle bulunursa ve üçüncü devlet bu yükümlülüğü açıkça yazılı olarak kabul ederse, bir antlaşmanın şartlarından üçüncü bir devlet için bir yükümlülük doğabileceğini belirtmektedir⁵⁸. Üçüncü kişinin iradesine dayanan bu etki çeşitli şekillerde ifade edilmektedir. Objektif durum yaratan antlaşmalar bakımından bir devletin siyasal statüsünü kuran antlaşmalar, bazı bölgelerin askersizleşmesi ya da uluslararası rejime tabi kılınması şeklinde oluşturulan antlaşmalar genel etki yaratıp tüm devletleri bağlar⁵⁹. Bu bağlamda örneğin İsviçre'nin sürekli tarafsızlığını kuran 1815 Viyana Konferansı Son Senedi, 1856 Antlaşmasıyla Aaland Adalarının Askerden Arındırılmış Statüsü ve Antarktika'ya ilişkin 1959 Washington e 1980 Canberra Antlaşması KKTC'yi de bağlamaktadır.

Bir tür objektif durum yaratan ve bu nedenle bu durumları yaratan antlaşmaların tarafları dışında da ve üçüncü kişilerce herhangi bir özel kabul işlemine gerek kalmadan herkese karşı (*erga omnes*) hukuksal etki doğuracağı kabul edilen bu antlaşmaların hukuksal dayanağı konusunda öğretide çeşitli görüşler bulunmaktadır⁶⁰. Örneğin bu durumlar ilgili antlaşmaların taraflarının bunların uygulanmasını sağlayacak irade ve yeteneğe sahip olmaları ile olanaklıdır. Başka bir ifadeyle, bu görüşe göre aslında bu antlaşmalara saygının sağlanması siyasal güce bağlı öğelerle açıklanmaktadır. Başka bir ifadeyle, bu görüşe göre aslında bu antlaşmalara saygının sağlanması siyasal güce bağlıdır. Bir başka örnek ise bu durumları bir bölgesel ya da evrensel kamu düzeni anlayışına bağlamaktadır. Sonuç olarak bu iki örnekte verilen görüşler birbirlerini tamamlayıcı nitelikte bulunduğu ve böyle objektif durum yarattığı kabul edilen antlaşmaların genel bir uluslararası yarara yönelik olarak bu yolda değerlendirildikleri gözlenmektedir. Bu nedenle objektif durum yaratan antlaşmaların KKTC açısından hak ve yükümlülükler doğurması, KKTC'nin iradesinden çok siyasal güç ve kamu düzeni gibi nedenlere dayanmaktadır.

⁵⁸ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 22 Mayıs 1969, Madde 35.

⁵⁹ Ratner, Steven R. "International Law Rules on Treaty Interpretation." edited by Christopher McCrudden, *In The Law and Practice of the Northern Ireland Protocol*, (Cambridge University Press 2022), 83.

⁶⁰ Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri* (n 42), 189.

Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi *erga omnes* yükümlülükler ya da bütün devletler için hak doğuran antlaşmalarla ilgili bir hüküm içermemektedir. Ancak Uluslararası Hukuk Komisyonu, madde 36(1)'deki "bütün devletlere" hak tanınmasındaki hükmün, bu türdeki antlaşmaların temelini oluşturduğu ifade edilebilir⁶¹. Uluslararası Adalet Divanı da *Barcelona Traction* davasında *erga omnes* yükümlülüklerin yerine getirilmesinin bütün devletlerin ve uluslararası topluluğun yararına olduğunu ve bu bakımdan karşılıklı hak ve yükümlülük doğuran antlaşma hükümlerinden farklılık gösterdiklerini açıklamıştır⁶².

Böyle bir durumda, üçüncü devletlerin söz konusu haktan yararlanmak istediği bir karine olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla da, söz konusu olan haktan yararlanmak için eğer antlaşmada bu konuyu düzenleyen başka tür bir düzenleme yoksa devletlerin bir istenç açıklanmasında bulunmasına gerek yoktur. Üçüncü devlet, bu haktan yararlanmak istediğinde, bu haktan yararlanması için antlaşma ile öngörülmuş koşullara da uymak zorundadır. Ancak her halde üçüncü devlet, böyle bir haktan yararlanmak istemiyorsa bunu bir açıklama ile bildirerek, durumunu belirtir ve böylece antlaşma ile hiçbir ilişkisi bulunmadığını ortaya koyabilir⁶³. Bu bağlamda KKTC'de *ergo omnes* yaratan bir antlaşmadan yararlanmak istediğinde herhangi bir istenç açıklamasında bulunmasına gerek yoktur. Ancak antlaşmanın yaratacağı haklardan yararlanmak istenmediğinde KKTC'nin bunu tek taraflı uluslararası hukuk işlemi olan "açıklama" ile bildirmesi gerekecektir.

Antlaşmaların üçüncü devletler açısından durumu ile ilgili KKTC'nin statüsü bazı özel durumlara neden olmaktadır. Örneğin Avrupa Birliği (AB) ile Güney Kıbrıs Rum Yönetimi (GKRY) arasında imzalanan Katılma Antlaşması Kıbrıs'a özgü hükümler içermektedir. Katılma Antlaşmasının yapılışı sırasında, Kıbrıs'ta Türkler ve Rumlar arasında bir çözüme varılamaması üzerine, Kıbrıs'ın tümünün AB üyeliğine kabul edilmesi nedeniyle 10 Sayılı Protokol KKTC'ye ilişkin durumu düzenlemiştir. Anılan Protokolün 1. Maddesinin 1. Fıkrası "*Kıbrıs Cumhuriyeti Hükümetinin Kıbrıs Cumhuriyeti'nin fiili denetim uygulayamadığı alanlarda müktesebatın uygulanması askıya alınmıştır*" demek suretiyle KKTC ülkesinde AB müktesebatının uygulanamayacağı kararlaştırılmıştır⁶⁴. Böylece KKTC'yi ta-

⁶¹ Aybay ve Oral (n 58), 88.

⁶² Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962).

⁶³ Aybay ve Oral (n 58), 89.

⁶⁴ Pazarıcı, *Türk Dış Politikası* (n 4), 188.

nımayan devletler Güney Kıbrıs Rum Yönetimi ile imzaladıkları antlaşmalarda, antlaşmaların KKTC'ye etkisini engellemek adına benzer adımlar atmışlardır.

Sonuç olarak 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, bir antlaşmadaki üçüncü devletlerin konumuyla ilgili önemli hükümler ortaya koymaktadır ve bu hükümlerin KKTC'nin tanınma sorunu açısından ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira unutulmamalıdır ki KKTC'nin uluslararası antlaşmalara taraf olmamasının en önemli nedeni uluslararası alanda tanınması ile ilgili sorundur. KKTC'nin tanınması ile ilgili soruna rağmen bazı antlaşmalar KKTC açısından bazı hak ve yükümlülükler doğurabilecektir. Bu bağlamda 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde belirlenen temel ilke, antlaşmaların yalnızca onay verdiklerinde üçüncü devletler için geçerli olması KKTC içinde geçerli bir ilkedir. Sözleşme, devletlerin egemenliğine ilişkin genel ilkeyi desteklemiş ve devletlere yalnızca onay verdiklerinde hak veya yükümlülükler vermiştir.

Sonuç

Uluslararası antlaşmalar ile ilgili üçüncü devletlerin statüsüne ilişkin temel düzenleme, 169 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 34. maddesinde belirtilmiştir. İlgili maddeye genel olarak bir antlaşma, üçüncü bir devletin rızası olmadan ne yükümlülük ne de hak yaratmaz şeklindedir. Bu bağlamda antlaşmalar ile ilgili genel kural, antlaşmaların yalnızca taraflarını bağlaması olsa da antlaşmalar günümüzde artık taraf olmayan devletler için hem haklar hem de yükümlülükler yaratabilmektedir. 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, bir antlaşmadaki üçüncü devletlerin konumuyla ilgili önemli hükümler de ortaya koymaktadır. Sözleşme'de belirlenen temel ilke, antlaşmaların yalnızca onay verdiklerinde üçüncü devletler için geçerli olması şeklindedir. Sözleşme, devletlerin egemenliğine ilişkin genel ilkeyi desteklemiş ve devletlere yalnızca onay verdiklerinde hak veya yükümlülükler vermiştir.

KKTC açısından bir antlaşmanın herhangi bir yükümlülük doğurabilmesi için KKTC'nin bu duruma onay vermesi gerekecektir. Bu durum devlet rızası olmadan herhangi bir antlaşma bir hakka veya yükümlülüğe bağlı olmayı amaçlamaz şeklinde de yorumlanabilir. Ancak, bunun önemli bir istisnası vardır ve bu durum söz konusu antlaşmanın hükümlerinin örf ve adet hukuku kurallarıyla örtüşmesidir. Böyle bir durumda, antlaşmaya taraf olup olmadıklarına bakılmaksızın söz konusu antlaşma tüm devletlere yükümlülükler yükleyebilecektir. Örneğin 1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleri tarafından kabul edilen ve artık örf ve adet uluslararası hukukunun bir parçası olarak kabul edilen savaşla ilgili kurallar

tüm devletler için geçerlidir. Böyle bir durumda KKTC'nin antlaşmaya onay vermeden yükümlülüklerine uyması gerekecektir.

Üçüncü bir devlet, diğer devletler tarafından akdedilen bir antlaşma kapsamında kendisine verilen belirli hak veya yükümlülükler rıza göstermesi ile ilgili olarak üçüncü devlet bu antlaşmaya taraf olursa artık üçüncü devlet olmaktan çıkar ve antlaşmaya taraf olmaktadır. Ancak üçüncü devlet, antlaşmaya taraf olmadan da antlaşma kapsamındaki belirli haklardan yararlanmayı veya antlaşma kapsamındaki belirli yükümlülükleri yerine getirmeyi kabul edebilir. KKTC'nin tanınma sorunu nedeniyle uluslararası antlaşmalara taraf olabilme konusu, KKTC'nin antlaşmaya onayı çerçevesinde antlaşmaya taraf olmadan, antlaşma kapsamındaki haklardan yararlanma veya yükümlülükleri yerine getirme şeklinde gerçekleştirilebilir.

Sonuç olarak üçüncü taraflar, antlaşmaların hükümleri örf ve adet uluslararası hukukuysa, antlaşmanın hükümlerine veya yükümlülüklerine uymak zorundadır. Bu bağlamda bir antlaşma, iki durumda üçüncü bir devlet için haklar veya yükümlülükler yaratır: birincisi, antlaşmalara taraf olan devletler bu tür haklar veya yükümlülükler yaratmayı amaçladığında ve ikincisi, üçüncü taraf bu tür haklara veya yükümlülükler irade gösterdiğinde. Üçüncü devletlerin hakları, yalnızca antlaşma verilen hakların geri alınabilir olduğunu belirttiğinde ve üçüncü taraflar buna irade gösterdiğinde geri alınabilir veya değiştirilebilir. Bu durumlar KKTC için de geçerli olacaktır.

Kaynakça

- Aybay R, ve Oral E, *Kamusal Uluslararası Hukuk*, (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2016).
- Acer Y, ve Kaya İ, *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı - İngilizce Özetli*, (11. Baskı, Seçkin Yayınları 2020).
- Aust A, *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge University Press 2007).
- Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962).
- Bederman David J, 'Third Party Rights and Obligations in Treaties', Duncan B Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties (1st Edition)* (Oxford Press 2012).
- Brilmayer L, & Tesfalidet Isaias Y, 'Third State Obligations and the Enforcement of International Law', *International Law And Politics*, Vol:44:1, 2011, 6-7.
- Cassese A, *International Law*, (Oxford University Press, Oxford 2001).
- Chinkin C, *Third Parties in International Law* (Oxford Monographs in International Law 1993).
- Currie John H, *Public International Law*, (Essentials of Canadian Law Series 2008).
- Dixon M, McCorquodale R. Ve Williams S., *Cases & Materials on International Law*, (Oxford University Press 201).
- Erhürman T, "Cumhurbaşkanı'nın Uluslararası Antlaşma İmzalama Yetkisi Var mı? Kaynak: Cumhurbaşkanı'nın Uluslararası Antlaşma İmzalama Yetkisi Var mı?", <<https://www.yeniduzen.com/cumhurbaskaninin-uluslararasi-antlasma-imzalama-yetkisi-var-mi-13559h.htm>> Erişim Tarihi: 14 Ocak 2025.
- Galicki W W, Z, 'International Treaties And Third States', *Sabinet African Journals*, 1980. 105-108.
- Gündüz A, *Milletlerarası Hukuk*, Reşad Volkan Günel (Ed.) (9. Baskı, Savaş Yayınevi 2018)
- Henderson Conway W, *Understanding International Law*, (Wiley-Blackwell 2010).
- International Court of Justice, Legal Consequences for States of The Continued Presence of South Africa in Nambia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970).
- International Court of Justice, North Sea Continental Shelf Cases, Federal Republic Of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany /Netherlands 1968.
- Kıbrıs Meselesinin Tarihçesi, BM Müzakerelerinin Başlangıcı", https://www.mfa.gov.tr/kibris-meselesinin-tarihcesi_-bm-muzakerelerinin-baslangici.tr.mfa, Erişim Tarihi: 12 Ocak 2025.
- Klabbers J, *International Law*, (Cambridge University Press 2013).
- Kolb R, *The Law of Treaties An Introduction*, (Edward Elgar Publishing, 2016) 115.

- McNair L, *The Law of Treaties* (Oxford University Press 1961).
- Pazarcı H, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, (Turhan Kitabevi 2015).
- 'Uluslararası Hukuk', (21. Baskı, Turhan Yayınları 2022).
- 'Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap', (15. Baskı Turhan Yayınları 2021).
- Shaw Malcolm N, *International Law*, (Cambridge University Press 2008).
- Sur M, *Uluslararası Hukukun Esasları*, (14. Baskı, Beta Yayınları 2020).
- Soyalp Tamçelik, "BM Güvenlik Konseyi'nin Kıbrıs'la İlgili Aldığı Bazı Kararların Özellikleri ve Analitik Değerlendirme", (2013) 8 (12) Journal of Turkish Studies, s.1229-1229.
- Steven R. R, "International Law Rules on Treaty Interpretation." edited by Christopher McCrudden, *In The Law and Practice of the Northern Ireland Protocol*, (Cambridge University Press 2022).
- Thirlway H, *The Sources of International Law*, (Oxford University Press 2019).
- United Nations Security Council Resolution 541, <<http://unscr.com/en/resolutions/doc/541>>, 18 November 1983.
- Ünal Ş, *Uluslararası Hukuk*, (Yetkin Yayınları 2005).
- Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 22 Mayıs 1969, Madde2/a, BM Enformasyon Merkezi UNIC-Ankara.

Türkiye's Climate Policies: "Who Will Make Sacrifices Then?"^(*)

Asst. Prof. Dr. Ebru DEMİR^(**)

"Did developed countries pollute the world to this extent? Yes, they did. Are they now saying, 'Let's save this world.'? Yes, they are. Who will make sacrifices then? Türkiye or other developing countries? No. Priority lies with the developed countries."

Director, Directorate of Climate Change Prof. Dr. Halil Hasar^(***)

Abstract

The article sheds light on Türkiye's climate change politics by highlighting the steps taken so far in the fight against climate change and underscores the significant efforts still needed. It shows that Türkiye pursues a multilevel climate policy: international, European, and national. While these different levels of policy sometimes function in harmony, instances of conflict can also be observed. At the international level, Türkiye seeks to position itself as a developing country and avoids assuming greater responsibility for climate action in order to maintain its economic development. At the European level, on the other hand, Türkiye strives to align its legal framework with that of the European Union (EU), frequently adapting its climate strategy plans to comply with EU climate regulations. As a reflection of these policies, it is observed that Türkiye often aims to balance its international and EU-level climate policies at the national level.

Keywords

Climate Change, Economic Development, Türkiye.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 13.04.2025 - Kabul Edildiği Tarih: 22.05.2025.

Atıf Şekli: Ebru Demir, 'Türkiye's Climate Policies: "Who Will Make Sacrifices Then?"' (2025) 15(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 315, 341.

DOI: 10.52273/sduhfd..1675282.

^(**) Ankara Yıldırım Beyazıt University, Faculty of Law, International Law Department, Ankara, Türkiye.

E-posta: ebrudemir@aybu.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2529-3383>.

^(***) İklim haber, 'İklim Değişikliği Başkanlığı: "Türkiye Tamamen Kömür Yanlısı Değil"', 2023, <<https://www.iklimhaber.org/iklim-degisikligi-baskanligi-turkiye-tamamen-komur-yanlisi-degil/>> accessed 13 April 2025.

Türkiye’nin İklim Politikası: “Peki Fedakarlığı Kim Yapacak?”

Öz

Bu çalışma Türkiye’nin iklim değişikliği ile mücadelesinde atmış olduğu adımlara odaklanmakta ve aynı zamanda daha önemli adımların gerekliliğine işaret etmektedir. Çalışma, Türkiye’nin iklim politikasının çok aşamalı bir şekilde işlediğini tespit etmektedir: uluslararası, Avrupa ve ulusal. Bu farklı aşama ve seviyelerdeki politikaların birbirleriyle uyumlu bir şekilde yürütüldükleri gözlemlense de kimi zaman bu politikalar arasında çatışmalar ve uyumsuzluklar da ortaya çıkmaktadır. Uluslararası düzeyde Türkiye gelişmekte olan bir devlet olarak kendini konumlandırmaya gayret etmekte ve iklim alanında ekonomik gelişimini sekteye uğratabilecek herhangi bir sorumluluk almaktan kaçınmaktadır. Avrupa düzeyinde ise, Türkiye kendi mevzuatını ve içtiihadını Avrupa Birliği ile uyumlulaştırma politikası yürütmekte ve çoğunlukla Avrupa Birliği’nin iklim alanındaki düzenlemelerine uyumlu hareket etmeye çalışmaktadır. Ulusal düzeyde ise, Türkiye’nin çoğunlukla uluslararası düzeydeki ve Avrupa düzeyindeki politikaları eş anlamlı olarak dengelemeye çalıştığı gözlemlenmektedir.

Anahtar Kelimeler

İklim değişikliği, Ekonomik Kalkınma, Türkiye.

Introduction

Türkiye presents a good example for understanding the arguments of the developing countries since it frequently aims to utilize these arguments to pursue the goal of economic growth. Recently the country has been making hesitant strides in addressing climate change and finds itself at a juncture. Historically and since the establishment of the Republic of Türkiye in 1923, one of the country's core principles has been economic development, which often presents a perceived obstacle in the face of climate change. At this crossroads, Türkiye is pursuing various strategies that aim to balance its ongoing economic growth while recognizing the urgency of the issue. The country is aware of the urgent need to address both concerns simultaneously and is exploring ways to integrate climate change into its agenda without hindering economic progress.

Türkiye's climate politics is at the intersection of several policies. Türkiye's motivation for making commitments to tackle with the climate crisis cannot be fully comprehended without understanding the different policies on different areas (e.g. energy policy, the EU accession goal, long-standing goal of "catching up with the West"). To shed light on Türkiye's climate politics, one should be vigilant about the ongoing interactions among various political domains. By understanding the interplay between different policy areas, we can better grasp the challenges and opportunities Türkiye faces in shaping its climate strategy.

The literature on Türkiye's climate change policies is notably limited, with most existing studies focusing on broader environmental issues rather than in-depth analysis of climate change strategies. This gap highlights the need for more comprehensive research that critically examines Türkiye's specific approach to climate change. A more thorough exploration of the interplay between the country's economic and political priorities and its environmental objectives is essential to understanding the full scope of its climate policy. Türkiye's engagement with international climate agreements and its alignment with regional collaborations warrant further scrutiny. The present article aims to enrich the academic discourse on Türkiye's climate change politics and provide a more nuanced understanding of its policy dynamics.

I. Climate Change and Türkiye

The Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) shows that the Mediterranean Basin has become increasingly vulnerable to rising occurrences of extreme heat, prolonged dryness, and severe

flooding.¹ Türkiye, located in the Mediterranean Basin, is a climate vulnerable country. The country's southern and central parts are already in a semi-arid climate band and are under high risk of desertification.² Türkiye's coastal parts are affected from hydrologic drought, with consequent loss of water resources.³ The country primarily experiences a dry summer subtropical Mediterranean climate (Csa): most of its regions are significantly affected by moderate to high drought probability and risk whereas the Black Sea region has a mid-latitude temperature climate with a lower likelihood and risk of drought.⁴

According to 2020 report of the Turkish Academy of Sciences (TÜBA), an average temperature of 14.7°C was observed in 2019 in Türkiye and this value was 1.2°C higher than the average temperature between 1981-2010.⁵ The Turkish State Meteorological Service (MGM) reported that since 1991, 2023 became the third hottest year recorded with the average of 15.1°C in Türkiye (2010 first and 2018 second).⁶ The autumn season of 2023 was recorded as the warmest season of the last 53 years and November 2023 was the hottest November recorded in the last 53 years.⁷ In the period between 1 October 2024 and 31 December 2024, Türkiye received 28 percent less precipitation compared to last year's precipitation levels.⁸ According to the World Health Organiza-

¹ IPCC, 'Climate Change 2007: Impacts, Adaptation and Vulnerability, Working group II Contribution to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change', 2007, 31, <https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/03/ar4_wg2_full_report.pdf> accessed 12 April 2025.

² Levent Kurnaz, 'Drought in Turkey', İstanbul Policy Center, Sabancı University, 2014, 3, <<https://ipc.sabanciuniv.edu/Content/Images/CKeditorImages/20200323-16034498.pdf>> accessed 12 April 2025.

³ F. Kemal Sönmez *et al.*, 'An analysis of Spatial and Temporal Dimension of Drought Vulnerability in Turkey Using the Standardized Precipitation Index', (2005) 35 *Natural Hazards* 243, 255.

⁴ Murat Turkes, 'Climate and Drought in Turkey', in Nilgun B. Harmancioglu and Dogal Altinbilek (eds), *Water Resources of Turkey: Volume 2* (Springer 2020), 85.

⁵ TÜBA, 'Climate Change and Public Health in Turkey', 2020, 14, <<https://www.tuba.gov.tr/files/yayinlar/raporlar/Climate%20Change%20and%20Public%20Health%20in%20Turkey.pdf>> accessed 12 April 2025.

⁶ MGM, '2023 Yılı İklim Değerlendirmesi', 2024, 3, <<https://www.mgm.gov.tr/FILES/iklim/yillikiklim/2023-iklim-raporu.pdf>> accessed 12 April 2025.

⁷ *ibid* 8.

⁸ MGM, '2024 2025 Su Yılı 3 Aylık Kümülatif Yağış Raporu', 2025, <<https://www.mgm.gov.tr/veridegerlendirme/yagis-raporu.aspx?b=k#sfB>> accessed 12 April 2025.

tion's country specific report, the country will face 4.9°C increase in the average annual temperature levels by the end of the century (of 2071-2100, compared to 1981-2010) under a high emissions scenario.⁹ However, if emissions decrease rapidly, the temperature rise will be limited to 1.5°C. As reported by the WHO, Türkiye's annual total precipitation under the high emissions scenario is projected to decrease by an average of 15 percent by the end of the century (of 2071-2100, compared to 1981-2010). However, if emissions reduced rapidly, there will be little change on the average precipitation in Türkiye (approximately -6 percent to +3 percent).¹⁰

In 2021, the Turkish Parliament established a special commission to investigate the potential impacts of climate change in the country and to identify the necessary measures for mitigation and adaptation. With a quite comprehensive report, the Commission identified the potential impacts of climate change on Türkiye. The Commission reported that when the temperature changes between 1971 and 2020 are examined, there has been a regular increase in average temperatures in the country since 1998, except for 2011.¹¹ The report includes various climate change projections for Türkiye. While all the projections indicate a rise in temperature, the anticipated increase in Türkiye between 2021 and 2099 is estimated to range from 1°C to 6°C.¹² The report also includes scenarios on how climate change may impact precipitation rates in Türkiye. All the projections indicate a decline in precipitation rates, with estimated reductions varying between 20 percent to 40 percent during the period from 2021 to 2099.¹³

The increasing impacts of climate on Türkiye are admitted and often reiterated in the political discourse. The current Minister of Environment, Urbanization and Climate Change, Murat Kurum in the COP25, held in Madrid in 2019,

⁹ WHO, 'Türkiye: Health and Climate Change - Country Profile 2022', 2022, 4, <<https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/353977/WHO-HEP-ECH-CCH-22.01.05-eng.pdf?sequence=1>> accessed 12 April 2025.

¹⁰ *ibid.*

¹¹ Meclis Araştırması Komisyon Raporu, 'Küresel İklim Değişikliğinin Etkilerinin En aza İndirilmesi, Kuraklıkla Mücadele ve Su Kaynaklarının Verimli Kullanılması için Alınması Gereken Tedbirlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyon Raporu', 2021, 190, <<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/items/103ace3d-1225-40a1-b290-b9e4815b2067>> accessed 12 April 2025.

¹² *ibid* 209.

¹³ *ibid* 211-214.

stated that the number of frequency and severity of climate-related disasters such as storms, floods, tornadoes are increasing in Türkiye.¹⁴ The Director of Türkiye's Directorate of Climate Change Halil Hasar held that as a country located in the Mediterranean Climate Basin, Türkiye very frequently encounters floods and heat waves; as a result, the country's agriculture, infrastructure, air quality and economy are seriously affected by climate-related disasters.¹⁵ President Recep Tayyip Erdogan, in the Major Economies Forum on Energy and Climate in 2023, held that Türkiye strives for solutions for all environmental problems and target sustainable development and green transformation. Erdogan emphasized Türkiye's commitment to addressing climate change by highlighting the country's intention to host COP31.¹⁶ At the Forum, Erdogan also stated that Türkiye would adopt and pass its climate change law in the very near future in order to strengthen its fight against climate change.¹⁷ However, as of writing (April 2025) Türkiye has yet to enact a legislative framework specifically focusing on climate change.

II. Türkiye's Moves in the International Fora: "Growing First and Cleaning Up Later"

With the IPCC's second assessment report in 1996, the human influence on the climate crisis has been established. The report clearly stated that "[i]ncreased concentrations of greenhouse gases are the result of fossil fuel burning, deforestation, livestock raising, and other human activities."¹⁸ This has been one of the turning points in the international climate change gover-

¹⁴ Ministry of EUC (Environment, Urbanization and Climate Change), 'Bakan Kurum: "İklim Değişikliğiyle Mücadele için Şehirlerin Dönüşmesi Gerekli"', 2019, <<https://csb.gov.tr/bakan-kurum-iklim-degisikligiyle-mucadele-icin-sehirlerin-donusmesi-gerekli-bakanlik-faaliyetleri-29666>> accessed 12 April 2025.

¹⁵ İklim haber, 'İklim Değişikliği Başkanlığı: "Türkiye Tamamen Kömür Yanlısı Değil"', 2023, <<https://www.iklimhaber.org/iklim-degisikligi-baskanligi-turkiye-tamamen-komur-yanlisi-degil/>> accessed 12 April 2025.

¹⁶ AA, 'Cumhurbaşkanı Erdoğan: Önümüzdeki Dönemde İklim Kanunu'muzu Meclisimizden Geçirmiş Olacağız', 2023, <<https://www.aa.com.tr/tr/politika/cumhurbaskani-erdogan-onumuzdeki-donemde-iklim-kanunumuzu-meclisimizden-gecirmis-olacagiz/2877413#>> accessed 12 April 2025.

¹⁷ ibid.

¹⁸ IPCC, 'Climate Change (1995): Economic and Social Dimensions of Climate Change, Contribution of Working Group III to the 2nd Assessment Report of the IPCC', 22, <https://archive.ipcc.ch/ipccreports/sar/wg_III/ipcc_sar_wg_III_full_report.pdf> accessed 12 April 2025.

nance as the attribution of the responsibility to human beings and thus to governments has become possible. Under the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) of 1992, the principle of "common but differentiated responsibilities" shaped and determined how the responsibility was going to be shared. According to the UNFCCC, developed and developing countries had common but differentiated responsibilities and as a result developed countries listed at Annex II are required to "take all practicable steps to promote, facilitate and finance, as appropriate, the transfer of, or access to, environmentally sound technologies and know-how to other Parties, particularly developing country Parties".¹⁹ The countries listed at Annex I, on the other hand, committed themselves to limit their anthropogenic emissions of greenhouse gases; however, they are not required to provide financial resources and facilitate technology transfer to developing countries.

Türkiye was initially listed at both Annex I and Annex II in 1992 as it was one of the founding members of the Organization for Economic and Cooperation Development (OECD). Since the initial Conference of the Parties (COP) meetings, Türkiye has consistently raised the issue of revising its position. On the 7th Conference of the Parties (COP7), held in Marrakech in 2001, as a response to Türkiye's requests, its distinct position was acknowledged, and its name was removed from the Annex II. However, Türkiye's requests persisted. While remaining on the Annex I, which entails a duty to reduce emissions of greenhouse gases for Türkiye, the country proposed to "enjoy favorable conditions within the common but differentiated responsibilities" since it is still at an early stage of industrialization in comparison to other Annex I countries.²⁰ Türkiye's this request was eventually responded in the Cancun COP16, and with the Decision 26/CP.7 it was accepted that Türkiye's "special circumstances" situate the country in a different position than the other parties included in Annex I to the UNFCCC.²¹

¹⁹ United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), 1992, article 4.5, <https://unfccc.int/files/essential_background/background_publications_htmlpdf/application/pdf/conveng.pdf> accessed 12 April 2025.

²⁰ UNFCCC Proposal, 'Proposals to Amend the Lists in Annexes I and II to the Convention', COP 7th Session, FCCC/CP/2001/11, 5 October 2001, para. 10, <<https://unfccc.int/resource/docs/cop7/11.pdf>> accessed 12 April 2025.

²¹ UNFCCC Report, 'Report of the Conference of the Parties on its Seventh Session', Addendum. FCCC/CP/2001/13/Add.4, 21 January 2002, 5, <<https://unfccc.int/resource/docs/cop7/13a04.pdf>> accessed 12 April 2025.

By formally being recognized of holding “special circumstances”, Türkiye gained “a sui generis position” within the scope of the UNFCCC.²² Such a position makes Türkiye a unique case in the UNFCCC COP meetings and thus the country often negotiates alone.²³ Türkiye’s current pursuit is to free itself from any responsibilities related to emission reductions. For this goal, Türkiye, in the COP meetings, requests to be a Non-Annex I party to the UNFCCC. For instance, on the 24th COP meeting, held in Katowice on 2-14 December 2018, Türkiye submitted an item to the Secretariat in which it requested itself to be recognized as a Non-Annex I country since this would help Türkiye “better contribute to combatting climate change”.²⁴ In its letter to the Secretariat, Türkiye stated that it had no historical responsibility for greenhouse gas emissions when the UNFCCC was adopted in 1992. It added that at that time, Türkiye had the lowest per capita greenhouse gas emissions among the 36 countries listed under Annex I, with a rate of 3.88 tCO₂e, significantly below the Annex I average of 14.37 tCO₂e per capita. Türkiye stated in the letter that it holds “negligible responsibility in greenhouse gas emissions” and thus its classification would have been more appropriate as a Non-Annex I Party rather than as an Annex I Party.²⁵

Whilst Türkiye’s greenhouse gas emissions were significantly lower compared to other Annex I countries in 1992, the country’s current emissions cannot easily be disregarded as “negligible”. Türkiye’s greenhouse gas emissions, excluding emissions and removals from land use, land-use change, and forestry (and including emissions and removals from these activities), were 170 million tons in 1990. By 2004, these figures had drastically increased to 297 million tons, reflecting a growth of 74.4 percent over this period.²⁶ This increase from 1990 to 2005 positioned Türkiye as the country with the highest rate of growth

²² Ethemcan Turhan *et al.*, ‘Beyond Special Circumstances: Climate Change Policy in Turkey 1992-2015’, (2016) 7(3) *WIREs Climate Change* 448, 454.

²³ Semra Cerit Mazlum, ‘Turkey and post-Paris Climate Change Politics: Still Playing Alone’, (2017) 56 *New Perspectives on Turkey* 145, 148.

²⁴ UNFCCC Proposal, ‘Proposal from Turkey to Amend the List of Parties included in Annex I to the Convention’, FCCC/CP/2018/INF.2, 15 November 2018, <<https://unfccc.int/sites/default/files/resource/inf2.pdf>> accessed 12 April 2025.

²⁵ *ibid*

²⁶ Elif Bostancı *et al.*, ‘CO₂ Emissions of Turkish Manufacturing Industry: A Decomposition Analysis’, (2011) 88(6) *Applied Energy* 2273, 2273.

in emissions among Annex I Parties.²⁷ By bringing up its 1992 emission levels, Türkiye presents an anachronistic stance in the COP meetings.

Türkiye similarly adopts a policy of maintaining its status as a developing country in international climate change agreements. The country signed the Paris Climate Agreement (2015) on 22 April 2016 as a developing country and ratified the Agreement on 7 October 2021. Türkiye delayed signing the Paris Climate Agreement due to concerns about the Agreement's potential negative impact on its economic development. While ratifying the Paris Climate Agreement, Türkiye made an official declaration and stated that the country would implement the Agreement provided that the Agreement and its mechanisms do not create an obstacle to its right to economic and social development.²⁸ The same approach can also be observed when examining Türkiye's accession to the Kyoto Protocol of 1997. In 2007, Energy and Natural Resources Minister Hilmi Güler stated that Türkiye chose not to join the Kyoto Protocol to protect its national interests.²⁹ The Minister of Environment and Forestry, Osman Pepe also said that without a \$50 billion fund it was not possible for Türkiye to harmonize with the Kyoto Protocol.³⁰ Türkiye eventually both signed and ratified the Kyoto Protocol in 2009 upon its submission to the United Nations. Türkiye was at the time under strong pressure from the EU and international environmental organizations to sign the Protocol.³¹ Even though the country eventually agreed to be a party to the Protocol, Türkiye's main policy is to take no emission reduction commitments.³² The country aims to reduce greenhouse gas emission by focusing on energy efficiency and developing renewable

²⁷ UNFCCC, 'National Greenhouse Gas Inventory Data for the Period 1990-2005', FCCC/SBI/2007/30, 24 October 2007, <<https://unfccc.int/documents/4777>> accessed 12 April 2025.

²⁸ UN Treaty Collection Paris Agreement, Paris, 12 December 2015, <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=XXVII-7-d&chapter=27&clang=_en#EndDec> accessed 12 April 2025.

²⁹ e-gazete, 'Bakan Güler'den Kyoto Açıklaması', 2007, <<https://egazete.anadolu.edu.tr/di-ger/10577/bakan-gulerden-kyoto-aciklamasi>> accessed 12 April 2025.

³⁰ Hürriyet, 'Pepe: Turkey needs \$50 billion to meet environmental criteria', 2005, <<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/pepe-turkey-needs-50-billion-to-meet-environmental-criteria-38705903>> accessed 12 April 2025.

³¹ Erkan Erdogan, 'Turkish Support to Kyoto Protocol: A Reality of Just an Illusion', (2010) 14 *Renewable and Sustainable Energy Reviews* 1111, 1115.

³² Barış Gençer Baykan, 'What did the Turkish Climate Movement Learn from a Global Policy Failure? Frame Shift after the Copenhagen Climate Summit', (2019) 20(4) *Turkish Studies* 637, 639.

energy sources, therefore does not target direct reduction on its emission levels.³³

In the international platforms, Türkiye often underlines its status as a developing country. One of the country's main pursuits is to benefit from the Green Climate Fund, established within the scope of the 2009 Copenhagen Summit. The Director of Türkiye's Directorate of Climate Change Halil Hasar stated that as a developing country, Türkiye's green transformation is contingent on the financial support that the country receives. Hasar expressed that Türkiye hopes to benefit from such funds to finance its climate-friendly policies.³⁴ The President Erdogan, in the COP29 meeting, highlighted Türkiye's 2053 Net Zero Emission Target and added that the financial burden of this target is substantial, thus a climate funding goal should be tailored to meet the needs of developing countries.³⁵ Türkiye, in a nutshell, signs international agreements on climate change without committing to obligations that could hinder its economic development, and at the same time, it follows a policy of benefiting from the funds provided by these agreements as a developing country in order to sustain its economic growth.

Türkiye's policy aims to underline the strong asymmetry in benefits and costs of solving the climate change problem between richer and poorer countries.³⁶ According to Türkiye, main responsibility for climate action should lie with the developed countries which created the majority of anthropogenic greenhouse gas emissions over the past 200 years. Türkiye's approach exemplifies the broader arguments commonly advanced by developing countries. Developing countries often express that climate change is a Northern issue since the North caused the problem.³⁷ Their interest in climate change is limited to whether the global North is genuinely com-

³³ Erdoğan (n 31) 1115.

³⁴ İklim Değişikliği Başkanlığı, 'Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan COP29 Dünya Liderleri İklim Eylemi Zirvesi'nde Konuştu', 2024, <<https://www.iklim.gov.tr/cumhurbaskani-recep-tayyip-erdogan-cop29-dunya-liderleri-iklim-eylemi-zirvesi-nde-konustu-haber-4351>> accessed 12 April 2025

³⁵ ibid.

³⁶ Thomas Bernauer, 'Climate Change Politics', (2013) 16 *Annual Review of Political Science* 421, 424.

³⁷ Matthew Paterson and Michael Grubb, 'The International Politics of Climate Change', (1992) 68(2) *International Affairs* 293, 297; Elena Wilson Rowe, 'Climate Science, Russian Politics, and the Framing of Climate Change', (2013) 4(5) *WIREs Climate Change* 457, 458; Jørgen Delman, 'China's "Radicalism at the Center": Regime Legitimation through Climate Politics and Climate Governance', (2011) 16 *Journal of Chinese Political Science* 183, 198.

mitted to significant financial and technological transfers that enable the global South to develop without increasing emissions.³⁸ Such differences in understanding the climate crisis between developing and developed countries intrinsically undermine the potential for global cooperation since all states' continued cooperation can be only achieved with developing and developed states' cooperation.³⁹ The challenge of bringing all actors to cooperate simultaneously creates Prisoners' Dilemma scenario in environmental negotiations.⁴⁰

Türkiye's approach can also be observed in its strategy documents. In its Climate Change Strategy Plan 2010-2023, Türkiye states that it is willing to cooperate more to tackle climate change. However, it immediately underlines that Türkiye is a developing country and thus it must benefit from "financing and technology transfer facilities available to countries with similar development levels" as itself.⁴¹ In its Climate Change Strategy Plan 2024-2030, which is considerably more systematic and comprehensive, Türkiye states that it will progress towards sustainable development in concordance with its economic development goals in a balanced way.⁴² The current Minister of Environment, Urbanization and Climate Change, Murat Kurum, in his speech in December 2024 stated that developed countries are the responsible actors for the climate change as they used the world's resources crudely. According to Kurum, the Republic of Türkiye has a very clean record in the production of greenhouse gas emissions since it did not pollute the world.⁴³ Similarly, President Recep Tayyip Erdogan, in a video message that he sent to the COP15, stated that tho-

³⁸ ibid 297.

³⁹ H. Ward *et al.*, 'Marching at the Pace of the Slowest: A Model of International Climate Change Negotiations', (2001) 49 *Political Studies* 438, 440.

⁴⁰ M. S. Soroos, Global Change, Environmental Security, and the Prisoner's Dilemma', (1994) 31(3) *Journal of Peace Research* 317; Michael Taylor and Hugh Ward, 'Chickens, Whales and Lumpy Goods - Alternative Models of Public Goods Provision', (1982) 30(3) *Political Studies* 350.

⁴¹ Climate Change Strategy 2010-2023, 6, <[https://webdosya.csb.gov.tr/db/iklim/editordosya/iklim_degisikligi_stratejisi_EN\(2\).pdf](https://webdosya.csb.gov.tr/db/iklim/editordosya/iklim_degisikligi_stratejisi_EN(2).pdf)> accessed 12 April 2025.

⁴² Climate Change Mitigation Strategy and Action Plan 2024-2030, 3, <https://iklim.gov.tr/db/turkce/icerikler/files/iklim%20Değişikliğine%20Uyum%20Stratejisi%20ve%20Eylem%20Plan_%202024-2030.pdf> accessed 13 April 2025.

⁴³ Ministry of EUC (Environment, Urbanization and Climate Change), 'Minister Kurum: "We are Trying to Prevent the World from Fever"', 2024, <<https://www.csb.gov.tr/bakan-kurum-dunyanin-atesinin-cikmasina-engel-olmaya-calisiyoruz-bakanlik-faaliyetleri-40402>> accessed 13 April 2025.

se who must take first steps are those who have historical responsibility for the emergence of the problem.⁴⁴

Although these statements dismiss any historical responsibility for climate change, they neither imply a complete denial of responsibility nor a refusal to take action. For instance, in the COP29, held in Azerbaijan in November 2024, President Erdogan reiterated Türkiye's 2053 Net Zero Emission Target which was announced for the first time by the President on 27 September 2021.⁴⁵ It is often underlined that although Türkiye's contribution to the total greenhouse gas emissions is *only* 1 percent and therefore this does not make Türkiye the main culprit, the country is still ready to collaborate in tackling with the climate crisis.⁴⁶ However, compared to climate action, economic development might present a more significant item in Türkiye's agenda. The country often finds itself encountering the familiar dilemma of balancing environmental concerns with development, much like the experience of southern EU member states.⁴⁷

III. Alignment with the EU Acquis on the field of Climate Change

Türkiye's priority for economic development can be explained with its long-sustained goal "catching up with the West". Since the beginning of the establishment of the Republic of Türkiye, this goal has been the main strategy of the country in many areas.⁴⁸ In order to "catch up with the West", the country quite strictly commits to its economic development.⁴⁹ The EU accession has long been associated with economic development in the country.⁵⁰ On the other hand, Türkiye simultaneously seeks to harmonize its domestic environ-

⁴⁴ İklim haber, 'İklim Değişikliği ve Çevre Kaynaklı Sorunlarla Mücadele Sadece Belli Ülkelere Havale Edilemez', 2021, <<https://www.iklimhaber.org/iklim-degisikligi-ve-cevre-kaynakli-sorunlarla-mucadele-sadece-belli-ulkelere-havale-edilemez/>> accessed 13 April 2025.

⁴⁵ İletişim Başkanlığı, 'Cumhurbaşkanı Erdoğan, COP 29 Dünya Liderleri İklim Zirvesi'nde Konuştu, 2024, <<https://www.iletisim.gov.tr/turkce/haberler/detay/cumhurbaskani-erdogan-cop29-dunya-liderleri-iklim-zirvesinde-konustu>> accessed 13 April 2025.

⁴⁶ Ministry of EUC (n 43).

⁴⁷ Rana İzci, 'The Impact of the European Union on Environmental Policy', in Fikret Adaman and Murat Arsel (eds) *Environmentalism in Turkey: Between Democracy and Development?* (Routledge 2005) 87-100, 97.

⁴⁸ Begüm Özkaynak *et al.*, 'The Gezi Park Resistance from an Environmental Justice and Social Metabolism Perspective', (2015) 26(1) *Capitalism Nature Socialism* 99, 106.

⁴⁹ *ibid.*

⁵⁰ İzci (n 47) 97.

mental regulations with the European Union (EU). At the turn of the century, Türkiye, despite not being an EU member, extensively adopted the EU's environmental policies and regulations into its legal system.⁵¹

Türkiye aims to harmonize its domestic regulations on climate change with the EU too. The country as of writing (April 2025) has no climate change law. Its strategies and policies could be observed through its current Climate Change Strategy Plan 2024-2030. In the Plan 2024-2030, Türkiye states that it "closely follows EU policies and has been formulating legislation on climate change and environment in order to align with the relevant *acquis*".⁵² The Plan 2024-2030 brings together all the policy papers and action plans adopted by Türkiye in climate change area. Türkiye often underlines how each action plan is prepared with a view to aligning Türkiye with the EU. For instance, Türkiye's Green Deal Action Plan (2021), including a total of 32 goals and 81 actions under 9 headings, is developed to harmonize Türkiye's policies with the EU Green Deal and Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM).⁵³ Within the scope of its Strategy B-S.2 in the Climate Change Strategy Plan 2024-2030, to improve renewable energy sources and energy efficiency systems in buildings, the country aims to improve the cooling requirements, the net heating energy, and the energy limits in alignment with the EU levels.⁵⁴ In the Plan 2024-2030, Türkiye reports that Regulation on Monitoring of Greenhouse Gas Emissions,⁵⁵ Energy Efficiency Strategy (2012-2023),⁵⁶ Wastewater Treatment Action Plan (2017-2023)⁵⁷ are only a few of the numerous regulations and action plans adopted to comply with the EU *acquis*.

In addition to the adopted policies and regulations, Türkiye also pledges to adopt several strategies and action plans in the Plan 2024-2030 in order to harmonize its policies with the EU policies on climate change. For instance, the country states that the key legislation on national waste and wastewater management will

⁵¹ Zerrin Savaşan, 'The Development Process of Environmental Law in Turkey: The EU Impact', in Zerrin Savaşan and Vakur Sümer (eds) *Environmental Law and Policies in Turkey* (Springer 2020), 7-31; Sevim Budak, *Avrupa Birliği ve Türk Çevre Politikası* (Büke Yayınları 2000).

⁵² Climate Change Mitigation Strategy and Action Plan 2024-2030 (n 43) 19.

⁵³ *ibid* 54.

⁵⁴ *ibid* 70.

⁵⁵ *ibid* 50.

⁵⁶ *ibid* 80.

⁵⁷ *ibid* 97.

be revised in order to harmonize its legislation with the EU acquis.⁵⁸ On the issue of increasing use of waste as raw material in production processes, in the Plan 2024-2030 Türkiye pledges to prepare a strategy and an action plan by taking into consideration the principles of the EU Green Deal.⁵⁹ Within the scope of its Strategy S-S.6, Türkiye has committed to drafting a law related to digital product passport system aligned with the EU to promote circular economy and resource efficiency across manufacturing industry.⁶⁰ These steps and pledges show that Türkiye's climate change policies have been part and parcel of its EU accession strategy. In its EU accession journey, climate change has become a foreign policy item for Türkiye. As in many other areas, the EU has had a strong impact in the country's policies in the field of climate change.

However, it is debated the extent to which such steps have been internalized and deeply engrained in the Turkish politics. Existing regulations and strategy plans alone are not enough to ensure climate and environmental protection unless they are implemented effectively. The EU accession and "catching up with the West" goals have long been a matter of economic development for Türkiye. Türkiye's national vision on climate change is to integrate climate change policies and strategies within economic development policies.⁶¹ When faced with economic crisis, political and economic fluctuations, Türkiye seems unlikely to place environment and climate-related concerns at the top of its agenda.⁶² Environment and climate-related considerations might be sidelined at the expense of economic growth when these two are in conflict.

Rana İzci's research shows that when there is economic benefit, Türkiye might eventually sign a regional or an international treaty (as in the Kyoto Protocol).⁶³ However, the lack of economic gains, when coupled with security concerns, may impede the ratification of agreements in the fields of environmental protection and climate policy. For instance, Türkiye's main reasons for dec-

⁵⁸ ibid 102.

⁵⁹ ibid 103

⁶⁰ ibid 61.

⁶¹ Yasemin Guler and Prashant Kumar, 'Climate Change Policy and Performance of Türkiye in the EU Harmonization Process', (2022) 4 *Fronts in Sustainable Cities* 1, 3.

⁶² Savaşan (n 51) 24.

⁶³ Rana İzci, 'Europeanisation of Turkish Environmental Policy with Special Reference to Sustainability Discourse', in Çiğdem Nas and Yonca Özer (eds) *Turkey and the European Union: Processes of Europeanisation* (Routledge 2012), 181-203.

lining to sign the Aarhus Convention (1998) include fears that projects involving transboundary waters, such as the Southern Anatolia Project (GAP), might face obstacles, potential threats to national security, doubts about the country's technical capacity to fulfill treaty obligations, and concerns about delays in investment decisions.⁶⁴ As a result, Türkiye's national security concerns led to the neglect of the Aarhus Convention, resulting in stagnation in meeting the EU conditionality.⁶⁵ This serves as a pertinent example of how environmental and climate protection issues might be deprioritized when Türkiye's economic interests or security concerns are at stake. Despite EU conditionality, changes induced by the EU might remain limited when Türkiye's economic and security concerns conflict with the environmental regimes of the EU.⁶⁶ Therefore, Türkiye's recurring "cycles of cooperation and conflict"⁶⁷ with the EU are also reflected in its approach to harmonizing climate policies.

IV. Türkiye's Climate Politics at the National Level

Türkiye is currently preparing a climate change law. On 2 February 2025, the commission which is responsible for drafting Türkiye's climate change law stated that the draft is ready to be submitted to the Turkish Parliament for negotiation. According to the press release on the issue, with the new legislation on climate change, many issues including zero waste system, Emission Trading System (ETS), Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM), and "green investment projects" will be regulated.⁶⁸ Whereas the draft has not been shared with the public, climate advocates doubt that the new law would prioritize environment over economic interests.⁶⁹ Discussions about the draft are largely shaped by the argument that it might have been drafted based on

⁶⁴ Ahmet Güneş, 'Aarhus Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme', (2010) 14(1) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 299, 317.

⁶⁵ İzci (n 63) 191.

⁶⁶ *ibid.*

⁶⁷ Nathalie Tocci, 'Turkey and the European Union: A Journey in the Unknown', 2014, 13, <<https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/Turkey-and-the-European-Union.pdf>> accessed 13 April 2025.

⁶⁸ Kemal Karadag, 'Türkiye'nin İlk "İklim Kanunu" için Teklif Hazırlığında Sona Gelindi', AA, 1 February 2025, <<https://www.aa.com.tr/tr/gundem/turkiyenin-ilk-iklim-kanunu-icin-teklif-hazirliginda-sona-gelindi/3468494#>> accessed 13 April 2025.

⁶⁹ Özgecan Özgeçen, 'İklim Kanunu Geliyor', *Medyascope*, 2023, <<https://medyascope.tv/2023/09/07/iklim-kanunu-geliyor-av-gayretli-taslakta-ticari-faaliyetler-icin-emisyon-ticaret-sistemi-duzenleniyor-adina-da-iklim-kanunu-diyorlar/>> accessed 13 April 2025.

commercial concerns rather than with the primary aim of protecting environment and climate.⁷⁰

The formulation of a climate change law in Türkiye was not the result of a bottom-up process driven by domestic societal demands or grassroots initiatives. Rather, it was a top-down approach, primarily influenced by Türkiye's efforts to harmonize its legal framework with the EU *acquis* and this reflects external regulatory alignment rather than internal policy-driven momentum. Only a limited number of empirical studies have explored how climate change is perceived at societal level in Türkiye. In one of these empirical studies, it was indicated that there is little knowledge about climate change in the Mediterranean part of the country.⁷¹ Another study conducted in 2021 in Istanbul showed that participants have little knowledge about both international regulations on climate change and the climate action plan of the city they live in.⁷² Studies show that the media plays a significant role in increasing the public awareness about climate change and decreasing climate skepticism.⁷³ Uzelgun and Castro's research showed that in Türkiye, however, climate change-related news began appearing on the mainstream media only after 2007 and even when climate change-related news appeared, catastrophic consequences of the climate crisis were focused, and the root causes of the crisis were often left unaddressed.⁷⁴ This might be due to a lack of dedicated climate journalists, the framing of energy policy as a national security issue, and limited financial support for independent reporting, as Hanson finds.⁷⁵ Nevertheless, some alternative media outlets, such as Yeşil Gazete and İklim haber, persist in addressing

⁷⁰ Bianet, 'İklim Kanunu Taslağı Hakkında Ne Biliyoruz?', 2024, <<https://bianet.org/haber/iklim-kanunu-taslagi-hakkinda-ne-biliyoruz-295528>> accessed 13 April 2025.

⁷¹ M. Korkmaz, 'Public Awareness and Perceptions of Climate Change: Differences in Concern about Climate Change in the West Mediterranean Region of Turkey', (2018) 16(4) *Applied Ecology and Environmental Research* 4039, 4047.

⁷² Erkan Ağırılan and Uğur Sadioğlu, 'İklim Değişikliği Farkındalığı ve Toplum Bilinci: İstanbul Örneği', (2021) 21(2) *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 627, 646.

⁷³ Carmen Dayrell and John Urry, 'Mediating Climate Politics: The Surprising Case of Brazil', (2015) 18(3) *European Journal of Social Theory* 257, 257.

⁷⁴ Mehmet Ali Uzelgun and Paula Castro, 'The Voices of Science on Climate Change in the Mainstream Turkish Press', (2014) 8(3) *Environmental Communication* 326, 334.

⁷⁵ Matt A. Hanson, 'How Journalists in Turkey are Covering the Climate Crisis', 2023, <<https://ijnet.org/en/story/how-journalists-turkey-are-covering-climate-crisis>> accessed 13 April 2025.

environmental issues and highlight the ongoing efforts to counter these structural challenges.

In recent years public awareness on climate change has been drastically increasing worldwide⁷⁶ and also in Türkiye. 8th National Communication and 5th Biennial Report of Türkiye under the UNFCCC, issued in 2023, shows that "society has increasingly turned its attention towards addressing climate change and its related issues".⁷⁷ The surveys cited in this report indicate that majority of the public in Türkiye is concerned about climate change and 75 percent of 3000 participants, interviewed in around 30-31 cities, believe that climate change is the result of human activities.⁷⁸ The high level of awareness regarding climate change in Türkiye might be attributed to two key factors. First, the effects of climate change have recently become increasingly evident in daily life. Rising temperatures and declining precipitation levels are now observable across nearly all regions of the country. As a result, skepticism toward climate change has gained little traction in Türkiye.⁷⁹ Second, to increase public awareness on climate change, multiple stakeholders - including government institutions, civil society initiatives, and international and regional bodies - conduct several public information campaigns in Türkiye.⁸⁰ In addition, in 2023 the Ministry of National Education, in a collaboration with the European Commission, launched an initiative to raise climate change awareness during the elementary and second schools.⁸¹ There is an ongoing nationwide mobilization in Türkiye to raise awareness about climate change.

The role of the NGOs in awareness raising campaigns on environment is significant in the country. Environmental NGOs are one of the most significant

⁷⁶ Oliver C. Ruppel and Larissa J. Houston, 'The Human Right to Public Participation in Environmental Decision-making: Some Legal Reflections', (2023) 53 *Environmental Policy and Law* 125.

⁷⁷ UNFCCC Report of Türkiye, 2023 National Inventory Report (NIR), 2023, 275, <<https://unfccc.int/documents/627786>> accessed 13 April 2025.

⁷⁸ *ibid* 276.

⁷⁹ Barış Gençer Baykan, 'İklim Değişikliği Hakkında Ne Düşünüyoruz?', *Perspektif*, 2022, <<https://www.perspektif.online/iklim-degisikligi-hakkinda-ne-dusunuyoruz/>> accessed 13 April 2025.

⁸⁰ UNFCCC Report of Türkiye (n 77) 279-289.

⁸¹ Çalıştay Raporu, 'İklim Değişikliği Farkındalığının Temel Eğitime Entegrasyonu Çalıştay Raporu', 2023, <https://tegm.meb.gov.tr/meb_iys_dosyalar/2023_03/30111651_TAEX_Calistay_Raporu.pdf> accessed 13 April 2025.

actors which push the government to take more environment and climate-friendly steps. One of the most influential movements is TEMA (Turkish Foundation for Combating Soil Erosion). TEMA, with more than one million volunteers, works to combat erosion and to protect the country's natural assets since 1992.⁸² It also develops policies on climate change and shares them with decision makers. It carries out several significant raising awareness campaigns such as Climate Ambassadors Project, Women Leaders for Climate Project.⁸³ World Wildlife Fund (WWF)-Türkiye, Greenpeace-Türkiye, Resource Environment and Climate Association (REC) are among the most active non-profit organizations working in the field of environment and climate in Türkiye.

De facto initiatives on environment and climate have been also influential in the country. In 2007, Türkiye's Green Party (Yeşiller Partisi) launched a signature campaign called "Türkiye Kyoto'yu İmzala! (Türkiye Sign Kyoto!)" in the second year of the Kyoto Protocol's entry into force. In one month, the number of signatories exceeded one hundred thousand.⁸⁴ After the campaign ended, the signatures were submitted to the Turkish Parliament. The campaign reached thousands and raised awareness about the impacts of the climate crisis in Türkiye. "350 Ankara" is another grassroots movement carrying out awareness campaigns on the environmentally detrimental decisions made by mayors in Türkiye. In 2009, 350 Ankara organized "Yarın Çok Geç, Bugün Harekete Geç! (Tomorrow is Too Late, Act Today!)" campaign and in 2012, "İklimi Değil, Belediyeleri Değiştir! (Change the Municipality, Not the Climate!)" campaign.⁸⁵ The initiative's activities mostly focused the municipalities' decisions influencing environment and climate.

The environmental NGOs in Türkiye navigate around the country's long-standing commitment to economic development and its decades-old wait for the EU accession. Studies show that developing countries grow particular sensitivity when their sovereignty over environmental issues are limited, especi-

⁸² TEMA Foundation, 2025, <<https://www.tema.org.tr/en>> accessed 13 April 2025.

⁸³ TEMA Climate Policies, <<https://www.tema.org.tr/en/our-works/advocacy-and-environmental-policies/climate-policies>> accessed 13 April 2025.

⁸⁴ Bianet, 'Kyoto'yu İmzala Diyenler 100 Bine Ulaştı', 2007, <<https://bianet.org/haber/kyotoyu-imzala-diyenler-100-bine-ulasti-92796>> accessed 13 April 2025.

⁸⁵ 350 Ankara, 'İklimi Değil, Belediyeleri Değiştir!', 2012, <<https://350ankara.org/111112-iklimi-degil-belediyeleri-degistir/>> accessed 13 April 2025.

ally through environmentalist NGOs funded by foreign institutions.⁸⁶ Whereas the environmentalist NGOs working in Türkiye are involved in several nationally, regionally and internationally-funded projects, they may encounter difficulties in advancing their struggle, if stark divisions arise between economic development and environmental protection. In the country, consumption of resources has been closely linked to economic growth and national progress.⁸⁷ Paker *et al.*'s research shows that NGO representatives in Türkiye consider that the state is often easy to cooperate as long as the traditional priorities of the state, such as water regimes, nuclear energy, mining, are not challenged.⁸⁸ Thus, environmental NGOs in Türkiye are often compelled to carefully navigate the tension between promoting sustainable practices and aligning with national development goals to maintain their credibility and effectiveness.

At the national level several significant cases have addressed the climate crisis. In 2023, the case of *S.S. Gölmarmara ve Çevresi Su Ürünleri Kooperatifi v Republic of Türkiye Ministry of Agriculture and Forestry, Manisa Directorate of Provincial Agriculture and Forestry*, recognized as Türkiye's first climate change lawsuit, marked a significant victory in the field of climate change. S.S. Gölmarmara ve Çevresi Su Ürünleri Kooperatifi is a cooperative, located in the city of Manisa, whose members rely on fishing in Marmara Lake for their livelihoods.⁸⁹ However, as 98 percent of Marmara Lake has dried up due to climate change, the cooperative was unable to repay its debts to the state. Consequently, the cooperative took the matter to the court and challenged the payment order, and the administrative court ruled to annul the payment order for the cooperative's debts.⁹⁰ Whereas the case is highly important and has at-

⁸⁶ Gabe Ignatow, 'Economic Dependency and Environmental Attitudes in Turkey', (2005) 14(5) *Environmental Politics* 648, 648.

⁸⁷ S. İlgü Özler and Brian K. Obach, 'Cultural Barriers to Environmental Mobilization in the Republic of Turkey', (2019) 62(5) *Sociological Perspectives* 773, 789.

⁸⁸ H. Paker *et al.*, 'Environmental Organisations in Turkey: Engaging the State and Capital', (2013) 22(5) *Environmental Politics* 760.

⁸⁹ Joana Setzer and Catherine Higham, 'Global Trends in Climate Change Litigation: 2023 Snapshot', 2023, 17, <https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2023/06/Global_trends_in_climate_change_litigation_2023_snapshot.pdf> accessed 13 April 2025.

⁹⁰ Yeşil İş Yeşil Yaşam, 'Türkiye'nin İlk İklim Davasında Karar Verildi', 2023, <<https://www.ekoik.com/turkiyenin-ilk-iklim-davasinda-karar-verildi/>> accessed 13 April 2025.

tracted considerable public attention, due to the lack of a law on climate change in the country “a peripheral framing of climate change” persists.⁹¹

Another case related to climate change was brought by three young climate activists in 2023. In this case, the activists claimed that Türkiye’s omission to tackle with the climate crisis is inextricably linked with the country’s obligations under the Turkish Constitution, the European Convention on Human Rights, International Convention on Civil and Political Rights, International Convention on Economic, Social and Cultural Rights and the International Convention on the Rights of the Child. The Council of State found the case admissible and currently the case is pending before the Constitutional Court. While the case holds significance as the first legal action asserting Türkiye’s failure to fulfil its climate change commitments, its outcome is yet to be seen.⁹²

Conclusion

The article examines Türkiye’s political approach to climate change, focusing on the actions taken thus far and the significant challenges that remain. It highlights Türkiye’s multilevel climate policy, which spans international, European, and national dimensions. While these levels of policy often align and support each other, they also occasionally come into conflict. On the international front, Türkiye positions itself as a developing nation, resisting greater climate responsibilities to prioritize its economic growth. Conversely, at the European level, Türkiye works to harmonize its legal framework with the European Union, regularly adjusting its climate policies to meet EU standards. This could be explained by the fact that Türkiye cannot separate its trade policy from its climate policy. Türkiye became the EU’s 5th largest trade partner in 2023. The EU’s exports of goods to Türkiye totaled €111 billion in 2023 while the EU’s imports of goods from Türkiye amounted to €95.5 billion.⁹³ Therefore, the EU’s CBAM has significant implications for Türkiye. In addition, the Green Deal is not merely an environmental policy; it has commercial impacts as

⁹¹ Jolene Lin and Jacqueline Peel, *Litigating Climate Change in the Global South* (Oxford University Press 2024) 27.

⁹² İklim haber, ‘Türkiye’nin İlk İklim Davasını Danıştay İncelemeden Reddetti’, 2023, <<https://www.iklimhaber.org/turkiyenin-ilk-iklim-davasini-danistay-incelemeden-reddetti/>> accessed 13 April 2025.

⁹³ EU Trade and Economic Security, 2024, <https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/turkiye_en#main-content> accessed 13 April 2025.

well.⁹⁴ Taking this trade network into account, it is understandable why Türkiye seeks to align its domestic legal and political regulations with those of the EU.

Türkiye is still in the early stages of climate change awareness although there has been a notable increase in activities related to climate change. As discussed, the visibly clear effects of climate change, the incentive of joining the EU, and the fact that climate policy cannot be considered separately from foreign and trade policy have led Türkiye to take a more active role in the field of climate change. Several key NGOs, as TEMA, WWF, Greenpeace, REC, have been actively engaged in this field; however, participation in these NGOs remains significantly low.⁹⁵ This limits their ability to establish legitimacy and to act as significant drivers of bottom-up change. Consequently, the awakened process has been advancing at a sluggish pace. The driving and incentivizing forces at the international and regional levels fail to receive a corresponding response at the national level, creating a one-way street.

In Türkiye, NGOs should intensify their efforts to raise public awareness about climate change and expand their use of strategic litigation to advance environmental protection. Notably, significant cases, such as *Duarte Agostinho and others v Portugal and 32 other states* before the ECtHR and *Saachi and others v Argentina and others* before the UN Committee on the Rights of the Child - in both of which Türkiye was among the respondent states - have not garnered sufficient attention within the country. To address this, media engagement must be strengthened by ensuring that legal developments on climate issues are not confined to specialized environmental outlets (such as Yeşil Gazete, iklim haber) but are also featured in mainstream media. By doing so, public discourse on climate litigation can be broadened, fostering greater societal and institutional responsiveness.

⁹⁴ Elif Korkmaz Tümer and Josephine van Zeben, 'The Brussels Effect in Ankara: The Case of Climate Policy', (2024) *New Perspectives on Turkey* 1, 3.

⁹⁵ S. İlgü Özler and B. K. Obach, 'Polarization and the Environmental Movement in Turkey', (2018) 14(4) *Journal of Civil Society* 311, 316.

References

- 350 Ankara, 'İklimi Değil, Belediyeleri Değiştir!', 2012, <<https://350ankara.org/111112-iklimi-degil-belediyeleri-degistir/>> accessed 13 April 2025.
- AA, 'Cumhurbaşkanı Erdoğan: Önümüzdeki Dönemde İklim Kanunu'muzu Meclisimizden Geçirmiş Olacağız', 2023, <<https://www.aa.com.tr/tr/politika/cumhurbaskani-erdogan-onumuzdeki-donemde-iklim-kanunumuzu-meclisimizden-gecirmis-olacagiz/2877413#>> accessed 12 April 2025.
- Ağralan, E. and Sadioğlu, U., 'İklim Değişikliği Farkındalığı ve Toplum Bilinci: İstanbul Örneği', (2021) 21(2) *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 627.
- Baykan, B. G. 'What did the Turkish Climate Movement Learn from a Global Policy Failure? Frame Shift after the Copenhagen Climate Summit', (2019) 20(4) *Turkish Studies* 637.
- 'İklim Değişikliği Hakkında Ne Düşünüyoruz?', *Perspektif*, 2022, <<https://www.perspektif.online/iklim-degisikligi-hakkinda-ne-dusunuyoruz/>> accessed 13 April 2025.
- Bernauer, T. 'Climate Change Politics', (2013) 16 *Annual Review of Political Science* 421.
- Bianet, 'İklim Kanunu Taslağı Hakkında Ne Biliyoruz?', 2024, <<https://bianet.org/haber/iklim-kanunu-taslagi-hakkinda-ne-biliyoruz-295528>> accessed 13 April 2025.
- Bianet, 'Kyoto'yu İmzala Diyenler 100 Bine Ulaştı', 2007, <<https://bianet.org/haber/kyotoyu-imzala-diyenler-100-bine-ulasti-92796>> accessed 13 April 2025.
- Bostancı, E. *et al.*, 'CO2 Emissions of Turkish Manufacturing Industry: A Decomposition Analysis', (2011) 88(6) *Applied Energy* 2273.
- Budak, S., *Avrupa Birliği ve Türk Çevre Politikası* (Büke Yayınları 2000).
- Cerit Mazlum, S. 'Turkey and post-Paris Climate Change Politics: Still Playing Alone', (2017) 56 *New Perspectives on Turkey* 145.
- Climate Change Mitigation Strategy and Action Plan 2024-2030, <https://iklim.gov.tr/db/turkce/icerikler/files/iklim%20Değişikliğine%20Uyum%20Stratejisi%20ve%20Eylem%20Plan_%202024-2030.pdf> accessed 13 April 2025.
- Climate Change Strategy 2010-2023, <[https://webdosya.csb.gov.tr/db/iklim/editor/dosya/iklim_degisikligi_stratejisi_EN\(2\).pdf](https://webdosya.csb.gov.tr/db/iklim/editor/dosya/iklim_degisikligi_stratejisi_EN(2).pdf)> accessed 12 April 2025.
- Çalıştay Raporu, 'İklim Değişikliği Farkındalığının Temel Eğitime Entegrasyonu Çalıştay Raporu', 2023, <https://tegm.meb.gov.tr/meb_iys_dosyalar/2023_03/30111651_TAİEX_Calistay_Raporu.pdf> accessed 13 April 2025.
- Dayrell, C. and Urry, J. 'Mediating Climate Politics: The Surprising Case of Brazil', (2015) 18(3) *European Journal of Social Theory* 257.
- Delman, J. 'China's "Radicalism at the Center": Regime Legitimation through Climate Politics and Climate Governance', (2011) 16 *Journal of Chinese Political Science* 183.

- e-gazete, 'Bakan Güler'den Kyoto Açıklaması', 2007, <<https://egazete.anadolu.edu.tr/diger/10577/bakan-gulerden-kyoto-aciklamasi>> accessed 12 April 2025.
- Erdogdu, E. 'Turkish Support to Kyoto Protocol: A Reality of Just an Illusion', (2010) 14 *Renewable and Sustainable Energy Reviews* 1111.
- EU Trade and Economic Security, 2024, <https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/turkiye_en#main-content> accessed 13 April 2025.
- Guler, Y. and Kumar, P., 'Climate Change Policy and Performance of Türkiye in the EU Harmonization Process', (2022) 4 *Fronts in Sustainable Cities* 1.
- Güneş, A., 'Aarhus Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme', (2010) 14(1) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 299.
- Hanson, M. A., 'How Journalists in Turkey are Covering the Climate Crisis', 2023, <<https://ijnnet.org/en/story/how-journalists-turkey-are-covering-climate-crisis>> accessed 13 April 2025.
- Hürriyet, 'Pepe: Turkey needs \$50 billion to meet environmental criteria', 2005, <<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/pepe-turkey-needs-50-billion-to-meet-environmental-criteria-38705903>> accessed 12 April 2025.
- Ignatow, G., 'Economic Dependency and Environmental Attitudes in Turkey', (2005) 14(5) *Environmental Politics* 648.
- IPCC, 'Climate Change (1995): Economic and Social Dimensions of Climate Change, Contribution of Working Group III to the 2nd Assessment Report of the IPCC', <https://archive.ipcc.ch/ipccreports/sar/wg_III/ipcc_sar_wg_III_full_report.pdf> accessed 12 April 2025.
- IPCC, 'Climate Change 2007: Impacts, Adaptation and Vulnerability, Working group II Contribution to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change', 2007, <https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/03/ar4_wg2_full_report.pdf> accessed 12 April 2025.
- İklim Değişikliği Başkanlığı, 'Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan COP29 Dünya Liderleri İklim Eylemi Zirvesi'nde Konuştu', 2024, <<https://www.iklim.gov.tr/cumhurbaşkanı-recep-tayyip-erdogan-cop29-dunya-liderleri-iklim-eylemi-zirvesi-nde-konustu-haber-4351>> accessed 12 April 2025.
- İklim haber, 'İklim Değişikliği Başkanlığı: "Türkiye Tamamen Kömür Yanlısı Değil"', 2023, <<https://www.iklimhaber.org/iklim-degisikligi-baskanligi-turkiye-tamamen-komur-yanlisi-degil/>> accessed 13 April 2025.
- İklim haber, 'İklim Değişikliği ve Çevre Kaynaklı Sorunlarla Mücadele Sadece Belli Ülkelere Havale Edilemez', 2021, <<https://www.iklimhaber.org/iklim-degisikligi-ve-cevre-kaynakli-sorunlarla-mucadele-sadece-belli-ulkelere-havale-edilemez/>> accessed 13 April 2025.

- İklim haber, 'Türkiye'nin İlk İklim Davasını Danıştay İncelemeden Reddetti', 2023, <<https://www.iklimhaber.org/turkiyenin-ilk-iklim-davasini-danistay-incelemeden-reddetti/>> accessed 13 April 2025.
- İletişim Başkanlığı, 'Cumhurbaşkanı Erdoğan, COP 29 Dünya Liderleri İklim Zirvesi'nde Konuştu, 2024, <<https://www.iletisim.gov.tr/turkce/haberler/detay/cumhurbaskani-erdogan-cop29-dunya-liderleri-iklim-zirvesinde-konustu>> accessed 13 April 2025.
- İzci, R. 'Europeanisation of Turkish Environmental Policy with Special Reference to Sustainability Discourse', in Çiğdem Nas and Yonca Özer (eds) *Turkey and the European Union: Processes of Europeanisation* (Routledge 2012), 181-203.
- - 'The Impact of the European Union on Environmental Policy', in Fikret Adaman and Murat Arsel (eds) *Environmentalism in Turkey: Between Democracy and Development?* (Routledge 2005) 87-100.
- Karadag, K. 'Türkiye'nin İlk "İklim Kanunu" için Teklif Hazırlığında Sona Gelindi', AA, 1 February 2025, <<https://www.aa.com.tr/tr/gundem/turkiyenin-ilk-iklim-kanunu-icin-teklif-hazirliginda-sona-gelindi/3468494#>> accessed 13 April 2025.
- Korkmaz Tümer, E. and van Zeben, J., 'The Brussels Effect in Ankara: The Case of Climate Policy', (2024) *New Perspectives on Turkey* 1.
- Korkmaz, M., 'Public Awareness and Perceptions of Climate Change: Differences in Concern about Climate Change in the West Mediterranean Region of Turkey', (2018) 16(4) *Applied Ecology and Environmental Research* 4039.
- Kurnaz, L. 'Drought in Turkey', İstanbul Policy Center, Sabancı University, 2014, <<https://ipc.sabanciuniv.edu/Content/Images/CKeditorImages/20200323-16034498.pdf>> accessed 12 April 2025.
- Lin, J. and Peel, J., *Litigating Climate Change in the Global South* (Oxford University Press 2024).
- Meclis Araştırması Komisyon Raporu, 'Küresel İklim Değişikliğinin Etkilerinin En aza İndirilmesi, Kuraklıkla Mücadele ve Su Kaynaklarının Verimli Kullanılması için Alınması Gereken Tedbirlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyon Raporu', 2021, <<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/items/103ace3d-1225-40a1-b290-b9e4815b2067>> accessed 12 April 2025.
- MGM, '2023 Yılı İklim Değerlendirmesi', 2024, <<https://www.mgm.gov.tr/FILES/iklim/yillikiklim/2023-iklim-raporu.pdf>> accessed 12 April 2025.
- MGM, '2024-2025 Su Yılı 3 Aylık Kümülatif Yağış Raporu', 2025, <<https://www.mgm.gov.tr/veridegerlendirme/yagis-raporu.aspx?b=k#sfB>> accessed 12 April 2025.
- Ministry of EUC (Environment, Urbanization and Climate Change), 'Bakan Kurum: "İklim Değişikliğiyle Mücadele için Şehirlerin Dönüşmesi Gerekli"', 2019, <<https://csb.gov.tr/bakan-kurum-iklim-degisikligiyle-mucadele-icin-sehirlerin-donusmesi-gerekli-bakanlik-faaliyetleri-29666>> accessed 12 April 2025.

- Ministry of EUC (Environment, Urbanization and Climate Change), 'Minister Kurum: "We are Trying to Prevent the World from Fever"', 2024, <<https://www.csb.gov.tr/bakan-kurum-dunyanin-atesinin-cikmasina-engel-olmaya-calisiyoruz-bakanlik-faaliyetleri-40402>> accessed 13 April 2025.
- Nathalie Tocci, 'Turkey and the European Union: A Journey in the Unknown', 2014, <<https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/Turkey-and-the-European-Union.pdf>> accessed 13 April 2025.
- Özgenç, Ö., 'İklim Kanunu Geliyor', *Medyascope*, 2023, <<https://medyascope.tv/2023/09/07/iklim-kanunu-geliyor-av-gayretli-taslakta-ticari-faaliyetler-icin-emisyon-ticaret-sistemi-duzenleniyor-adina-da-iklim-kanunu-diyorlar/>> accessed 13 April 2025.
- Özkaynak, B. *et al.*, 'The Gezi Park Resistance from an Environmental Justice and Social Metabolism Perspective', (2015) 26(1) *Capitalism Nature Socialism* 99.
- Özler, S. İ. and Obach, B. K. 'Polarization and the Environmental Movement in Turkey', (2018) 14(4) *Journal of Civil Society* 311.
- - 'Cultural Barriers to Environmental Mobilization in the Republic of Turkey', (2019) 62(5) *Sociological Perspectives* 773.
- Paker, H. *et al.*, 'Environmental Organisations in Turkey: Engaging the State and Capital', (2013) 22(5) *Environmental Politics* 760.
- Paterson, M. and Grubb, M. 'The International Politics of Climate Change', (1992) 68(2) *International Affairs* 293.
- Ruppel, O. C. and Houston, L. J., 'The Human Right to Public Participation in Environmental Decision-making: Some Legal Reflections', (2023) 53 *Environmental Policy and Law* 125.
- Savaşan, Z. 'The Development Process of Environmental Law in Turkey: The EU Impact', in Zerrin Savaşan and Vakur Sümer (eds) *Environmental Law and Policies in Turkey* (Springer 2020), 7-31.
- Setzer, J. and Higham, C., 'Global Trends in Climate Change Litigation: 2023 Snapshot', 2023, <https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2023/06/Global_trends_in_climate_change_litigation_2023_snapshot.pdf> accessed 13 April 2025.
- Soroos, M. S. Global Change, Environmental Security, and the Prisoner's Dilemma', (1994) 31(3) *Journal of Peace Research* 317.
- Sönmez, F. K. *et al.*, 'An analysis of Spatial and Temporal Dimension of Drought Vulnerability in Turkey Using the Standardized Precipitation Index', (2005) 35 *Natural Hazards* 243.
- Taylor, M. and Ward, H., 'Chickens, Whales and Lumpy Goods - Alternative Models of Public Goods Provision', (1982) 30(3) *Political Studies* 350.

- TEMA Climate Policies, <<https://www.tema.org.tr/en/our-works/advocacy-and-environmental-policies/climate-policies>> accessed 13 April 2025.
- TEMA Foundation, 2025, <<https://www.tema.org.tr/en>> accessed 13 April 2025.
- Turhan, E. *et al.*, 'Beyond Special Circumstances: Climate Change Policy in Turkey 1992-2015', (2016) 7(3) *WIREs Climate Change* 448.
- Turkes, M. 'Climate and Drought in Turkey', in Nilgun B. Harmancioglu and Dogal Altinbilek (eds), *Water Resources of Turkey: Volume 2*, (Springer 2020).
- TÜBA, 'Climate Change and Public Health in Turkey', 2020, <<https://www.tuba.gov.tr/files/yayinlar/raporlar/Climate%20Change%20%20and%20%20Public%20Health%20in%20Turkey.pdf>> accessed 12 April 2025.
- UN Treaty Collection Paris Agreement, Paris, 12 December 2015, <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-7-d&chapter=27&clang=_en#EndDec> accessed 12 April 2025.
- UNFCCC Proposal, 'Proposal from Turkey to Amend the List of Parties included in Annex I to the Convention', FCCC/CP/2018/INF.2, 15 November 2018, <<https://unfccc.int/sites/default/files/resource/inf2.pdf>> accessed 12 April 2025.
- UNFCCC Proposal, 'Proposals to Amend the Lists in Annexes I and II to the Convention', COP 7th Session, FCCC/CP/2001/11, 5 October 2001, <<https://unfccc.int/resource/docs/cop7/11.pdf>> accessed 12 April 2025.
- UNFCCC Report of Türkiye, 2023 National Inventory Report (NIR), 2023, <<https://unfccc.int/documents/627786>> accessed 13 April 2025.
- UNFCCC Report, 'Report of the Conference of the Parties on its Seventh Session', Addendum. FCCC/CP/2001/13/Add.4, 21 January 2002, <<https://unfccc.int/resource/docs/cop7/13a04.pdf>> accessed 12 April 2025.
- UNFCCC, 'National Greenhouse Gas Inventory Data for the Period 1990-2005', FCCC/SBI/2007/30, 24 October 2007, <<https://unfccc.int/documents/4777>> accessed 12 April 2025.
- United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), 1992, <https://unfccc.int/files/essential_background/background_publications_htmlpdf/application/pdf/conveng.pdf> accessed 12 April 2025.
- Uzelgun, M. A. and Castro, P., 'The Voices of Science on Climate Change in the Mainstream Turkish Press', (2014) 8(3) *Environmental Communication* 326.
- Ward, H. *et al.*, 'Marching at the Pace of the Slowest: A Model of International Climate Change Negotiations', (2001) 49 *Political Studies* 438.
- WHO, 'Türkiye: Health and Climate Change - Country Profile 2022', 2022, <<https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/353977/WHO-HEP-ECH-CCH-22.01.05-eng.pdf?sequence=1>> accessed 12 April 2025.

Wilson Rowe, E. 'Climate Science, Russian Politics, and the Framing of Climate Change', (2013) 4(5) *WIREs Climate Change* 457.

Yeşil İş Yeşil Yaşam, 'Türkiye'nin İlk İklim Davasında Karar Verildi', 2023, <<https://www.ekoiq.com/turkiyenin-ilk-iklim-davasinda-karar-verildi/>> accessed 13 April 2025.

İstanbul Barosu Tarihinden Bir Parça: Osmanlı (İstanbul) Barosu Dahili Nizamnamesi^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Ali TURAN^(**)

Öz

Osmanlı Devleti'nin klasik döneminde insanlar mahkemelerde vekâleten temsil edilebilirdi. Fakat bu dönemde vekâlet işini üstlenen kişilerin bazı hususi niteliklere sahip olması ve bu işi bir meslek olarak icra etmesi söz konusu değildi. Birçok yeni müessese gibi, Osmanlı Devleti'nde modern anlamda avukatlık mesleğinin doğuşu Tanzimat döneminde söz konusu oldu. Osmanlı Devleti'nde ilk baro teşkilatını yabancılar kurdu. İlk milli baro olan Osmanlı (İstanbul) Barosu ise 16 Zilhicce 1292 (13 Ocak 1876) tarihli Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname'nin kabulünden sonra kuruldu.

Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname, Osmanlı Devleti'nde modern anlamda avukatlık mesleğinin ortaya çıkmasında bir dönüm noktası olmuştur. Bu nizamname ile kurulması öngörülen Osmanlı Barosu 1878 tarihinde toplandı ve 1880-1881 tarihinde ise dahili nizamnamesini kabul etti.

Bu çalışmanın amacı, Osmanlı Barosu tarafından hazırlanan dahili nizamnameyi takdim ve tahlil etmektir. Bu amaçla evvela Osmanlı Devleti'nde avukatlık mesleğinin ve baroların ortaya çıkışı ana hatlarıyla ele alınacaktır. Akabinde ise dahili nizamnamenin bugün ulaşılabilen iki farklı nüshası ışığında Osmanlı Barosu'nun teşkilatı ve işleyişi tetkik edilecektir.

Anahtar Kelimeler

Dava Vekili, Avukat, Osmanlı Dava Vekilleri Cemiyeti, Osmanlı (İstanbul) Barosu, Osmanlı Dava Vekilleri Cemiyeti Dahili Nizamnamesi.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 28.03.2025 - Kabul Edildiği Tarih: 02.06.2025.

Atıf Şekli: Ali Turan, 'İstanbul Barosu Tarihinden Bir Parça: Osmanlı (İstanbul) Barosu Dahili Nizamnamesi' (2025) 15(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 343, 406.
DOI: 10.52273/sduhfd..1667676.

^(**) İnönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, Malatya, Türkiye.

E-posta: ali.turan@inonu.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6563-6315>.

A Piece of the History of Istanbul Bar Association: Internal Regulations of Ottoman (Istanbul) Bar Association

Abstract

In the classical period of the Ottoman Empire, people could be represented in court by proxy. However, during this period, it was not possible for people who undertook the task of proxy to have certain special qualifications and to practice this job as a profession. Like many new institutions, the emergence of the profession of lawyer in the Ottoman Empire in the modern sense occurred during the Tanzimat Era. The first bar association in the Ottoman Empire was established by foreigners. The first national bar association, the Ottoman (Istanbul) Bar Association, was established after the adoption of the Regulation on Lawyers of the Nizamiye Courts dated 16 Dhul-Hijjah 1292 (January 13, 1876).

The Regulation on Lawyers of the Nizamiye Courts was a turning point in the emergence of the modern lawyer profession in the Ottoman Empire. The Ottoman Bar Association, which was envisaged to be established by this regulation, convened in 1878 and adopted its internal regulations in 1880-1881.

The aim of this study is to present and analyze the internal regulations prepared by the Ottoman Bar Association. For this purpose, first of all, the emergence of the lawyer profession and bar associations in the Ottoman Empire will be discussed in outlined. Subsequently, the organization and functioning of the Ottoman Bar Association will be analyzed in the light of two different copies of the Internal Regulations available today.

Keywords

Attorney, Lawyer, Ottoman Lawyers Association, Ottoman (Istanbul) Bar Association, Internal Regulations of the Ottoman Lawyers Association.

Extended Summary

In the Islamic and classical Ottoman judicial organizations, deputies were able to undertake duties within the framework of the power of attorney contract of Islamic law. Indeed, when looking at the Sharia registers, it is seen that the agency relationship was widely practiced. However, the agency relationship here is different from today's client-attorney relationship. Because the role of the attorney in the Sharia courts is to convey the interests and statements of the client. At the same time, this work was not done for wages or by people with specific qualifications.

The Tanzimat Era is a period in which the Ottoman Empire undertook innovation movements in many areas. The most radical and lasting innovations have been in the field of law. Thus, like many new legal institutions, the establishment of the modern profession of lawyer and its organization in Turkey coincides with the Tanzimat Era.

The emergence of an independent attorneyship profession after the Tanzimat period was not sudden. The profession of lawyers and the bar associations, which are the organizations of this profession, have been gradually established through various regulations. However, the first bar association in the Ottoman Empire was established by foreigners. The establishment of the first national bar association, the Ottoman (Istanbul) Bar Association, was after the publication of the Regulation on Lawyers of the Nizamiye Courts dated 16 Dhul-Hijjah 1292 (January 13, 1876).

The Regulation on Lawyers of the Nizamiye Courts played a pioneering role in the emergence of an independent legal profession in the Ottoman Empire and the establishment of the first national bar association. Thus, based on this statute, the Istanbul Bar Association, which was established under the title of the Dava Vekilleri Cemiyeti (Association of Lawyers), prepared its own internal regulation in 1880-1881.

We currently have two different Internal Regulations of the Association of Lawyers. One of them is included in Arisdakis Kasparyan's Zeyl-i Lahika-yı Kavanin. The regulation titled "Internal Regulations of the Association of Lawyers" published by Kasparyan consists of four chapters and seven sections and consists of seventy-five articles. At the end of the regulation, a note was made stating that the regulation in question was accepted by the General Assembly in July 1880. The second internal regulation was published by the Ottoman Bar Association in 1881 in Turkish and French. This regulation consists of six chapters and seventy articles. At the end of both parts, there is the signature of Rosulato, the president of the bar association, and the seal of the society. At the end of the Turkish copy there is the phrase "Its authenticity is confirmed on 29 April 297, President Rosulato". According to the Gregorian calendar, the date of approval of the regulation by the President corresponds to May 11, 1881. On the seal, there are the words "Barreau Ottoman 1878" in Latin letters and "Vükela-yı Deavi Cemiyeti 1295" in Arabic letters. At the end of the French copy, there are the inscriptions "certifié exact: 29 Avril 1881 (S.V.) Le Président du Barreau Rosulato" and a seal.

The content of the two Internal Regulations of the Association of Lawyers is almost identical. However, there are also some important differences between them.

Although the title names are almost identical, the numbering of the titles is different. Again, while there were seventy-five articles in the regulation published by Kasparyan, there were seventy articles in the version published by the bar association. The regulation published by Kasparyan should be the first draft to be accepted. However, some amendments were made and the regulation was finalized and published by the Bar Association.

The Internal Regulations of the Association of Lawyers regulated in detail the structure and functioning of the first national Ottoman Bar Association. It has also revealed to a great extent the meaning and spirit of the lawyer profession. But unfortunately, it was not given much attention in that period. Because only one record regarding the internal regulations could be found in the archive documents. From this record, it is concluded that the state was not aware of the internal regulations.

There are several reasons why the internal regulations were not respected. The fact that the Law School started education at a relatively late date and naturally had a limited number of graduates meant that it could not meet the country's need for lawyers for a long time. Therefore, the scarcity of expert jurists who could understand the importance of the profession and the professional organization was one of the most important problems of the judicial organization in this period. Thus, it took time for the importance of this newly established institution and its impact on its members to be realized. On the other hand, another reason why the internal regulations are not respected may be the conflicts between the government and the bar association. As a matter of fact, Abdurrahman Adil made some claims in this direction.

Giriş

Kişilerin mahkeme huzurunda savunulması tabii bir ihtiyaçtır. Bir kimse elbette hak ve hukukunu bizzat savunabilir. Bununla birlikte her insanın hak ve hukukunu bizzat savunma kudreti bulunamayabileceği gibi, buna muktedir olan kişiler de hukuk ilmine ve sistemine vakıf bir kimseden yardım alabilir. Böylece savunma faaliyeti, hakkın elde edilmesine ve zayi olmamasına yönelik mühim bir işleve sahiptir.

Savunma makamını temsil eden avukatlık mesleği, en kadim mesleklerden biridir. Tarihin eski dönemlerinden günümüze kadar insanların başkaları tarafından hukuk nezdinde temsil edilmesi zamana ve mekana göre farklılıklar arz etse de savunma ihtiyacı umumi bir ihtiyaç olarak tezahür etmiştir. Günümüzde savunma makamı modern muhakeme sistemlerinin üç asli unsurundan birini teşkil ettiği gibi, muhakemenin sivil (bağımsız) kanadını da temsil eder.

İslam ve klasik dönem Osmanlı adliye teşkilatında İslam hukukunun vekâlet akdi çerçevesinde vekiller vazife alabilmiştir. Gerçekten de şer'îye sicillerine bakıldığında vekâlet ilişkisinin yaygın bir şekilde tatbik edildiği görülmektedir. Bununla birlikte burada rastlanan vekâlet ilişkisi, günümüzdeki müvekkil-avukat ilişkisinden farklıdır. Zira vekilin şer'îye mahkemelerindeki rolü, müvekkilin menfaatlerini ve beyanlarını nakletmekten öte değildir. Aynı zamanda bu iş ücretle ve muayyen vasıflara sahip kişilerce yapılmamıştır.

Tanzimat dönemi, Osmanlı Devleti'nin birçok alanda yenilik hareketlerine giriştiği bir dönemdir. En köklü ve kalıcı yenilikler ise hukuk alanında olmuştur. Böylece birçok yeni hukuki müessese gibi, ülkemizde modern avukatlık mesleğinin ve bu meslek örgütünün teşekkülü de Tanzimat dönemine tesadüf eder.

Tanzimat döneminden sonra müstakil bir avukatlık mesleğinin doğması birdenbire olmamıştır. Avukatlık mesleği ve bu meslek erbabının örgütü olan barolar çeşitli düzenlemelerle peyderpey teşkil edilmeye çalışılmıştır. Fakat Osmanlı Devleti'nde ilk baro, yabancılar tarafından kurulmuştur. İlk milli baro olan Osmanlı (İstanbul) Barosu'nun kurulması ise 16 Zilhicce 1292 (13 Ocak 1876) tarihli Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname'nin neşredilmesinden sonra olmuştur.

Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname, Osmanlı Devleti'nde müstakil bir avukatlık mesleğinin doğmasında ve ilk milli baronun kurulmasında öncü bir rol oynamıştır. Böylece bu nizamnameye dayanılarak Dava Vekilleri Cemiyeti unvanıyla tesis edilen İstanbul Barosu, 1880 yılında kendi

dahili nizamnamesini hazırlamıştır. Yapılan tetkiklerde bu dahili nizamnamenin iki nüshasına rastlanılmıştır. Bu nüshalardan biri bizzat baro tarafından neşredilmişken diğer nüsha ise Arisdakis Kasparyan'ın Zeyl-i Lahika-yı Kavanin'inde yer almaktadır. Her iki nüsha, hükümleri itibariyle büyük ölçüde benzer olsa da birtakım mühim farklılıklar ihtiva etmektedir.

Bu çalışmada, ilk milli baromuz olan Osmanlı (İstanbul) Barosu tarafından hazırlanan dahili nizamname ele alınacaktır. Çalışma iki bölüm halinde tertip edilmiş olup ilk bölümde Osmanlı Devleti'nde avukatlık mesleğinin ve baroların doğuşu konularına ana hatlarıyla değinilecektir. Burada da evvela Osmanlı Devleti'nde dava vekilliğinin kurumsallaşmasını temin eden gelişmeler ele alınacak, akabinde de Osmanlı Devleti'nde kurulan ilk barolara ve ilk milli baronun teşekkülüne vesile olan Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname hükümlerine temas edilecektir. İkinci bölümde ise ilk milli baronun hazırlamış olduğu dahili nizamname ele alınacaktır. Burada da evvela dahili nizamnameye ilişkin umumi bilgi verilecek ve nihayet dahili nizamnamenin muhtevası tahlil edilecektir. Yapılacak olan tahlil, yukarıda bahsini ettiğimiz ve baro tarafından yayınlanan nizamname nüshasına göre yapılacaktır. İki nüsha arasındaki farklara da gerek metin gerekse de dipnot yoluyla işaret edilecektir. Ayrıca her iki metnin tam metin transkripsiyonu çalışmanın ekinde verilecektir.

Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamname-i Dahilisi'ne ilişkin yapılan bu çalışma, söz konusu düzenlemeyi tam ve etraflıca tahlil edecek ilk çalışma olması hasebiyle mühimdir. Zira daha evvel barolara ve avukatlık mesleğinin tarihçesine ilişkin yapılan çalışmalarda ya bu dahili nizamnameden hiç bahsedilmemiş ya da kısaca zikretmekle yetinilmiştir. Ayrıca düzenlemenin iki farklı nüshasının mevcudiyetinin tespitine ve bu iki nüshanın tam metin transkripsiyonuna ilk defa bu çalışmada yer verilecektir.

I. Osmanlı Devleti'nde Avukatlık Mesleğinin ve Baroların Doğuşu: Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname

Osmanlı Devleti'nde avukatlığın bir meslek olarak doğuşu ve bu mesleğin örgütü olan baroların kurulması Tanzimat döneminde söz konusu olmuştur. Bununla birlikte Osmanlı Devleti'nin klasik döneminde bugünkü manasıyla olmasa bile, dava vekâleti sık bir şekilde mahkemelerde tatbik olunmuştur. Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname'nin kabulüne kadar dava vekâletine ilişkin tatbikatın ne şekilde olduğu ve Tanzimat döneminde dava vekilliğine ilişkin gelişmelerin ana hatlarıyla zikredilmesinde fayda vardır.

A. Osmanlı Devleti’nde Dava Vekilliğinin Kurumsallaşma Aşamaları: Tanzimat Dönemindeki Gelişmeler

İslam adliye teşkilatında günümüzdeki avukat mesleğine karşılık gelen bir görevli ya da ıstılah yoktur¹. Bununla birlikte dava tarafları vekâlet ilişkisi çerçevesinde temsil edilebilirdi. Nitekim İslam hukukunda davaların bir vekil aracılığıyla görülmesine ilişkin tatbikatlar Hz. Peygamber zamanına kadar uzanmaktadır².

Klasik dönem Osmanlı adliye teşkilatında her türlü uyuşmazlığın çözüm mercii şer’iye mahkemeleri idi. Şer’iye mahkemeleri, başında kadı adı verilen hakim in bulunduğu tek hakimli mahkemelerdi. Dava sahipleri bu mahkemelerde davalarını bizzat takip edebildikleri gibi, bir vekil vasıtasıyla da temsil edilebilirlerdi³. Vekâlet ilişkisi mahkeme huzurunda şahitlerle ya da yazılı belge ile ortaya konulurdu⁴. Vekâlet muayyen bir konuya ilişkin olabildiği gibi umumi şekilde de olabildi⁵.

Osmanlı Devleti’nin klasik döneminde avukatlık ve baro müesseseleri mevcut değildir⁶. Bununla birlikte yukarıda bahsedildiği üzere vekâlet ilişkisi ile vekil, bir ölçüde avukatın vazifelerini görmüştür⁷. Osmanlı mahkemelerinde vekil-

¹ H. F. Amedroz, ‘The Mazalim Jurisdiction in the Ahkam Sultaniyya of Mawardi’ (1991) The Journal of the Royal Asiatic Society of Great Britain and Ireland 668.; Pröbster ise bu hususta aksi kanaattedir. Tyan da Roma hukukundan Batı hukukuna geçen baro müessesesi ve avukatlık gibi hususların İslam hukukunda bulunmadığını doğru bulmakla beraber, İslam adliye teşkilatında bir vekiller sınıfının mevcudiyetini kabul etmiştir. (Fahrettin Atar, ‘Avukat’ (1991) 4 DİA 166.)

² Atar (n 1) 166-167.

³ Abdülaziz Bayındır, *İslâm Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması)* (İslami İlimler Araştırma Vakfı 1986) 112.

⁴ Abdullah Demir, *Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi* (Yitik Hazine 2010) 102.

⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-Hükkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, Cilt III Haz. Raşit Gündoğdu, Osman Erdem (DİB 2020) 2579.

⁶ Üçok, bu konuda oldukça iddialı bir şekilde şu hususları ifade etmiştir: “...sanıldığı aksine İslâm mahkemelerinde bugünkü avukatların vazifelerini yapan kimseler bulunmuştur. Bunlar her ne kadar Avrupa hukukunun tanıdığı avukatlarının bütün vasıflarını haiz değil idiyse de, avukatların yaptıkları vazifeyi yapıyorlar ve mahkeme önünde tarafların menfaatlerini savunuyorlardı. Taraflar da bunları bir vekâlet akdiyle tayin ediyorlar ve bundan dolayı da kendilerine ‘vekil’ istedikleri herhangi bir kimseyi kendilerine vekil tayin edebilirlerdi; ancak tabii bu işleri bilen ve hukuk tahsil etmiş birisini tayin etmeyi tercih ederlerdi. Bununla beraber mahkemede vekillik çok para getiren bir meslek haline gelmiş ve ‘vekiller’ kendi aralarında adeta barolar halinde teşkilatlanmışlardı (X., XI. ve XII. yüzyıllar).” (Coşkun Üçok, ‘Savcılıkların Avrupa Hukukunda Gelişmesi ve Türkiye’de Kuruluşu’ in Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan (AÜHF 1964) 36.

⁷ Fahrettin Atar, *İslâm Adliye Teşkilâtı (Ortaya Çıkışı ve İşleyişi)* (3. Baskı, DİB 1991) 131.; Klasik dönem Osmanlı Devleti’nde vekâlet sözleşmesi ve dava vekilliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Belkıs Konan, *Türk Hukuk Tarihinde Avukatlık Kurumu* (Bilge 2021) 35-64.

lin vazifesi müvekkilinin menfaatlerini temsil etmek ise de bu vazife menfaatleri müdafaa vazifesi değildir⁸. Bu dönemde vekâlet işini yerine getirenler için muayyen şartlar aranmamış ve bunlarla ilgili sistematik bir çalışma usulü mevcut olmamıştır. Dolayısıyla muhakemeye tesirleri sınırlı şekilde olmuştur⁹. Fakat şer'îye sicillerinde davaların büyük bir kısmının vekiller tarafından yürütüldüğü hususu göz önünde bulundurularak Osmanlı Devleti'nde dava vekilliğini meslek edinen kimselerin bulunduğu görüşü de ortaya konulmuştur¹⁰.

Osmanlı Devleti'nde avukatlığın ilk nüvesi olarak arzuhalcilerden bahsedilir. Buna göre okuma yazma bilen arzuhalciler, yazmış oldukları dilekçeler vasıtasıyla kişilere hukuki yardımda bulunmuşlardır¹¹. Osmanlı Devleti'nde arzuhalcilik mesleği, belli şartlar altında ve düzende yapılmıştır. Alelade kimseler arzuhal yazamazdı ve yazılan arzuhaller şer'î hükümlere uygun olmalıydı. Ayrıca arzuhalcilerin kitabete vakıf, gerekli hukuki ve diğer malumatı haiz ve güvenilir olması gerekliydi. Öyle ki bu meslek nizamının bozulması hasebiyle bunların usul ve nizamlarına dair h. 1178 tarihli bir ruus çıkarılmıştır¹². Böylelikle arzuhalciliğin devleti ve halkı alakadar eden bir vazife olarak görüldüğü ve bu mesleğin muayyen bir nizama oturtulmaya çalışıldığı söylenebilir. Bu vazifeleri icra eden teşekküllerin 1865 yıllarına kadar ayakta durduğu görülmektedir¹³.

Osmanlı Devleti'nde avukatlık mesleğinin kurumsallaşmasına kadar dava vekâleti işiyle iştigal edenlere “müzevir”, “ayak kavaflı”, “kağıt kavaflı” gibi isimler verilmiştir. Dolayısıyla bu meslek erbabının menfi bir şöhrete sahip bulunduğu

⁸ Ronald C. Jennings, ‘The Office of Vekil (Wakil) in 17th Century Ottoman Sharia Courts’ (1975) (42) *Studia Islamica* 148.; Gerber, Osmanlı Devleti'nde para karşılığında müvekkilin menfaatlerini müdafaa eden avukatlarının bulunmamasını, batı hukuku ile Osmanlı hukuku arasındaki en temel farklardan biri olduğunu ifade etmiştir. (Haim Gerber, ‘Osmanlı Hukukunda Şeriat, Kanun ve Örf 17. Yüzyıl Bursa’sı Mahkeme Kayıtları’, Çev. Mehmet Akman, (1994) 8 (1-3) Hukuk Araştırmaları 284-285.)

⁹ Seda Örsten Esirgen, ‘Tanzimattan Cumhuriyete Avukatlık’, (2014) 63 (4) AÜHFD 739-740.

¹⁰ Demir (n 4) 104.

¹¹ Nejat Aday, *Avukatlık Hukukunun Genel Esasları*, (2. Baskı, Beta 1994) 26.; Turan Tanyer, ‘Eski İstanbul’da Arzuhalciler’, (2004) (53) TBB Dergisi 271.; Ejder Yılmaz, ‘Bir Meslek Olarak Düünden Yarına Doğru Avukatlık’, (1995) 44 (1) AÜHFD 196.; Arzuhalcilerin yerine getirdiği iş, müdafaadan ziyade usulü muamelelerin yapılmasına ilişkindir. (Şener Battal ve Nurşen Erdem, ‘Avukatlık Mesleğinin Türkiye’deki Tarihçesi’ (1985) (5-6) Ankara Barosu Dergisi 675.)

¹² Bu belge için bkz.; Ahmet Refik, *Hicri On İkinci Asırda İstanbul Hayatı (1100-1200)* (Enderun Kitabevi 1988) 207.

¹³ Ali Haydar Özkent, *Avukatın Kitabı* (Arkadaş Basımevi 1940) 35-36.

görülmektedir¹⁴. Öyle ki bu işi daha çok, mahkeme görevlileri ile alışveriş sebebiyle tanışık olan Karamanlı, Niğdeli ve İncesulu bakkallar yerine getirmiştir. Bunlar doğru dürüst Türkçe ya da Rumca bilmedikleri gibi, çoğu zaman okuma yazma da bilmezlerdi. Bu kimseler dava vekâleti daha çok kazanç getirdiği için bakkallarında çıraklar bırakıp ayak üstü iş almak için dolaşırlardı. Herhangi bir yazıhaneleri olmadığından, ayak üstü dolaştıklarından ve ceplerinde kağıt bulundurmalarından bahisle “ayak kavafı” ve “kağıt kavafı” şeklinde isimlendirilmişlerdir. Mahkemeden aldıklarını müvekkillerine satan bu tip dava vekilleri çoğu zaman meseleyi anlayamadıklarından dolayı söylediklerinin tam tersi kararlar çıkardı. Bu sebeplerle de müzevvir ve yalancı olarak isimlendirilirlerdi¹⁵.

Ali Haydar Özkent, yenilik hareketlerinin başlangıcı ve en mühim dayanağı olması hasebiyle avukatlık mesleğinin ve baro tarihinin ilk basamakları olarak Tanzimat ve Islahat Fermanlarını işaret etmiştir¹⁶. Müellife göre bu fermanlar gereğince avukatlık mesleğinin kurumsallaşmasına giden aşamada birtakım hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Buna göre savunma mesleğiyle ilişkilendirilebilecek ilk hukuki düzenleme, 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu’nun¹⁷ 215. maddesidir. Doktor, cerrah, eczacı, ebe ve bunların emsali kimselerin sır saklama yükümlülüğünün düzenlendiği bu maddede geçen “emsali kimseler” ifadesinin, dava vekillerini de kapsadığı ifade edilmiştir. Gerek bu dönemde dava vekilliğinin bir meslek halini almamış olması gerekse de bu dönemde dava vekâleti işinin menfi bir şöhrete sahip kimselerce yerine getirilmesi gibi sebeplerle ilgili düzenlemede dava vekili ismi zikredilmemiştir¹⁸.

¹⁴ “...bilakis tarafeynin bizzat iddia ve müdafaalarını dermeyan eylemeleri teshil-i maslahat nokta-i nazarından müreccah add olunur ve hatta vekâlette gezenler “müzevvir” ve “kağıd kavafı” gibi elfaz-ı tahkiriye ile yad ve tesmiye olunurlar idi.” (Şehbaz, ‘Dava Vekilleri’ (17 Muharrem 1304) (362) Ceride-i Mehakim 3715.); Ali Haydar, ‘Türkiye’de Muhamilik’, in Henri Robert, Muhami (Ali Haydar ve Subhi Nuri çev, Teşebbüs Matbaası 1340) 9-10.; Ali Galib, ‘Bizim Tarih’ (Nisan 1931) (52-4) İstanbul Barosu Mecmuası 161.; Ali Haydar Özkent, ‘Avukatlığın Memleketimizde Çok Kötü Tanınması’ (1938) (3) Adliye Ceridesi 396-401.; Eyüp Sabri Erman, ‘Avukat, Dava Vekili ve Dava Takibine Yetkili Sair Kişiler’ (1971) (4) Adalet Dergisi 173.; Bu husus için ayrıca bkz. Belkis Konan, ‘20. Yüzyılın Başında Osmanlı Hukukçularının Avukatlık Mesleğine Bakışı’, (2022) 5 (1) NEÜHFD 124-126.

¹⁵ Toptaş Artin, ‘Memleketimizde Dava Vekâleti: Avukatlık ve Muhamilik’ (6) Muhamat, 177-178.; Namık Kemal Eğilmez, ‘Bizde Avukatlık Mesleği’ (1952) (2) Adalet Dergisi 233.

¹⁶ Özkent (n 13) 38.

¹⁷ Kanunname metni için bkz. Düstur, I. Tertip, C. 1, s. 537-596.

¹⁸ Özkent (n 13) 39.; İbrahim Durhan, ‘Ülkemizde Avukatlık Kurumunun Tarihsel Gelişimi’ (2004) VIII (3-4) AÜEHFD 30-31.

Avukatlık mesleğine ilişkin bir diğer hukuki düzenleme, 1861 tarihi Usul-i Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesi'dir¹⁹. Bu nizamnamenin 28. maddesinde, tarafların bizzat mahkemeye gelmeye ya da vekil göndermeye mecbur oldukları hususu düzenlenmiştir. Yine bu nizamnamenin 29. maddesine göre vekâletnamenin duruşma öncesinde mahkeme başkatibine verilmesi gerekmektedir. 30. maddede ise geçerli bir vekâletname olmadıkça ya da mahkeme huzurunda taraflardan birisi tarafından tevkil kılınmadıkça kimsenin vekâlet edemeyeceği hususuna yer verilmiştir.

16 Rebiülevvel 1285 (07.07.1868) tarihli Dersaadet Ticaret Deavi Kalemi Nizamnamesi'nin²⁰ 4. maddesinde arzuhalcilere ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre *“Devair-i müteaddideye arzuhal takdim edecek kimesnelerden istek edenler arzuhal yazdırmak ve hasılatı kendilerine aid olmak üzere deavi kalemi maiyetinde arzuhalci esnafından müntehab iki kimesne bulunacaktır.”*

21 Zilkade 1286 (22 Şubat 1870) tarihli Dersaadet ve Mülhakatı İdare-i Zabita ve Mülkiye ve Mehâkim-i Nizamiyesine Dair Nizamnâme'nin²¹ ikinci babının dördüncü faslı, muhakeme usullerini ihtiva etmektedir. Bu kısmın 76 ila 78. maddelerinde dava vekâletini ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Nizamnamenin 76. maddesine göre cinayetten doğan “hukuk-ı şahsiye” davalarında gerek davacı gerekse de davalı taraf vekil tayin edebilirdi. Ayrıca ceza davalarında sanık, davada bizzat hazır bulunmak kaydıyla vekil bulundurabilirdi. Nizamnamenin 77. maddesinde ise bu davalarda vekâlet edecek olan vekilin özellikleri sayılmıştır. Buna göre tayin oluncak olan vekil; asilin imza veya mührünü taşıyan resmi ve “mensub olduğu mahall-i resmîden musaddak” bir vekâlet ibraz etmeli ve mutlaka Osmanlı Devleti tebaasından olmalıydı. Nizamnamenin 78. maddesi ise davalarda vekil olamayacak görevlilere ilişkindir. Buna göre “meclislerde rû'yet olunacak de'âvide reis ve aza ve katib ve mümeyyiz ve müstantikler ve zabitan ve neferat-ı askeriye vekâlet edemeyeceklerdir.” Fakat bu kimseler kendi şahsi davalarında asaleten bulunabilecekleri gibi, yakın akrabalarına da vekâlet edebileceklerdir.

Dava vekâletine ilişkin bir diğer hüküm de 23 Zilhicce 1285 (6 Nisan 1869) tarihli Şura-yı Devlet Nizamname-i Dahilisi'nin²² 6. maddesinde mevcuttur. Bu

¹⁹ Düstur, I. Tertip, C. I, s. 780-810.; Bu nizamnamenin transkripsiyonu için bkz. Abdullah Demir, ‘İlk Usul Kanunu Usul-ü Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesinin Transkripsiyonu’, (2008) (72) e-akademi.

²⁰ Düstur, I. Tertip, C. 1, s. 814-820.

²¹ Düstur, I. Tertip, C. 1, s. 688-706.

²² Nizamname metni için bkz. BOA, İ.DUİT, 58-48/2.; Düstur, I. Tertip, C. I, s. 707-718.

hükme göre Muhakemat Dairesi'ne havale edilen bir davanın görülmesi esnasında asıl davacı zaruri sebeplerden dolayı muhakemeye gelemeyse dairenin kabul etmesi kaydıyla tarafından bir vekil tayin edilebilecektir. Bu maddede davalının vekil tayin edebileceğine dair herhangi bir ifade mevcut olmadığından bu hakkın sadece davacıya verildiği söylenebilir. Bununla birlikte davacının vekil tayini hususunda da tam bir serbestlik olmayıp muhakeme sırasında meydana gelebilecek olan birtakım zaruri sebeplerin varlığı gerekmektedir²³.

27 Şevval 1285 (10 Şubat 1869) tarihli irade ile kabul edilen Divan-ı Ahkam-ı Adliye Nizamname-i Dahili²⁴, dava vekâletine ilişkin önemli bir düzenleme getirmiştir. Söz konusu nizamnamenin 28. maddesine göre temyiz müraعاتı için gereken şartları yerine getiren dilekçe sahibi ya da vekili, kanuni temyiz süresinin bitimini müteakip en geç 60 gün içinde İstanbul'a gelerek geliş tarihini Divan-ı Ahkam-ı Adliye'nin Evrak Odası'na kaydettirmek üzere bir müzekkere takdim etmelidir. Kanuni bir mazeret ya da mücbir sebep olmaksızın bu muameleyi yerine getirmeyenlerin dilekçeleri reddedilirdi²⁵.

Avukatlık mesleğinin kurumsallaşması öncesinde gerçekleşen ve yukarıda bahsi edilen düzenlemeler değerlendirildiğinde, bunların esaslı bir yenilik getirmede rahatlıkla söylenebilir. Zira söz konusu düzenlemeler zaten dava vekâleti konusunda İslam hukukunda ya da klasik dönem Osmanlı adliye teşkilatında mevcut bulunan anlayışı yansıtmaktan öte bir anlam ifade etmemektedir²⁶. Hakeza Mecelle'nin Kitabü'l-Vekale kısmında düzenlenen hükümler (madde 1449-1530) de İslam hukukundaki vekâlet sözleşmesi çerçevesinde olup herhangi bir "savunma makamı" tesis etmeye yönelik değildir²⁷.

Dava Vekilleri Nizamnamesi'nin kabulü öncesinde dava vekâletini muayyen bir düzene bağlamaya yönelik mühim bir girişimin Divan-ı Ahkam-ı Adliye tarafından gerçekleştirildiği görülmektedir. Divan-ı Ahkam-ı Adliye'nin talebi üzerine Şura-yı Devlet ve Meclis-i Mahsus-ı Vükela kararıyla sadır olan ferman üzerine Divan-ı Ahkam-ı Adliye bünyesinde dava vekillerinin intiharı ve intihabı için bir komisyonun

²³ Durhan (n 18) 32-33.

²⁴ Nizamname metni için bkz. BOA, İ.MMS., 36-1505.; BOA, Y.EE., 41-128.; BOA, Y.EE., 41-129.; Düstur, I. Tertip, C. I, s. 328-342.; Takvim-i Vekayi, No: 1056, 8 Zilkade 1285.;

²⁵ Ali Turan, Türk Hukuk Tarihinde İlk Temyiz Mahkemesi Divan-ı Ahkam-ı Adliye (Adalet 2022) 254.

²⁶ Durhan (n18) 33-34.

²⁷ Özkent (n 13) 42.

kurulması kararlaştırılmıştır. Ceride-i Mehakim'in 2 Receb 1290 tarihli 19. nüshasında yayınlanan Mehakim-i Nizamiye Dava Vekillerinin Usul-i İntihabları ve İmtiyazlarına Dair Kararname öncesinde söz konusu kararnameye ilişkin şu bilgiler nakledilmiştir:

“Mahkemelerde dava vekâleti her devlette bir sınıf-ı mutebere mahsus olup bir kimsenin fenn-i hukuk ve kavanin ve sair fûnun-ı mütenevviayı tahsil ile bî'l-ımtihan derece-i liyakatine göre şahadetname almadıkça bu sınıfa dahil olamadığından şehadetnamesi bulunan vekiller hükümet ve ahali nazarında mazhar-ı hürmet ve riayet olur. Bizde ise dava vekâletinde bulunanların ehliyet ve emniyet ile muttasıf olanları na-ehil ile mahlût ve ekseriyet içinde gaip olduklarından erbab-ı kabiliyet ve liyakat bu silke duhûl ve rağbetten müctenib oluyor. Dava vekâleti ise hukuk-ı nassın esbab ve vesait-i teminatından olduğu cihetle saye-i ma'delet-vaye-i hazret-i mülûkanede mehakim-i nizamiyece bir taraftan icra kılınmakta olan ıslahat ve tanzimat müteferriat-ı mühimmesinden olmak üzere işbu vekillerin dahi bir nizam tahtına idhaliyle hem mehakimin ve hem de ashab-ı hukukun temin-i muamelatı elzem görünerek ol babda Divan-ı Ahkam-ı Adliye Nezaret-i Celilesi'nin istizanı ve Şura-yı Devlet ve Meclis-i Mahsus-ı Vükela kararıyla müteallik ve şeref-sudûr buyrulan emr-i ferman-ı hümayun-ı hazret-i padişahi mucebince divan-ı mezkûr devairi azasından müntehab bazı zevattan mürekkebe Babialî'de bir komisyon teşkil olunmuştur. Zirde tahrir olunan kararnameden anlaşılacağı üzere işbu komisyonun vazife-i asliyesi elhaleti hazihi mehakim-i nizamiyede dava vekâleti edenlerin celbiyle imtihan ve intihablarını icra ve ehliyetleri tebeyyün edecek olanlarına şehadetnameler ita etmek hususu olup bundan böyle silk-i vekâlete dahil olacaklar için sıfat ve şerait-i lazime karargir olduğu misillü vekillerin ve zaif ve harekatı ve teferruatı hakkında bir nizamname dahi kaleme alınmakta bulunmuş olduğundan ve emr-i imtihan ve intihaba işbu şehir-i Cemaziyelahirenin yirmi yedinci Çarşamba günü şûrû' olunarak haftada iki defa yani Cumartesi ve Çarşamba günleri komisyon bu işe devam edeceğinden ve tarih-i ilandan itibaren nihayet dört mah hitamından sonra intihab komisyonuna gelmeyen ve şehadetname almayanlar ve inde'l-ımtihan isbat-ı liyakat ve emniyet edemeyenler dava vekâleti ile mehakimde kabul olunmayacağından buralarının ihtarıyla beraber dava vekâleti ile meşgul olanların ve sıfat-ı lazimesini haiz olarak bu silke dahil olmak isteyenlerin zikrolunan günlerde komisyona gelmeleri ilan kılınır²⁸.”

²⁸ Ceride-i Mehakim, No: 19, 2 Receb 1289, s. 238-239.

Bu malumattan sonra Mehakim-i Nizamiye Dava Vekillerinin Usul-i İntihabları ve İmtiyazlarına Dair Kararname şu şekilde neşredilmiştir:

“Divan-ı Ahkam-ı Adliye dairesinden teşkil olunan komisyon zikrolunan dava vekillerin haftada iki gün yani cumartesi ve çarşamba günlerinde imtihan ve intihablarını icra eyleyecektir.

Dava vekâleti için komisyona müracaat edecek olanlardan sinn-i rüşde yani yirmi bir yaşına balığ olmayanlar ve mehakim-i mecalisde ve sair devair-i resmîyede memuriyeti olanlar [ve] mücazat-ı terziliye ve terhi-biye ile mahkumen habs olunmuş bulunanlar ve izhar-ı iflas etmiş oldukları tebeyyün edenler kabul olunmayacak ve dava vekâletine me-zuniyeti havi şehadetname alamayacaklardır.

Komisyona celb olunacak dava vekillerinin mutlaka Türkçe okuyup yazmaya veyahud yalnız Türkçe okumaya muktedir olmaları ve Türkçe kitabeti olmayanların behemehal diğer bir lisanda kitabete kadir olması meşrut idüğinden kıraat ve kitabet hakkında komisyon bu esasa göre icra-yı imtihan eyleyecektir.

Kavanin-i hukukiye-i Devlet-i Aliyye’nin ahkamı üzerine komisyonda tertib edilecek es’ileye tevfiikan imtihana dahil olacak dava vekillerinin verecekleri cevaplar zabt olunup bazı dava-yı mahsusa üzerine kendilerine komisyon huzurunda icabına göre tahriren beyan-ı mütalaa etmeleri dahi teklif olunacaktır. Dava vekillerinin sinn ve memleket ve menşe ve malumatlarına ve ahval-i mahsusalarına dair komisyonda bir cedvel tutularak imtihanın hitamında cedvel-i mezkur Nezaret-i Ahkam-ı Adliye’ye takdim kılınacak ve vekillerin sınıf ve vazifeleri kararlaştırılacaktır.

Tebaa-yı ecnebiyeden olan dava vekilleri hakkında Hariciye Nezaret-i Celilesi ile bi’l-muhabere verilecek karara göre komisyonca ittihaz olunacak muamele başkaca ilan kılınacaktır²⁹.”

Yukarıda Ceride-i Mehakim’den nakledilen ilanda “...vekillerin vezaif ve harekatı ve teferruatı hakkında bir nizamname dahi kaleme alınmakta...” ifade-sinde hazırlanmakta olduğu ifade edilen nizamname, Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname’dir. Özkent’e göre Divan-ı Ahkam-ı Adliye bün-

²⁹ Ceride-i Mehakim, No: 19, 2 Receb 1289, s. 239-240.

yesinde tesis edilen intihab ve imtihan komisyonu müracaatta bulunan kişileri imtihan ederek hak edenlere şehadetname vermiş ve bu vazifesi Mekteb-i Hukuk'un ilk talebelerini yetiştirdiği zamana kadar devam etmiş ve ondan sonra dağılmıştır.³⁰

B. Osmanlı Devleti'nde Kurulan İlk Barolar ve Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname

1. Osmanlı Devleti'nde Kurulan İlk Barolar: Ecnebi Barosu ve Osmanlı (İstanbul) Barosu

Osmanlı Devleti'nde ilk baro teşkilatının tam olarak ne zaman kurulduğu sorusuna henüz sarıh bir cevap bulunamamıştır³¹. Fakat şu bir hakikat ki tarihimizdeki ilk baro yabancı avukatlarca kurulmuştur. Özkent, bu meseleyi “Ecnebi hukuk adamlarının memleketimize hücumu” şeklinde ele almış ve yabancı hukuk adamlarının Osmanlı Devleti'nde yoğun bir şekilde bulunmasını Tanzimat sebebiyle batı hukukunun benimsenmesine ve buharlı makinelerin icadıyla birlikte dünyanın uzak yerlerinde bulunan malların, haberlerin ve zihniyetlerin kolay bir şekilde bir yerden başka bir yere taşınmasına bağlamıştır³².

Abdurrahman Adil, Osmanlı Devleti'nde kurulan ilk baroya ilişkin olarak şu malumatı nakletmiştir:

“Baro müessesesi memleketimizde ilk defa olmak üzere ecnebi avukatlarının teşebbüsüyle mukaddimesi vücuda getirilmiş bir müessesedir. Bu müessesenin ilk vücuda geldiği zamanın tarihi daha tesbit edilememiştir. Ancak şurası malumdur ki bu müessese 1870 senesinden evvel İstanbul'da vücud bulmuş ve o zaman namına ‘Chambre des avocats de constantinople’ (İstanbul Avukatlar Odası) unvanı verilmiştir. 1870'te İstanbul Avukatları Odası reisliğine intihab edilmiş olan İtalyalı avukat Mösyö Rozasko (Rosasco) ber-hayatdır. Mösyö Rozasko intiha-

³⁰ Özkent (n 13) 44.

³¹ Yapılan çalışmalarda ekseriyetle ilk baronun yabancılarca 1870 yılında kurulduğuna vurgu yapılmaktadır. Bkz. Nevin Ünal Özkorkut, ‘Savcılık, Avukatlık ve Noterlik Kurumlarının Osmanlı Devleti'ne Girişi’ (2003) 52 (4) AÜHFD 152.; Şerafettin Can Erdem, ‘Cumhuriyet Öncesinde Avukatlık ve İstanbul Barosu'nun Kuruluşu’ (2018) (39) Türk Kültürü İncelemeleri Dergisi 145.; Toprak, yabancılarca kurulan bu ilk baronun kuruluş tarihini 1872 olarak vermektedir. Bkz. Zafer Toprak, ‘Baro’, in Nuri Akbayer vd. (ed), *Dünden Bugüne İstanbul Ansiklopedisi* Cilt 2 (Kültür Bakanlığı ve Tarih Vakfı Yay. 1994) 59.

³² Özkent (n 13) 46.

bının ikinci devr-i senevvisinde 'Letters de change' yani emre muharrer senedat ile poliçeler hakkında bir konferans verdi. Frenkler her sene teşrin-i evvel ibtidasında adliyede bir resm-i küşâd icra ederler ki en müstahsen adetlerinden biridir. Bu adet bizde daha iktibas ve tatbik edilememiştir³³."

Yabancıların kurduğu baroya ilişkin olarak çok fazla malumat bulunmamakla birlikte, söz konusu barodan kalan birkaç belge mevcuttur. Bu belgelerden biri, baro reisi olan Georges Furlani'nin, kabulünden bir buçuk ay kadar sonra Kanun-i Esasi'ye dair yapmış olduğu ve İstanbul'da Fransızca olarak basılan genel kurul konuşmasıdır³⁴. Bu barodan kalan bir diğer mühim belge de 1870 ve 1876 tarihlerinde basılmış olan tüzüğüdür³⁵. 1876 tarihli tüzüğün arkasına baronun mevcut üyeleri, yöneticileri ve fahri üyelerinin bilgileri de eklenmiştir. Listeye göre baroya kayıtlı 33 avukattan on tanesi Yunan, beşi İngiliz, dördü İtalyan, üçü Fransız, ikisi Avusturya-Macaristan, ikisi Belçikalı, biri Rus ve yalnızca altısı Osmanlı'dır. Osmanlı olan üyelerden Aleksandre Meriem-Kouli, Georges Apostolides, ve Miltiades Jakobo Rum; Vincent Hocotzian, Vitchev Servicen ve Hoannes Bey Alexanian ise Ermeni'dir³⁶. Görüldüğü üzere bu baroda Türk ve Müslüman herhangi bir avukat bulunmamaktadır³⁷.

³³ Abdurrahman Adil, 'Dersaadet Avukatlar Odası' (1341) 19 Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye 274.

³⁴ Bu konuşma eski Türkçe'ye de tercüme edilmiş ve belgenin başında "Kanun-ı Esasi-i Memaalik-i Devlet-i Aliyye'nin neşr ve ilanı münasebetiyle Dersaadet'te Avukatlar Cemiyet-i Daimesi'nin o sırada reis-i evveli bulunan Mösyö Furlani tarafından meclis-i umumi-yi cemiyet-i mezkurede kanun-ı mezkurun tahsin ve takdiri hakkında irad olunan nutkun aynen tercümesidir." şeklinde takdim edilmiştir. Bkz. BOA, Y.EE., 71-18.; Bu konuşma, Ali Adem Yörük'ün kısa bir takdim yazısıyla birlikte yeni harflerle de yayınlanmıştır. Bkz. Tugay Aydın, 'Barreau De Constantinople Reisi Georges Furlani'nin Kanun-ı Esasi'ye ve Osmanlı Hukukuna Dair Konuşması (La Constitution Ottomane, 1877)' (2022) (33) Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları 49-63.

³⁵ Ecnebi Barosu tüzüğünün yeni harflerle basımı için bkz. Atilla Sav ve Musa Toprak (haz), *Türkiye'de Savunma Mesleğinin Gelişimi* (2. Baskı, TBB 2015) 29-41.

³⁶ Tugay Aydın, 'Türkiye'de Avukatlığın Tarihi ve İlk Kurulan Barolar Hakkında', (2023) (71) Adalet Dergisi 507.

³⁷ Özkent, Osmanlı topraklarında kurulan ilk baroda herhangi bir Türk üyeye rastlanılmaması hususunda şu ifadeleri kullanmıştır:

"Osmanlı İmparatorluğu tahtının kurulu olduğu yerde ve hatta bütün Osmanlı ülkesinde, tahsil görmüş, müstakil, meslek sahibi tek bir avukat veya dava vekili bulunmadığı halde öbek öbek ecnebi avukatların yurdumuza gelip yerleşmesi çok acınacak bir şeydir. Türk yurdunda adaleti dağıtma işine yardımcı teşekkülünün ilk defa ecnebi avukatlar tarafından kurulması, ondan daha çok acınacak ve yüzlerimizi kızartacak bir vakıadır. 38 azası içerisinde de bir tek Türk'e tesadüf edilmemesi ise hepsinden acıklıdır. Resmî ve adli bir teşekkül olması dolayısıyla öz vatan evlâdından teşekkül etmesi lâzım gelen Baro'nun 68 yıl önce ecnebler tarafından

Yabancılarca kurulan baro zamanla eski ehemmiyetini yitirmekle birlikte II. Meşrutiyet zamanına kadar varlığını sürdürmüştür³⁸. Abdurrahman Adil'in bildirdiğine göre meşrutiyetin ilanından sonra ecnebi barosunun başında İngiliz avukat Mösyö Miçi bulunmaktaydı. Hatta bu avukat, Paris Barosu'nun tertip ettiği yüz yıl bayramına ilişkin olarak kendisine ulaştırılan davetiye "Bu davet ecnebi barosuna hitab olamaz, meşrutiyetini ilan etmiş olan Osmanlı milleti barosuna aid olmak lazım gelir." diyerek Osmanlı Barosu'na yönlendirmiştir³⁹.

İlk milli baromuz olan Osmanlı (İstanbul) Barosu,⁴⁰ Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname'nin yürürlüğe girmesinden sonra kuruldu. İlgili nizamnamenin "*Dava vekillerinin umûr ve hususatına bakmak ve Nezaret-i Ahkam-ı Adliye tarafından icra olunacak tebligat-ı resmîyeye vasıta ittihaz kılınmak üzere bir cemiyet-i daimî tesis olunacaktır.*" şeklindeki 30. maddeye binaen 5 Nisan 1878'de toplanan Osmanlı Barosu ilk genel kurul toplantısını gerçekleştirmiş, ilk başkan ve yönetim kurulu üyelerini seçmiş ve ilk levhasını oluşturmuştur⁴¹. Bu genel kurulda baronun en yaşlı üyesi olan Rum asıllı Kostaki Sardenski tarafından bir açılış konuşması da yapılmıştır⁴². Kostaki Sardenski'nin

teşkil edilmiş olduğunu ve bunların içinde bir tek Türk bulunmadığını o tarafa, bugün ise Türkiye'de 32 Millî Baro bulunduğunu ve 1654 avukat ve 905 dava vekili içinde, o da Lozan muahednamesi mucibince mütesep hakları var diye dokunulmayan ve sayılan dörde beşe inen ve fakat mahkemelerde müdafaada bulunmayan ecnebî hukuk müşavirlerinden başka, Rum, Ermeni, Yahudi olmak üzere 125 avukat bulunup, 2334'ünün Türk olduğu (...) bu tarafa korskak aradaki baş döndürücü farkın millî gururumuzu ne kadar okşayacağını anlamakta zorluk çekmeyiz. Bugünleri bize gösteren, millî şuur ve o şuuru daima kamçılayarak her şeyde ön safa geçiren millî idaredir. Türk ve ecnebî iş sahiplerinin kendilerine müracaat ederek Türk kaza makamları önünde hakkını almaya tavsit ettiği bugünkü avukat nesil, geçmişin bu yüz kızartıcı misalini bir dakika gözlerinden uzak bulundurmamalıdır." (Özkent (n 13) 49.)

³⁸ Özkent (n 13) 47.

³⁹ Abdurrahman Adil, 'Baronun İlgası, Sami Efendi, Cevdet Paşa ve Said Paşa ve Ali Şehbaz Efendi' (1340) 17 Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye 243.

⁴⁰ Abdurrahman Adil, ilk milli baroyu bu şekilde isimlendirmektedir. Bkz. "İstanbul'da iki baro teessüs etmiş idi. Biri Osmanlılarla ecnebi avukatların muhtelit teşkil ettikleri baro ki buna Osmanlı Barosu itlak olunur idi. Diğeri ecnebi barosu idi ki yalnız ecnebi avukatlardan mürekkep idi." (ibid 243.)

⁴¹ Bu tarih, İstanbul Barosu'nun kuruluş tarihi olarak kabul edilmektedir. Bkz. Osman Kuntman, *Türkiye'de Avukatlık Mesleğinin, İstanbul Barosunun Tarihçesi ve Yabancıların Kurduğu Baro* (Ufuk Matbaası 1988) 20.; Kuntman'ın bu eserini benimle paylaşan Av. Tugay Aydın'a müteşekkirim.

⁴² Kostaki Sardenski'nin bu nutku ayrıca kitap olarak neşredilmiştir. Bkz. Kostaki Sardenski, *Heyet-i Vükela-yı Deavi-yi Dersaadet-Rif'atlu Kostaki Sadenski Efendi'nin Nutkudur* (Matba-yı Manukyan 1294). Eser için bkz. İBB Atatürk Kitaplığı, Demirbaş: Bel_Osm_K.03111, Yer No: 815 SAD 1294 H/1878 k.1/1.; Bu nutuk yeni harflerle de neşredilmiştir. Bkz. Tugay Aydın, 'İs-

açılış konuşmasının basıldığı kitabın arkasına, Osmanlı Barosu'nun üyeleri de eklenmiştir. Üç sınıfa ayrılan üyelere İbrahim, Edvar İd, Artin Bekyan, Artin Haçaduryan, İsmail Hakkı, Anderya Fokidi, Andon Efker, Ohannes Mosdacyan, Bedros Şaşayan, Bogos Mıgırdıçyan, Cebraıl Gregor, Cevani Efker, Hüseyin Fikri, Hasan Fehmi, Harutçyan Sebelyan, Rosulato Fransuva, Serope Basmacıyan, Serope Aznavar, Simon Tıngiroğlu, Simonidi, Toros Saraçyan, Osman Nuri, Aleksandr Meryem Kuli, Avadis Kolulyan, Avadis Yordamyan, Kostaki Sardenski, Kasbar Gülbekyan, Kirkor Gazazoğlu, Kiğork Deroğ, Mehmed Şehrî, Mehmed İzzet, Mehmed Ali, Mişel Duriza, Nazaret Haçeryan, Nazaret Şahbaz, Nikola Mikri, Vasilaki Tiryakioğlu, Viçen Serviçen, Viçen Hokosyan, Yani Zisi, Yorgi Apostolidi, Yorgi Dale, Françesko Miltiyadi Toroni ve İlya Malyake birinci sınıf; Agop Mercekyan, Oseb Ergayan, Hüseyin Şükrü, Hamparsum Ömeryan, Rupen Tütüncüyan, Rupen Kuyumcuyan, Zenob Derunyan, Serkis Esmeryan, Seyyid Ali, Todoraki Bostancıoğlu, Avedis Beşeryan, Karabet Gürciyan, Lazaraki Macarinos, Manuk Narlıyan, Mıkırdıç Esasyan, Mehmet Naim ve Ali Rıza ikinci sınıf; Kiğork Mardiroşyan ve Mardiros Kolulyan ise üçüncü sınıf dava vekilidir. Yine Heyet-i Cemiyet-i Daime ise reis-i evvel Aleksandr Meryem Kuli, reis-i sani Mehmed Şehri ile azalardan Karabet Gürci (azalıkla birlikte Katib ve Sandık Emni), Bedros Şaşayan, Kostaki Sardenski ve Agob Mircikyan'dan oluşmuştur⁴³.

Osmanlı Barosu'na ait elde bulunan ikinci levha 1296 (1880) tarihli. Bu levhaya göre reis-i evvel Rosulato, reis-i sani ise Nazaret Haçeryan'dır. Heyet-i Daime'nin azaları ise Karakin Melekyan, Edvar İd, Mehmet Ali ve Manok Narlıyan'dan oluşmaktadır. Bu dönemde baroya kayıtlı olan avukat sayısı 105'tir⁴⁴. Bu çalışmaya konu olan dahili nizamname de bu tarihlerde kabul edilmiştir.

2. Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname

Osmanlı Devleti'nde avukatlık mesleğini resmi manada kuran ve bu meslek erbabını düzenleme altına alan ilk düzenleme, 16 Zilhicce 1292 (13 Ocak 1876) tarihli Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname'dir⁴⁵. Fransa⁴⁶ örnek alın-

İstanbul Barosu'nun İlk Genel Kurul Toplantısı, İlk Levhası ve Kostaki Sardenski'nin Nutku (5 Nisan 1878)' (2020) (30) Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları 113-127.

⁴³ Sardenski (n 42) 24-27.

⁴⁴ Özkent (n 13) 62.; Rıza Nur, 'Memleketimizde Avukatlık ve İstanbul Barosunun Tarihçesi II' (1933) (83-11) İstanbul Barosu Mecmuası 436.

⁴⁵ Nizamname için bkz. Düstur, I. Tertip, C. 3, s. 198-207.

⁴⁶ Gülnihal Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi* (2. Baskı, TTK 2010) 127.

rak hazırlanan bu nizamname dört fasıl şeklinde tertip edilmiş olup kırk maddeden ibarettir. Nizamnamede ayrıca “mevadd-ı muvakkate” ve “hatime” de mevcuttur.

Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname’nin birinci faslı “Dava vekâleti silkine duhûl ve kabulün şeraiti beyanındadır” başlığını taşımaktadır. Nizamnamenin birinci maddesi, Divan-ı Ahkam-ı Adliye Nezareti’nden ruhsat almayanların dava vekili olmalarını yasaklamıştır. Dava vekili olabilmek için gereken şartlar ikinci maddede düzenlenmiştir. Bu hükme göre dava vekili olabilmek için gereken şartlar şunlardır:

- Mekteb-i Hukuk’tan mezun olmak⁴⁷ ya da dışarda hukuk tahsili görmüş olup buradan alınan diplomayı Mekteb-i Hukuk’a tasdik ettirmek,
- 21 yaşını tamamlamış olmak,
- Devlet memuru olmamak,
- Mücazat-ı terziliye (yüz kızartıcı cezalar) ve terhibiyye (ağır cezalar) ile mahkum olmamak,
- İflas etmemiş olmak ya da iflas etmiş olmakla birlikte kanunen iade-i itibar yapılmış olmak.

⁴⁷ Nizamnamenin kabul edildiği bu dönemde 1874 yılında Mekteb-i Sultani bünyesinde kurulan Mekteb-i Hukuk-ı Sultani ikinci ders yılı içiresinde idi. Akabinde 1878 yılında Adliye Nezareti bünyesinde kurulması kararlaştırılan Mekteb-i Hukuk 1880 Haziran ayında eğitime başladı. 1881 yılında Mekteb-i Hukuk-ı Sultani’de bulunan öğrenciler de Mekteb-i Hukuk’a nakledildi. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Cemil Bilsel, *İstanbul Üniversitesi Tarihi* (Kenan Matbaası 1943) 57-65.; Fethi Gedikli, ‘İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ne Zaman Kuruldu?’ (2011) LXIX (1-2) İÜHF 95-101.; Ali Adem Yörük, ‘Mekteb-i Hukuk’un Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900)’ (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü 2008) 23-43, 174.; Nuran Koyuncu, ‘Hukuk Mektebi’nin Doğuşu’ (2012) XVI Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 168-176.; Nizamnameye göre her ne kadar dava vekilliği mesleğini yerine getirecek olanlar için Mekteb-i Hukuk’tan mezun olma şartına yer verilse de söz konusu okulun tek başına mevcut olan ihtiyacı karşılayabilmesi zordu. Dolayısıyla mezun sayısının yetersizliği ve mezun olanların birçoğunun dava vekilliği mesleğini yapmamasından dolayı Mekteb-i Hukuk mezunu olmayanlar da imtihan ile dava vekaletini icra etmiştir. (Fatmagül Demirel, *Adliye Nezareti Kuruluşu ve Faaliyetleri (1876-1914)* (2. Baskı, Boğaziçi Üniversitesi Yay. 2010) 280.); Mesela şer’iye mahkemelerinde görev alacak kadı ve naib gibi görevlileri yetiştirmek üzere kurulan Muallimhane-i Nüvvab okullarından mezun olanların bir kısmı da dava vekilliği yapmıştır. Bkz. Kemal Yıldız ve Ferda Esengün Hasekioğlu, ‘Muallimhane-i Nüvvab’dan Medresetü’l-Kudât’a Osmanlı’nın Son Döneminde Kadı Yetiştiren Okullar’ (2019) (34) İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi 432.; Hakan Oğuz Yurtdakal ve Salih Korkmaz, ‘Tanzimat Dönemi Hukuk Eğitimi’nde Muallimhane-i Nüvvab Okulları Üzerine Bir İnceleme’ (2023) 8 (1) Uluslararası Türkoloji Araştırmaları ve İncelemeleri Dergisi 28.

Nizamnamenin üçüncü maddesine göre dava vekâleti için gereken şartları taşıyıp da dava vekâleti silkine dahil olmak isteyenler Divan-ı Ahkam-ı Adliye Nezareti'nde bulunan komisyona tercüme-i hal ile menşe ve mesleklerini içeren bir dilekçe vererek cetvele isimlerini kaydettirip mühürlü bir ruhsatname almalıdır⁴⁸. Verilen her şahadetname için Divan-ı Ahkam-ı Adliye veznesine “beş adet yüzlük Osmanlı altını” harç yatırılmalıdır (madde 4). Yine nizamnamenin beşinci maddesine göre ruhsatname alan dava vekilleri her senenin Mart ayında kayıtlarını yenilemelidir.

⁴⁸ Yalnızca hukuk mektebi mezunu ve ruhsatname alanların dava vekilliği yapabilecek olması, avukatlığın müstakil bir meslek olmasında mühim bir aşama idi. Fakat 20 Zilhicce 1303 (19 Eylül 1886) tarihinde alınan kararla yalnızca ceza davalarında bu usulün geçerli olacağı ve hukuk davalarında herkesin vekillik yapabileceğine karar verildi. Gerekçe olarak da söz konusu “*kararın cereyanında adem-i istikamet ve Mecelle ahkamına mugayerat*” hususuna işaret edilmişti. (Bkz. Dava Vekâletinin Ruhsatname İstihsal Edenlere İnhisarı Hakkındaki Hüküm-i Nizamın Umur-ı Cezaiyeden Maada Deavide Lağvına İlişkin İrade-i Seniyye, Düstur, I. Tertip, C. 5, s. 520-521.); Bu karar Ceride-i Mehakim’de şu şekilde yayınlandı: “*Dava vekâletinin ruhsat-ı resmiye istihsal etmiş olanlara münhasır tutulması hakkındaki kararın cereyanında adem-i istikamet ve Mecelle ahkamına da mugayerat görüldüğü cihetle umûr-ı cezaiyeden maada deavide inhisar-ı cariyeinin ilgası hakkındaki Şura-yı Devlet’ten tanzim ve Meclis-i Mahsus-ı Vükela’da tezyil olunan mazbata vechile iktizasının ifası hususunda fi 20 Zilhicce sene 303 ve fi 7 Eylül sene 302 tarihinde irade-i seniyye-i cenab-ı padişahi şeref-müteallik buyrulmuştur.*” (Ceride-i Mehakim, No: 362, 17 Muharrem 1304, s. 3711-3712.); Söz konusu olayı “baronun ilgası” olarak değerlendiren Abdurrahman Adil’e göre bu kararın verilmesine sebebiyet veren olay şu şekilde cereyan etmişti: Baro katibi, baroya ilişkin bir mesele için Umur-ı Hukukiye müdürü Süleymaniyeli Sami Efendi’ye müracaat etmiş ve Sami Efendi baronun şeref ve haysiyetini ihlal edecek sözler sarf etmişti. Bu hadiseyi haber alan baro reisi Rosulato da baro adına Sami Efendi’den tarziye talep etmişti. Abdurrahman Adil, Sami Efendi’nin bu hususta II. Abdülhamid’e maruzatta bulunmuş olmasının kuvvetle muhtemel olduğu kanaatindedir. Abdurrahman Adil, iddialarının devamında ilginç bir husus daha aktarmaktadır. Buna göre 1317 senesinde bir muhavere sırasında padişahın Sadrazam Said Paşa’ya “*Dava Vekilleri Cemiyeti’ni niçin ibkâ ettiniz?*” diye sorulması üzerine “*Dava Vekilleri Cemiyeti adliye teşkilat ve erkanından ma’dûddur, vücudı muktezidir diye cevap yazılmıştır.*” Abdurrahman Adil’e göre baronun tamamen ilga edilmemesine bu cevap yardımcı olmuştur. Abdurrahman Adil, bu neticelere bakıldığında Cevdet Paşa’nın statükoyu ihlale taraftar olmadığı kanaatini de belirtmektedir. Ona göre Cevdet Paşa ya hukuk davalarında herkesin dava vekâleti edebileceğine kani olmuş ya da bununla iktifa ederek işin içinden sıyrılmıştır. Abdurrahman Adil, bu kanaatine gerekçe olarak Ali Şehbaz’ın “*Dava Vekilleri*” adlı makalesinin, kararın ilan edildiği Ceride-i Mehakim nüshasında yayınlanmış olmasını göstermiştir. (Abdurrahman Adil (n 39) 244.); Abdurrahman Adil bir başka yazısında ise bir Rus’un (Rosulato) baro başkanı olmasının, II. Abdülhamid’in baroyu feshine sebebiyet verdiğini belirtmiştir. Bkz. Abdurrahman Adil, ‘*Meşrutiyette İlk Batuniye*’ (1340) 16 Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye 219.; Ceride-i Mehakim’de bu kararın yayınlandığı sayıda kararın izahı için bir makale de neşredilmiştir. Ali Şehbaz, söz konusu kararın muvakkat bir karar olduğunu, “*dava vekilleri mesleklerine mütenasip hal ve harekette bulunduklarını bilfiil isbat eyledikleri takdirde usul-i inhasarın avdet edeceği*” kanaatini ifade etmiştir. Bkz. Şehbaz, ‘*Dava Vekilleri*’ (1304) (362) Ceride-i Mehakim 3714-3717.; Ayrıca aynı makale için bkz. Ali Şehbaz, ‘*Dava Vekilleri*’ (1340) 17 Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye 245-248.

Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname'nin 7 ila 19. maddeleri arasında düzenlenen ikinci faslı, "Dava vekillerinin vezaifine ve mesuliyetlerinin derecatına dairdir" başlığını taşımaktadır. Bu kısımda dava vekilleri için birtakım müeyyidelere yer verilmiştir. Yedinci maddeye göre dava vekili, hususi vekâlet verilmesi halinde vekâletnamenin asıl suretini; umumi vekâlet verilmesi halinde ise tasdikli bir suretini muhakeme öncesinde davanın görüleceği mahkemeye ibraz etmelidir. Bir davaya tayin olunan vekilin hususi ve umumi vekâletnamesinin bulunmaması ya da müvekkili muhakeme öncesinde mahkeme huzurunda onu tevkil etmemesi halinde daha evvel vekâletsiz şekilde yapılan tüm işlemler keenlemeyekün sayılacak ve bundan dolayı zarara uğrayanların talepleri halinde ortaya çıkan zarar vekilden tazmin ettirilecektir. Ayrıca yapılan işin derecesine göre bu vekillerden bir Osmanlı altınından üç Osmanlı altınına kadar ceza-yı nakdi alınacak ve bilhassa bu vekil dava vekâleti silkine kayıtlı bir vekil ise ayrıca sekiz günden altı aya kadar muvakkaten meslekten uzaklaştırılacaktır (madde 8). Yine nizamnamenin on üçüncü maddesine göre vekilin ihmali, kayıtsızlığı ve vazifesini kötüye kullanması durumunda ortaya çıkacak zararlar vekilden tazmin edilecek; ayrıca yarım altından üç adet Osmanlı yüzlük altınına kadar ceza-yı nakdi alınacaktır. Mahkum olan vekil dava vekâleti silkine kayıtlı ise yine dava vekâletinden muvakkaten uzaklaştırılacaktır. Bu maddede muvakkaten uzaklaştırma için muayyen bir süre tayin edilmemiştir. Meşru bir sebep olmadan vekillikten istifa eden ve bu sebeple müvekkilinin kanuni bir süreyi kaçırmışından dolayı meydana gelen zararlar vekilce karşılanacaktır (madde 16). Muhakeme sırasında gerek sözlü gerekse de yazılı bir şekilde mahkemenin veya devletin şahsiyetini zedeleyecek söz ve fiillerde bulunan dava vekili, Usul-i Muhakeme-i Ticaret Kanunu'nun üçüncü faslının ahkamına göre mesul olacaktır (madde 17).

Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname'nin 20 ila 29. maddeleri arasında düzenlenen üçüncü faslı, "Dava vekilleri ücretlerinin suret-i tahdîd ve tahsiline dairdir" başlığını taşımaktadır. Nizamnamenin yirminci maddesine göre ruhsatnameli dava vekillerinin müvekkillerinden alacakları ücretler, nizamnameye eklenmiş olarak neşredilen tarifeye⁴⁹ göre tahsil edilecektir.

⁴⁹ Bkz. "Ruhsatnameli Dava Vekillerinin Ashab-ı Deaviden Alacakları Ücretlerin Tarifesidir", Düstur, I. Tertip, C. 3, s. 207-209.

Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname'nin dördüncü ve son faslı "Dava vekilleri cemiyetinin suret-i teşkil ve vezaifi beyanındadır" başlığını taşımaktadır. İlk milli baronun kurulmasına vesile olan söz konusu nizamnamenin bu kısmında "Dava Vekilleri Cemiyeti'nin teşkili, işleyişi ve vazifeleri ele alınmıştır. Nizamnamenin otuzuncu maddesine göre dava vekillerinin işlerine bakmak ve Divan-ı Ahkam-ı Adliye Nezareti tarafından icra olunacak resmi tebligatlara aracı olmak üzere bir "cemiyet-i daime" tesis olunacaktır. Tesis olunacak bu cemiyet bir reis-i evvel, bir reis-i sani ve dört azadan ibaret olacak ve bu heyet İstanbul'da oturup dava vekâletine mezun olan dava vekillerinin "ekseriyet-i ârâsı" (çoğunluk oyu) ile seçilecektir (madde 31). Reis ve azaların görev süreleri iki sene olup her sene azanın yarısı yenilenecektir (madde 32). Görevi sona eren aza bir sene geçmedikçe yeniden seçilemeyecektir. Reisler için böyle bir şart olmayıp bunların yeniden seçilmelerinde mahsur yoktur. Evvela reislerin daha sonra da azaların bir defada seçilmeleri sağlanacak ve reis-i evvel kendisinin ve reis-i sani ile azaların seçilmelerini Divan-ı Ahkam-ı Adliye Nezareti'ne takriren bildirecektir (madde 33). Cemiyet heyeti seçildikten sonra bu heyet kendi içlerinden birini katip ve sandık emini olmak üzere oy çokluğuyla tayin edecektir (madde 35). Cemiyet-i daimede reisten başka üç aza bulunmadıkça görüşmelere başlanamayacak ve "tesavi-yi ârâ" (oyların eşitliği) halinde reisin bulunduğu taraf üstün sayılacaktır (madde 36).

Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname'nin otuz yedinci maddesinde Dava Vekilleri Cemiyeti'nin vazifeleri şu şekilde sıralanmıştır:

- Dava vekillerinin muamelatına dair Divan-ı Ahkam-ı Adliye Nezareti'nden verilen kararların tebliği,
- Vekiller namına lazım gelen hükümlerin nezarete mazbata ile ifadesi,
- Dava vekillerine mahsus düzenlemelerin tam olarak icrası,
- Dava vekilleri arasında ortaya çıkan anlaşmazlıkların sulhen giderilmesi ve bunun mümkün olmaması halinde neticenin beyanı,
- Dava vekillerinin ücret ve masraflarına ilişkin tarifieden dolayı meydana gelecek olan güçlükler ve ihtilaflar halinde izahat verilmesi,
- Fakir durumda olan dava taraflarının cemiyete müracaatı halinde kendilerine ücretsiz şekilde yardımcı olunması,
- Dava vekâleti silkine dahil olmak isteyenlerin kayıtlarının yenilenmesi için her sene Divan-ı Ahkam-ı Adliye Nezareti'ne defter itası.

Nizamnamenin otuz dokuzuncu maddesine göre Dava Vekilleri Cemiyeti'nin nizamname ahkamına aykırı hareket eden dava vekili hakkındaki yetkisi sırasıyla şu maddelerden ibarettir: İhtarda bulunma, kınama kararı verme, kınanmaya müstahak olan vekilin cemiyet huzurunda reis tarafından azarlanması ve cemiyetin mahall-i mahsusuna kabulden men. Kırkıncı maddeye göre cemiyetçe dava vekili hakkındaki şikayet, görevden uzaklaştırılmasını gerektirecek nitelikte bulunursa sebeplerini ve görevden uzaklaştırma süresini içeren bir mazbata ile Divan-ı Ahkam-ı Adliye'ye müracaat edilecektir.

Nizamnamenin “mevadd-ı muvakkate” kısmında nizamnamenin neşrinden evvel dava vekilliği yapanların ve Hukuk Mektebi'nden henüz mezun verilmeden dava vekilliğine talip olanların durumu ele alınmıştır. Bu gibi kimselerin dava vekilliği yapabilmesi için Divan-ı Ahkam-ı Adliye Nezareti'nde bulunan komisyonca imtihan⁵⁰ edilmesi ve ruhsatnameye hak kazanması gereklidir. İmtihana girecek olan adayların Türkçe okuyup yazabilmelidir. Türkçe kitabeti bulunmayanlar ise başka bir dilde meramını anlatmaya muktedir olmalıdır. Yapılan imtihan ise Osmanlı Devleti adli kanunlarından ve muhakeme usulünden icra edilecektir. Yine bu mevadd-ı muvakkateye göre imtihan edilen dava vekilleri ehliyetlerine göre üç sınıfa ayrılmaktadır⁵¹. Birinci sınıf dava vekilleri nizamiye mahkemelerinin her derecesinde; ikinci ve üçüncü sınıf dava vekilleri ise yalnızca bidayet ve istinaf mahkemelerinde dava vekilliği yapabilecektir. İkinci ve üçüncü sınıfa dahil olup da bir sene geçtikten sonra üst sınıfa dahil olmak isteyen dava vekilleri, komisyona müracaat ederek yeniden imtihana tabi tutulacaklardır. Dava Vekilleri Cemiyeti'nin reisleri ile iki azası birinci sınıf dava vekillerinden olmalıdır. Diğer iki aza ise ikinci ve üçüncü sınıf dava vekillerinden seçilecektir. Bidayet mahkemeleri riyasetinde ve istinaf mahkemesi azalığında en az bir sene istihdam olup da vazifeleri sona erenlerden dava vekilliği yapmak isteyenler imtihtandan muaf tutularak birinci sınıf dava vekilliğine kaydedileceklerdir. İmtihan usulünün Mekteb-i Hukuk mezun verinceye kadar devam edeceği ifade edilmişse de mezun sayısının azlığı sebebiyle imtihan usulü devam etmiştir⁵².

⁵⁰ Divan-ı Ahkam-ı Adliye Nezareti'ndeki komisyonun imtihan hakkı 1881 yılında kaldırılarak Mekteb-i Hukuk'un imtihan komisyonuna verildi. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Yörük (n 47) 174-178.

⁵¹ Komisyon, derecelendirmeyi sınav sonuçlarına göre yapmıştır. Bkz. Galip Çağ ve Funda Öztürk, 'Osmanlı Devleti'nde Adli Modernleşme: Tanzimat Döneminde Dava Vekilliği (Avukatlık) ve Baronun Ortaya Çıkışı' (2021) 6 (2) VAKANÜVİS- Uluslararası Tarih Araştırmaları Dergisi 547.

⁵² Demirel (n 47) 277.

Nizamnamenin “Hatime” kısmında ise söz konusu nizamnamenin yalnızca İstanbul’da Divan-ı Ahkam-ı Adliye Nezareti’ne bağlı nizamiye mahkemelerinde dava vekâleti icra edecek olanlara mahsus olduğu ifade edilmiştir. Fakat taşrada liyakatsiz kimselerin bu vazifeyi icra etmelerinden dolayı artan şikayetler üzerine söz konusu nizamname 7 Receb 1296 (27 Haziran 1879) “Dava Vekâleti Nizamının Vilâyâtda Dahi İcrasına Dair Adliye Nezareti’nden Vilâyât ile Müstakilen İdare Olunan Mutasarrıflıklara ve Mehakim-i Nizamiye Rüesasına Yazılan Muharrerat-ı Umumiye”⁵³ ile tüm Osmanlı ülkesine teşmil edildi⁵⁴.

Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname, esas itibariyle ülkemizde avukatlık mesleğinin kurumsallaşmasının en mühim basamaklarından biri olarak değerlendirilmiştir. Abdurrahman Adil Eren, söz konusu nizamnameyi şu sözlerle methetmiştir:

*“16 Zilhicce 1292 tarihli Mehâkim-i Nizamiye Dava Vekilleri Nizamnamesi meslek-i muhamat hakkında oldukça etraflı ve güzel ahkamı cami’dir. Kanunlara elfazıyla değil ve fakat takib ettikleri gaye ve maksad itibariyle mana vermek memleketimizde mutad olsa idi bu kanun bile hayli işe yarar ve birçok yolsuzlukların önüne geçerdi.”*⁵⁵

Ali Haydar Özkent’e göre Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname, Türk avukatlığının ve barolarının tarihinde Islahat Fermanı’ndan sonra en mühim ikinci basamağı oluşturmuştur. Öyle ki müellife göre “*milli iradenin avukatlığı yükselttiği tepeye bu basamaktan çıkmış, Türk baroları geniş hürriyet ve istiklal ufkunda yine bu nizamnamenin yarattığı kanatlarla uçabilmiştir.*” Özkent’e göre nizamnamede her ne kadar “avukat” ve “baro” gibi tabirler bulunmasa da ruh ve mana itibariyle bu tabirler karşılanmıştır ve avukatlığın bugün müstakil bir meslek olmasının hakiki müjdeleyicisi bu nizamname olmuştur. Fakat müellif; dava vekilliğinin Osmanlılara mahsus ve münhasır bir meslek olarak düzenlenmemiş olmasını, nizamnamenin “sakat tarafı” olarak nitelemiştir. Zira Dersaadet ve Mülhakatı İdare-i Zabıta ve Mülkiye ve Mehâkim-i Nizamiyesine Dair Nizamnâme’de dahi vekilin Osmanlı tebaasından olması şartı getirilmişti⁵⁶.

⁵³ Düstur, I. Tertip, C. 4, s. 716-717.; Ceride-i Mehakim, No: 3, 26 Receb 1296, s. 20-21.

⁵⁴ Demirel (n 47) 278.

⁵⁵ Abdurrahman Adil, ‘Baronun Tasfiyesi ve Bir Tarihçe’ (1340) 18 Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye 252.

⁵⁶ Özkent’e göre bu nizamnameyle dava vekilliğinin Osmanlı vatandaşlarına münhasır kılın(a)mamasının bazı sebepleri vardı. Evvele Tanzimat ricalinde bu mesleğin “en aziz ve şeref-

II. Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamname-i Dahilisi

Osmanlı Barosu'nun Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname'ye istinaden kabul etmiş olduğu ve çalışmamıza konu olan Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamname-i Dahilisi, bu baronun kabul etmiş olduğu ilk dahili nizamname olması hasebiyle oldukça mühimdir. Bu dahili nizamnameye ilişkin olarak evvela umumi bilgilerin nakledilmesi, akabinde ise muhtevasının tetkik edilmesi faydalı olacaktır.

A. Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamname-i Dahilisi Hakkında Umumi Bilgi

Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamname-i Dahilisi'ne ilişkin olarak arşiv taramasında şimdilik yalnızca bir kayda tesadüf edilebilmiştir. 2 Zilhicce 1306 (30 Temmuz 1889) tarihli belge, Said Paşa'nın mütalaasına arz edilen "Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamname-i Dahilisi unvanını havidir" başlıklı belgeye ilişkindir. Said Paşa, yapmış olduğu tetkikte bu dahili nizamnamenin kuruluşunun ve temel hükümlerinin 1291 tarihli nizamnameye dayandırıldığını; Düstur'un üçüncü cildinde 1292 tarihli Dava Vekilleri Hakkında Nizamname'nin yer aldığını ve bu nizamnamenin dördüncü bölümünde cemiyetin vazifelerine ilişkin bazı hükümlerin bulunduğunu ifade etmiştir. Said Paşa, bu nizamname padişahın (II. Abdülhamit) tahta çıkmasından önceki bir tarihe dayandığı için ortaya çıkış sebebine ve hükümlerinin cereyanına ilişkin bir malumata sahip olmadığını belirtmiş; fakat emredilmesi halinde bu nizamnameye ilişkin kayıtların Babıali'de mevcut olması gerektiğinden bu kayıtlara müracaat ederek malumat elde edilebileceğini söylemiştir⁵⁷. Bu belge, devletin dahili nizamnamenin konuluş sebebini ve icra edilip edilmediğini tetkik ettiğini göstermektedir ki yaklaşık dokuz senelik bir belgeden devletin pek haberdar olmaması da vurgulanması gereken bir husustur.

Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamname-i Dahilisi'ne bazı çalışmalarda kısaca temas edilmekle yetinilmiştir. Abdurrahman Adil, bu nizamnameden şu sözlerle takdim etmiştir:

li amme hizmetlerinden" biri olması hasebiyle resmi bir mahiyetinin bulunduğu ve bu işin yalnızca vatandaş olan memurlarca yapılabileceği kanaati hasıl olmamıştı. İkincisi ise böyle bir kanaat hasıl olsaydı bile kapitülasyonların en şiddetli olduğu bir dönemde Babıali'nin bu kuvveti bir kalemde yıkmaya gücü yetmezdi. Zira birçok yabancı avukat ülkeye gelmiş ve baro kurarak para kazanmaktaydı. Ayrıca bazı yabancılar memur sıfatıyla hükümet işlerinde çalışmaktaydı. Dolayısıyla nizamnameyi hazırlayanlar bu dönemde "vatandaşlık şartını arayamamakta mazur idiler." (Özkent (n 13) 50-51.)

⁵⁷ BOA, Y.EE., 83-22.

“1296 Temmuz’unda İstanbul dava vekilleri kendi cemiyetleri için bir nizamname-i dahili tertib ettiler. Bu zavallı nizamname-i dahili ki - Aristaki Efendi’nin “Cüzdân-ı Kavanin-i Osmaniye”sinde münderiştir-devr-i meşrutiyette nazar-ı itibara alınmadı. Bu nizamname-i dahili tarz-ı tefekkür itibariyle oldukça iyi ve etraflı bir şeydir. Hele baro ictimaat-ı resmîyesinde isbat-ı vücud etmeği mecburi kılması ve isbat-ı vücud etmeyenlere ceza-yı nakdi hükm eylemesi gibi hoş ahkamı dahi camidir. Eğer devr-i meşrutiyet bu nizamname-i dahiliyi nazar-ı dikkate almış olsa idi elli bir rey-i ekseriyet ile dokuz yüz elli altı kişilik bir cemiatin reis-i evvel ve otuz üç rey ile de reis-i sani intihab etmesi gibi garibeler hiç şübhesiz ki vücuda gelmez idi⁵⁸.”

Görüldüğü üzere söz konusu nizamnameyi metheden Abdurrahman Adil, Meşrutiyet döneminde dikkate alınmaması hasebiyle dahili nizamnameyi “zavallı” olarak nitelemiştir.

Ali Haydar Özkent ise bu dahili nizamnameden şu şekilde bahsetmiştir:

“Ecnebi Barosu’nun 1880 tarihli umumî heyet toplantısında kabul ve tasdik edilmiş olan, bir tarafı Fransızca bir tarafı Türkçe yazılı dahili nizamnamesi, üç fasıl ve yedi bab ve yetmiş maddeden mürekkeptir. Fransızcasındaki avukat’ın mukabili Dava Vekili ve Barreau’nun mukabili de Dava Vekilleri Cemiyeti diye gösterilmiştir⁵⁹.”

Görüldüğü üzere Özkent, sehven olsa gerek, bu dahili nizamnameyi ecnebi barosuna nispet etmiştir. Halbuki söz konusu ifadeleri ve devamında muhtevasının bir kısmından bahsettiği dahili nizamname, Osmanlı (İstanbul) Barosu’na aittir.

Dahili nizamnameyi kısaca zikredenlerden biri de Demirel’dir. 1876 tarihli nizamname sonrasında barosunun dahili nizamnamesini Temmuz 1880’de hazırladığını ifade eden Demirel, nizamname için Zeyl-i Lahika-yı Kavanin’e atıfta bulunmuştur⁶⁰.

Hali hazırda elimizde iki tane Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamname-i Dahilisi mevcuttur. Bunlardan biri Arisdakis Kasparyan’ın Zeyl-i Lahika-yı Kavanin’inde

⁵⁸ Abdurrahman Adil (n 54) 252.

⁵⁹ Özkent (n 13) 47-49.

⁶⁰ Demirel (n 47) 287-290.; Fatmagül Demirel, ‘Osmanlı’da Dava Vekilleri Cemiyeti’nin Kuruluşu’ (2005) (16) Güncel Hukuk 60-61.

yer almaktadır⁶¹. Kasparyan'ın neşrettiği "Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamname-i Dahilisi" başlıklı nizamname dört fasıl ve yedi babdan müteşekkil olup yetmiş beş maddeden ibarettir. Nizamnamenin sonunda söz konusu nizamnamenin Temmuz 1880 tarihinde Meclis-i Umumi'de kabul olunduğuna ilişkin not düşünülmüştür. Elde mevcut bulunan ikinci dahili nizamname ise Osmanlı Barosu tarafından 1881'de Türkçe⁶² ve Fransızca⁶³ olarak bir arada neşredilmiştir. Bu nizamname altı bab ve yetmiş maddeden ibarettir. Her iki kısmın sonunda baro reisi olan Rosulato'nun imzası ve cemiyetin mührü mevcuttur. Türkçe nüshanın sonunda "Sıhhati tasdik olunur fî 29 Nisan sene 297 er-Reis Rosulato" ibaresi bulunur. Miladi takvime göre nizamnamenin reis tarafından tasdik tarihi 11 Mayıs 1881'e tekabül etmektedir. Mühürde ise Latince harflerle "Barreau Ottoman 1878" ve Arabi harflerle "Vükela-yı Deavi Cemiyeti 1295" yazıları bulunmaktadır. Fransızca nüshanın sonunda ise "certifié exact: 29 Avril 1881 (S.V.) Le Président du Barreau Rosulato" yazıları ve mühür mevcuttur.

Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamname-i Dahilisi'nin muhtevası, daha evvel yabancılarca kurulan baronun tüzüğüyle de kısmen benzerlik göstermektedir. Dolayısıyla yabancılarca kurulan baronun tüzüğünün, bu konuda sonradan çıkarılan düzenlemeler için yol gösterici olduğu söylenebilir.

Daha evvel belirtildiği üzere elde iki farklı Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamname-i Dahilisi mevcuttur. Bu nizamnameler muhteva itibarıyla hemen hemen aynı olsa da birbirinden farklı hükümler ihtiva edebilmiştir. Başlık isimleri hemen hemen birbirlerine muvafık olsa da başlık numaralandırmaları farklıdır. Yine Kasparyan'ın neşrettiği nizamnamede yetmiş beş madde mevcut iken baronun neşrettiği nüshada yetmiş madde mevcuttur. Kasparyan'ın neşrettiği nizamname, hazırlanan ilk taslak olmalıdır. Fakat sonradan birtakım değişiklikler yapılarak taslağa son şekli verilmiştir. Zira Kasparyan'ın verdiği metnin son maddesi (75. md.) "*İşbu nizamname Türkçe ve Fransızca olarak neşr ve ilan olunacak ve Adliye Nezaret-i Celilesi'ne dahi tebliğ kılınacaktır ve Dava Vekilleri Heyet-i Umumiyesi tarafından kabul olunduktan sonra dört sene mürruna kadar ahkam-ı münderecasınca bir gûna tadilat icra olunmayacaktır.*" şeklinde iken baro tarafından neşredilen metnin son maddesi (70. md.) "*Cemiyet-i Umumiye tarafından kabul ve tasdik olunup Adliye Nezaret-i*

⁶¹ Arisdakis Kasparyan, Zeyl-i Lahika-yı Kavanin yahud Mecmua-yı Lahika-yı Kavanin'in Üçüncü Cildi (Malumat Matbaası 1313) 108-126.

⁶² Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamname-i Dahilisidir (La Türki Matbaası 1297).

⁶³ *Réglement Intérieur du Barreau Ottoman* (Typographie et Lithographie du Journal La Turquie 1881).

Celilesi'ne takdim kılınan işbu nizamnamenin tarih-i neşrinden itibaren iki sene mürur etmedikçe münderecatı hakkında bir gûna tadilat icra kılınmayacaktır." şeklindedir. Dolayısıyla baro umumi cemiyeti tarafından kabul edildikten sonra baro tarafından Türkçe ve Fransızca olarak basılan metin, asıl ve son metindir. Bu sebeple çalışmanın devamında baronun dahili nizamnamesinin tahlili, bu metin üzerinden yapılacaktır. Fakat her iki metnin birbirinden ayrılan hükümlerine dipnotlarda işaret edilmesi suretiyle iki metin arasındaki farklılıkların ortaya konulmasına da gayret gösterilecektir.

B. Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamname-i Dahilisi'nin Muhtevası ve Tahlili

Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamname-i Dahilisi'nin muhtevası ve tahlili, baro tarafından neşredilen nizamname metnindeki planlamaya uygun şekilde yapılacaktır.

1. Dava Vekilleri Cemiyeti'nin Teşekkülü ve İntizamı

Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamname-i Dahilisi'nin ilk altı maddesinde cemiyetin teşekkülü ve düzeni ele alınmıştır. Birinci maddeye göre ilk milli baromuz Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname dairesinde ve "Osmanlı Dava Vekilleri Encümeni" unvanıyla kurulmuştur. Hangi devlet tebaasından bulunursa bulunsun, dava vekili olabilmek için Adliye Nezareti'nce verilmiş ve dava vekilliğini ifa etmeye kabiliyet ve ehliyetinin bulunduğunu tasdik eden bir resmi ruhsatname alınmalıdır.

Dahili Nizamname'nin ikinci maddesine göre cemiyete kabul edilip de levhaya yazılacak olan kimseler için şu şartlar aranmıştır:

- Adliye Nezareti'ndeki komisyondan ya da Osmanlı hukuk mekteplerinden birinden verilmiş ve adli meselelerde bilgi sahibi olduğunu gösteren diplomaya sahip olmak,
- 21 yaşını tamamlamış bulunmak,
- Devlet memuru olmamak,
- Ağır bir cezadan mahkum olmamış olmak.

İkinci maddede görüldüğü üzere, dava vekili olabilmek için Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname'de gösterilen "ticaretle meşgul olmamak" şartına yer verilmemiştir⁶⁴. Gereken diğer şartları haiz olup yabancı

⁶⁴ Lahika-yı Kavanin'de yer alan dahili nizamnamede bu şarta yer verilmiştir.

bir ülkede hukuk tahsili görmüş olanlar, Osmanlı hukuk mekteplerinden biri huzurunda ehliyetlerini ispat edip ellerindeki diplomayı Adliye Nezareti'ne tasdik ettikten sonra Dava Vekilleri Cemiyeti'ne dahil olabilecektir (madde 3).

Dahili nizamnameye göre cemiyet azasından sayılabilmek için her sene Mart ayında Cemiyet-i Daime tarafından düzenlenen levhada ismin yazılı olması gereklidir. Bu levhada dava vekillerinin isim ve şöhretleri, nizamnamece dahil oldukları sınıfları, ikametgahları ve memuriyet ve rütbeleri yer alacaktır. Yine bu levha cemiyete giriş tarihi ve sınıf tertibi üzerine düzenlenip Cemiyet-i Daime azalarını ve fahri azaları da muhtevidir (madde 4).

Dahili nizamname, Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname'ye uygun olarak dava vekillerini üç sınıfa ayırmıştır. Buna göre birinci sınıf dava vekilleri bidayet, istinaf ve temyiz mahkemelerinde görev alabilirken; ikinci ve üçüncü sınıf dava vekilleri yalnızca bidayet ve istinaf mahkemelerinde görev alabilecektir.

Dahili nizamnamenin altıncı maddesine göre cemiyete dahil olup da memuriyet ya da yaşlılığı sebebiyle dava vekilliğini terk eden kişilere Cemiyet-i Daime'nin teklifi üzerine Cemiyet-i Umumiye tarafından fahri aza unvanı verilebilecektir. Fahri azalar herhangi bir maddi yükümlülük altında olmasa da genel kurula katılıp görüş beyan edebilir. Fakat bu kimseler müzakerelere müdahale edemezler⁶⁵.

2. Dava Vekillerinin Vazifeleri ve İmtiyazları

Dahili nizamnameye göre Dava Vekilleri Cemiyeti, Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname ahkamına ve cemiyet genel kurulunun oy çokluğuna göre idare olunacaktır. Yine genel kurul da nizam dahilinde vazife görecektir ve genel kurul tarafından muvakkaten seçilen mensup ve muvazzaf olmayan azalardan oluşan Cemiyet-i Daime, genel kurula vekâlet edecektir (madde 7).

Dahili nizamnamenin sekizinci maddesine göre cemiyet azası olan dava vekilleri, dava vekâleti mesleğine mahsus kurallara tamamen riayet etmeye ve resmi dairelere hürmet etmeye mecburdur. Ancak dava vekilleri, vicdanen haksız gördükleri davalar için müzakere ve müdafaa yapmaktan kaçınmalıdır.

⁶⁵ Lahika-yı Kavanin'de yer alan dahili nizamnameye göre fahri azalar genel kurul toplantısına katılabilirler; ancak bu kimselerin müzakereye müdahale etme ve görüş bildirme yetkileri yoktur.

Dava vekilleri imtiyaz ve vazife bakımından eşit olup rütbe ve diploma bakımından aralarında herhangi bir hiyerarşi yoktur. Fakat kıdem ve yaş itibarıyla bazen hürmet icabı bazı öncelikler söz konusu olabilecektir (madde 9).

Cemiyete dahil olacak olan dava vekillerinin iki ücret ödemesi söz konusu edilmiştir. Bunlardan ilki bir sefere mahsusen alınacak olan duhuliye resmi (giriş aidatı), diğeri ise senelik vergidir. Senelik verginin miktarı, cemiyetin ihtiyaçları göz önünde bulundurularak mart ayının ilk on beş günü içerisinde genel kurul tarafından belirlenecektir (madde 10). Senelik verginin ödemesini geciktiren dava vekilleri, bu hususun usulüne uygun bir şekilde tebliğinden itibaren dört ay⁶⁶ içerisinde ödeme yapması gerekecektir. Bu sürede ödeme yapmayan dava vekili cemiyet azalığından kendi ihtiyarıyla ayrılmış sayılacaktır. Hatta bu husus Adliye Nezareti'ne de bildirilmek suretiyle ilgili dava vekilinin ismi hususi defterden silinecektir. Ödemenin yapılmaması olağanüstü hallerden kaynaklanmışsa Cemiyet-i Daime meseleyi tetkik ve takdir edecektir (madde 11).

3. Dava Vekilleri Cemiyeti'nin Yapısı ve İşleyişi

a. Cemiyet-i Daime'nin (Yönetim Kurulu) Yapısı ve İşleyişi

Dahili nizamnamede Cemiyet-i Daime'nin Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname hükümlerine muvafık bir şekilde düzenlendiği görülmektedir. Buna göre Cemiyet-i Daime bir reis-i evvel (birinci başkan) ve bir reis-i sani⁶⁷ (ikinci başkan) ile dört azadan mürekkeptir. Cemiyet-i Daime, Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname'nin 31., 32. ve 33. maddeleri hükmünce her sene Mart ayının ilk on beş gününde genel kurulca seçilecektir.

⁶⁶ Lahika-yı Kavanin'de yer alan dahili nizamnamede bu sürenin bir ay olarak belirlendiği görülmektedir.

⁶⁷ Barolarda riyaset-i sani (ikinci başkanlık) şeklinde bir makamın alışagelmış bir hal olmadığını ifade eden Abdurrahman Adil, 1292 tarihli nizamname ile ihdas edilen bu makamın devr-i Tanzimat'ın bir esası olduğunu söylemektedir. Ona göre bu devirde biri Müslüman biri de gayrimüslim iki reisin bulundurulması lüzumu görülmüş ve riyaset-i saniye bu sebeple ihdas edilmiştir. Dolayısıyla ona göre "Cumhuriyet idare-i devr-i tanzimata hatime demek olduğundan riyaset-i saniye hükmen ve tarihen mülğadır." Bu kanaatinin devamında ilk reis-i saniye ilişkin şu bilgileri nakletmiştir: "İstanbul Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Cemiyeti'nde ilk reis-i evvel Meryem Kuli, ilk reis-i sani Şehri Efendilerdir. Şehri Efendi merhum heyet-i daime azasından bir zatı istishab ederek mehakimde müdafaatın ne yolda cereyan eylediğini, hükmanın avukatlara ve avukatların hükkam ile refikaya ne suretle muamele etmekte olduğunu teftiş ve tefahhus eder ve yolsuzluk vukuunda müdahale eyler idi." (Abdurrahman Adil, 'Bir Vak'a-yı Nâgeh-zuhûr' (1341) 12 Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye 9-13.)

Reis-i sani ile reis-i evvel genel kurulun gizli ve salt çoğunluk oyuyla ayrı ayrı seçilir. İlk iki oylamada netice elde edilemezse en çok oy alan iki kişi için kura düzenlenir⁶⁸. Yine eşitlik çıkması halinde adaylardan yaşça en büyük olanı tercih edilir (madde 13). Diğer dört aza ise gizli ve salt çoğunluk oyuyla seçilecektir. Salt çoğunluk elde edilmezse nispi çoğunluk oyuyla seçim tamamlanacaktır (madde 14). Cemiyet-i Daime azalarının görev süresi, Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamnamesi'nde gösterilmiştir. Cemiyet Daime azalarından birinin ölümü, istifası ya da levhadan çıkması halinde kalan süresini tamamlamak üzere yerine bir başkası seçilecektir (madde 16).

Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamnamesi'nin 35. maddesine göre cemiyet heyeti seçildikten sonra kendi içlerinden birini katip ve sandık emini olmak üzere oy çokluğuyla tayin etmeliydi. Dahili nizamnamenin 17. maddesine göre ise sandıkkâr (sandık emini/veznedar/sayman), cemiyetin hesap ve yazı işlerini yerine getirmek üzere cemiyet azaları arasından oy çokluğu ile tayin edilir. Gereği halinde ise yazı işlerini yerine getirmek üzere maaşlı bir katip istihdam edilir.

Cemiyet-i Daime'nin nerede ve hangi gün ve saatte toplanacağı cemiyetçe ya da cemiyetin verdiği ruhsat ile riyaset tarafından belirlenir. Cemiyetçe karar verildiğinde ya da gerektiğinde riyasetçe davet edildiğinde Cemiyet-i Daime olağanüstü olarak toplanır (madde 18).

Cemiyet-i Daime, azalarının çoğunluğu hazır olmadan toplantıya başlamaz. Kararlar ise oy çokluğu ile alınır. Oyların eşit çıkması halinde reisin tarafı tercih edilir (madde 19). Üç defa riyaset tarafından davet edilip de meşru bir sebep olmadan toplantıya katılmayan aza istifa etmiş sayılır ve hemen yerine başka bir azanın seçilmesine başlanır (madde 20)⁶⁹.

b. Cemiyet-i Daime'nin Vazifeleri

Dahili nizamnamenin 20. maddesinde Cemiyet-i Daime'nin on iki adet görevi şu şekilde sayılmıştır:

- Dava Vekilleri Heyeti'nin itibarını ve menfaatlerine korumak.

⁶⁸ Lahika-yı Kavanin'de yer alan dahili nizamnamede ilk iki oylamadan sonra nispi çoğunluğun kafi olacağı belirtilmiştir. Burada üçüncü oylamaya en çok oy alan iki adayın katılmasından bahsedilmemiştir.

⁶⁹ Lahika-yı Kavanin'de yer alan dahili nizamnamede bu hükme yer verilmemiştir.

- Dava vekâleti mesleğinin esasları olan dürüstlük ve tarafsızlık kaidelerine muhafaza etmek.
- Heyete ait tüm araç gereç ve malları idare etmek.
- Dava vekilleri hakkında hükümetçe ortaya çıkan sorunlar için arabulucu olmak ve bu hususta Adliye Nezareti ile muhabere etmek.
- Dava vekâleti mesleğinin mevzuat hükümlerine muvafık bir şekilde ifa edilmesine nezaret etmek.
- Sınıf, itibar ve haysiyetlerinden dolayı dava vekilleri arasında ortaya çıkan ihtilafları çözmek ve mümkün olmadığı takdirde yalnızca görüş bildirmek.
- Dava vekillerinin vekâlet ücretlerinden dolayı ortaya çıkan dava ve sorunların çözümü için gerekli malumatı tafsilen beyan etmek.
- Cemiyet-i Daime'nin konularını müzakere etmek, genel kurula sunulacak meseleleri incelemek, genel kurul tarafından verilen kararları icra etmek, fahri sandıkkar ve katibi seçip bunların hesaplarını incelemek ve denetlemek.
- Bulundukları hal ve icaba göre mesleği icra edenlere yardımcı olmak ve gerektiğinde ilgili makamlar nezdinde aracılık etmek.
- Heyetin beş azasından mürekkep olan bir Cemiyet-i Muavene-i Hukukiye teşkil etmek.
- Levhaya kaydolmak isteyen dava vekilleri hakkında karar vermek.
- Her sene bütçenin tanziminde meydana gelen değişiklikleri, zorlukları ve hataları halletmek.

c. Dava Vekilleri Cemiyeti'nin Disiplin İşlemleri

Dahili nizamnamenin 22-29. maddelerinde, Dava Vekilleri Cemiyeti'nin disiplinine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Disiplin cezaları, Cemiyet-i Daime tarafından verilmektedir. 22. maddeye göre cemiyetin her bir ferdi haysiyetlerini zedeleyecek işlerden kaçınmalıdır. Gerek mesleklerinin ifasında gerekse meslektaşlarıyla münasebetlerinde kusurda bulunanlar hakkında Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamnamesi'nin 39. ve 40. maddelerine göre işlem yapılacaktır. Hakkında şikayet bulunan dava vekili dinlenmedikçe ya da kendisine sekiz gün mühlet tanınarak davet edilmedikçe hakkında herhangi bir müeyyide tatbik edilmeyecektir (madde 23). Disiplin cezasına ilişkin karar-

lar, toplantıya katılanların salt çoğunluğu oyuyla verilebilir. Oyların eşitliği, “tebrie-yi zimmet” (aklanma/beraat) manasına gelir⁷⁰. Toplantıda ikiden fazla görüş ortaya çıkıp da nispi çoğunluk beraat kararı verme eğiliminde değilse cezanın ağırlaşmasına taraftar olanlar, cezanın hafifletilmesine taraftar olanlara uymaya mecbur olacak ve bu şekilde çoğunluk sağlanacaktır. Ayrıca heyetin verdiği tüm disiplin cezaları gerekçesiyle birlikte verilecektir. Oyların eşitliği halinde verilen beraat kararlarında gerekçeye lüzum yoktur (madde 24).

Cemiyet-i Daime azalarından biri hakkında şikayette bulunulup da bu iddia oy birliğiyle reddedilirse müşteki bu karar aleyhine Cemiyet-i Daime huzurunda şikayetini istinaf edebilir (madde 25). Yine levhadan muvakkaten kaldırılan⁷¹ ya da isminin defterden silinmesine⁷² karar verilen dava vekili, bu kararı genel kurul huzurunda istinaf edebilir (madde 26). Kendisine ceza verilen dava vekili karar kendisine toplantıda tefhim edilmişse bu tarihten, gıyabında karar verilmişse kararın kendisine yazılı olarak tebliğinden itibaren on gün içinde karar aleyhine istinafa gidebilir. Ayrıca gıyaben ceza verilen dava vekili, kararın yazılı tebliğinden itibaren on gün içinde Cemiyet-i Daime’ye hüküm itirazında bulunabilir (madde 27.) 25, 26 ve 27. maddeleri hükmünce genel kurul, mahkum olan dava vekilinin istinafta bulunacağını ihbar ettiği ya da istinafta bulunduğu tarihten itibaren en geç yirmi bir gün içinde toplanacaktır. Toplantı tarihi başvurucuya en az sekiz gün önce de bildirilmelidir (madde 28). Genel kurul, bu şikayetleri yeniden tetkik edip gizli oy ile Cemiyet-i Daime’nin vermiş olduğu kararı ağırlaştırabilir ya da hafifletebilir (madde 29).

⁷⁰ Lahika-yı Kavanin’de yer alan dahili nizamnamenin 26. maddesine göre beraat etmesi ittifak oyuyla kararlaştırılmamış olan dava vekilleri hakkında cezalandırılmasına yönelik oy kullanan Cemiyet-i Daime azaları, meselenin genel kurula taşınmasını isteyebilirler. Bu durumda söz konusu azaların isimleri de gizli tutulacaktır.

⁷¹ Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamnamesi’nin kırkinci maddesine göre Dava Vekilleri Cemiyeti, dava vekili hakkındaki şikayeti görevden uzaklaştırılmasını gerektirecek nitelikte bulursa sebeplerini ve görevden uzaklaştırma süresini içeren bir mazbata ile Divan-ı Ahkam-ı Adliye’ye müracaat etmeliydi. Görüldüğü üzere bu nizamnameye göre Dava Vekilleri Cemiyeti’nin doğrudan bir dava vekilini görevden uzaklaştırma yetkisi bulunmamaktadır. Fakat dahili nizamnameye göre Cemiyet-i Daime bu kararı verebilmektedir. Cemiyetçe neşredilen dahili nizamnamede görevden muvakkaten uzaklaştırmaya ilişkin azami bir süre belirtilmemişse de Lahika-yı Kavanin’de yer alan dahili nizamnamenin 23. maddesinde bu süre azami bir sene olarak belirlenmiştir.

⁷² Lahika-yı Kavanin’de yer alan dahili nizamnamenin 23. maddesine göre kişiyi dava vekâleti silkinden çıkarma, Adliye Nezareti’yle ittifak edilmesiyle söz konusu olacaktır.

d. Dava Vekilleri Cemiyeti'nin Reisi (Başkanı)

Dava Vekilleri Cemiyeti reisinin (Cemiyet-i Daime'nin reis-i evveli) vazifeleri dahili nizamnamenin 30-32. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Reisin başlıca vazifeleri genel kurul toplantılarına riyaset etmek, dava vekillerinin harici işlerine vekâlet etmek, ilmi münakaşalar için teşkil olunacak heyetlere riyaset edip buradaki müzakereleri idare ve koordine etmek, yapılan iş ve işlemlerin mahsus nizamname hükümlerine göre tatbiki ve bu hususlara nezaret etmek ve nizamname hükümlerinin tamamen icrasına gayret etmektir (madde 30). Reis, gerek genel kurul gerekse Cemiyet-i Daime tarafından kendisine mezuniyet verilen harcamaları yapabilir. Cemiyet-i Daime tutanaklarını diğer azalarla beraber imzalar ve Cemiyet-i Daime raportörleri ile hususi durumlarda resmen talep edilen müdafaa vekillerini tayin eder (madde 31). Reis ayrıca bir dava vekili hakkında gerek meslektaşlarından gerekse de hariçten birileri tarafından yapılan şikayetleri Cemiyet-i Daime ile genel kurula takdim etmek üzere kabul ederek lazım gelen tetkikatı yaptıktan sonra fakir halde bulunan şikayetçilerin davalarını Cemiyet-i Muavene-i Hukukiye'ye havale eder (madde 32).

e. Fahri Ser-Katib-i Sandıkkar (Veznedar/Sayman)

Fahri ser-katib-i sandıkkar, cemiyette hem katiplik hem de veznedarlık/saymanlık vazifelerini üstlenmiştir. Katip sıfatıyla Cemiyet-i Daime ve Umumiye'nin tutanaklarının tanzimine nezaret etmek, heyet efradına ait tebligatı cemiyet ya da riyaset tarafından vekâleten icra etmek⁷³, heyetin evrak ve kitaplarını muhafaza etmek ve genel kurul toplantılarında oyların⁷⁴ muayenesinde

⁷³ “Dava Vekilleri Cemiyeti'nin müddet-i memuriyetleri münkaziye olmuş olan reis-i evvel ve sanisi ile iki azanın yerlerine diğerlerinin intihab ve tayini zımında çend defa cemiyet-i umumiye tecemmu' eylemiş ise de bir netice hasıl olmamasının başlıca sebebi olunan davete icabet edilmemesi olup intihabat-ı vakıanın teshili ve Cemiyet-i Umumiye inikadından sarf-ı nazar edilmesi zımında son defa inikad eylemiş olan Cemiyet-i Umumiye'nin kararıyla efrad-ı heyetten üç zat tayin kılınarak bunlar Dersaadet'te mevcut dava vekillerinin her birine ayrı ayrı bi'l-müracaa ârâ-yı hafiyelerini mazrufen ve memhuren ahz eyleyerek mecmuunu ba-raportu taraf-ı acizaneme irsal eylemiş olduklarından yine Cemiyet-i Umumiye-i mezkure kararına tevfikân efrad-ı heyetten birkaç zatı davet birle mezkur kuraların küşadı ve neticesinin lazım gelenlere bildirilmesi memuriyetiyle muvaz-zaf bulmuş isem de bu defa şehri-i Temmuz'un ikinci Cuma günü mezkur kuralar küşad olunacağından rüfeka efendilerden arzu edenlerin yevm-i mezkurde saat tam üçte Galata'da Perşembe Pazarı'nda Ticaret Hanı'nda hazır bulunmaları ve şayet işbu davete kimse icabet etmeyecek olur ise dahi rüfeka efendilerden hazır birkaç zatı davet edip derhal anlar huzurunda mezkur kuraların küşad edileceği malumları olmak üzere dava vekilleri efendilerine ilan olunur. Katib ve Emin-i Sandık-ı Fahri Ohannes.” (Vakit, No: 2399, 24 Şaban 1299, s. 2.)

⁷⁴ Lahika-yı Kavanin'de yer alan dahili nizamnamenin 34. maddesinde, genel kurulda verilen gizli oyların muayenesinde hazır bulunmasından bahsedilmiştir.

hazır bulunmak vazifelerini icra etmektedir (madde 33). Veznedar/sayman sıfatıyla ise levhaya kayıt için verilen giriş ücretini ve genel kurul tarafından tayin edilen senelik ücretini tahsil eder. Yine başkanlıkça sarfı kararlaştırılan masrafların toplamını, nezdinde mevcut bulunan paralardan öder (madde 34). Fahri ser-katib-i sandıkkarın gıyabı ve hastalığı halinde vazifelerini reis-i sani yerine getirir (madde 35).

4. Cemiyet-i Muavene-i Hukukiye (Hukuki Yardım Cemiyeti)

Osmanlı Devleti'nde adli yardıma ilişkin ilk düzenleme, Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname ile getirilmiştir⁷⁵. Bu nizamnamenin 37. maddesi ile fakir durumda olan dava taraflarının Dava Vekilleri Cemiyeti'ne müracaatı halinde kendilerine ücretsiz şekilde yardımcı olunması vazifesi yüklenmişti. Yine 38. maddede bu halde bulunan kimselerin vaziyetlerinin ve taleplerinin tetkikinin, munasip kimselerden oluşan heyete havale edilmesi istenmişti⁷⁶.

Dahili nizamnamenin 36-39. maddeleri Cemiyet-i Muavene-i Hukukiye'yi⁷⁷ düzenlemiştir. 36. maddeye göre resmi makamlarca yardıma muhtaç olduğu tespit edilen kimselerin bu vaziyetleri ayrıca Cemiyet-i Daime tarafından tahkik ve tetkik edildikten sonra kendilerine ücretsiz bir şekilde vekâlet edilecektir⁷⁸. Bu cemiyet, levhaya kayıtlı dava vekilleri arasından seçilecek olan beş azadan

⁷⁵ Osmanlı Devleti'nde adli yardım müessesesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Fatmagül Demirel, 'Osmanlı Hukuk Sisteminde Adli Yardım Kurumu' (2011) (29) OTAM 83-91.

⁷⁶ Cemiyet tarafından Tercüman-ı Hakikat gazetesine verilen bir ilan üzerine yardım komisyonunun 1885 senesinde kurulduğu anlaşılmaktadır: "Dava Vekilleri Nizamnamesi'nin otuz sekizinci maddesi ahkamına tevfikân dava ashabından fakirü'l-hâl olanların teshil ve tedkik-i mesalihi zımnında Dava Vekilleri Cemiyeti canibinden Dersaadet'te mütemekkin ruhsatname-i resmiyeyi haiz vekillerden mürekkeb olmak üzere müceddeden bir Heyet-i Muavene-i Hukukiye teşkil kılınmış olmağla heyet-i mezkure işbu tarihten itibaren şimdilik on beş günde bir kere Cuma sabahları saat ikiden beşe kadar Dava Vekilleri Cemiyet-i Daimesi'nin Galata'da Yıldız Hanı'nda kain on iki numarolu odasında tecemmu' edeceği gibi oda-yı mezkur pazardan maada her gün saat ikiden beşe kadar açık bulunduğu ve Çarşamba sabahları dahi Cemiyet-i Daime akd-ı ictimâ' ederek ashab-ı mesalihi kabul edeceği malum olmak üzere lütfen gazete-i muteberinizde derc olunması iltimas olunur." (Tercüman-ı Hakikat, No: 2160, 8 Eylül 1885, s. 5.)

⁷⁷ Lahika-yı Kavanin'de yer alan dahili nizamnamede bu müessese "Cemiyet-i Müşavere-i Hukukiye" namıyla düzenlenmiştir.

⁷⁸ Lahika-yı Kavanin'de yer alan dahili nizamnameye göre Cemiyet-i Müşavere-i Hukukiye, "cemiyet-i ruhaniye ve hükümet-i mülkiye tarafından veyahud haddizatında layık ve muhtaç-ı iane olduğu haber verilen eşhas canibinden vukubulan taleb üzerine her vakit meccanen icra-yı müşaveret etmeye mecburdur."

mürekkep olup Cemiyet-i Daime tarafından atama yapılır. Azaların görev süresi altı aydır. Bu sürenin dolmasından sonra iki sene geçmedikçe yeniden cemiyete seçilemezler (madde 37).

Cemiyet-i Muavene-i Hukukiye, hukuki ya da cezai⁷⁹ bir meseleden dolayı birine ücretsiz bir şekilde vekâlet edilmesi gerektiğinde vazifeye yeni başlamış bir dava vekilini, mühim bir meselede ise levhada ismi bulunan dava vekillerinden birini tayin edecektir.⁸⁰ Ayrıca cemiyet reisi, bu halde bulunanların muhakeme masrafları ve diğer masraflardan muaf olunması için ilgilere mercilere müracaat edecektir (madde 38). Cemiyetçe bu amaç için tayin edilen dava vekili bu görevi yapmaktan kaçınmaz. Vazifeden kaçınması halinde Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname'nin 39. maddesinde gösterilen müeyyidelere maruz kalacaktır. Fakat vazifeyi ifa etmemesinin meşru bir sebebe dayandığını Cemiyet-i Daime huzurunda ispat ederse kendisine ceza verilmeyecektir (madde 39).

Cemiyetçe neşredilen dahili nizamnamede ücretsiz bir şekilde vekâlet edilen kimselerden herhangi bir ücret talep edilip edilmemesine ilişkin bir düzenleme yoktur. Fakat Lahika-yı Kavanin'de yer alan dahili nizamnamenin 43. maddesine göre resmen müdafî tayin edilen dava vekili, vazifesini icra etmesinden sonra Cemiyet-i Daime'den izin almaksızın yardımda bulunduğu kimselerden herhangi bir para ya da değerli bir şey almayacaktır.

5. Cemiyet-i Umumiye'nin (Genel Kurul'un) Vazifeleri ve Teşekkülü

Cemiyetin genel kurulunun vazifeleri, dahili nizamnamenin 40-65. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Genel kurulun başlıca vazifeleri; cemiyete ait konuların müzakere edilerek karara bağlanması, idareye ilişkin her türlü tedbirin memurlara işaret ve tavsiyesi, levhaya kayıtlı dava vekillerinin senelik aidatlarının tayini, cemiyetin mali işlerinin düzenlenmesi, tetkiki ve tasdiki ile gerektiğinde Cemiyet-i Daime tarafından verilen kararların tetkikidir (madde 40).

Genel kurul, dava vekillerine mahsus defterde ismi bulunup da İstanbul'da mukim tüm dava vekillerinden oluşmaktadır. Genel kurulun görüşmelere baş-

⁷⁹ Lahika-yı Kavanin'de yer alan dahili nizamnamenin 40. maddesine göre müddeiumumi tarafından hakkında dava açılan ya da tutuklanan kimseler için her ne zaman istenilirse cemiyetçe bir müdafî tayin edilecektir. Fakat bu kimselerin ziyade halde fakir ve zaruret halinde oldukları sahih belgelerle ortaya konulmalıdır.

⁸⁰ Lahika-yı Kavanin'de yer alan dahili nizamnamede ücretsiz vekâlet etme, yalnızca yeni başlayan dava vekillerine ihale edilmiştir.

layabilmesi ve kararlarının geçerli olabilmesi için üye tamsayısının salt çoğunluğuyla toplanması gerekir. İlk davette hazır bulunan aza sayısı yarıdan az olursa ikinci davet sonrasında hazır bulunanlarla -sayıları yarıdan az olsa dahi- toplantıya başlanabilir ve geçerli kararlar alabilir. Fakat bunun için yalnızca ilk davette söz konusu olan konuların müzakere edilmesi ve kararların toplantıya katılanların salt çoğunluğuyla alınması gerekir (madde 41).

Genel kurula reis-i evvel başkanlık eder. Reis-i evvelin yokluğunda reis-i sani, onun yokluğunda ise Cemiyet-i Daime azası birinci sınıf dava vekillerinden yaşça en büyüğü genel kurula başkanlık eder (madde 42).

Genel kurul, şu şartların varlığı halinde zorunlu olarak toplanır:

- En az yirmi dava vekili tarafından Cemiyet-i Daime'ye imzalı ve yazılı teklif verilmesi,
- Cemiyet-i Daime'ce verilen bir kararın istinaf edilmesi,
- Her sene mart ayının ilk on beşinde.

Son şart sebebiyle toplanan genel kurul; Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname'nin 32. ve 33. maddeleri hükmünce Cemiyet-i Daime azalarının kısmen değiştirilmesi ya da tamamen yenilenmesi, geçmiş senenin mali hesaplarının tetkiki ile reis tarafından seçilmesinin ikinci senesinin başlangıcında irat edeceği nutka (konuşmaya) münhasır olacaktır (madde 43). Müstesna haller ya da büyük menfaatleri gerektiren meselelerin ortaya çıkması halinde Cemiyet-i Daime, genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırabilir (madde 44).

Genel kurul toplandığında fahri ser-katib-i sandıkkar, önceki toplantının tutanaklarını okuyarak halihazırda yapılan müzakerelerin zaptına nezaret ve dikkat eder (madde 45). Önceki toplantının genel kurulca kabul edilen zabıtnamesi toplantıyı idare eden reis ile Cemiyet-i Daime azası tarafından imzalanır (madde 46). Daha sonra riyaset tarafından genel kurula ilişkin tebligatlar icra edilir. Dava vekillerinin genel menfaatlerine ilişkin düzenlenen layihalar azaların dikkatine sunulur ve icabı halinde her toplantıda müzakere edilecek olan konular reis tarafından açıklanır (madde 47).

Genel kurul toplantısında reisten izin alınmadıkça azaların konuşma yetkileri yoktur. Konuşma yapmak isteyen dava vekillerinin isimleri katip tarafından sıralı şekilde bir deftere kaydedilir (madde 48). Müzakereler esnasında konuşma yapanlar defterdeki sıraya göre söz alır ve leh ve aleyhe yapılacak konuşma-

lar da dönüşümlü bir şekilde yapılır. Genel kurulun takdirine arz edilen layihaları müzakereye açmak ve takdim etmekle görevlendirilen raportörler bu kurallara tabi olmayıp her vakit konuşma için izin alabilir (madde 49).

Genel kurulda konuşma izni alan azanın müzakere edilen konuların dışına çıkması yasaktır. Bu kuralın ihlali halinde söz konusu aza reis tarafından ihtar edilir. Bu ihlal tekerrür eder ve ikinci ihtar rağmen ihlale son verilmezse konuşmacının o günkü toplantıda söz konusu madde üzerinde konuşmaktan men edilmesi reis tarafından genel kurula teklif edilir. Bu teklif, müzakere edilmeksizin ayağa kalkmak ya da oturarak el kaldırmak suretiyle oylamaya sunulur (madde 50).

Müzakereler esnasında gürültü çıkarmak ve hakaret etmek gibi görüşmelerin düzenli bir şekilde sürdürülmesine mani olan hal ve hareketlerde bulunmak yasaktır. Genel kurulda bu yolda fiillerin mevcudiyeti halinde 50. maddede işaret edildiği şekilde ihtar yoluna gidilir. Gerekirse bu nevi hal ve hareketlerde bulunan aza, reisin emriyle en az altı ay ve en fazla bir sene müddetle genel kurul toplantılarına katılma hakkından mahrum bırakılır (madde 51)⁸¹. Söz konusu aza karara itaat edip aklanma talebinde bulunursa reis tarafından kendisine derhal konuşma izni verilir (madde 52).

50. madde sebebiyle müzakere esnasında disiplin cezası alan dava vekili, müzakerelerin bitmesinden sonra gerek bizzat gerekse başka birini vekil tayin ederek aklanma talebinde bulunabilir ve müdafaa yapabilir (madde 53). Yine nizamnamenin 51. maddesi sebebiyle ceza alan dava vekilinin ileri sürdüğü gerekçeler aklanması için kafi görülmezse verilen karar tasdik edilerek zabıt defterine kaydedilir (madde 54).

Müzakereler sonunda reis, toplantının sona ermesi hususunu genel kurula bildirir. Bu esnada yalnızca toplantının sona ermesine muhalif olanlara konuşma izni verilir (madde 55). Müzakerelerin sona ermesi için çoğunluğun görüşüne başvurulur. Reis çoğunluğun sağlanmadığından şüphe ederse ikinci defa oylamaya gidilir. İkinci oylamada da bir netice elde edilmezse müzakerelere devam edilir (madde 56). Toplantıya son verilmesine oy çokluğuyla karar verildikten sonra meselenin lehine ya da aleyhine konuşma yapmak için kimseye

⁸¹ Lahika-yı Kavanin'de yer alan dahili nizamnamenin 55. maddesinde genel kurul toplantılarına katılma hakkından mahrumiyet için en az bir ve en fazla iki senelik müddet öngörülmüştür. Hatta lüzumu halinde bu fiilleri icra eden azalar hakkında Cemiyet-i Daime tarafından nizamnamede düzenlenen disiplin cezaları da tatbik edilecektir.

izin verilmez. Fakat meselenin oylamaya sunulması kararına karşı görüş beyan etmek isteyenlere izin verilir (madde 57).

Gizli oy evrakının tetkiki, cemiyetçe seçilen iki aza marifetiyle fahri serkatib-i sandıkkarın nezaretinde yapılarak neticesi reis tarafından meclise bildirilir (madde 58).

Müzakereler esnasında fazla gürültü meydana gelir ve reis de bunu engelleyemezse müzakereleri tatil edeceği ikazında bulunur. Buna rağmen sükût edilmezse toplantının sekiz gün sonraya ertelendiğini bildirir (madde 59)⁸².

Genel kurulda alınan kabul veya ret kararları oy çokluğuna göre verilir. Yapılan oylamalar ise işaret-i mahsusayla (özel işaretle), tayin-i esamiyle (isim belirleme/açık oylama) ve gizli oy ile yapılır. Gizli oylamaya, talep edilmesi halinde başvurulur. İşaretle oylama ise ayağa kalkmak ya da el kaldırmak suretiyle gerçekleştirilir (madde 60).

Genel kurul, mühim konu ve tasarıları görüştüğü esnada bunların daha hızlı tetkik edilmesini temin etmek üzere icabına göre üç ya da beş kişiden mürekkep bir komisyon tayin edebilir (madde 61). Bu komisyon azaları, aday listesine göre nispi çoğunluk oyuyla seçilir. Komisyon, kendisine havale edilen konuları tetkik ettikten sonra bir mazbata düzenleyerek genel kurula takdim eder (madde 62)⁸³.

Dahili nizamnamenin 63. maddesine göre İstanbul'da mukim dava vekilleri geçerli bir mazeretleri bulunmadıkça ve reise önceden yazılı bilgi verilmedikçe genel kurulun mecburi olarak yapılan toplantılarına katılmak zorundadır. Aksi halde cemiyet sandığına bir beyaz mecidiye para cezası ödeyeceklerdir.⁸⁴ Azalardan toplantıya katılmayanların bilinmesini sağlamak üzere toplantıda hazır bulunanlar mahsus defteri imzalayacaktır (madde 64)

⁸² Lahika-yı Kavanin'de yer alan dahili nizamnamenin 64. maddesine göre reis, ilk ikaz üzerine sükût hasıl olmazsa müzakerelere yarım saat ara verir. Bu aradan sonra yapılan toplantıda da gürültü devam ederse o zaman toplantıyı sekiz gün sonrasına erteler.

⁸³ Lahika-yı Kavanin'de yer alan dahili nizamnamenin 67. maddesine göre bu komisyon azalarının seçiminde gizli oya başvurulur. Yine burada yer alan nizamnamenin 68. maddesinde, komisyona seçilen azaların bu vazifeye seçilmeleri halinde vazifelerini icra etmeye mani meşru bir mazeretleri olmadıkça vazifelerini genel kurul huzurunda ifa etmekle yükümlüdür. Aksi halde yerlerine derhal başkası seçilecektir.

⁸⁴ Lahika-yı Kavanin'de yer alan dahili nizamnamenin 69. maddesine göre ödenecek olan bu para cezası Dava Vekilleri Heyeti'ne mahsustur. Bu para ise Cemiyet-i Daim'e'nin nezaretinde bulunan kütüphaneye konulmak üzere hukuk kitaplarının satın alınmasına harcanacaktır.

Genel kurul, güvensizlik oyuyla Cemiyet-i Daime reisini azledebilir. Fakat bu seçimin geçerli olabilmesi için İstanbul'da mukim dava vekillerinin en az dörtte üçünün toplantıda hazır bulunması gerekir (madde 65)⁸⁵.

6. Tasarı Tetkik Komisyonu

Daha evvel de bahsedildiği üzere, heyetin görüştüğü mühim konu ve tasarıları tetkik etmek üzere lüzumu halinde üç ya da beş kişiden oluşan bir komisyon kurulabilirdi. "Levaihi Tedkike Memur Komisyon" adı verilen bu komisyon, bir araya geldikleri ilk toplantıda içlerinden bir reis ile bir katip seçer. Ayrıca komisyon müzakerelerinin neticelerini genel kurula arz etmek üzere bir de raportör tayin ederler. Komisyonca yapılan her toplantı tutanağında hazır bulunan azaların isimleri kaydedilir. Komisyonun müzakere edeceği konulara ilişkin evraklar Cemiyet-i Daime reisi tarafından komisyona gönderilir. Bu evraklar ile komisyonca yapılan müzakerelere ilişkin evraklar cemiyet evrakları arasında saklanır. Herhangi bir konu üzerine komisyonca hazırlanan rapor, o madde ya da teklifin genel kurulda görüşülmesi için kararlaştırılan tarihten en az sekiz gün önce riyasete teslim edilmelidir (madde 66-69).

Sonuç

Tanzimat döneminde mahkeme teşkilatında yapılan yenilikler neticesinde nizamiye mahkemeleri kurulmuş ve bu mahkemelerde müddeiumumilik (savcılık) gibi bazı yeni müesseseler vücuda getirilmiştir. Fransa örnek alınarak vücuda getirilen bu yeni mahkeme teşkilatında avukatlık müessesesi de bir ihtiyaç halini almıştır. Fakat klasik dönemde menfi bir mana çağrıştıran avukatlık mesleğinin müstakil bir meslek olarak ortaya çıkışı belli bir zaman gerektirmiştir. Her şeyden önce Avrupa'dan iktibas yoluyla alınan kanunlara ve oluşan yeni hukuk sistemine vakıf kimselerin yetişmesi zaman almıştır.

Osmanlı Devleti'nde avukatlık mesleğinin müstakil bir meslek olarak ortaya çıkmasında ve gelişmesinde yabancı ve gayrimüslim avukatların mühim bir rolü olmuştur. Nitekim ilk baro yabancılar tarafından kurulmuş ve bu baronun yapısı ve işleyişine yönelik düzenlemeler milli baronun teşekkülünde mühim bir tecrübe ve numune oluşturmuştur. Aynı zamanda teşekkül eden ilk milli baroda gayrimüslim üyeler çoğunlukta olmuş ve baroya uzun bir süre gayrimüslim üyeler başkanlık etmiştir.

⁸⁵ Lahika-yı Kavanin'de yer alan dahili nizamnamede bu hususa ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir.

1876 tarihli Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname, Türk avukatlık tarihi için mühim bir milattır. Zira bu nizamname ile avukatlık mesleği muayyen bir düzene kavuşmuş ve avukatlık meslek örgütü olan baroların tesisinin önü açılmıştır. Nitekim 5 Nisan 1878’de toplanan Osmanlı (İstanbul) Barosu, 63 üyesi ile ilk milli baro unvanına sahip olmuştur. 1880 yılında 105 üyeye ulaşan İstanbul Barosu, bugün dünyanın üye sayısı en fazla olan baro konumundadır.

1876 tarihli Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname tabii olarak baro müessesesini etraflı bir şekilde düzenlememiştir. Baro idaresinin oluşmasına ilişkin bazı ana hatları ortaya koyan bu metnin eksik tarafı, 1880-1881 senesinde Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamname-i Dahilisi ile tamamlanmıştır. Lahika-yı Kavanin’de, dahili nizamnamenin Temmuz 1880’de genel kurul tarafından kabul edildiği ifade edilmiştir. Fakat daha sonra dahili nizamname, genel kurulda kabul edilen nizamnameye mutabık olarak 1881 senesinde Türkçe ve Fransızca olarak neşredilmiştir. Bu sırada metinde birtakım değişiklikler de yapılmıştır.

Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamname-i Dahilisi, Osmanlı Barosu’nun idari yapısını ve işleyişini ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. Böylece Osmanlı Barosu’nun yapısı ve işleyişi bizzat baro üyeleri tarafından düzenlenerek mesleğin bağımsızlığı da dolaylı bir şekilde ortaya konulmuştur.

Osmanlı Devleti’nin son döneminin ve cumhuriyet döneminin önemli avukatlarından biri olan Abdurrahman Adil, Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamname-i Dahilisi’ni, meşrutiyet döneminde nazara alınmadığından bahisle “zavallı” olarak nitelemiştir. Osmanlı Devleti’nin son dönemlerinin canlı şahitlerinden biri olan Abdurrahman Adil’in sözlerindeki haklılığı, dahili nizamnamenin kabulü ve sonrasında kendisine pek fazla atıf yapılmamasıyla aşikar olmaktadır. Gerçekten de bugüne kadar konu üzerinde yazılan eserlerin pek azında dahili nizamnameden bahsedilmektedir. Baro tarafından basına verilen ilanlarda bile dahili nizamnameye atıfta bulunulmamıştır. Arşiv kayıtlarında ise dahili nizamnameden bahseden tek bir belgeye ulaşılmıştır ki bu belgeden, devletin dahili nizamname hususunda pek de bilgi sahibi olmadığı anlaşılmaktadır.

Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamname-i Dahilisi’nin itibar görmemesinin birkaç nedeninden bahsedilebilir. Hukuk Mektebi’nin geç denilebilecek bir tarihte tedrisata başlaması ve tabii olarak sınırlı sayıda mezun verebilmesi, ülkenin hukukçu ihtiyacını uzunca bir süre karşılamaya yetmemiştir. Dolayısıyla bu dönemde mesleğin ve meslek örgütünün ehemmiyetini anlayabilecek mütehassıs

hukukçuların azlığı, adliye teşkilatının en mühim problemlerinden biridir. Böylece yeni tesis edilen bu müessesenin ehemmiyetinin ve üyeleri üzerindeki tesirinin anlaşılması zaman almıştır. Gerçekten de cemiyet reisinin seçimi gibi mühim bir meselede bile genel kurula rağbet gösterilmemiştir. Diğer taraftan dahili nizamnamenin itibar görmemesinin başka bir sebebi de hükümet ile baro arasındaki çekişmeler olabilir. Nitekim Abdurrahman Adil, bu yönde birtakım iddialarda bulunmuştur.

Dava vekillerinin mesleklerini bağımsız olarak icra etmeleri ve hakeza dava vekillerinin meslek örgütleri olan baroların hususi ve bağımsız bir müessese olması hasebiyle devlet arşivinde barolara dair çok fazla kayıt bulunmadığını ifade etmek gerekir. Dolayısıyla başkaca bilgi ve belgelerin temini suretiyle ilerde yapılacak olan çalışmalar, ülkemizde baro tarihine ışık tutabilecektir.

Kaynakça

Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi (BOA)⁸⁶

Süreli Yayınlar

Ceride-i Mehakim, No. 3, 19, 362

Düstur, I. Tertip C. 1, C. 3, C. 4, C. 5

Takvim-i Vekayi, No. 1056

Tercüman-ı Hakikat, No. 2160

Vakit, No. 2399.

Basılı Eserler

Abdurrahman Adil, 'Meşrutiyette İlk Batuniye' (1340) 16 Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye 219

- - 'Baronun İlgaı, Sami Efendi, Cevdet Paşa ve Said Paşa ve Ali Şehbaz Efendi' (1340) 17 Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye 243-244

- - 'Baronun Tasfiyesi ve Bir Tarihçe' (1340) 18 Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye 252-253

- - 'Bir Vak'a-yı Nâgeh-zuhûr' (1341) 12 Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye 9-13

- - 'Dersaadet Avukatlar Odası' (1341) 19 Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye 274

Aday N, Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, (2. Baskı, Beta 1994)

Ahmet Refik, Hicri On İkinci Asırda İstanbul Hayatı (1100-1200) (Enderun Kitabevi 1988)

Ali Galib, 'Bizim Tarih' (Nisan 1931) (52-4) İstanbul Barosu Mecmuası 161-164

Ali Haydar, 'Türkiye'de Muhamilik', in Henri Robert, Muhami (Ali Haydar ve Subhi Nuri çev, Teşebbüs Matbaası 1340)

Ali Haydar Efendi, Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm Cilt III Haz. Raşit Gündoğdu, Osman Erdem (DİB 2020)

Ali Şehbaz, 'Dava Vekilleri' (1340) 17 Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye 245-248

Amedroz H F, 'The Mazalim Jurisdiction in the Ahkam Sultaniyya of Mawardi' (1991) The Journal of the Royal Asiatic Society of Great Britain and Ireland 635-674

Arisdakis Kasparyan, Zeyl-i Lahika-yı Kavanin yahud Mecmua-yı Lahika-yı Kavanin'in Üçüncü Cildi (Malumat Matbaası 1313)

Atar F, 'Avukat' (1991) 4 DİA 166-167

- - İslâm Adliye Teşkilâtı (Ortaya Çıkışı ve İşleyişi) (3. Baskı, DİB 1991)

Aydın T, 'İstanbul Barosu'nun İlk Genel Kurul Toplantısı, İlk Levhası ve Kostaki Sardenski'nin Nutku (5 Nisan 1878)' (2020) (30) Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları 113-127

⁸⁶ Çalışma içerisinde arşiv belgelerinin künyeleri verildiği için söz konusu belgeler burada ayrıca zikredilmemiştir.

- - 'Barreau De Constantinople Reisi Georges Furlani'nin Kanun-ı Esasi'ye ve Osmanlı Hukukuna Dair Konuşması (La Constitution Ottomane, 1877)' (2022) (33) Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları 49-63
- - 'Türkiye'de Avukatlığın Tarihi ve İlk Kurulan Barolar Hakkında', (2023) (71) Adalet Dergisi 503-526
- Battal Ş ve Erdem N, 'Avukatlık Mesleğinin Türkiye'deki Tarihçesi' (1985) (5-6) Ankara Barosu Dergisi 675-685
- Bayındır A, İslâm Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması) (İslami İlimler Araştırma Vakfı 1986)
- Bilsel C, İstanbul Üniversitesi Tarihi (Kenan Matbaası 1943)
- Bozkurt G, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi (2. Baskı, TTK 2010)
- Çağ G ve Öztürk F, 'Osmanlı Devleti'nde Adli Modernleşme: Tanzimat Döneminde Dava Vekilliği (Avukatlık) ve Baronun Ortaya Çıkışı' (2021) 6 (2) VAKANÜVİS- Uluslararası Tarih Araştırmaları Dergisi 537-560.
- Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamname-i Dahilisidir (La Türki Matbaası 1297)
- Demir A, 'İlk Usul Kanunu Usul-ü Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesinin Transkripsiyonu', (2008) (72) e-akademi
- - Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi (Yitik Hazine 2010)
- Demirel F, 'Osmanlı'da Dava Vekilleri Cemiyeti'nin Kuruluşu' (2005) (16) Güncel Hukuk 60-61
- - Adliye Nezareti Kuruluşu ve Faaliyetleri (1876-1914) (2. Baskı, Boğaziçi Üniversitesi Yay. 2010)
- - 'Osmanlı Hukuk Sisteminde Adli Yardım Kurumu' (2011) (29) OTAM 83-91.
- Durhan İ, 'Ülkemizde Avukatlık Kurumunun Tarihsel Gelişimi' (2004) VIII (3-4) AÜEHFD 23-45
- Eğilmez N K, 'Bizde Avukatlık Mesleği' (1952) (2) Adalet Dergisi 231-240
- Erdem Ş C, 'Cumhuriyet Öncesinde Avukatlık ve İstanbul Barosu'nun Kuruluşu' (2018) (39) Türk Kültürü İncelemeleri Dergisi 127-168
- Erman E S, Dava Vekili ve Dava Takibine Yetkili Sair Kişiler' (1971) (4) Adalet Dergisi 171-181
- Esirgen S Ö, 'Tanzimattan Cumhuriyete Avukatlık', (2014) 63 (4) AÜHFD 737-778
- Gedikli F, 'İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ne Zaman Kuruldu?' (2011) LXIX (1-2) İÜHFM 91-104
- Gerber H, 'Osmanlı Hukukunda Şeriat, Kanun ve Örf 17. Yüzyıl Bursa'sı Mahkeme Kayıtları', Çev. Mehmet Akman, (1994) 8 (1-3) Hukuk Araştırmaları 265-291
- Jennings R C, 'The Office of Vekil (Wakil) in 17th Century Ottoman Sharia Courts' (1975) (42) Studia Islamica 147-169

- Konan B, Türk Hukuk Tarihinde Avukatlık Kurumu (Bilge 2021)
- - '20. Yüzyılın Başında Osmanlı Hukukçularının Avukatlık Mesleğine Bakışı', (2022) 5 (1) NEÜHFD 122-139
- Kostaki Sardenski, Heyet-i Vükela-yı Deavi-yi Dersaaadet-Rif'atlu Kostaki Sadenski Efendi'nin Nutkudur (Matba-yı Manukyan 1294)
- Koyuncu N, 'Hukuk Mektebi'nin Doğuşu' (2012) XVI Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 163-186
- Kuntman O, Türkiye'de Avukatlık Mesleğinin, İstanbul Barosunun Tarihçesi ve Yabancıların Kurduğu Baro (Ufuk Matbaası 1988)
- Özkent A H, 'Avukatlığın Memleketimizde Çok Kötü Tanınması' (1938) (3) Adliye Ceridesi 396-433
- - Avukatın Kitabı (Arkadaş Basımevi 1940)
- Özkorkut N Ü, 'Savcılık, Avukatlık ve Noterlik Kurumlarının Osmanlı Devleti'ne Girişi' (2003) 52 (4) AÜHFD 147-154
- Réglement Intérieur du Barreau Ottoman (Typographie et Lithographie du Journal La Turquie 1881)
- Rıza Nur, 'Memleketimizde Avukatlık ve İstanbul Barosunun Tarihçesi II' (1933) (83-11) İstanbul Barosu Mecmuası 430-446
- Sav A ve Toprak M (haz), Türkiye'de Savunma Mesleğinin Gelişimi (2. Baskı, TBB 2015)
- Şehbaz, 'Dava Vekilleri' (1304) (362) Ceride-i Mehakim 3714-3717
- Tanyer T, 'Eski İstanbul'da Arzuhalçiler', (2004) (53) TBB Dergisi 271-284
- Toprak Z, 'Baro', in Nuri Akbayer vd. (ed), Dünden Bugüne İstanbul Ansiklopedisi Cilt 2 (Kültür Bakanlığı ve Tarih Vakfı Yay. 1994) 58-61
- Toptaş Artin, 'Memleketimizde Dava Vekâleti: Avukatlık ve Muhamilik' (6) Muhamat 176-180
- Turan A, Türk Hukuk Tarihinde İlk Temyiz Mahkemesi Divan-ı Ahkam-ı Adliye (Adalet 2022)
- Üçok C, 'Savcılıkların Avrupa Hukukunda Gelişmesi ve Türkiye'de Kuruluşu' in Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan (AÜHF 1964) 35-48
- Yılmaz E, 'Bir Meslek Olarak Dünden Yarına Doğru Avukatlık', (1995) 44 (1) AÜHFD 193-208
- Yıldız K ve Esengün Hasekioğlu F, 'Muallimhane-i Nüvvab'dan Medresetü'l-Kudât'a Osmanlı'nın Son Döneminde Kadı Yetiştiren Okullar' (2019) (34) İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi 411-442
- Yörük A A, 'Mekteb-i Hukuk'un Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900)' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü 2008)
- Yurtdakal H O ve Korkmaz S, 'Tanzimat Dönemi Hukuk Eğitimi'nde Muallimhane-i Nüvvab Okulları Üzerine Bir İnceleme' (2023) 8 (1) Uluslararası Türkoloji Araştırmaları ve İncelemeleri Dergisi 17-30

Ek I: Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamname-i Dahilisidir**Bab-ı Evvel****Dava Vekilleri Cemiyetinin Suret-i Teşkil ve İntizamına Dairdir**

Birinci Madde: Cemiyet-i mezkure bin iki yüz doksan bir senesi tarihiyle Babıali'den neşr ve ilan buyrulan nizamname-i mahsusun ahkâmı dairesinde ve Osmanlı Dava Vekilleri Encümeni unvanı tahtında olmak üzere teşkil olunmuş ve bi'l-cümle efradının kangı devlet tebaasından olur ise olsun dava vekâletini ifaya kudret ve liyakati bulunduğu musaddak Adliye Nezaret-i Celilesi'nden verilmiş bir kıta ruhsatname-i resmiyeyi havi bulunması mukarrer bulunmuştur.

İkinci Madde: Bu cemiyete kabul ve ismi dava vekilleri cedvel-i mahsusuna kayd olunacak zevatın evvela umur-ı adliyece malumatı bulunduğunu mübeyyen nezaret-i müşarun-ileyha dairesindeki komisyon-ı mahsusundan veyahud Devlet-i Osmaniye hukuk mekteblerinin birinden verilmiş şهادetnameyi hamil bulunması ve saniyen laakal tamam yirmi bir yaşında bulunması ve salisen devlet memuriyetinde müstahdem bulunmaması ve rabian mücazat-ı terhibiyeden biriyle mahkum olmamış olması lazımdır.

Üçüncü Madde: Madde-i sabıkada muharrer evsaf-ı selaseyi cami olup memalik-i ecnebiyede tahsil-i fûnun eylemiş bulunan zevat zikr olunan hukuk heyetlerinden biri huzurunda malumat-ı müktesebelerini isbat eyledikten ve yedlerindeki diplomayı nezaret-i müşarun-ileyhaya tasdik ettirdikten sonra Dava Vekilleri Encümeni'ne dahil olmağa müstahak olurlar.

Dördüncü Madde: Umum dava vekillerinin isim ve şöhratlarını ve hasbe'l-nizam haiz oldukları sınıfların derecatıyla ikametgahlarını sebk eden memuriyet ve rütbe-i resmiyelerini mübeyyen olarak beher sene Mart'ı içinde Cemiyet-i Daime tarafından tanzim kılınacak levhada isimleri muharrer bulunmayan zevat işbu cemiyet efradından add olunamazlar.

İşbu levha tarih-i duhul ve sunûf tertibiyle tanzim kılınıp Cemiyet-i Daime azasının ve aza-yı fahriyesinin esamisini dahi ayrıca bir cedvel ile irae eder.

Beşinci Madde: İşbu levhada esamisi munderiç bulunan her bir dava vekili mensup olduğu sınıfa göre Memalik-i Osmaniye'nin mahkemesinde yani birinci sınıftan ise bi'l-cümle bidayet, istinaf ve temyiz mahkemelerinde ve ikinci veya üçüncü sınıflardan ise yalnız bidayet ve istinaf mahkemelerinde icra-yı vekâlet edebilir.

Altıncı Madde: Efrad-ı heyetten olup da gerek memuriyet-i devlette istihdam olunan ve gerek şeyhuheti hasebiyle hıdmet-i vekâletini terk eyleyen zevata Cemiyet-i Daime'nin teklifi üzerine cemiyet-i umumiye tarafından aza-yı fahri unvanı ita olunur. İşbu unvanı haiz bulunan zevat nakidce hiçbir mecburiyette bulunmayıp müzakerata müdahaleye hakları olmamak üzere yalnız Cemiyet-i Umumiye içtimalarında hazır bulunarak beyan-ı re'y etmeye mezundurlar.

Bab-ı Sani

Efrad-ı Heyetin Encümençe Olan Vezaif-i Mefrûzasıyla İmtiyazatına Dairdir

Yedinci Madde: Dava Vekilleri Heyeti Nizamname-i Esasi ahkamına ve cemiyeti umumiye'nin ekseriyet-i ârâsıyla verilen kararlar mukteziyatına tevfikân idare olunur.

Cemiyet-i Umumiye'nin tahsis ve tayin eylediği hudud dahilinde ifa-yı vazife eder ve bu heyet tarafından bi'l-intihab muvakkaten mensub ve gayr-ı muvazzaf azadan mürekkebe olan Cemiyet-i Daime, Cemiyet-i Umumiye'ye vekâlet eder.

Sekizinci Madde: Efrad-ı heyet dava vekilleri hakkında müesses olan kavaide tamamıyla riayet ve devair-i resmîyeye hürmete mecbur oldukları gibi vicdanen haksız gördükleri bir davada müzakere ve müdafaa etmeyeceklerdir.

Dokuzuncu Madde: Heyetin efrad-ı mevcudesi vazife ve imtiyazatca müsavi olup beynlerinde rütbe ve diplomaca takaddüm yoktur yalnız kıdem veya sinen şüyuhat olmak gibi bazı ahvalde müraaten hatır tecviz olunabilir.

Onuncu Madde: Efrad-ı heyetin her biri kabul olunduğu anda duhuliye namıyla ve heyetin ihtiyacı için beher sene şehir-i Mart'ının ilk on beşinde Cemiyet-i Umumiye tarafından tayin kılınan meblağdan senevi hisse-i musibesini tediye mecburdur.

On Birinci Madde: Cemiyet sandığına lüzumu görünen hisse-i seneviyesinin tediyesini tehir eyleyen efrad-ı heyet usulü dairesinde kendisine tebliğ vukuundan itibaren dört mah zarfında meblağ-ı mezkurı tediye etmeyecek olur ise silk-i heyetten bi'l-ihtiyar çıkmış add olunarak bu babda Adliye Nezaret-i Celilesi'ne ba-takrir arz ve iş'ar ile ismi dahi defter-i mahsusundan terkin olunacaktır. Fakat bu tehire ahval-ı fevkalade sebep olmuş ise bunun tetkik ve takdiri Cemiyet-i Daime'ye aid olacaktır.

Bab-ı Salis

Fasl-ı Evvel

Cemiyet-i Daime Hakkındadır

On İkinci Madde: Heyetin umur-ı hariciyesini idare etmeye memur bulunan Cemiyet-i Daime, Memalik-i Osmaniye'nin bi'l-cümle devairi nezdinde bi'l-vekalet heyet makamına kaimdir. İşbu heyet bir reis-i evvel ve bir reis-i sani ile diğer dört azadan mürekkep olup bunlar dava vekilleri hakkında canib-i Babialî'den neşr ve ilan buyrulan nizamnamenin 31 ve 32 ve 33'üncü mevadî ahkamına tevfikân beher sene şehir-i mart'ın ilk on beşinde defterde esamisi mündericî dava vekillerinin Cemiyet-i Umumiye'si tarafından intihab olunur.

On Üçüncü Madde: Reis-i evvel ve reis-i sani huzzarın ekseriyet-i mutlakasıyla ayrı ayrı intihab olunurlar. İki defa ârâ-yı hafiyeye müracaat olunduktan sonra emr-i intihabda ihtilaf vaki olur ise ekseriyet-i nisbiyeden yalnız iki kişi için kura keşide olunur ve yine tesavi-yi ârâ takdirinde müntahabların en musinni takdim ve tercih olunur.

On Dördüncü Madde: Cemiyet-i Daime'nin diğer dört azası balada mezkur nizam-ı mahsus mucebince üç sınıf dava vekilleri beyinde ârâ-yı hafiye ve ekseriyet-i mutlaka ile ve bir netice hasıl olmadığı takdirde ekseriyet-i nisbiye suretiyle intihab kılınırlar.

On Beşinci Madde: Cemiyet-i Daime azasının müddet-i memuriyetleri balada muharrer nizamname-i mahsusunda tayin buyrulmuştur.

On Altıncı Madde: Cemiyet-i Daime azasından birisi vefat veya istifa veyahud silk-i vekâleti terk eylediği takdirde müddet-i memuriyet bakiyesi için kaim olmak üzere yerine diğeri intihab olunur.

On Yedinci Madde: Cemiyet-i Daime'nin sandikkârlık ve kitabet memuriyetlerini ifa eylemek üzere azadan birisi ekseriyet-i mutlaka ile nasb ve tayin olunup lede'l-hace maaşlı bir katib dahi istihdam edilir.

On Sekizinci Madde: Cemiyetin kangı mahal ve gün ve saatte tecemmu' edeceği meclis veyahud meclisin ruhsatıyla canib-i riyasetten tayin olunur ve cemiyetçe karar verildiği veyahud lede'l-hace taraf-ı riyasetten davet olunduğu halde dahi suret-i fevkâlade olarak Cemiyet-i Daime'ce akd-ı ictima edilir.

On Dokuzuncu Madde: Cemiyet-i Daime'de azanın ekseri mevcut olmadıkça müzakerata mübaşeret olunamaz ve kararları dahi ekseriyet-i ârâ ile ita kılınıp bir mesele üzerine tesavi-i ârâ takdirinde reisin tarafı tercih olunur.

Yirminci Madde: Üç defa taraf-ı riyasetten davet olunup da bila-sebeb-i meşru içtimalarda bulunmayan aza azalıktan istifa eylemiş add olunarak hemen anın yerine diğeri birinin intihabına mübaşeret olunacaktır.

Fasl-ı Sani

Cemiyet-i Daime'nin Vezaifi Hakkındadır

Yirmi Birinci Madde: Cemiyet-i Daime'nin vezaif-i memuru'n-bihası evvela Dava Vekilleri Heyeti'nin şan ve menafiini vikaye saniyen esas-ı meslek-i vekâlet olan istikamet ve hatır-nevazane tavır ve hareket usulünü muhafaza salisen heyete aid bi'l-cümle edavat ve eşya nevinden emvali idare rabian dava vekilleri hakkında Babıalî'ce zuhura gelen müşkilatın halli için bi't-tavassut bu babda Adliye Nezaret-i Celilesi'yle muhabere hamisen ifa-yı vazife-i vekâlet nizamât ahkamanın kemâ-yenbağı icrasına dikkatle nezaret sadisen sınıf ve kadr û haysiyetlerinden dolayı efrad-ı heyet meyanelerinde mütehaddis ihtilafatı hall ve mümkün olamadığı takdirde yalnız mütalaa suretiyle beyan-ı rey sabian dava vekillerinin ücret-i vekâletlerinden dolayı zuhura gelen dava ve müşkilatın tesviyesi için malumat-ı mukteziyeyi tafsilen beyan saminen Cemiyet-i Daime hususâtının müzakeresiyle Cemiyet-i Umumiye'ye arz olunacak mesaili tetkik ve cemiyet-i mumaileyha canibinden verilecek kararların icrasına vekâlet ve fahri sandikkâr ve katibi intihab ile mumaileyhin hesaplarını rüyet ve tedkik tasian bulundukları hal ve icaba göre

hem mesleklerle icra-yı muavenet ve lede'l-iktiza dahi merci-yi maslahat nezdinde tavassut aşiren heyetin beş nefer azasından mürekkep bir "Cemiyet Muavene-i Hukukiye" teşkil hadiaşer dahil-i silk-i heyet arzusunda bulunan zevatın kabulü hakkında ita-yı karar ve saniaşer beher sene bütçenin tanziminde vukubulan tebeddülât ve müşkilât ve sehviyatı tesviye eylemektir.

Fasl-ı Salis

Dava Vekilleri Heyetinin Umur-ı İnzibatiyesine Dairdir

Yirmi İkinci Madde: Bi'l-cümle efrad-ı heyet vekâletin haysiyetine nakisa iras eder ahvalden mücanebet eyleyeceklerdir ve mesleklerine aid vezâifin ifasında hem meslekleriyle olan münasebetlerinde kusur eyleyenler hakkında dava vekillerine dair müesses nizamnamenin 39 ve 40'inci maddeleri ahkamına tevfikân muamele edilecektir.

Yirmi Üçüncü Madde: Müştekiün-aleyh olan dava vekili istima olunmadıkça yahud sekiz gün mehil itasıyla davet edilmedikçe aleyhinde bir guna ceza-yı inzibati hükm olunamaz.

Yirmi Dördüncü Madde: Bir ceza-yı inzibati hükmünü mutazammın kararlar hazirunun ekseriyet-i mutlakasıyla ita kılınır. Tesavi-yi ârâ vukui tebrîe-yi zimmettir. Beyne'l-huzzar iki türlü reyden ziyaden rey hasıl olduğu ve ekseriyet-i nisbiye beraat-i zimmete muhalif bulunduğu halde cezanın teşdidi tarafında bulunanlar tahfifi tarafında bulunanlara mütabaata mecbur ve bu vasıta ile istihsal-i ekseriyet olunur.

Mücazat-ı inzibatiyeye dair heyetin hüküm ve kararları esbab-ı mucibe irasıyla vermek lazım gelip fakat tesavi-yi ârâ cihetiyle beraat-ı zimmet hükmü müstesnadır.

Yirmi Beşinci Madde: Cemiyet-i Daime azasından birisi aleyhinde bir şikayet zuhur edip de müştekinin iddiası red olursa Cemiyet-i Daime'nin bu kararı ittîfak-ı ârâ ile verilmiş olsa bile müşteki işbu karar aleyhinde Cemiyet-i Daime huzurunda istinaf-ı ıştika edebilir.

Yirmi Altıncı Madde: Silk-i vekâletten muvakkaten ref'ine veyahud isminin defterden tayy olunmasına hükm olunan dava vekili Cemiyet-i Umumiye huzurunda istinaf-ı dava edebilir.

Yirmi Yedinci Madde: Mahkumun-aleyh olan dava vekili, aleyhinde verilen kararın itasında hazır bulunup kendisine tefhiminden veyahud hazır bulunmayıp da gıyabından ita olunan kararın kendisine tahrîren tebliğinden itibaren on gün zarfında istinaf-ı dava edebilir.

Gıyaben mahkumun-aleyh olan dava vekili kararın tahrîren kendisine tebliğinden itibaren on gün zarfında huzur-ı Cemiyet-i Daime'ye itiraz-ı ale'l-hükm edebilir.

Yirmi Sekizinci Madde: Balada murakkam 25 ve 26 ve 27'nci maddeler ahkamına tefvîkan Cemiyet-i Umumiye mahkumun-aleyhin istinaf-ı dava edeceğini ihbar ettiği veyahud istinaf eylediği tarihten itibaren nihayet yirmi bir gün zarfında akd-i içtima edecek-

tir ve müstenif keyfiyet içtimadan ekalli sekiz gün evvel haberdar edilmek lazım gelecektir.

Yirmi Dokuzuncu Madde: Cemiyet-i Umumiye müştekiün-aleyhin istinafi üzerine davayı bidayeten rü'yet edip Cemiyet-i Daime'nin tayin eylediği cezayı ârâ-yı hafiye ile teşdid veyadud tahfif edebilir.

Fasl-ı Rabi'

Dava Vekilleri Heyetinin Reisi Hakkındadır

Otuzuncu Madde: Cemiyet-i Daime'nin reisi Cemiyet-i Umumiye'yi bi'l-ictima riyaset ve dava vekillerinin münasebat-ı hariciyesinde vekâlet ve mübahesat-ı ilmiye için teşkil kılınacak cemiyetlere riyaset ve her birinin müzakeratını idare ve tensik ve umur ve muamelatını nizamname-i mahsusuna tatbik ve zabt ve rabt hususuna nezaret ve nizamname ahkâmının tamami-i icrasına gayret eder.

Otuz Birinci Madde: Cemiyet-i Daime'nin reisi Cemiyet-i Daime ve Umumiye taraflarından kaideten sarfa mezun olduğu mebalighin sarfını işaret ve Cemiyet-i Daime azasıyla beraber zabıtnameleri imza ve Cemiyet-i Daime raportörlerini ve ahval-ı mübremede resmen talep olunan müdafaa vekilleri nasb ve tayin eyler.

Otuz İkinci Madde: Bir dava vekili aleyhinde kendi hem meslekleri veyahud haricden birisi tarafından zuhura gelen şikayet ve müstediyyatın işbu nizamın tayin eylediği hudud dahilinde Cemiyet-i Daime ve Umumiye'ye takdim eylemek üzere kabul birle tedkikat-ı lazıme icra eyledikten sonra fakirü'l-hal bulunan müstediler deavisini dahi Cemiyet-i Muavene-i Hukukiye'ye ihale eder.

Fasl-ı Hamis

Fahri Ser-katib-i Sandıkar Hakkındadır

Otuz Üçüncü Madde: Fahri ser-katib-i sandıkkâr, katib sıfatıyla Cemiyet-i Daime ve Umumiyelerin zabıtnamelerinin tanzimine nezaret birle efrad-ı heyete aid tebligatı cemiyet veyahud riyaset tarafından bi'l-ve kale icra ve heyetin evrak ve kitabhanesini muhafaza eyler ve Cemiyet-i Umumiye içtimalarında re'y varakalarının muayenesinde hazır bulunur.

Otuz Dördüncü Madde: Sandıkkâr sıfatıyla duhuliyeleri ve Cemiyet-i Umumiye tarafından takdir ve tayin kılınan bütçe mucebince muhassasat-ı seneviyeyi tahsil eyler veyahud ettirir. Taraf-ı riyasetten sarfa tenbih edilen mesarifatin mecmuunu nezdinde mevcud bulunan nükuddan tesviye eyler.

Otuz Beşinci Madde: Fahri ser-katib-i sandıkkârın gaybubeti veyahud hastalığı esnasında memuriyet-i mezkure Cemiyet-i Daime reis-i sanisi tarafından ifa kılınır.

Bab-ı Rabi'

Cemiyet-i Muavene-i Hukukiye Hakkındadır

Otuz Altıncı Madde: Makamat-ı resmiye canibinden muavenete layık veyahud muhtac olduklarına şehadet edilen adamlar için fakirü'l-hal oldukları Cemiyet-i Daime'ce dahi tahkik ve tedkik kılındıktan sonra meccanen icra-yı vekâlet edilir. Cemiyet-i Muavene-i Hukukiye beş azadan mürekkep olup bunlar nizamname-i esasinin 38'inci maddesi ahkâmına tevfikân defterde esamisi muharrer olan dava vekillerinden intihab ve Cemiyet-i Daime tarafından nasb ve tayin kılınırlar.

Otuz Yedinci Madde: Cemiyet-i Muavene azasının müddet-i memuriyetleri altı ay olup bunlar hitam-ı müddet-i memuriyetlerinden sonra iki sene mürur etmedikçe yeniden intihab olunamazlar.

Otuz Sekizinci Madde: Mevadd-ı hukukiye ve cezaiyeden dolayı birisine meccanen icra-yı muavenet edilmesi iktiza eylediği takdirde Cemiyet-i Muavene-i Hukukiye-i merkum tarafından müdafaa için yeni başlamış ve mühim bir mesele olduğu halde levhada esamisi münderiç dava vekillerinden birisini nasb ve tayin eyleyecektir. Bu surette Cemiyet-i Daime reisi bu misillü muhtacının mesarifat-ı muhakeme ve saireden muaf olmaları için merciine müracaat eyleyecektir.

Otuz Dokuzuncu Madde: Efrad-ı heyetten resmen vekil tayin olunan dava vekili ifa-yı vazifeden istinkaf edemeyecek ve ettiği halde nizamname-i esasinin 39'uncu maddesinde münderiç mücazat-ı inzibatiye-i ibtidaiyeden birine düşür ettirilecektir meğer ki işbu istinkafı esbab-ı meşruaya müstenid olduğu Cemiyet-i Daime huzurunda isbat eder ise mücazattan varestede olacaktır.

Bab-ı Hamis

Cemiyet-i Umumiye'nin Vezaifi Hakkındadır

Kırkıncı Madde: Dava vekillerinin heyetine aid hususâtın müzakeresiyle karar ita ve idareye aid her nevi tedabiri memurlarına işaret ve tavsiye ve efrad-ı heyetin ita edecekleri nuhassasat-ı seneviyeyi tayin ve heyetin umur-ı maliyesini tesviye ve tanzim ve rüyet ve tasdik ve inde'l-iktiza Cemiyet-i Daime tarafından verilen kararları tedkik eylemek Cemiyet-i Umumiye'nin vezaifindendir.

Kırk Birinci Madde: Cemiyet-i mezkure dava vekillerine mahsus defterde esamisi mu-rakkam Dersaadet'te mukim bi'l-cümle dava vekillerinden mürekkeptir. Müzakeratı makbul ve mer'i olmak için işbu dava vekillerinin nisfindan bir ziyadesi mevcut olmak lazım gelir. Fakat birinci davette hazır bulunan azanın mecmuunun nisfı mikdarından dûn ise ikinci davette hazır bulunacak olanlarla bi'l-iktifa aza-yı mecmu efrad-ı heyetin nisfindan dûn olsa dahi müzakerata mübaşeretle verilen kararlar makbul ve mer'iyü'l-icra olacaktır. Şu kadar ki müzakerat-ı vakia birinci davette mevzu-ı bahs olan mevadd üzerine cereyan edip kararlar dahi ekseriyet-i mutlaka ile ita kılınır.

Kırk İkinci Madde: Dava vekilleri reisinin gıyabında reis-i sani ve anın gıyabında dahi birinci sınıf dava vekillerinden olarak Cemiyet-i Daime azasından en musinni Cemiyet-i Umumiye'ye riyaset eder.

Kırk Üçüncü Madde: Cemiyet-i Umumiye mecburi surette ber-vech-i ati davet olunur. Evvela efrad-ı heyetten yirmi zat tarafından muharrer ve mümza olup Cemiyet-i Daime'ye verilmiş olan bir teklifname üzerine saniyen Cemiyet-i Daime canibinden teati kılınan bir karar aleyhine istinaf-ı dava vukuu takdirinde salisen beher sene şehir-i Mart'ın ilk on beşinde ve işbu son içtima nizamname-i esasının 32 ve 33'üncü maddeleri ahkamına tevfikeyn Cemiyet-i Daime azasının kısmen tebdil ve tecdidine ve sene-i maziye muhasebatının tetkikine ve reis tarafından intihabının ikinci senesi ibtidasında irad olunacak nutka münhasır olacaktır.

Kırk Dördüncü Madde: Müstesna haller veyahud menafi-yi azimeyi mucib olacak meseleler vukuunda Cemiyet-i Daime'nin kararı üzeri suret-i fevkaladede olarak Cemiyet-i Umumiye davet olunur.

Kırk Beşinci Madde: Cemiyet-i Umumiye'nin küşadında fahri ser-katib-i sandikkâr cemiyet-i sabıkanın zabıtnamesini kıraat birle müzakerat-ı cariyesi zabtına nezaret ve dikkat eyler.

Kırk Altıncı Madde: İctima-yı sabıkın Cemiyet-i Umumiye'ce kabul olunan zabıtnamesi mezkur içtimada riyaset eden zat ile Cemiyet-i Daime azası tarafından imzalanır.

Kırk Yedinci Madde: Ba'de Cemiyet-i Umumiye'ye aid tebligat taraf-ı riyasetten icra kılınır. Dava Vekilleri Heyeti'nin menafi-yi umumiyesine dair tertib ve tanzim edilen layihalar azaların inzar-ı dikkatine vaz' olunmasıyla beraber icabı takdirinde her içtimada mevzu-ı bahs ve müzakere olunacak olan mevadd ve mesail reis tarafından izah edilir.

Kırk Sekizinci Madde: Azadan hiçbirisinin evvelce taraf-ı riyasetten istihsal-ı ruhsat etmeksizin irad-ı nutka salahiyeti yoktur. İrad-ı nutk etmek isteyenlerin esamisi katib tarafından bir deftere kayd ve tahrir olunur.

Kırk Dokuzuncu Madde: Esna-yı müzakerede irad-ı nutk edenler kayd defteri sırasınca ve leh veya aleyhine irad-ı nutk edenler dahi münavebeten irad-ı nutk eyleyeceklerdir. Cemiyet-i Umumiye'nin takrir ve tasvibine arz olunan layihaları mevki-yi müzakereye vaz' ve takdime memur olan raportörler bu kaideye tabi olmayıp bunlar her vakit irad-ı nutk etmeye ruhsat alabilirler.

Ellinci Madde: İrad-ı nutk edenler mevzu-ı bahs ve müzakere olan mesele haricine çıkamayacaklardır. Eğer çıkarlar ise taraf-ı riyasetten kendilerine bir kere ihtar-ı keyfiyet olunur ve saded-i bahisden harice çıkmak hali bir daha tekerrür eder ve ikinci ihtardan sonra dahi bu hal böyle devam eder ise ol vakit reis natık-ı muma-ileyhin o günkü içtimada o madde üzerine irad-ı nutk etmekten men olunmasını heyete teklif eyledik

de cemiyetçe bu suretin kabulüne bila-müzakere ayağa kalkmak veyahud oturarak ellerini kaldırmak suretiyle re'y verilir.

Elli Birinci Madde: Esna-yı müzakerede şematet veyahud şahsı hakaret velhasıl müzakeratin intizam-ı cereyanını ihlal eden her nevi ahval ve hareket katiyen memnudur. Cemiyet-i Umumiye'de bu yolda hareket ika'ıyla müzakeratin inkıtına sebep olan aza 50'nci maddede beyan olunduğu vechile ihtarat-ı lazıme icra kılındıktan sonra lede'l-hace reisin emriyle laakal altı ay ve en ziyade bir sene müddet için Cemiyet-i Umumiye-lerde hazır bulunmak hakkından ıskat olunur.

Elli İkinci Madde: Cemiyet-i Umumiye'nin içtimasında hazır bulunmak hakkından ıskat olunan aza verilen karara itaatle tebrie-yi zimmet iddiasında bulunursa reis tarafından derhal irad-ı nutka salahiyet verilir.

Elli Üçüncü Madde: İşbu nizamnamenin ellinci maddesi ahkamına tevfikân esna-yı müzakerede bir ceza-yı inzibatiye düşar olan dava vekili müzakeratin hitamından sonra asaleten veyahud refakaten birini tevkilen tebrie-yi zimmeti iddia veya müdafaya hakkı olabilecektir.

Elli Dördüncü Madde: İşbu nizamnamenin 51'inci maddesi ahkamına tevfikân hakkında bir ceza tertib ve hükm olunan her bir dava vekilinin beyan edeceği esbab tebrie-yi zimmetine kafi görünmez ise hükm-i evvelin tasdikiyle keyfiyet zabıt varakalarına kayd olunur.

Elli Beşinci Madde: Hitam-ı müzakereden evvel reis meclise müracaat eyler ve bu müracaat esnasında azadan yalnız tatil-i müzakere aleyhinde bulunanlara irad-ı nutk etmeye mezuniyet verilir.

Elli Altıncı Madde: Müzakeratin hitamı için ârâ-yı umumiye müracaat olunduktan sonra eğer reis bu babdaki ekserinin şüpheli olduğunu müşahede eder ise ikinci defa ârâya müracaat eyler bunda dahi kati bir netice hasıl olmaz ise ol vakit müzakerat devam eyler.

Elli Yedinci Madde: Heyetin tatil-i müzakeresi ekseriyet-i ârâ ile karar-gir olduktan sonra mevzu-ı bahs olan meselenin lehe veya aleyhine irad-ı nutk etmek üzere hiçbir kimseye ruhsat verilemez. Ancak meselenin ârâ-yı umumiye suret-i vaz'ı hakkında beyan-ı mütalaa etmek isteyenlere ruhsat verilir.

Elli Sekizinci Madde: Ârâ-yı hafiye evrakının muayenesini fahri ser-katib-i sandıkkârın taht-ı nezaretinde olarak cemiyet tarafından müntehab iki aza marifetiyle icra kılınarak neticesi taraf-ı riyasetten meclise tefhim kılınacaktır.

Elli Dokuzuncu Madde: Esna-yı müzakerede ziyade şematet vukubulduğu ve reis dahi bunun men'ine muktedir olamadığı halde müzakeratı tatil edeceğini beyan ve tebliğ ve yine sükut tam hasıl olmaz ise ol vakit reis bu ictimain tekrar inikadını sekiz gün sonraya tehir ve ta'lik eylediğini huzzara tefhim eder.

Altmışınçı Madde: Cemiyet-i Umumiye’de mevzubahs ve müzakere olan mesail ekseriyet-i ara kaidesine tevfiikan zirde muharrer üç suretle kabul veyahud red olunur şöyle ki evvela (işaret-i mahsusa saniyen tayin-i esami salisen rey-i hafi usulü ve işbu son usul inde’t-taleb tercih olunur) işaret-i mahsusa ayağa kalkmak veyahud oturarak el kaldır-maktan ibarettir.

Altmış Birinci Madde: Cemiyet-i Umumiye mesail ve levaihi-i mühimmenin müzakere-tıyla meşgul olduğu halde bunların bir an evvel teshil-i tedkikatı için icabına göre üç veya beş kişiden mürekkeb bir komisyon nasb ve tayin eyleyebilir.

Altmış İkinci Madde: İşbu komisyonun azası bir namzed cedveli mucebince ve ekseriyet-i nisbiye ile intihab olunur. Mezkur komisyon kendisine ihale kılınan mesail ve levaihi tedkik eyledikten sonra bu babdaki mazbatasını bi’t-tanzim Cemiyet-i Umumiye’ye takdim eyleyecektir.

Altmış Üçüncü Madde: Dersaadet’te mukim dava vekillerinden olup bir guna mani-i meşruı olmadığı ve evvelce reise tahriren malumat vermiş bulunmadığı halde Cemiyet-i Umumiye’nin mecburi olarak vukubulan ictimaatının yerinde hazır bulunmayanlar cemiyet sandığına bir beyaz mecidiye ceza-yı nakdi itasına mecburdurlar.

Altmış Dördüncü Madde: Efradı heyetten cemiyete gelmeyenler bilinmek üzere hazır bulunanlar defter-i mahsusunda vaz’-ı imza etmeye mecburdurlar.

Altmış Beşinci Madde: Cemiyet-i Umumiye Cemiyet-i Daimi reisini emniyetsizlik kurasıyla memuriyetten azl edebilir fakat işbu kuranın muteber olması için cemiyet-i mezkurede laakal Dersaadet’te mukim dava vekillerinin selase-i erba’ı hazır bulunmalıdır.

Bab-ı Sadis

Levaihi Tedkike Memur Komisyon Hakkındadır

Altmış Altıncı Madde: Mesail ve levaihi-i mühimmeyi tedkike memur olan komisyonun ilk defasındaki içtimada aza-yı mevcudesi işbu nizamnamenin 62’nci maddesine tevfiikan içlerinden bir reis ve bir de katib intihab ederler ve işbu komisyonun netice-i müzakereyatını Cemiyet-i Umumiye’ye arz etmek üzere ber-vech-i meşruh bir de rapörtör tayin ederler.

Altmış Yedinci Madde: Bir komisyonun her defaki ictimaatı zabıtnamelerinde aza-yı hazıranın esamisi zikr ve tahrir olunacaktır.

Altmış Sekizinci Madde: Komisyonca mevki-yi müzakereye konulacak mevada dair bi’l-cümle evrak reis-i cemiyet tarafından komisyona irsal kılınır. Evrak-ı mezkure ile komisyonca taht-ı karara alınmış olan mevadın zabıtnameleri cemiyetin evrakı meyanında hıfz edilecektir.

Altmış Dokuzuncu Madde: Bir madde veyahud bir teklif üzerine komisyondan tanzim kılınan raporu o maddenin veyahud teklifin Cemiyet-i Umumiye’ce müzakeresi için karar-gir olan tarihten laakal sekiz gün evvel canib-i riyasete ita kılınacaktır.

Yetmişinci Madde: Cemiyet-i Umumiye tarafından kabul ve tasdik olunup Adliye Nezaret-i Celilesi’ne takdim kılınan işbu nizamnamenin tarih-i neşrinden itibaren iki sene mürur etmedikçe münderecatı hakkında bir guna tadilat icra kılınmayacaktır.

Sıhhati tasdik olunur

Fi 29 Nisan Sene 297

Er-reis Rosulato

Ek II: Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamname-i Dahilisi⁸⁷**Fasl-ı Evvel****Dava Vekilleri Cemiyeti'nin Suret-i Teşkiline ve İntizamına Dairdir**

Madde 1: Mezkur cemiyet 1875 senesinde canib-i Babialî'den neşr ve ilan buyrulan nizamname⁸⁸ ahkamı dairesinde ve Osmanlı Dava Vekilleri namı tahtında olmak üzere teşkil olunmuş ve bi'l-cümle efradının kangı devlet tebaasından olur ise olsun dava vekâletini ifaya kudret ve liyakati bulunduğunu musaddak Adliye Nezaret-i Celile-si'nden verilmiş bir kıta ruhsatname-i resmîyeyi hamil bulunması mukarrer bulunmuş-tur.

Madde 2: Bu cemiyete kabul ve ismi dava vekillerine mahsus cedvele kayd olunacak zevatın evvela umur-ı adliyece malumatı bulunduğunu mübeyyen nezaret-i müşarun-ileyha dairesindeki komisyon-ı mahsusundan veyahud Devlet-i Osmaniye hukuk cemiyetlerinin birinden verilmiş bir diplomayı hamil bulunması ve saniyen laakal tamam yirmi bir yaşında bulunması ve salisen umuma aid bir hıdmetten veyahud maaşlı bir memuriyette müstahdem veya ticaretle meşgul bulunmaması ve rabian evvelden mü-essir bir ceza ile mahkum olmamış olması lazımdır.

Madde 3: Madde-i sabıkada muharrer evsaf-ı erbaayı cami olan memalik-i ecnebiyede tahsil-i fûnun eylemiş bulunan zevat zikr olunan hukuk cemiyetlerinin biri huzurunda malumat-ı müktesebesini isbat eyledikten ve yedindeki diplomayı nezaret-i müşarun-ileyhaya tasdik ettirdikten sonra Dava Vekilleri Cemiyeti'ne dahil olmağa kesb-i salahiyet eder.

Madde 4: Cemiyet-i mezkure efradının isim ve şöhetlerini ve mensub oldukları sınıfların derecatıyla mahall-i ikametgahlarını ve umuma aid ifa eylemiş oldukları hıdmetatı mübeyyen Cemiyet-i Daime tarafından tertib ve tanzim olunacak cedvele beher sene Mart aylarında ismini kayd ettirmeyenler cemiyet efradından add ve itibar olunmayacaktır. Bu cedvel sıra ve sınıf tertibi üzere tanzim olunup Cemiyet-i Daime azasının ve ayrıca olarak fahri azasının esamisini muhtevidir.

Madde 5: Dava Vekilleri Cemiyeti cedvelinde ismi mukayyed olan her bir dava vekilinin mensup olduğu sınıfa göre vazife-i vekâleti ifaya ve mehakim-i Osmaniye huzurunda dahi müdafaaya salahiyeti olacak ve birinci sınıf dava vekillerinin bidayet ve istinaf ve temyiz mahkemelerinde ve ikinci ve üçüncü sınıf dava vekillerinin dahi yalnız bidayet ve istinaf mahkemelerinde muhakemeye salahiyetleri bulunacaktır.

⁸⁷ Arisdakis Kasparyan (n 60) 108-126.

⁸⁸ Üçüncü Düstur'un 198. sahifesindedir.

Madde 6: Eskiden cemiyetin aza-yı fiiliyesinden bulunup da şeyhuheti veyahud umuma aid bir hıdmette istihdamı münasebeti ile dava vekâletini terk etmiş olan zevata Cemiyet-i Daime'nin teklifi üzerine Cemiyet-i Umumiye tarafından fahri azalık unvanı verilir. İşbu unvan ashabına tekalif-i nakdiye itasına sebep-i mecburiyet olmayıp yalnız heyet-i umumiyede hazır bulunmak salahiyeti ita ederse de bunların re'y itasına ve müzakereye müdahaleye salahiyeti yoktur.

Fasl-ı Sani

Dava Vekilleri Cemiyeti Efradının Vezaifine ve İmtiyazatına Dairdir

Madde 7: Dava Vekilleri Cemiyeti'nin umur ve mesalihi dava vekilleri hakkındaki nizamname ahkamına ve cemiyet-i mezkure efradının ekseriyet-i ârâ kaidesine tevfi kan ita edecekleri kararlara göre idare ve tesviye olunur. Mezkur nizamname ahkamı daire-sinde olmak üzere bu yolda kararlar ita etmek salahiyeti Heyet-i Umumiye'ye ve bu heyete vekâleten müntehab ve muvakkat ve gayr-ı muvazzaf azasından mürekkebe olan Cemiyet-i Daime'ye aittir.

Madde 8: Cemiyet-i mezkure efradının dava vekâleti mesleğine mahsus kavaide tamamıyla riayet ve meslekçe tabi oldukları hükümete hürmet ve itaat etmeye mecburdur. Vicdanen haksız gördükleri deavi için müzakere ve müdafaada bulunmaları caiz değildir.

Madde 9: Cemiyetin bilcümle efradı imtiyaz ve vazifece müsavi olup bey nlerinde mer-tebe veyahud diploma sebepleriyle yekdiğerine karşı bir guna takaddüm yoktur. Şu kadar ki kıdem ve sinne riayeten bu müsavat bazı mertebe rehin-i tadildir.

Madde 10: Cemiyet efradının her biri duhuliye resmi ve bir de vergi-yi senevi itasıyla mükellefdir ki bu verginin mikdarı cemiyetin lüzum ve ihtiyacına göre Mart ayının ilk on beş günü zarfında Heyet-i Umumiye tarafından kararlaştırılır.

Madde 11: Cemiyet sandığına lüzumu görülen vergi-yi senevinin tediyesini tehir eyleyen efrad bu borcunu fakat musaddak olmak şartıyla kendisine tebliğ vukuundan itibaren bir mah zarfında tediye ve ifa eylemez ise cemiyet efradı adadından çıkarılıp ismi dahi cedvel-i mahsususunda tayy ve ihraç olunacak ve tehire fevkalade ahval sebep olmuş ise ahval-ı mezkurenin tedkik ve takdiri Cemiyet-i Daime'ye aid bulunacaktır.

Fasl-ı Salis

Bab-ı Evvel

Cemiyet-i Daime Hakkındadır

Madde 12: Cemiyet-i Daime Osmanlı Dava Vekillerinin Heyet-i Umumiyesi'ne aid umur ve mesalihi rü'yet ve tesviye etmek vazifesiyle mükelleftir ki hükümet-i seniyye ile olan kaffe-i malumat ve münasebatında bu heyete vekâlet eder. Mezkur cemiyetin reisi ile

beraber altı nefer azası vardır. Bunlar beher sene Mart aylarının ilk on beş günü zarfında Heyet-i Umumiye tarafından dava vekillerine mahsus cedvelde esamisi muharrer dava vekilleri canibinden bu babdaki nizamnamenin 31'inci ve 32'nci ve 33'üncü maddelerine tevfikân intihab olunur.

Madde 13: Reis-i evvel ve sani aza-yı mevcude tarafından ayrı ayrı ve ekseriyet-i mutlaka ile intihab olunur. İki defa ârâ-yı hafiye müracaat olunduktan sonra emr-i intihabda ihtilaf vaki olur ise ekseriyet-i nisbiye dahi kafidir ve tesavi-yi ârâ takdirinde müntahabların en musinnî takdim ve tercih edilir.

Madde 14: Cemiyet-i Daime'nin diğer dört azası dava vekilleri hakkında olan nizamname ahkâmına tevfikân her üç sınıf dava vekilleri beyinde ârâ-yı hafiye ve ekseriyet-i nisbiye suretiyle intihab ve tayin kılınır.

Madde 15: Cemiyet-i Daime heyetinin müddet-i memuriyetleri dava vekilleri hakkında olan nizamname ile tayin olunmuştur.

Madde 16: Cemiyet-i Daime azasından biri vefat eder veyahud istifa eder veya dava vekâleti silkinden çıkar ise yerine diğer biri intihab olunur. Bu intihabın memuriyetleri müddetçe cemiyetin diğer azasına şümülü yoktur.

Madde 17: Cemiyet-i Daime kendisine lüzumu olan fahri katib-i sandukkâr ekseriyet-i mutlaka ile intihab eder ve mu'temedi olan bir zatı dahi maaşlı katib tayin eyler.

Madde 18: Cemiyet-i mezkurenin kangî mahal ve gün ve saatte ictima edeceği cemiyet tarafından veyahud cemiyetin mezuniyeti üzerine reis canibinden tayin olunur ve cemiyetçe karar verildiği veyahud inde'l-icab reis tarafından davet olunduğu halde cemiyet-i mezkure fevkalade olarak ictima edebilir.

Madde 19: Cemiyet-i Daime'de azanın ekseri mevcud olmadıkça müzake vukubulamaz ve kararlar dahi ekseriyet-i ârâ ile ita olunur ve bir mesele üzerine aza-yı mevcude iki taraf olduğu halde reisin re'yi bulunan taraf ekseriyet kazanır.

Bab-ı Sani

Cemiyet-i Daime'nin Vazifesi Hakkındadır

Madde 20: Cemiyet-i Daime'nin vezaif-i memuresi evvela: cemiyete dahil olmak isteyen zevatın kabulüne karar vermek. Saniyen: Cemiyet efradınca vukubulan tebeddülât ve sehviyatdan veyahud bunlardan bazıları üzerine tahaddüs eyleyen müşkilattan dolayı dava vekilleri cedvelinin terkibatınca beher sene icab eyleyen tadilatı icra etmek. Salisen: Dava Vekilleri Heyeti'nin şân ve menafini vikaye etmek. Rabian: Dava vekillerinin ifa-yı memuriyet esnasında ittihaz eyleyecekleri harekâta dikkat ve nezaret etmek. Hamisen: Vekâlet mesleğinde esas olan istikamet ve nezaket kavaidini muhafaza eylemek. Sadisen: Heyete aid bi'l-cümle edevat ve eşyayı idare ve fûruht ve işтира etmek. Sabian: Dava vekilleri hakkında Bab-ı I'ce zuhur eden müşkilatın hall ve izalesine ta-

vassut ve bu babda Adliye Nezaret-i Celilesi'yle muhabere eylemek. Saminen: Vazife-i vekâletin ifasında bu babdaki nizamname ahkâmının tamami-i icrasına nezaret etmek. Tasian: Sınıf ve sıfat meselelerinden dolayı dava vekilleri beyinde tahaddüs eden ihtilafatı hall ve kabil olamaz ise yalnız mütalaa suretinde beyan-ı re'y eylemek. Aşiren: Dava vekilleri beyinde ücret maddesinden naşi zuhur eden ihtilafat ve münazaat üzerine izahat vermek. Ehade aşer: Dava vekilleri cemiyetinin alakadar olduğu hususat üzerine müzakere ve heyet-i umumiye konulmak üzere arz olunan teklifleri fesh ve heyet-i mezkure tarafından verilen kararların icraatına nezaret ve fahri ser-katib-i sandukkârı intihab ve tayin ve sandukkârın hesabâtını tedkik eylemek. İsna aşer: İnde'l-icab cemiyet efradının biri hakkında mahkeme huzurunda muavenet ve tavassut icra etmek. Selase aşer: Cemiyet efradından müntehab ve beş nefer azadan mürekkeb olmak üzere bir Adliye Cemiyeti teşkil eylemek hususundan ibarettir.

Bab-ı Salis

Dava Vekilleri Heyetinin Umur-ı İnzibatiyesine Dair

Madde 21: Cemiyetin bi'l-cümle efradı vekâlet mesleğinin haysiyetine nakisa iras eder ahvalden mücanebet eyleyecek ve mesleklerine aid vezaifin ifasında ve hem meslekleriyle olan münasebetinde kusur edenler dava vekillerine dair olan nizamnamenin 39'uncu ve 40'ıncı maddelerine tevfikân mücazat edilecektir.

Madde 22: Cemiyet-i Daime'nin inzibata aid mevadd üzerine icra-yı muhakeme etmek salahiyetini haiz bulunmasıyla cemiyet efradı tarafından kendisine arz olunan şikâyet üzerine vazife-i memuresini icra eder.

Madde 23: Cemiyet-i Daime'nin cedvel-i mahsusunda esamisi mukayyed olan dava vekilleri hakkında inzibata aid hükm edeceği mücazat evvela: ihtarname göndermek. Saniyen: Takbih etmek. Salisen: bir seneyi tecavüz etmemek üzere muvakkaten dava vekâletini ifadan men eylemek. Rabian: Evvelce Adliye Nezaret-i Celilesiyle bi'l-ittifak dava vekâleti silkinden çıkarmak maddelerinden ibarettir.

Madde 24: Müttehem olan dava vekili sekiz gün evvel davet olunmadıkça veyahud hakkındaki şikâyetten haberdar edilmedikçe hakkında bir guna ceza-yı inzibati hükm olunamaz.

Madde 25: Ceza-yı inzibati hakkında olan hükm kararları aza-yı mevcudenin ekseriyet-i mutlakasıyla ita olunur. İhtilaf-ı ârâ tebrîe-yi zimmeti mucibdir. İhtilaf-ı ara --Arâeğeri iki kısımdan ziyade olur ve ekseriyet mutlaka dahi müttehem beraat-ı zimmeti aleyhinde bulunur ise mevzu bahis olan ceza ağır olduğu halde bu cezanın hafifi ihtiyar olunur ve karar da hasıl olur. İhtilaf-ı ara sebebiyle tebrîe-yi zimmet vukubulmayan ceza-yı inzibati maddelerine dair olan kararlar esbab-ı mucibeye müstenid bulunacaktır.

Madde 26: Müttehem tebrîe-yi zimmeti ittifak-ı ârâ ile kabul olunmamış olduğu halde azadan müttehem mücazatına ita-yı re'y edenler için Heyet-i Umumiye'ye naklini talep

edebilirler ise de işbu azanın esamisi mektum tutulacaktır. Aza-yı mumaileyhimin ifadat-ı müctemiaları cemiyetin zabıtnamelerine kayd olunup bunu müteakip üç gün zarfında cemiyet reisine tebliğ olunacaktır. Eğer şikayet cemiyet azasından biri aleyhinde ise cemiyetçe madde-i şikayetin reddine dair verilmiş olan kararlar ekseriyet-i ârâ üzerine müstened olsa bile bu kararı müşteki Heyet-i Umumiye huzurunda tedkik edebilirler.

Madde 27: Muvakkaten dava vekâletini ifadan men etmek veyahud ismi dava vekilleri cedvelinden tayy ve ihraç edilmek gibi cezalarla mahkum olan dava vekili Heyet-i Umumiye huzurunda istinaf-ı dava edebilir.

Madde 28: İstinaf ilam tarihinden itibaren sekiz gün zarfında icra olunur. Eğer mahkum olan dava vekili esna-yı hükümde hazır bulunmuş ise ol vakit mahkum bu istinafı kendisine tahriren tebliğat vukubulduğu günden itibaren yine sekiz gün zarfında icraya mecbur bulunur. Lahık olan hüküm-i gıyabi olduğu takdirde mahkum ihzarname ahz etmediğini isbat etmedikçe hüküm-i vaki üzerine cemiyet huzurunda bir guna muhalefet ve itirazda bulunamaz.

Madde 29: Mevadd-ı selase-yi mütekaddimede muharrer olduğu üzere Cemiyet-i Daime’ce bir müttehemin tayin-i mücazatında azadan muhalif re’ye bulunanların talebi veyahud müttehemin vuku-ı istinafı takdirinde Heyet-i Umumiye, aza-yı mumaileyhimin vereceği beyanname veyahud müttehemin istinaf talebi tarihinden itibaren niha-yet yirmi bir gün zarfında celb ve davet olunur. Müttehem gerek sadır olan hüküm istinaf etmiş olsun ve gerek doğrudan doğruya Heyet-i Umumiye huzuruna celb ve davet olunacak bulunsun sekiz gün evvel keyfiyet-i celbinden haberdar edilir.

Madde 30: Heyet-i Umumiye müttehemin istinafı üzerine dava ettiği halde dahi Cemiyet-i Daime’nin hüküm ve tayin eylediği cezadan daha ağır bir ceza hüküm etmeye muktedirdir. Heyet-i mezkurede hüküm ve karar re’y-i hafi suretiyle ita olunur.

Bab-ı Rabi’

Dava Vekilleri Heyetinin Reisi Hakkındadır

Madde 31: Dava vekilleri reisi Cemiyet-i Daime’nin ra’is-i memuru olup dava vekilleri heyetinin münasebet-i hariciyesinde bu heyete icra-yı vekâlet eder ve Heyet-i Umumi’yi davet ile gerek buna ve gerek Cemiyet-i Daime’ye ve hususan talim-i usul ve fünûn etmek üzere vukubulacak içtimalara ve ahali canibinden vukubulan talebe mebni bir madde üzerine meccanen icra-yı müzakere etmek için teşkil olunacak komisyonlara riyaset eder ve işbu cemiyetlerin usul-i müzakeratını işbu nizam hükmüne ve intizam kaidesine tevfiğ eyler.

Madde 32: Reis-i mumaileyh gerek Heyet-i Umumiye ve gerek Cemiyet-i Daime tarafından mezun olduğu sarfiyatı emr ve icra ve Cemiyet-i Daime’nin zabıtnamelerini aza ile beraber imza eder ve cemiyet-i mezkureye lüzumu olan kıraat katibleriyle kendisinden talep olunan müdafileri tayin eyler.

Madde 33: Dava vekilleri heyeti efradından biri aleyhinde yine efrad-ı mezkureden veyahud ahaliden biri tarafından Cemiyet-i Daime'ye veyahud Heyet-i Umumiye'ye tebliğ olunmak üzere verilen beyanname ve istidanameleri ahz ve kabul eder.

Bab-ı Hamis

Fahri Ser-katib-Sandukkâr Hakkında

Madde 34: Fahri serkatib gerek Heyet-i Umumiye ve gerek Cemiyet-i Daime'nin zabıtnamelerinin tahririne nezaret ve Cemiyet-i Daime ile reis tarafından sadır olan kararnameleri efrad-ı heyete tebliğ müsaraa eder ve bu kararnamelere dair tebligatı icra eyler ve cemiyetin defatir ile kitabhanesini muhafaza ile beraber Heyet-i Umumiye'nin içtimasında verilen ârâ-yı hafiyenin muayenelerinde hazır bulunur.

Madde 35: Fahri sandukkâr heyet efradının vereceği duhuliye resmi ile Heyet-i Umumiye tarafından kararlaştırılan vergi-yi seneviyi ahz ve tahsil eder ve cemiyetin nukûd-ı mevcudesini muhafaza ve reis-i cemiyet tarafından sarfına emir verilen mebalîği dahi tesviye eyler.

Madde 36: Fahri serkatib-sandukkârın gaybubeti veyahud inhıraf-ı mizacı halinde bunun vezaif-i memuresi Cemiyet-i Daime'nin reis-i sanisi tarafından ifa olunur.

Bab-ı Sadis

Cemiyet-i Müşavere-i Hukukiye Hakkında

Madde 37: Cemiyet-i Müşavere-i Hukukiye, cemiyet-i ruhaniye ve hükümet-i mülkiye tarafından veyahud haddizatında layık ve muhtaç-ı iane olduğu haber verilen eşhas canibinden vukubulan taleb üzerine her vakit meccanen icra-yı müşaveret etmeye mecburdur. İşbu cemiyetin azası beş neferden mürekkeb olup bunlar dava vekilleri hakkında olan nizamnamenin 38'inci maddesine tevfikân Cemiyet-i Daime tarafından dava vekilleri cedvelinde esamisi muharrer zevat meyanından tefrik ve intihab olunur.

Madde 38: Cemiyet-i mezkure azasının müddet-i memuriyeti altı aydan ibarettir ve iki sene mürur etmedikçe intihab olunan aza tekrar intihab olunamaz.

Madde 39: Fukara-yı ahaliye aid bi'l-cümle dava bade't-tedkik Cemiyet-i Daime tarafından Cemiyet-i Müşavere-i Hukukiye'ye havale olunur ve ashab-ı dava hakkında dahi teshilat-ı mukteziye icra olunur.

Madde 40: Müddeiumumi tarafından aleyhine ikame-i dava olunan veyahud maznun taht-ı tevkife alınan müttehemler için her ne vakit istenilir ise cemiyet-i mezkure bir müdaf-i resmi tayin edecek ve fakat işbu müttehemlerin ziyade fakr û zaruret erbabından bulunduğu evrak-ı sahiha ile müsbet bulunacaktır.

Madde 41: Mevadd-ı mülkiye ve ticariye ve cezaîyeden dolayı ahaliden bir adama meccanen muavenet icrası tensib olunduğu halde Cemiyet-i Müşavere bu adamı müdafaa

için yeni dava vekâletini ifaya başlamış zevattan birini intihab ve tayin etmek üzere Cemiyet-i Daime'ye müracaat edecek ve ol vakit reis dahi meccanen muavenet icrasına müstahak görülen kesianın adliyece mevzu olan her nevi harç ve mesarifden istisnası zımında icab eden memurin-i hükümet nezdinde icra-yı tavassut eyleyecektir.

Madde 42: Heyet reisi tarafından veyahud Cemiyet-i Daime tarafından müdafî-i resmi tayin olunan dava vekilleri işbu nizamnamenin 23'üncü maddesinde muharrer mücazat-ı inzibatiyenin ilk üç nevinden biri ile ceza olunmamak üzere işbu memuriyeti kabulden istinkaf edemeyecek ve şayed bu babdaki istinkafî bir takım esbaba ibtina eyler ise Cemiyet-i Daime'ce bu esbabın hak ve hakikate muvafık ve mukarın bulunması lazım gelecektir.

Madde 43: Resmen müdafî tayin olunan dava vekili ifa-yı memuriyet ettikten sonra Cemiyet-i Daime'den ruhsat istihsal etmeksizin muavenet eylediği adamdan bir akça veyahud zî-kıymet bir şey ahz edemeyecektir.

Fasl-ı Rabi'

Heyet-i Umumiye Vezaifi Hakkındadır

Madde 44: Dava vekilleri heyetine aid bi'l-cümle umur ve hususatı müzakere ile karar vermek ve idareye aid her nevi tedabiri memurlarına tavsiye etmek ve heyet efradının vereceği vergiyi kararlaştırmak ve heyetin umur-ı maliyesini tesviye ve tanzim ve inde'l-iktiza Cemiyet-i Daime tarafından verilen kararları tedkik eylemek Heyet-i Umumiye'nin cümle-i vezaifindendir.

Madde 45: Heyet-i mezkure dava vekillerine mahsus cedvelde esamisi murakkam ve Dersaadet'te mukim olan bi'l-cümle dava vekillerinden mürekkeptir. Müzakeratı makbul ve mer'î olmak için işbu dava vekillerinin nisfından bir ziyadesi mevcut olmak lazımlıdır. Fakat birinci davette hazır bulunan aza nisf miktarından dün ise ikinci davet vukuundan sonra mevcut olan, aza-yı mecmu'nın nisfından az dahi olsa müzakere makbul ve mer'î olur. Şu kadar ki müzakerat-ı vakia birinci davette mevzu bahis olan madde üzerine cereyan edip karar dahi ekseriyet-i mutlaka ile ita olunur.

Madde 46: Dava vekilleri reisinin gıyabında Heyet-i Umumiye'ye reis-i sani ve anın gıyabında birinci sınıf dava vekillerinden Cemiyet-i Daime'de aza bulunanların en müsinnî riyaset edecektir.

Madde 47: Evvela: Efrad-ı heyetten yirmi zat tarafından muharrer ve mümza ve Cemiyet-i Daime'de mahfuz teklifname üzerine. Saniyen: Cemiyet-i mezkure canibinden verilen bir karar hakkında istinaf vukuunda. Salisen: Beher sene Mart aylarının ilk on beşinde Heyet-i Umumiye mecburi olarak içtima eder ve dava vekilleri hakkında olan nizamnamenin 32'nci ve 33'üncü maddelerine tevfikân Cemiyet-i Daime azası kısmen tecdid olunması ve hitam bulmak üzere olan sene zarfında taht-ı karara alınan maddeler ile reis tarafından kendi intihabının ikinci senesi bidayetinde ber-mutad irad olunacak nutk için dahi Heyet-i Umumiye davet olunabilir.

Madde 48: Müstesna haller veyahud menafi-yi azimeyi mucib meseleler vukuunda Cemiyet-i Daime tarafından verilen karar üzerine Heyet-i Umumiye fevkalade olarak dahi içtima eder.

Madde 49: Heyet-i Umumiye'nin küşadında fahri serkatib-sandukkâr mukaddemki içtimaların zabıtnamelerini kıraat ve müzakerat-ı cariye'nin zabt ve tahririne dikkat ve nezaret eder.

Madde 50: İctima-ı sabıkın Heyet-i Umumiye'ce kabul olunan zabıtnamesi o içtimayı idare eden reis ile Cemiyet-i Daime azası canibinden imza olunur.

Madde 51: Reis Heyet-i Umumiye'ye aid tebligatı icra eder ve dava vekilleri heyetinin menafi-i umumiyesine dair tertib ve tanzim edilen layihaları azanın inzâr-ı dikkatine vaz' ile beraber icabı takdirinde her içtimada mevzubahs ve müzakere olunacak mevadd ve mesaili tevsi' eyler.

Madde 52: Azanın hiçbir evvelce reis tarafından istihsal-ı ruhsat etmeksizin irad-ı nutka salahiyeti yoktur. Nutk irad etmek isteyen dava vekillerinin esamisi katib tarafından sırasıyla bir deftere kayd ve tahrir olunur.

Madde 53: Esna-yı müzakerede nutk irad etmek isteyenler defter kaydı sırasınca ve leh veya aleyhe irad-ı nutk edenler dahi münavebeten irad-ı nutk eyleyecektir. Heyet-i Umumiye'nin takdir ve tasvibine arz olunan layihaları mevki-yi müzakereye vaz' ve takdime memur olan kıraat katibleri bu kaideye tabi olmayıp bunlar her vakit irad-ı nutk etmeye ruhsat alabilirler.

Madde 54: İrad-ı nutk edenler mevzubahs ve müzakere olan mesele haricine çıkmayacaktır. Eğer çıkar ise canib-i riyasetten kendisine bir kere ihtar-ı keyfiyet olunur ve sadad-ı bahisden çıkmak hali bir daha tekrar eder ve ikinci ihtardan sonra dahi bu hali devam eyler ise ol vakit reis natık-ı mumaileyhin o günkü içtimada o madde üzerine irad-ı nutk etmekten men olunmasını heyete teklif eyledik de heyetçe bu suretin kabulüne bi'l-müzakere ayağa kalkmak veyahud oturarak ellerini kaldırmak suretiyle re'y verilir.

Madde 55: Esna-yı müzakerede şematet etmek veyahud başkasının sözünü kesmek ve'l-hasıl müzakerenin intizam-ı cereyanına hâlel verir ahvalde bulunmak katiyyen memnudur. Heyet-i Umumiye'de bu yolda hareket ikâyıyla müzakeratın inkıtına sebep olan aza laakal bir sene ve en ziyade iki sene müddet için heyet-i mezkurede hazır bulunmak salahiyetinden ıskat olunur. Ve inde'l-iktiza bu misillü aza hakkında Cemiyet-i Daime tarafından işbu nizamnamenin 23'üncü maddesinde muharrer mücazat-ı inzibatiye dahi icra kılınır.

Madde 56: Heyet-i Umumiye'nin içtimasında hazır bulunmak salahiyetinden ıskat olunan aza dehâlet ederek tebrîe-yi zimmet etmek ister ise reis tarafından derhal irad-ı nutka mezun olur.

Madde 57: Heyet-i Umumiye dava vekillerinden biri hakkında işbu nizamnamenin 23'üncü maddesinde muharrer mücazat-ı inzibatiyenin bir nevinin icrası için bilhassa akd ve içtima eder ise bu dava vekilinin hitam-ı meclise kadar müzakerat-ı cariyeyi bizzat istima etmeye veyahud kendi namına olarak refiklerinden birini içtimaa tevkil eylemeye hakkı vardır.

Madde 58: Dava vekillerinden mezun olmaksızın irad-ı nutk edip de kendisine ihtar vukubulmuş olanlar tebrîe-yi zimmet için ancak hitam-ı meclisde irad-ı kelama mezun olabilirler. Fakat reis-i meclis münasib görür ise aza-yı mumaileyhimi hitam-ı meclisden evvel dahi nutk etmeye mezun edebilir.

Madde 59: İşbu nizamnamenin 55'inci maddesi mucebince hakkında bir ceza tertib ve hükm olunan her bir dava vekili beyan edeceği esbab tebrîe-yi zimmete kafi görünmez ise ceza-yı müretteb bi'l-ifa keyfiyet zabıt ceridelerine kayd olunur.

Madde 60: Müzakere tatil olunmazdan evvel reis heyet ile istişare eder ve istişare esnasında azadan yalnız tatil-i müzakere aleyhinde bulunanlar irad-ı nutk eyler.

Madde 61: Müzakeratın tatili için ârâ-yı umumiyye müracaat olunur ve eğer reis bu babdaki ekseriyetin şübheli olduğunu isbat eder ise ikinci defa ârâya müracaat kılınır. Bunda dahi kati bir netice hasıl olmaz ise ol vakit müzakere devam eder.

Madde 62: Meclisin tatil-i müzakeresi ekseriyet-i ârâ ile karargir olduktan sonra mevzubahs olan meselenin lehine veya aleyhine irad-ı nutk etmek üzere kimseye ruhsat verilmeyip ancak meselenin ârâ-yı umumiyye suret-i vaz'ına dair söz söylemek isteyenlere ruhsat verilir.

Madde 63: Ârâ-yı hafiyyenin tedkik ve muayenesi serkatib-sandukkârı hazır bulunduğu halde intihab olunan iki re'y-i hafi sahibi tarafından icra olunur. Ve netice-i ârâ canib-i riyasetten heyete tebliğ ve beyan kılınır.

Madde 64: Esna-yı müzakerede ziyade şematet vukubulduğu ve reis dahi bunun menine muktedir olmadığı halde müzakereyi tatil edeceğini tebliğ ve yine sükûnet hasıl olmaz ise ol vakit meclisi yarım saat kadar tatil eder ve bu müddet hitam bulduktan sonra meclis tekrar akd olunur ise de işbu şematet bu defa da vaki olduğu takdirde ol vakit reis bu içtimai bütün bütün ref' ile meclisin tekrar inikadını sekiz gün ileriye ta'lik eder.

Madde 65: Heyet-i Umumiye'de mevzubahs ve müzakere olan mesail ekseriyet-i ârâ kaidesine tevfiakan atide muharrer üç suretle kabul veyahud red edilir. Şöyle ki evvela: İşaret-i mahsusa. Saniyen: Tayin-i esami. Salisen: Re'y-i hafi usulüdür. İşaret-i mahsusa ayağa kalkmak veyahud oturarak elleri kaldırmaktır.

Madde 66: Heyet-i Umumiye'de mevki-yi müzakereye konulacak mesail ve levayih-i mühimmenin evvelce tedkiki için heyet-i mezkure icabına göre mevcut dava vekilleri meyanından müntehab üç veya beş azadan mürekkeb bir komisyon teşkil eder.

Madde 67: İşbu komisyona intihab olunacak aza re'y-i hafi suretiyle ve ekseriyet-i nisbiye ile intihab olunur. İşbu komisyon kendisine havale edilen mesail ve levayih-i mühimmeyi tedkik eyledikten sonra tanzim edeceği layihayı muayyen olan tarihte Heyet-i Umumiye'ye takdim ve ita eder.

Madde 68: İşbu komisyona intihab olunan her bir aza işbu memuriyeti kabulde bir guna manii yok ise bunu Heyet-i Umumiye huzurunda beyan etmeye borçludur. Aksi takdirinde yerlerine derhal başkalarının intihabına teşebbüs ve ibtidar olunur.

Madde 69: Dersaadet'te mukim dava vekillerinden bir guna mâni'-i meşrû'ı olmadığı ve evvelce reis tarafına tahriren malumat vermemiş bulunduğu halde Heyet-i Umumiye'nin mecburi olarak vukubulan ictimaatının birinde hazır bulunmayanlar cemiyet sandığına bir mecidiye ceza-yı nakdi itasına mecburdur. İşbu ceza-yı nakdi hasılatı dava vekilleri heyetine mahsus olup Cemiyet-i Daime'nin nezareti altında bulunan kitabhaneye vaz' olunmak üzere hukuk kitabları mübâya'sına sarf olunur.

Madde 70: Azadan meclise gelmemiş olanlar bilinmek üzere gelmiş bulunanlar isimlerini bir deftere tahrir etmeye mecburdur.

Bab-ı Sabi'

Levayih Tedkikine Memur Komisyon Hakkındadır

Madde 71: Mesail ve levayih-i mühimmeyi tetkike memur olan komisyon ilk defaki içtimasında aza-yı mevcudesi işbu nizamnamenin 67'nci maddesine tevfiikan kendi içlerinden bir reis ve bir de katib intihab eder ve işbu komisyonun netice-i müzakeratını Heyet-i Umumiye'ye arz etmek üzere suret-i meşruha dairesinde olarak bir de zabıt katibi tayin eyler.

Madde 72: Bu meclisin her defaki içtimasına mahsus olan zabıtnamelerde mevcud bulunan azanın esamisi zikr ve tahrir olunacaktır.

Madde 73: Mezkur komisyonca mevki'-i tetkik ve müzakereye alınacak mevada dair bi'l-cümle evrak heyet reisi tarafından komisyona irsal olunur ve buraca karar verilen mevadd hakkındaki evrak ile zabıtnameler cemiyet evrakı meyanında hıfz edilir.

Madde 74: Bir madde veyahud bir teklif üzerine mezkur komisyonda verilen rapor o madde veyahud teklifin Heyet-i Umumiye'ce müzakeresi için karargir olan tarihinden laakal sekiz gün evvel canib-i riyasete ita olunur.

Madde 75: İşbu nizamname Türkçe ve Fransızca olarak neşr ve ilan olunacak ve Adliye Nezaret-i Celilesi'ne dahi tebliğ kılınacaktır ve dava vekilleri Heyet-i Umumiyesi tarafından kabul olunduktan sonra dört sene mürruna kadar ahkam-ı münderecasınca bir guna tadilat icra olunmayacaktır.

(Meclis-i Umumi'de kabul olunmuştur) fî Temmuz sene 1880.

ÖZEL HUKUK

PRIVATE LAW

Ayırt Etme Gücünden Yoksunluğun Borçlar Hukukunda Hukuki İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları ve Özellik Arz Eden Haller^(*)

Doç. Dr. Pakize Ezgi AKBULUT^(**)

Öz

Çalışmamızda, ayırt etme gücünden yoksunluğun borçlar hukuku bağlamında hukuki işlemlere etkisi incelenmiştir. Türk Medeni Kanunu uyarınca ayırt etme gücünden yoksun halde yapılan fiillerin hukuki sonuç doğurmayacağı düzenlenmiştir. Bununla birlikte kanundan doğan ayırık haller saklı tutulmuştur. Fakat kanundan doğan ayırık hallere ilişkin düzenlemeler uygulamada ortaya çıkan sorunları çözmeye yeterli gelmemektedir. Bu nedenle çalışmamızda hükmün amacı doğrultusunda tam ehliyetsizlerin özellikle hukuki işlem ehliyetlerine ilişkin çeşitli sorunlar ele alınmış ve buna yönelik çözüm önerileri getirilmeye çalışılmıştır. Bu çerçevede çalışmamızda öncelikle ayırt etme gücünden yoksunluk halinin genel özellikleri ve ayırt etme gücünden yoksun haldeyken gerçekleştirilen hukuki fiillerin sonuçlarına kısaca değinilmiş ve ardından ayırt etme gücünden yoksun kişilerin borçlar hukuku çerçevesindeki hukuki işlemlerinin özellik arz eden sonuçları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Ayırt Etme Gücü, Haksız Fiil Ehliyeti, Hukuki İşlem Ehliyeti, Kesin Hükümsüzlük, Geçici Ayırt Etme Gücünden Yoksunluk.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 09.01.2025 - Kabul Edildiği Tarih: 17.03.2025.

Atıf Şekli: Pakize Ezgi Akbulut, 'Ayırt Etme Gücünden Yoksunluğun Borçlar Hukukunda Hukuki İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları ve Özellik Arz Eden Haller' (2025) 15(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 407, 432.

DOI: 10.52273/sduhfd..1616572.

^(**) İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye.

E-posta: ezgiakbulut@aydin.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4371-4957>.

The Consequences of Incapacity to Judgment in Terms of Capacity to Act in the Law of Obligations and Specific Cases of Interest

Abstract

In our study, the impact of the lack of capacity to act on legal transactions within the context of the law of obligations has been examined. According to the Turkish Civil Code, acts performed by individuals lacking the capacity to act are deemed to have no legal effect. However, exceptions arising from statutory provisions are reserved. Nonetheless, these statutory exceptions are insufficient to address practical problems arising in application. Therefore, our study seeks to address various issues related to the legal capacity of fully incapacitated individuals, particularly concerning their capacity to undertake legal transactions, and offers potential solutions.

In this framework, our study first outlines the general characteristics of the lack of capacity to act and briefly examines the consequences of legal acts performed by individuals in such a state. Subsequently, it delves into the distinctive consequences of legal transactions carried out by persons lacking this capacity within the scope of the law of obligations.

Keywords

Capacity of Judgement, Tortious Capacity, Legal Capacity to Act, Absolute Nullity, Temporary Lack of Capacity of Judgement.

Extended Summary

The subject of our study includes the effects of the lack of capacity to judgment on legal transactions within the framework of the law of obligations and an evaluation of the existing legal regulations on this matter. In our study, similarities and differences between Turkish Law and Swiss Law regarding legal transactions carried out by individuals lacking the capacity to judgment are also discussed.

Article 13 of the Turkish Civil Code defines the circumstances under which an individual lacks the capacity to judgment. Accordingly, it is determined whether a person has the capacity to judgment by assessing whether they act reasonably, given their condition of minority, mental illness, mental weakness, intoxication, or similar reasons. The concept of capacity to judgment generally refers to an individual's ability to foresee the consequences of their actions and to behave accordingly when entering into legal transactions. Capacity to judgment is considered a relative concept, and whether a person possesses it is determined separately for each legal event.

In the introduction of our study, the importance of the capacity to judgment is highlighted from both theoretical and practical perspectives. The study extensively examines conditions of the lack of capacity to judgment, emphasizing that this incapacity may arise from temporary or permanent causes. Within this context, the study provides brief information about the liability for torts of persons lacking the capacity to judgment and addresses provisions affecting their capacity to judgment.

The consequences of the lack of capacity to judgment in terms of legal transactions form one of the core points of discussion in our study. Article 15 of the Turkish Civil Code provides a general rule stating that, except for specific cases provided by law, acts performed by individuals lacking the capacity to judgment have no legal effect. However, the article does not separately address the capacity to judgment and tort liability of individuals lacking capacity. Since legal acts performed by persons lacking the capacity to judgment have no legal consequences, it should first be noted that such persons are not liable for torts. This is because individuals who are fully incapacitated cannot be held liable for negligence. However, there are exceptions to this rule. Our study also addresses these exceptional provisions. Additionally, it is necessary to note that provisions on unjust enrichment (Articles 77 et seq. of the Turkish Code of Obligations) generally apply to individuals lacking the capacity to judgment.

Pursuant to Article 15 of the Turkish Civil Code, legal transactions carried out by a person lacking the capacity to judgment are also devoid of any legal effect. In other words, legal transactions performed by individuals lacking the capacity to judgment are null and void by default. However, there are exceptions to this rule.

In this context, our study evaluates the conditions under which legal transactions performed by individuals lacking the capacity to judgment may escape nullity and be upheld. Under Turkish Law, legal transactions conducted by individuals lacking the capacity to judgment are generally null and void. However, there are various exceptions to this general rule arising from both statutory law and practice. In

particular, our study evaluates these exceptions. The exceptional cases examined in our study pertain to the legal transactions of fully incapacitated individuals under the law of obligations. Nonetheless, where necessary and relevant to our topic, the study also touches upon provisions concerning the legal transactions of fully incapacitated individuals in family and inheritance law.

These exceptions are categorized into two groups in our study.

The first category includes situations where a legal transaction performed by a person lacking the capacity to judgment is upheld due to the protective purpose of the provision. While every legal transaction of a fully incapacitated person should be invalid, in some cases, invalidity of the transaction may not align with the purpose of protecting the individual lacking capacity, resulting in unjust and unfavorable consequences for that person. In such a case, the judge may decide that the legal transaction performed by the fully incapacitated individual is valid, using the method of teleological reduction to fill the implicit gap in Article 15 of the Turkish Civil Code. Additionally, Article 394, paragraph 3 of the Turkish Code of Obligations regarding service contracts entered into by individuals lacking the capacity to judgment is worth mentioning. Pursuant to Article 394, paragraph 3, a service contract later found to be invalid produces all the effects of a valid service contract until the employment relationship is terminated. Thus, if a fully incapacitated individual enters into a service contract, they may obtain their entitlements under this contract, despite its invalidity.

The second category pertains to the state of temporary incapacity regulated under Article 59 of the Turkish Code of Obligations. According to this provision, a person who temporarily loses capacity to judgment is liable for damages caused during this state. However, if they prove that they were not at fault for the loss of their capacity, they can escape liability. This provision primarily addresses torts committed by individuals who temporarily lack the capacity to judgment. However, due to the provision in Article 114, paragraph 2 of the Turkish Code of Obligations (or Article 99, paragraph 3) stating that "provisions on tort liability also apply by analogy to cases of breach of contract," it has been argued that the liability for temporary incapacity to judgment under Article 59 (or Article 54, paragraph 2) should also apply not only to torts but to legal transactions as well. Our study discusses the opinions on the applicability of Article 59 to the validity of legal transactions performed by individuals temporarily lacking the capacity to judgment. Furthermore, these opinions are analyzed, and solutions are proposed.

In conclusion, our study examines the legal consequences of lacking the capacity to judgment from both theoretical and practical perspectives. The shortcomings of existing regulations in Turkish Law and problems in practice are identified, and comparisons with Swiss Law are made, offering solutions.

Giriş

Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 9. maddesi uyarınca bir gerçek kişinin kendi fiilleriyle hak elde edip, borç altına girebilmesi için fiil ehliyetinin bulunması gerekir¹. Gerçek kişinin fiil ehliyetinin bulunması için lazım gelen koşullar ise, kural olarak kişinin ergin olması, ayırt etme gücüne sahip olması ve kısıtlı olmamasıdır. Bir kimse bu üç koşula sahipse -diğer geçerlilik koşullarının varlığı saklı kalmak üzere- kural olarak yaptığı hukuki işlemler hüküm ve sonuçlarını doğurur².

Fiil ehliyetinin en önemli unsurlarından olan ayırt etme gücünün tanımı kanunlarımızda yapılmamış, ancak bir kimsenin hangi hallerde ayırt etme gücünden yoksun kalacağı özel olarak düzenlenmiştir (TMK m. 13). Bununla birlikte TMK m. 15'te ise kanundaki ayırık durumlar saklı kalmak üzere ayırt etme gücünden yoksun kişilerin fiillerinin hukuki sonuç doğurmayacağı hüküm altına alınmıştır. Gerçekten kanun koyucu bazı hallerde ayırt etme gücünden yoksun kişinin sorumluluğuna ilişkin istisnai nitelikte çeşitli kanuni düzenlemeler getirmiş, fakat bu düzenlemeler uygulamada ortaya çıkan bazı sorunlar bakımından yetersiz kalmıştır. Özellikle TMK m. 15'in amacı doğrultusunda uygulamada ortaya çıkan bu sorunlara hem öğretide hem de içtihatlarda çeşitli çözüm yolları aranmıştır.

Çalışmamızda öncelikle ayırt etme gücünden yoksunluğun tanımı ve özellikleri hakkında kısaca durulmuş, ardından TMK m. 15 çerçevesinde oluşabilecek çeşitli hukuki sorunlara çözüm yolları aranmıştır. Bu bağlamda ilk bölümde ayırt etme gücünden yoksunluk halinin genel özellikleri açıklanmış ve ayırt etme gücünden yoksunluğun hukuki fiillere etkisi incelenmiştir. Ardından ikinci bölümde ayırt etme gücünden yoksunluk halinin borçlar hukukundaki hukuki işlemler üzerinde özellik arz eden sonuçları ve bu çerçevede oluşan istisnai haller ile bunlara ilişkin görüşler değerlendirilmiştir. Çalışmamızda ayırt etme gücünden yoksun kişinin özellikle borçlar hukukundaki hukuki işlemleri ele alındığından ayırt etme gücünden yoksunluk halinde yapılan aile hukuku ve miras hukuku işlemlerine ilişkin özel düzenlemelere yeri geldikçe değinilmiştir. Bununla birlikte çalışma-

¹ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607. Çalışmamızda Türk Medeni Kanunu, TMK olarak kısaltılmıştır.

² Hukuki işlemlerin diğer geçerlilik koşulları hakkında bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme C. 1* (Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Basıdan 7. Tıpkı B, Filiz 2017) § 42 4 vd.; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I* (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 19. B., Vedat 2021) 269 vd.; Haluk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (20. B, Beta 2024) 39 vd.; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (23. B, Turhan 2019) 131 vd.

mızda incelenen istisnalar da ayırt etme gücünden yoksun kişinin borçlar hukuku çerçevesindeki hukuki işlem ehliyeti çerçevesinde ele alınmış ve tam ehliyetsizlerin aile ve miras hukukunu ilgilendiren hukuki işlemlerinin ayrıntılı olarak incelenmemiştir. Dolayısıyla çalışmamızda incelenecek olan istisnai haller, tam ehliyetsizin borçlar hukukunu ilgilendiren hukuki işlemlerine yöneliktir. Ancak yine çalışma konumuzla bağlantılı olarak -gerektiğinde- tam ehliyetsizlerin aile ve miras hukukunu ilgilendiren hukuki işlemlerine yönelik düzenlemelerine ve varsa bunların istisnalarına da yer yer değinilecektir.

I. Ayırt Etme Gücünden Yoksunluk Halinin Genel Özellikleri ve Hukuki Fiillere Etkisi

A. Ayırt Etme Gücünden Yoksunluğun Genel Özellikleri

Türk Medeni Kanunu'nun 13. maddesinde yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahip olduğu düzenlenmiştir. Buna göre bir kimse sadece yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı veya sarhoşluk nedeniyle ayırt etme gücünden yoksun sayılmayacak, bu hallerden birinin varlığı halinde aynı zamanda bu kişinin akla uygun davranma yeteneğinden de yoksun olması gerekecektir. Dolayısıyla TMK m. 13'te sayılan hallerden birinin gerçekleşmesi ile doğrudan akla uygun davranma yeteneğinden de yoksunluk meydana gelmeyebilir. Akla uygun davranma yeteneğinin bulunup bulunmadığı hâkim tarafından her somut olayda ayrı ayrı araştırılması gerekir. Zira bir kimsenin akla uygun davranıp davranmadığının belirlenmesinde psikolojik faktörlerin rol oynadığı kabul edilir³.

Akla uygun davranma ise gerçekleştirilen davranışın sebeplerini ve bu davranışın neden olacağı hukuki sonuçları doğru biçimde kavrama ve bu kavrayışa da uygun olmayı karşılar⁴. Bunun için de kişinin kendi iradesine bilinçli şekilde uygun davran-

³ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku* (20. B., Filiz 2021), 164; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Medeni Hukuk*, (28. B., Beta 2023), 290; Aydın Zevkliler, M. Beşir Acabey ve K. Emre Gökyayla, *Medeni Hukuk*, (6. B., Seçkin 2020) 237; Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid ve Alexandra Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (Schulthess 2015) § 9 25; Peter Breitschmid, *CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht Art. 1-456 ZGB- Partnerschaftsgesetz* (Schulthess 2023) Art. 16 2.

⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 3) 164; Mustafa Dural ve Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuk Kişiler Hukuku C. 2*, (23. B., Filiz 2021) 287.

ması gerekir. Dolayısıyla akla uygun davranma yeteneğine sahip olabilmek için kişinin iradesinin oluşması ve bu iradeye uygun davranma yeteneğinin varlığı aranır⁵.

Akla uygun davranmayı engelleyebilecek nitelikteki sebepler ise TMK m. 13'te sayılmıştır. Buna göre yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden birine sahip olan kimsenin akla uygun davranıp davranmadığı belirlenmek suretiyle ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı tespit edilecektir⁶. Bu sebeplerin veya bu sebeplere benzer nitelikteki hallerin varlığının aranmasının nedeni ise genel itibarıyla ayırt etme gücüne sahip olmanın istisnai kabul edilmesidir⁷.

Kural olarak bir kimsenin ayırt etme gücünün var olup olmadığı her bir hukuki olay bakımından ayrı ayrı belirlenmesi gerekir. Zira ayırt etme gücü göreceli (nispi) bir kavram olarak kabul edilir⁸. Bunun gereği olarak da bir kişi hak-

⁵ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 3) 165; Dural ve Öğüz (n 4) 288 vd.; Cem Baygın ve Ahmet Nar, *Medeni Hukuk Dersleri-I Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku* (2. B., Yetkin 2022) 372; Eugen Bucher, *Berner Kommentar: Personenrecht, die Natürlichen Personen, 1. Teilband, Art. 11-26 ZGB* (Stämpfli 1975) Art. 16 44 vd.

Ancak bunun için kişinin gerçekleştirdiği eylemin bütün sonuçlarını anlamasının beklenemeyeceği, bilakis kişinin tecrübeleri doğrultusunda ulaşmak istediği sonucu bilmesinin ve buna uygun hareket etmesinin yeterli olacağı yönünde bkz. Nurten İnce Akman, *Vasiyetname Yapma Özgürlüğünün Sınırları* (Filiz 2023) 190.

⁶ Bu haller hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. Vehbi Umut Erkan ve İpek Yücer, 'Ayırt Etme Gücü' (2011) 60 (3) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 489 vd.

⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 3) 168, dn. 163; Dural ve Öğüz (n 4) 291. Ayrıca TMK m. 13'te yer alan "buna benzer sebepler" ifadesinin sadece "sarhoşluk ve buna benzer sebepler" olarak anlaşılmaması, sarhoşluk -veya buna benzer uyuşturucu madde kullanımı- yanında ateş nöbeti, uyurgezerlik ve hipnotizma gibi halleri de kapsar şekilde ele alınması gerektiği yönünde bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 3) 175. Aşırı heyecan veya hırs içerisinde davranma nedeniyle akla uygun davranma yeteneğinden yoksun hale gelmenin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Tuor ve diğerleri (n 3) § 9 25. Ancak İsviçre Hukukunda 2013 yılındaki değişiklik sonucunda psikolojik rahatsızlıklar kavramı getirilmiş ve bu kavramın içine her türlü ruh sağlığı rahatsızlığı ve ayrıca madde bağımlılığı, hipnoz hali gibi sebepler de dahil edilmiştir. Margrith Bigler-Eggenberger ve Roland Fankhauser, *Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, hrsg Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Thomas Geiser, 5. Auflage, (Helbing & Lichtenhahn 2014) Art. 16 1a.

⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 3) 177; Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku* (Vedat 2014) § 2 2; Dural ve Öğüz (n 4) 305; Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler* (8. B, Legal 2017) 58; Baygın ve Nar, 377; Andreas Bucher, *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz* (Helbing Lichtenhahn 2009) 83 vd.; Tuor ve diğerleri (n 3) § 9 28; Breitschmid (n 3) Art. 16 9.

Ayırt etme gücünün varlığı zaman ve içerik bakımından ele alınmaktadır. Buna göre kişinin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı öncelikle işlemin yapıldığı an bakımından ele alınması

kında genel olarak değil, her bir davranışı bakımından ayrı ayrı ayırt etme gücünün var olup olmadığının saptanması esastır. Ancak bu husus, söz konusu davranışa ilişkin akla uygun davranma yeteneğine sahip olan kimsenin akla uygun davranmayıp bir hukuki sonucun meydana gelmesine yol açtığı hallerde ayırt etme gücünden yoksun olarak kabul edileceği anlamına da gelmemektedir. TMK m. 13'ün amacı esasında akla uygun davranma yeteneğine sahipken akla uygun olmayan şekilde davrananı veya hataya düşeni korumak değil, kanunda yer alan sebeplerle akla uygun davranma yeteneğine sahip olmayan kimseyi korumaktır⁹.

Ayırt etme gücünden yoksunluğun kural olarak somut olaya konu olan davranışta bulunulduğu an (tamamen) var olması gerekir¹⁰. Ancak bazı hallerde geçici nitelikteki ayırt etme gücünden yoksunluğa kanun tarafından farklı sonuçlar bağlanmış olabilir (TBK m. 59, TMK m. 148 gibi)¹¹. Bu husus çalışmamızda ayrıca inceleneceği için şimdilik geçici ayırt etme gücünden yoksunluk ile sürekli ayırt etme gücünden yoksunluğun her zaman aynı sonuçları doğurmayabileceğini belirtmekle yetinmekteyiz¹².

Ayırt etme gücünün varlığı kural olarak bir karine teşkil eder¹³. Dolayısıyla ayırt etme gücünün varlığının değil, bulunmadığının ispatlanması gerekir¹⁴.

gerekir. Bu husus ayırt etme gücünün zamansal açıdan incelenmesidir. Bundan başka ayırt etme gücü aynı zamanda içeriği bakımından da değerlendirilmelidir. Örnek olarak bir kimse günlük, basit işleri yaparken onun ayırt etme gücüne sahip olduğu kabul edilebilir, ancak aynı kişinin daha karmaşık işlemler bakımından ayırt etme gücü bulunmayabilir. Bu hususun özellikle miras hukuku bakımından değerlendirilmesi hakkında geniş bilgi için bkz. Nafiye Yüca-dağ, 'Vasiyetname Düzenleme Ehliyeti İçin Gerekli Ayırt Etme Gücü' (2022) 10 (2) *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 425 vd.; İnce Akman (n 5) 194 vd.

⁹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 3) 178. Ayrıca bkz. aşağıda II/B.

¹⁰ Ayırt etme gücünün kısmen var olup olmamasına hukuk düzeni sonuç bağlamaz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 3) 181.

¹¹ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.1.2011, RG 04.02.2011/27836. Türk Borçlar Kanunu, çalışmamızda TBK olarak kısaltılmıştır.

¹² Bkz. aşağıda II/C.

¹³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 3) 183; Dural ve Ögüz (n 4) 309 vd.; Baygın ve Nar (n 5) 377. Erginler için ayırt etme gücünün varlığının karine teşkil ettiği, küçükler bakımından ise küçüğün yaşının ve gelişim seviyesinin belirleyici olacağı hususunda bkz. Bigler-Eggenberger ve Fankhauser (n 7) Art. 16 47.

¹⁴ Ayırt etme gücünün bulunmadığının ispatı herhangi bir şekle tabi değildir ve ayırt etme gücünün var olmadığını belli eden büyük bir ihtimalin bulunması dahi yeterli kabul edilir. Dural ve Ögüz (n 4) 312.

B. Ayırt Etme Gücünden Yoksunluğun Hukuki Fiillere Etkisi

TMK m. 15 uyarınca, bir kimsenin ayırt etme gücünden yoksun olması halinde gerçekleştirdiği hukuki fiiller sonuç doğurmaz¹⁵. Ayırt etme gücünden yoksunluğun bulunup bulunmadığının her somut olayda ayrı ayrı saptanması gerektiğini tekrarlamak gerekir.

TMK m. 15'te genel bir hüküm ile kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücünden yoksunken yapılan fiilinin hukuki sonuç doğurmayacağı düzenlenmiş ve ayırt etme gücünden yoksun kişinin (tam ehliyetsizin) hukuki işlem ehliyeti ve haksız fiil sorumluluğu bakımından sonuçları ayrı ayrı belirtilmemiştir.

Tam ehliyetsiz bir kimsenin gerçekleştirdiği hukuki fiiller sonuç doğurmayacağından, öncelikle bu kimselerin haksız fiil sorumluluğunun bulunmadığını belirtmek gerekir. Bunun sebebi tam ehliyetsizlerin kusur sorumluluğunun bulunamayacağına dayanır. Ayırt etme gücünden yoksun kişinin kusuru bulunamayacağından kusura dayalı haksız fiil sorumlulukları da bulunmaz¹⁶. Buna karşılık tam ehliyetsizlerin kusursuz sorumlulukları mevcuttur. Zira bu sorumluluk halleri kusura dayanmaz ve kural olarak objektif şekilde hukuka aykırı bir fiille zarar verilmesi bu sorumluluğun oluşması için yeterli kabul edilir.

Tam ehliyetsizlerin haksız fiil sorumluluğunun bulunmaması kuralının istisnalarından bir diğerini TBK m. 65 hükmünde düzenlenen hakkaniyet sorumluluğu oluşturur. Bu hükme göre, hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir. Böylece TBK m. 65 uyarınca, eğer tam ehliyetsiz kişinin hakkaniyet gereği karşı tarafın zararını -kısmen veya tamamen- karşılamasına karar verilmesi mümkündür. Örneğin zarar verdiği kimseden ekonomik anlamda çok daha iyi durumda olan bir tam ehliyetsizin, zarar verdiği kişiye tazminat ödemesine karar verilmesi böyledir. TBK m. 65 hükmü uyarınca tam ehliyetsizin hakkaniyet gereği tazminat ödemesine karar verilebilmesi için tam ehliyetsizin ayırt etme gücüne sahip olsaydı bu kusurlu fiilinden sorumlu tutulabilecek durumda olma-

¹⁵ Hukuki fiiller, hukuk kurallarının kendisine sonuç bağladığı fiiller olup, bu yönüyle hukuki olayların özel bir türünü oluştururlar. Geniş bilgi için bkz. Haluk Nami Nomer ve Pakize Ezgi Akbulut, *Medeni Hukuka Giriş*, (10. B., Filiz 2024) 309 vd.

¹⁶ Tam ehliyetsiz bir kimsenin davranışı kural olarak TBK m. 52 uyarınca birlikte kusur olarak da dikkate alınamaz. Oğuzman, Selici ve Oktay Özdemir (n 3) 278. Ancak TBK m. 65'te yer alan hakkaniyet sorumluluğu düzenlemesinin kıyasen uygulanarak tam ehliyetsizin davranışının birlikte kusur hükmüne dahil edilebilmesi mümkündür. Dural ve Ögüz (n 4) 388.

sı gerekmektedir¹⁷. Bununla birlikte hakkaniyet sorumluluğu hükmünün hem sürekli hem de geçici nitelikte ayırt etme gücünden yoksunluk halinde uygulanması mümkündür¹⁸.

Tam ehliyetsiz kişi kural olarak ayırt etme gücünden yoksunken gerçekleş-tirdiği kusura dayanan borca aykırı davranışından da (TBK m. 112, 114) sorumlu değildir¹⁹. Ancak burada çalışma konumuzu ilgilendirdiği için TBK m. 114, II uyarınca TBK m. 65'te yer alan hakkaniyet sorumluluğunun kıyasen borca aykırılığa da uygulanıp uygulanmayacağı sorusu gündeme gelebilir. Bu durumda TBK m. 114, II uyarınca haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleş-meye aykırılık hâllerine de uygulanacağı düzenlendiğine göre TBK m. 65'te yer alan hakkaniyet sorumluluğunun da borca aykırılığa kıyasen uygulanabilmesi gerekir²⁰.

Bundan başka tam ehliyetsiz kişinin hakkaniyet sorumluluğu çerçevesinde TMK m. 452, II'nin kıyasen uygulanması suretiyle ayırt etme gücünden yoksun olan kimselerin de sorumluluğunun doğup doğamayacağı tartışmalıdır. TMK m. 452, II'ye göre vesayet altındaki kişi, fiil ehliyetine sahip olduğu hususunda diğer tarafı yanıltmış ise, onun bu yüzden uğradığı zarardan sorumlu olur. Bu hüküm esasen sınırlı ehliyetsizlerle ilgili olmakla birlikte, öğretide hakkaniyet sorumluluğu çerçevesinde veya TBK m.452, II'nin kıyasen uygulanmasıyla tam ehliyetsizlerin de sorumluluğunun bulunacağını kabul eden görüşler mevcuttur²¹. Böylece örneğin tam ehliyetsiz bir kimse ayırt etme gücüne sahip olduğu

¹⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 3) 282; Dural ve Ögüz (n 4) 387. Ayırt etme gücünden yoksun kişinin hakkaniyet sorumluluğu ile TBK m. 56 ve m. 58'den kaynaklanan manevi taz-minattan da sorumlu tutulabileceği yönünde bkz. Bucher (n 5) Art. 17/18 85; Bigler-Eggenberger ve Fankhauser (n 7) Art. 18 21.

¹⁸ Dural ve Ögüz (n 4) 386.

¹⁹ Buna karşılık tam ehliyetsizlerin kusura dayanmayan borca aykırılıktan sorumluluğu (örneğin yardımcı kişinin sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 116) mevcuttur. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 3) 288.

²⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 3) 288; Dural ve Ögüz (n 4) 390; Abdülkadir Arpacı, Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler, (2. B, Beta 2000, 48. İsviçre hukukunda bu yönde bkz. Bucher (n 5) Art. 17/18 83 vd.; Bigler-Eggenberger ve Fankhauser (n 7) Art. 18 21.

²¹ Bucher (n 5) Art. 17/18 88 vd. Karş. Arpacı (n 20) 46. Yargıtay da TMK m. 452, II'nin -TBK m. 114, II yollaması nedeniyle TBK m. 65 çerçevesinde- tam ehliyetsizler hakkında uygulanabile-ceğine yönelik hüküm kurmuştur: *"Somut olayda davacılar murisi sözleşmenin imzalandığı tarihte fiil ehliyetine sahip değildir. Buna karşın banka kredisinden yararlanmış, aldığı tüketici kredisini nedeniyle bir menfaat elde etmiştir. Kendisini ehil bir kişi gibi gösterip hukuki işlem yapan ve bu surette karşı tarafı zarara uğratan ehliyetsiz kişinin bu zarardan sorumlu olacağı*

konusunda karşı tarafı yanıltırsa, başka bir anlatımla kendisi ayırt etme gücüne sahipmiş gibi davranırsa ve ayrıca karşı taraf da onun ayırt etme gücünün bulunmadığını bilmiyorsa, tam ehliyetsiz kişi hakkaniyet gereği karşı tarafın sözleşmeye güveninden doğan zararını tazmin edecektir²².

Haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde geçici ayırt etme gücünden yoksunluk kurumuna ayrıca değinmek gerekir. Geçici ayırt etme gücünden yoksunluğa ilişkin özel düzenleme TBK m. 59'da mevcuttur. Buna göre ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlüdür. Ancak, ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulur. Dolayısıyla hukukumuzda öncelikle haksız fiil sorumluluğu bakımından ayırt etme gücünden yoksunluğun sürekli mi yoksa geçici nitelikte mi olduğu konusunda bir ayırım yapılmıştır. Eğer bir kimse ayırt etme gücünü geçici olarak kaybetmişse (örneğin uyuşturucu madde kullanarak, akla uygun davranma yeteneğini geçici olarak kaybetme), bu durumda sürekli ayırt etme gücünden yoksunluktan farklı olarak meydana getirdiği zarardan sorumludur. Bu sorumluluktan da ancak, ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru bulunmadığını (örneğin uyuşturucu maddenin kendisine zorla verildiğini) ispatlayarak kurtulabilir. İşte ayırt etme gücünün kaybında haksız fiil sorumluluğu bakımından yapılan bu ayırımı, ayırt etme gücünü geçici kaybeden kişinin hukuki işlem ehliyeti bakımından da uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Aşağıda bu konuya daha detaylı değinileceğinden şimdilik bu tartışmanın varlığını belirtmekle yetiniyoruz²³.

Ayırt etme gücünden yoksun kimseye kural olarak sebepsiz zenginleşme hükümlerinin (TBK m. 77 vd.) uygulanabileceğini belirtmek gerekir²⁴. Zira sebepsiz zenginleşmeden doğan geri verme borcunun mevcut olması iradeye bağlı bir fiile dayanmaz²⁵. Bu yönüyle bir kimseye sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması için onun ayırt etme gücüne sahip olup olmaması önem arz

tartışmasız olup, fiil ehliyeti olmayan muris ...'un ilgili bankadan şizofren olduğunu gizleyerek kredi alıp kullandığı dosya kapsamında anlaşılmıştır". Yargıtay 3 HD, 10148/7914, 16.12.2020.

²² Eğer karşı taraf, tam ehliyetsiz kişinin bu durumunu biliyorsa zararının tazminini isteyemeyeceği, eğer bilmiyorsa, ancak bu husus kendi kusurundan meydana geliyorsa bu durumda tazminatta indirimle gidilmesi gerektiği yönünde bkz. Bucher (n 5) Art. 17/18 91.

²³ Bkz. aşağıda II/C.

²⁴ Vekaletsiz iş görme hükümlerinin de (TBK m. 526 vd.) tam ehliyetsiz bakımından uygulanması mümkündür. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 3) 266; Dural ve Öğüz (n 4) 397.

²⁵ Dural ve Öğüz (n 4) 394.

etmez. Bununla birlikte TBK m. 79'da yer ve sebepsiz zenginleşen kimsenin zenginleştiği şeyi iyiniyetli olmaksızın elden çıkarmasına ilişkin sonuçları düzenleyen hüküm tam ehliyetsiz bakımından uygulanmaz²⁶. Ayırt etme gücü bulunmayan kişinin iyiniyetli olup olmayacağının tespiti mümkün değildir.

Son olarak tam ehliyetsiz kişinin, ayırt etme gücünden yoksunken gerçekleştirdiği hukuki işlemlerin de hüküm ve sonuçlarını doğurmayacağını eklemek gerekir. Ancak bu konu çalışmamızı doğrudan ilgilendirdiğinden aşağıda daha detaylı inceleme alanı bulacaktır.

C. Ayırt Etme Gücünden Yoksunluğun Hukuki İşlem Ehliyeti ile İlgili Genel Sonuçları

Tam ehliyetsizlerin hukuki fiillerine ilişkin genel bir düzenleme içeren TMK m. 15 hükmünden çıkan bir diğer sonuç; ayırt etme gücünden yoksun olan kişilerin hukuki işlemlerinin de hüküm ve sonuçlarını doğurmayacağıdır²⁷. Başka bir ifadeyle tam ehliyetsizlerin yaptıkları hukuki işlemler kural olarak kesin hükümsüzdür. Burada iradesi bulunmayan bir kimsenin, hukuki işlemi meydana getirmek üzere mevcut olan irade beyanının hukuk düzeninde nasıl var olabileceği sorusu akla gelebilir. Örneğin ayırt etme gücünden yoksun bir kişinin satış sözleşmesi yapmak üzere açığa vurduğu kabul beyanının, tam ehliyetsizin iradesinin bulunmaması gerekçesiyle hukuk düzeninde hiç var olmadığı sonucuna ulaşırsa söz konusu satış sözleşmesinin de yok hükmünde olması gerekir. Ancak hem uygulamada hem öğretide ayırt etme gücünden yoksun kişinin hukuki işlemlerinin -kanunda sayılanlar haricinde- kesin hükümsüz olacağı neredeyse istisnasız şekilde kabul edilir²⁸. O halde burada -gerçek iradeyi yansıtmayan- sadece şeklen bir irade beyanının bulunmuş olması halinde yine de irade beyanının varlığı kabul edilmekte ve ayırt etme gücünden yoksun kişinin meydana getirdiği hukuki işlem yok hükmünde sayılmamaktadır²⁹.

²⁶ Dural ve Ögüz (n 4) 395. Ayrıca bkz. Bucher (n 5) Art. 17/18 88 vd.

²⁷ Yapılan açıklamayla arzu edilen sonuç, doğrudan, bir hakkın kazanılması veya kaybedilmesi gibi hukuki bir sonuç ise ve hukuk düzeni de yapılan açıklamaya arzu edilen o sonucu bağlıyorsa, hukuki işlemde bahsedilir. Bilgi için bkz. Nomer ve Akbulut (n 15) 318.

²⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 3) 259; Dural ve Ögüz (n 4) 352; Helvacı (n 8) 68; Baygın ve Nar (n 5) 359; Breitschmid (n 3) Art. 18 2. "Kural olarak tam ehliyetsiz kişilerin hukuki işlemleri hükümsüzdür (TMK m.15)". Yargıtay 19 HD, 16226 /12206, 03.07.2014.

²⁹ Geniş bilgi için bkz. Nomer ve Akbulut (n 15) 370 vd.

Tam ehliyetsizlerin hukuki işlemleri gibi hukuki işlem benzeri fiilleri de sonuç doğurmaz³⁰. Usul hukuku bakımından da tam ehliyetsizlerin kural olarak dava ehliyetleri bulunmaz³¹.

Dolayısıyla tam ehliyetsizlerin bütün hukuki işlemlerini yasal temsilcileri gerçekleştirebilir. Ancak TMK m. 449'da sayılan kefil olma, vakıf kurma ve önemli bağışlarda bulunma işlemleri yasak işlem olarak adlandırılır ve bu işlemleri ne tam ehliyetsiz ne de yasal temsilcileri -onlar adına- yapabilir.

Bu çerçevede yasal temsilcinin, tam ehliyetsiz tarafından yapılan hukuki işleme rıza göstermesinin işlemi geçerli hale getirmeyeceğini belirtmek gerekir. Ayırt etme gücü bulunmayan kimse ile işlem yapan tarafın kural olarak iyiniyetli olup olmaması da hukuki işlemi geçerli hale getirmez. Başka bir anlatımla tam ehliyetsiz kimse ile işlem yapan kişinin, karşı tarafın ayırt etme gücüne sahip olduğunu bilip bilmemesi kural olarak işlemin geçerliliği bakımından bir rol oynamaz³². Ancak hemen eklemek gerekir ki, tam ehliyetsizle işlem yapan kişinin iyiniyetli olması halinde zamanaşımı ile iktisap hükümlerinden yararlanması mümkündür (TMK m. 712, m. 777). Buna karşılık, tam ehliyetsizle işlem yapan diğer tarafın, iyiniyetin tam korunduğu hükümlerden yararlanarak (örneğin TMK m. 988, m. 1023) bir hak elde etmesi kural olarak mümkün değildir³³.

Tam ehliyetsizlerin yaptıkları hukuki işlemlerin uyumsuzluğa konu olması halinde ayırt etme gücünden yoksunluğun hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gerekir ve bu durumda ayırt etme gücünden yoksunluğu ileri sürmek bir itiraz teşkil eder³⁴. Ancak ayırt etme gücünden yoksunluk sebebiyle kesin hükümsüzlüğün ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması sayıldığı haller bu kuralın bir istisnasıdır. Fakat hemen eklemek gerekir ki, bu halde hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurulması ikincil nitelikte olmalıdır³⁵.

³⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 3) 256. Hukuki sonucun arzu edilip edilmediğine bakılmaksızın, fiili bir sonuca yönelmiş irade beyanına hukuk düzeni hukuki bir sonuç bağlamışsa, hukuki işlem benzeri fiilden bahsedilir. Nomer ve Akbulut (n 15) 319.

³¹ Helvacı (n 8) 69.

³² Bu halde hakkaniyet sorumluluğundan (TBK m. 65) yararlanılması veya TMK m. 452, II'nin tam ehliyetsizlerin yaptığı işlemler bakımından da uygulanmasına yönelik görüşler hakkında bkz. I/B.

³³ Ancak tam ehliyetsizle işlem yapan kişinin, işlem yaptığı 3. kişinin iyiniyetli olması halinde TMK m. 1023 uygulama alanı bulabilir.

³⁴ "O halde, hukuki ehliyetsizliğin kamu düzeni ile ilgili olduğu gözetilerek önemine binaen öncelikle incelenmesi...". Yargıtay 1 HD, 11386/13273, 28.12.2006.

³⁵ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Pakize Ezgi Akbulut, *Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması*, (On İki Levha 2016) 110 vd.

II. Ayırt Etme Gücünden Yoksunluk Halinin Borçlar Hukukundaki Hukuki İşlemler Üzerinde Özellik Arz Eden Sonuçları

A. Genel Olarak

Ayırt etme gücünden yoksun bir kişinin yaptığı hukuki işlemlerin kural olarak kesin hükümsüz olduğunu tekrarlamak gerekir. Ne var ki öncelikle kanun koyucu tarafından TMK m. 15'te -Kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere ifadesiyle³⁶ - ayrıca uygulamada ve öğretide bu kuralın çeşitli istisnalarının bulunduğu kabul edildiği görülmektedir.

Öncelikle bir hukuki sonucun doğması için irade açıklamasının var olmasının gerekmediği hukuki işlemin gerçekleştirilmesi dışındaki hallerde tam ehliyetsiz kişinin davranışının geçerli olup olmadığının hukuki sonucun doğması için önem arz etmediğini belirtmek gerekir. Başka bir anlatımla eğer hukuki sonucun doğması için bir irade açıklamasının bulunmasına gerek yoksa ayırt etme gücünden yoksun kişinin davranışı da söz konusu hukuki sonucun doğmasını sağlayabilir³⁷. Örneğin ayırt etme gücünden yoksun kişi işleme sonucunda bir taşınır eşyanın maliki haline gelebilir (TMK m. 775, I)³⁸. Zira TMK m. 775, I'de irade beyanına değil maddi fiile bir hukuki sonuç bağlanmıştır.

Tam ehliyetsizlerin yaptıkları hukuki işlemlerin kesin hükümsüz olacağı kuralının istisnaları çalışmamızda genel itibarıyla iki kategoride toplanabilir. Bunlardan ilki; amaca uygun sınırlama (teleolojik redüksiyon) yöntemi çerçevesindeki istisnalar diğeri ise geçici ayırt etme gücünden yoksunluk hali için düzenlenen TBK m. 59 hükmünün ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişilerin hukuki işlemleri bakımından da uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin tartışmalardır.

³⁶ Kanunda düzenlenen ayırık durumlar ifadesinin geniş yorumlanamayacağına ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 1 HD, 307/8664, 03.04.2018 (Lexpera İçtihat, Erişim tarihi: 18.10.2024). Kararda bu husus, "TMK'nun 15. maddesinde belirtilen kurala aykırı uygulama yapılabilmesi için ayırık durumların kanunlarda açıkça gösterilmiş olması gerekir. Maddenin açıklığı karşısında yorum yoluyla kurala ayırık durum getirilmesi mümkün değildir. TMK'nun 2. maddesi, dürüst davranma ile ilgili olup genel hüküm niteliğindedir. Genel hüküm uygulanarak ehliyet yönünden kanunda öngörülmeleyen ayırık durum yaratılması kanunun sarahatına uygun düşmez" şeklinde vurgulanmıştır.

³⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 3) 264; Dural ve Öğüz (n 4) 367; Helvacı (n 8) 71; Bigler-Eggenberger ve Fankhauser (n 7) Art. 18 18.

³⁸ TMK m. 775, II ise iyiniyete sonuç bağladığından ve ayırt etme gücünden yoksun kişinin iyiniyetli olup olmadığı tespit edilemeyeceğinden tam ehliyetsiz bakımından uygulanmaz. Keza zamanasımı ile kazanmaya yönelik düzenlemeler de (örneğin TMK m. 777) tam ehliyetsiz bakımından uygulama alanı bulamaz. Zira ayırt etme gücünden yoksun kişinin malik sıfatıyla hareket etme iradesine sahip olup olmadığı tespit edilemez. Dural ve Öğüz (n 4) 370.

B. Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi Çerçevesindeki İstisnalar

TMK m. 15 uyarınca, tam ehliyetsizin yaptığı hukuki işlemler kural olarak kesin hükümsüz kabul edilmekte, fakat tam ehliyetsize bir karşılıksız kazandırma bulunulduğunda ya da kendisine -örneğin satın aldığı piyango biletinden- bir ikramiye isabet ettiğinde bu hukuki işlemin akıbetinin ne olacağı hususunda kanunda istisnai bir düzenleme bulunmamaktadır. Öncelikle TMK m. 15 hükmünün amacının (ratio legis) esasen ayırt etme gücünden yoksun kişiyi korumak olduğunu vurgulamak gerekir³⁹. Zira TMK m. 15 ile getirilen bu düzenlemenin tam ehliyetsizin hukuk hayatında herhangi bir sonuç elde etmesini engellemek değil, bilakis tam ehliyetsizin ayırt etme gücünün bulunmaması sebebiyle, hüküm ve sonuçlarını anlayamayacağı fiillerden doğabilecek olumsuz sonuçlardan onu korumaktır.

Tam ehliyetsizin her türlü hukuki işleminin geçersiz olması gerekirken, verilen örneklerde işlemin geçersiz olması, bu düzenlemenin ayırt etme gücüne sahip olmayan kimseyi koruma amacına uygun düşmeyebilir ve bunun sonu-

³⁹ Serozan (n 8) I § 5 41a; Dural ve Ögüz (n 4) 371 vd.; Helvacı (n 8) 70. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında TMK m. 15'in koruma amacı şu şekilde tespit edilmektedir: “Medeni Kanunun (Mümeyyiz olmıyan şahsın tasarrufu hukuki bir hüküm ifade etmez. Kanunda muayyen istisnalar bakidir.) hükmünü ihtiva eden onbeşinci maddesini mutlak surette yani mümeyyiz olmıyanın yaptığı herhangi bir hareketin hukuken hiç bir netice doğuramayacağı şeklinde tefsir etmek doğru olmaz. Çünkü Medeni Kanunumuzun birinci maddesine göre kanunun tefsirinde lafzı kadar ruhu da esas teşkil eder. Her hükmün lafzı ruhu ile kontrol edilmek gerekir. Medeni Kanunun onbeşinci maddesindeki hükmün vazında asıl gaye ve maksadın Medeni hakları kullanmaktan gayri mümeyyizlik sebebiyle mahrum olan kimselerin korunması olduğu meydandadır (Zürich şerhi tercümesi -şahsın hukuku madde Onsekiz No: Onüç) Şu halde bu kanun hükmünü, sevk gayesine münafi olarak, mümeyyiz olmıyanın aleyhine tefsir etmek, mesela, mümeyyiz olmıyan kimsenin alacağını temin etmek için yapılmış kefalet veya mümeyyiz olmıyan kimseye yapılan hibeyi muteber saymamak bu gayenin dışında kalan neticeler olacaktır. Bundan başka, mümeyyiz olmıyan kimsenin yaptığı bir iş akti, batıl sayıldığı takdirde iş veren, yalnız mamelekinde husule gelen zenginleşmeden dolayı bir miktar para verecek, mukavele edilen ücretle mülzem bulunmayacaktır. Ayrıca bu kimseyi, -iş akti hükümsüz olduğundan İşçi Sigortalarından ve işçiyi koruyan diğer kanun hükümlerinden istifade ettirmemek vaziyeti hasıl olacaktır. Keza mümeyyiz olmıyan bir kimsenin satın aldığı piyango biletine ikramiye isabet etse, satış hükümsüz olduğu için, ikramiyenin de kendisine ait olmaması neticesine varmak icabedecektir. Görülüyor ki, onbeşinci maddenin mümeyyiz olmıyan kimse ile muamele yapmış olan tarafça, mümeyyiz olmıyan kimse aleyhine olarak dermeyeran edilmesi, bu hükmün konması maksadına aykırı ve adil olmıyan neticeler doğurmaktadır”. YIBHGK, 22/2, 09.03.1955, RG 1955, 9039. Ayrıca bkz. “Kanun, tam ehliyetsizlerin yaptıkları hukuki işlemleri batıl sayarken bu gibi kimseleri korumak, kendi menfaatlerine aykırı işlemleri yaparak 3.kişilerce sömürülmelerine engel olmak amacını gütmüştür”. Yargıtay 19 HD, 16226/12206, 03.07.2014.

cunda da tam ehliyetsiz kimsenin menfaatine aykırı, adaletsiz sonuçlar doğabilir⁴⁰. Dolayısıyla böyle bir durumda hâkimin TMK m. 15'te yer alan örtülü boşluğu amaca uygun sınırlama (teleolojik redüksiyon) yöntemi ile doldurarak tam ehliyetsizin yaptığı ve hükmün koruma amacına aykırı olmayan hukuki işlemin geçerli olmasına karar vermesi mümkündür⁴¹. Hemen eklemek gerekir ki, öğretilde ve uygulamada aynı sonuca TMK m. 2, II'de yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağı ile varılabileceği görüşü hakimdir⁴². Buna göre tam ehliyetsiz ile hukuki işlem yapan tarafın geçersizlik iddiasında bulunması halinde, bu durum hakkın kötüye kullanımı teşkil edebilir. Eğer tam ehliyetsiz kimse karşılıksız kazandırma yolu ile menfaatini zedelemeyen bir hak elde etme imkânı kazanırsa veya piyango örneğinde olduğu gibi yaptığı hukuki işlem sonucunda borç altına girdiğinden -karşılaştırılamayacak ölçüde- daha fazla miktarda bir alacak elde etme imkânı olursa, karşı tarafın kesin hükümsüzlük iddiasında bulunarak hukuki işleminden doğan borcunu ifa etmeye yanaşmaması hakkın kötüye kullanımı teşkil eder (TMK m. 2, II).

Kanımızca bu sonuca TMK m. 2, II yerine hâkimin örtülü boşluğu amaca uygun sınırlamayla daraltarak doldurması yöntemi ile de ulaşılabilir⁴³. Dolayısıyla son çare (ultima ratio) olarak başvurulması gereken TMK m. 2, II hükmünden önce hâkimin boşluk doldurması (TMK m. 1, II) yöntemi ile aynı sonuç elde edilebilir⁴⁴. Böylece her defasında bu yasağın şartlarının oluşup oluşmadığını tespit etmek suretiyle hükmün amacının sağlanmasını gerçekleştirmeye gerek kalmaz. TMK m. 2, II'nin koşullarının oluşup oluşmadığının incelenmesine gerek

⁴⁰ Serozan (n 8) I § 5 41a. Bu hususu, kesin hükümsüzlüğü açıkça ayırt etme gücünden yoksun kişinin aleyhine ileri sürülmesi halinde bunu ileri sürme hakkının amaca aykırı olarak kullanılmış sayılacağı olarak değerlendiren görüş için bkz. Dural ve Öğüz (n 4) 371.

⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer ve Akbulut (n 15) 187 vd.

⁴² Bu konuda bkz. Serozan (n 8) I § 5 42 vd.; Çiğdem Kırca, 'Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)' (2001/1) (50) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 103. Ayrıca bkz. YIBHGK, 22/2, 09.03.1955, RG 1955, 9039.

Görüşlerin karşılaştırılması hakkında geniş bilgi için bkz. Akbulut (n 35) 110 vd.

⁴³ Geniş bilgi için bkz. Nomer ve Akbulut (n 15) 169 vd.

⁴⁴ TMK m. 2, II'ye son çare olarak başvurulması gerektiği yönünde bkz. Seyfullah Edis *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1997) 330; Kocayusufpaşaoğlu (n 2) § 41 5; Ayrıca bkz. Heinrich Honsell, *Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, hrsg Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Thomas Geiser, 5. Auflage, (Helbing & Lichtenhahn 2014), Art. 2 29; Heinrich Honsell, *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil*, (9. Auflage Stämpfli 2007) 175- 176; Kırca (n 42) 113- 114.

olmaksızın somut olaydaki veriler çerçevesinde amaca uygun sınırlama yöntemi ile örtülü boşluğun doldurulması suretiyle kesin hükümsüzlüğe dayanılması engellenebilir. Zira hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurulmasının son çare olması gerektiğinin savunulmasına rağmen, hakkın kötüye kullanılması yasağına özellikle kesin hükümsüzlük yaptırımına ilişkin uygulamalarda, bu yaptırımın özelliklerinin kanunun amacına uygun ve adaletli sonuç vermesi için başvurulmasının ve öğreti ile uygulamada TMK m. 2, II'nin, somut olayı kanunun amacına uygun değerlendirebilmek adına adeta kurtarıcı (düzeltici) bir hüküm gibi ele alınmasının önüne geçilir⁴⁵. Hâkimin hukuk yaratma metotlarından biri olan hükmün amaca uygun sınırlanması (teleolojik redüksiyon), kesin hükümsüzlüğün amaca uygun olmayan özelliklerinin daraltılması işlevini tek başına yerine getirebilir.

Eklemek gerekir ki hem uygulamada hem de içtihatlarda tam ehliyetsiz tarafından (daha doğru bir ifadeyle yasal temsilcisi veya ayırt etme gücünü kazandıktan sonra kendisi tarafından) ileri sürülen kesin hükümsüzlüğün de hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edebileceği kabul edilir⁴⁶. Kanımızca buna ihtiyatlı yaklaşılması gerekir. Zira TMK m. 15 tam ehliyetsizi koruma amacı ile düzenlenmiş tek taraflı emredici bir hükümdür. Bu hükmün tek taraflı emredici hüküm niteliğinde olması nedeniyle, bir örtülü boşluğun bulunduğu tespit edildiği hallerde hâkimin tam ehliyetsizi koruma amacına uygun olarak kesin hükümsüzlüğün sonuçlarını sınırlama yoluna gitmesi gerekecektir. Dolayısıyla her ne kadar somut olayın niteliğine göre tam ehliyetsizin (kendisinin ayırt etme gücünden yoksun hali son bulduktan sonra geçersizliği ileri sürmesi) veya yasal temsilcisinin kesin hükümsüzlüğe dayanması gerçekten TMK m. 2, II'nin koşullarının oluşup oluşmadığının doğru tespit edilmesi hukuk güvenliği bakımından ayrı önem arz eder. Aksi halde hakkın kötüye kullanılması

⁴⁵ Geniş bilgi için bkz. Nomer ve Akbulut (n 15) 181 vd.

⁴⁶ İlgili içtihadı Birleştirme Kararında bu husus şu cümlelerle ifade edilmiştir: “Onbeşinci maddenin, mümeyyiz olmıyan kimse tarafından, diğer taraf aleyhine dermeyan edilmesi de hal ve şartlara göre hüsnüniyet esaslarına aykırı bir durum mahiyeti arzedebilir. Filhakika mümeyyiz olmıyan kimse temyiz kudretine sahip olsa idi aynı suretle hareket edecek yani normal zekalı bir insan dahi aynı tarzda muamelede bulunacak idi ise, temyiz kudretinden mahrum olduğunun ileri sürerek muamelenin hükümsüzlüğünü dermeyan edememelidir. Aksi taktirde temyiz kudretinden mahrumiyet, hukuki muamelatta gerekli emniyeti ihlale müncer olacak bir teşevvüş ve istikrarsızlık amili mahiyetini alır ki, bunu tecvize imkân yoktur. Zira her türlü subjektif hakkın kullanılmasını objektif hüsnüniyet prensiplerinin, yani cemiyette hâkim olan dürüstlük kaidelerinin murakabesi altına vazeden Medeni Kanunun ikinci maddesi buna mandır.” YIBHGK, 22/2, 09.03.1955. RG 1955, 9039. Ayrıca bkz. Dural ve Öğüz (n 4) 372.

yasağının geniş ele alınarak son çare başvurulmadığı hallerde TMK m. 15'in de koruma amacı da göz ardı edilmiş olur.

Tam ehliyetsizin borçlar hukuku çerçevesinde yaptığı hukuki işlemlerden, hizmet sözleşmesi ile ilgili TBK m. 394, III hükmüne de ayrıca değinmek gerekir. TBK m. 394, III uyarınca, geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur. Böylece tam ehliyetsiz bir kimse hizmet sözleşmesi yapmışsa, sözleşmenin geçersizliğine rağmen bu sözleşmeden doğan alacağını elde eder. Zira sürekli edim borcu doğuran sözleşme niteliğinde olan hizmet sözleşmesinin geçersiz olması ileriye etkili olarak sonuç doğurur⁴⁷. Böylece tam ehliyetsiz, hizmet sözleşmesinin geçersiz olduğu anlaşılan kadar ifa ettiği edimlerin karşılığını elde eder. Eklemek gerekir ki, TBK m. 394, III hükmü Borçlar Kanunumuza 2012 yılında dahil edilmiştir. Eğer bu hüküm olmasaydı, tam ehliyetsizin hizmet sözleşmesi yapması halinde, ifa ettiği edimlerin karşılığına hak kazanacağına yönelik sonuca, kesin hükümsüzlüğün hukuki sonuçlarının amaca uygun sınırlama yöntemi ile daraltılması yöntemi ile de ulaşılabilirdi⁴⁸.

C. Geçici Ayırt Etme Gücünden Yoksun Haldeyken Yapılan Hukuki İşlemlerin Sonuçları

Ayırt etme gücünden yoksunluk haline ilişkin genel hüküm niteliğindeki TMK m. 15 dışında, bazı özellikli halleri düzenleyen özel hükümler de mevcuttur. Bunlardan biri de ayırt etme gücünden yoksunluğun sürekli değil de geçici nitelikte olması halinde, kişinin ayırt etme gücünden geçici yoksunken verdiği zararı karşılayıp karşılamayacağını düzenleyen TBK m. 59 hükmüdür⁴⁹. Bu hük-

⁴⁷ Sürekli edim borcu doğuran sözleşmelerde geçersizlik hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Özer Seliçi, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi* (İstanbul Üniversitesi 1977) 57 vd.; Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme* (Vedat 2007) 144 vd.

⁴⁸ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Akbulut (n 35) 210 vd. Hizmet sözleşmesinin baştan itibaren geçersiz sayılması, iş hukukunun işçiyi koruma amacına ve sürekli edim borcu doğuran sözleşmelerin niteliğine uygun düşmez. Claire Huguenin ve Barbara Meise, *Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1- 529 OR*, 4. Auflage, hrsg von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, (Helbing & Lichtenhahn 2011) Art. 19/20 57; Kocayusufpaşaoğlu (n 2) § 43 32; Sarper Süzek ve Süleyman Başterzi, *İş Hukuku* (24. B., Beta 2024) 350.

⁴⁹ Geçici ayırt etme gücünden yoksun haldeyken yapılan evlenme sözleşmesinin akıbetinin nasıl olacağı ise TMK m. 148'de özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre evlenme sırasında geçici bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun olan eş, evlenmenin iptalini dava edebilir. Bundan başka TMK m. 147, II' de ayırt etme gücünün sonradan kazanılması veya akıl hastalığının iyileş-

me göre ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlüdür. Ancak, ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulur⁵⁰.

TBK m. 59'un öncelikle geçici ayırt etme gücünden yoksun kişinin haksız fiillerinden sorumlu olup olmayacağını düzenleyen bir hüküm olduğu açıktır. Buna göre bir kimse geçici olarak ayırt etme gücünü kaybederse (örneğin uyuşturucu madde etkisindeyken) ve bu haldeyken başkasına zarar verirse, verdiği zararı karşılamakla yükümlüdür. Meğerki ayırt etme gücünü kaybetmede kendi kusuru olmasın. Hatta bu durumda dahi -kendi kusuru olmaksızın- geçici nitelikte ayırt etme gücünü kaybeden kişinin verdiği zarardan hakkaniyet sorumluluğu (TBK m. 65) çerçevesinde sorumlu tutulabilmesini öngören görüşler bulunduğunu tekrarlamak gerekir.

TBK m. 59'un ayırt etme gücünden geçici yoksun kişinin haksız fiil sorumluluğuna yönelik bir hüküm olmasına rağmen bu hükmün bir kimsenin ayırt etme gücünden geçici yoksunken gerçekleştirdiği hukuki işlemler bakımından da uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır.

miş olması durumlarında mutlak butlan davasının yalnız ayırt etme gücünü sonradan kazanan veya akıl hastalığı iyileşen eşin açabileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile sürekli ayırt etme gücünden yoksun kişinin iyileşmesi ile sadece kendisinin evliliğin butlanını talep edebileceği sebebiyle mutlak butlan davası açma hakkının -geçici ayırt etme gücünden yoksunken evlenen kişide olduğu gibi- nispi butlan davasına dönüştüğü yönünde bkz. Mustafa Dural, Tufan Öğüz ve Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku C III Aile Hukuku*, (Filiz 2023) 463.

Ayırt etme gücünden yoksun kişinin yaptığı ölüme bağlı tasarrufun da iptali dava edilebilir (TMK m. 557, I, 1). Buna göre ölüme bağlı tasarruf, miras bırakanın tasarruf ehliyetinin (TMK m. 502, m. 503) bulunmadığı bir sırada yapılmışsa, bunun iptali için dava açılabilmesi düzenlenmiştir. Dolayısıyla hem sürekli ayırt etme gücünden yoksunken hem de geçici nitelikte ayırt etme gücünden yoksun haldeyken yapılan ölüme bağlı tasarrufun iptali için hâkim kararı gerekir. Bu konuda bkz. Hakkı Mert Doğu, 'Türk Borçlar Kanunu'nun 59. Maddesi ve Hukuki İşlemlere Etkisi' (2021) 16 (2) *ERÜHFD* 23.

⁵⁰ Geçici ayırt etme gücünden yoksun kişinin sorumluluktan kurtulmak için ispatlaması gereken husus, ayırt etme gücünü kaybetmede kusurunun bulunmadığıdır. Gerçekleştirdiği fiil sonucunda zararın meydana geldiğini ise zarar gören ispatlar. Martin A Kessler, *Basler Kommentar Obligationenrecht I*, Art. 1- 529 OR, 4. Auflage, hrsg von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, (Helbing & Lichtenhahn 2011) Art. 54 10; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2* (Vedat Kitapçılık 2018) 561; Nomer (n 2), 115; Kılıçoğlu 422.

Geçici ayırt etme gücünden yoksun kişi, ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispatlasa da hâkimin hakkaniyet sorumluluğu gereğince tazminata hükmedebileceği yönünde bkz. Christoph Müller, *Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (Schulthess 2023) Art. 54, 15; Oğuzman ve Öz (n 50) 565.

Ayırt etme gücünden yoksun kişinin bu yoksunluğunun sürekli veya geçici nitelikte olup olmamasındaki en önemli farklardan biri haksız fiil sorumluluğuna ilişkindir. Dolayısıyla ayırt etme gücünden hem geçici yoksunlukta hem de sürekli nitelikte yoksunlukta hukuki işlemin gerçekleştirilmesi sırasında ayırt etme gücünün bulunmaması sebebiyle hukuki işlemin hüküm ve sonuçlarını doğurması beklenemez. Başka bir anlatımla, ayırt etme gücünden yoksun kişinin yaptığı hukuki işlemin geçerli olup olmaması kural olarak bu yoksunluğun sürekli nitelikte olmasına bağlı değildir. Önemli olan hukuki işlemin yapıldığı sırada ayırt etme gücünün mevcut olmamasıdır. Zira ayırt etme gücünden yoksunluk nispi niteliktedir ve her somut olayda bulunup bulunmadığı ayrı ayrı değerlendirilir⁵¹.

Ancak özellikle İsviçre hukukunda TMK m. 5'in özel bir görünümü niteliğinde olan TBK m. 114, II'de (OR Art. 99, III) yer alan "haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır" düzenlemesi nedeniyle TBK m. 59'daki (OR Art. 54, II) geçici ayırt etme gücünden yoksunluğa ilişkin sorumluluğun ayırt etme gücünden yoksun kişinin sadece haksız fiilleri bakımından değil, hukuki işlemleri bakımından da uygulanması gerektiği görüşü ortaya çıkmıştır⁵². TBK m. 114, II (OR Art. 99, III) hükmü Borçlar Kanunu'nda sistematik olarak "sorumluluğun ve giderim borcunun kapsamı" başlığı altında düzenlenmiştir. Ancak İsviçre hukukunda bu düzenlemenin sadece borca aykırılıktan doğan zararın hesaplanmasına yönelik hallere değil, genel olarak sözleşmeden doğan sorumluluğa ve hatta bir görüş uyarınca sözleşmenin kuruluşu da dahil olmak üzere sözleşmenin tüm aşamalarında kıyasen uygulanması gerektiği kabul edilir⁵³. Dolayısıyla bu görüşe göre, geçici ayırt etme

⁵¹ Bkz. yukarıda I/A.

⁵² TBK m. 114, II (OR Art. 99, III)'ün uygulama alanı hakkında geniş bilgi için bkz. Wolfgang Wiegand, *Basler Kommentar Obligationenrecht I*, Art. 1- 529 OR, 4. Auflage, hrsg von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, (Helbing & Lichtenhahn 2011) Art. 99 23; Andreas Furrer ve Rainer Wey, *Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (Schulthess 2023), Art. 99 29 vd.; Başak Baysal, *Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)*, (On İki Levha 2012), 281 vd. TBK m. 114, II ve OR Art. 99, III hükümlerinin karşılaştırılması hakkında geniş bilgi için bkz. Meliha Sermin Paksoy, *Sözleşmeyi İhlale Yöneltilme* (On İki Levha 2018) 146 vd.; Doğu (n 49) 28 vd.

⁵³ Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Wiegand (n 52) Art. 99 14 vd.; Paksoy (n 52) 146 vd.; Doğu (n 49) 28 vd. Ayrıca hükmün tarihi hakkında bkz. Walter R Schluep, 'Schuldrechtliche Aspekte der Verleitung zum Vertragsbruch' *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag* (Schulthess 1989) 287 vd. Andığımız son yazar İsviçre Borçlar Kanunu'nun taslağında, hükmün aynı zamanda bugünkü İsviçre Borçlar Kanunu'nda OR Art. 41-59 arasındaki hükümlere de uygulanmasının öngörüldüğünü belirtmektedir. Bkz. Schluep (n 53) dn. 147.

gücünden yoksunluk halindeki haksız fiil sorumluluğuna ilişkin TBK m. 59 (OR Art. 54, II) hükmünün geçici ayırt etme gücünden yoksun kişinin yaptığı hukuki işlemler bakımından da uygulanması mümkündür⁵⁴.

Buna karşılık Türk hukukunda ağırlıklı olarak savunulan bir diğer görüşe göre ise TBK m. 114, II hükmü sadece sözleşmeye aykırılık halinde uygulama alanı bulur ve bu nedenle TBK m. 59'un kıyasen geçici ayırt etme gücünden yoksun kişinin yaptığı hukuki işlemlerin kesin hükümsüzlükten kurtulması bakımından uygulanması kural olarak mümkün değildir⁵⁵. İsviçre hukukunda yer alan görüşün ulaştığı sonuca ise TMK m. 2, II'de yer alan hakkın kötüye kullanılması yasası vasıtası ile ulaşılabileceği kabul edilir. Buna göre bir kimse -kendi kusuru sonucu oluşan- geçici ayırt etme gücünden yoksunken yaptığı bir hukuki işlemin, ayırt etme gücünü kazandıktan sonra geçersiz olduğunu iddia ederse, bu iddiası hakkın kötüye kullanılması niteliğinde sayılmalıdır⁵⁶. Ancak bu sefer somut olaya göre geçici ayırt etme gücünden yoksun kişi ile işlem yapan diğer tarafın bu durumu bilmesi halinde geçersizlik iddiasının hakkın kötüye kullanılması sayılıp sayılmayacağının ayrıca incelenmesi gerekir⁵⁷. Zira hukuki işlemi gerçekleştiren diğer tarafın, muhatabının geçici nitelikte ayırt etme gücünden yoksun olduğunu bilmesi halinde TMK m. 2, II'den yararlanılarak işlemin ayakta tutulması söz konusu olmayacaktır.

OR Art. 54'ün iyi niyetli kişilerle sözleşme yapılırken güvene aykırı davranışları da (culpa in contrahendo) kapsayacağı ve ayrıca hakkaniyet kuralı, nedensellik ve kusur sorumluluğu içeren tüm hallerde kıyasen uygulanabileceği yönünde bkz. Bigler-Eggenberger ve Fankhauser (n 7) Art. 18 21.

Ayırt etme gücü bulunmayan kişinin hukuki işlemlerle bağlantılı davranışlarının üçüncü kişilere zarar verme riski, haksız fiil durumundaki kadar büyük olabileceği gerekçesiyle İsviçre Federal Mahkemesi'nin sözleşmenin ihlalinde de OR Art. 99, III hükmünün uygulamasını kabul ettiği bir kararı için bkz. BGE 102 II 226 S. 230 (bger.ch, Erişim tarihi: 21.10.2024).

⁵⁴ Bu konuda bkz. Doğu (n 49) 31 vd.

⁵⁵ TBK m. 114, II hükmü ile yapılan yollamanın sözleşmeye aykırılık hâllerinde uygulanacağı yönünde bkz. Selâhattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Hâluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Filiz 1993) 502; Oğuzman ve Öz (n 50) 562; Nomer (n 2), 182a.5; Kılıçoğlu (n 2) 422; Arpacı (n 20) 45. Yargıtay ise ayırt etme gücü olmayan kişinin yaptığı hukuki işlemin kesin hükümsüz olmasına rağmen hakkaniyet elverdiği ölçüde (TBK m. 65) ve TBK m. 114, II yollaması nedeniyle karşı tarafın sözleşmeye güveninden dolayı oluşan zarardan sorumlu tutulmasına dair kararlar vermektedir. Yargıtay 19 HD, 16226/12206, 03.07.2014; Yargıtay 3 HD, 10148/7914, 16.12.2020. Bu konuda bilgi için bkz. Nomer (n 2) 203.7.

⁵⁶ Arpacı (n 20) 45.

⁵⁷ Arpacı (n 20) 45.

Tüm bunlar dikkate alındığında bu görüşlerin ortak noktasının; bir kimse- nin geçici ayırt etme gücünden yoksunken yaptığı hukuki işlemin her zaman geçersiz kabul edilmemesi gerektiği yönünde olduğu söylenebilir. Zira ilk görüş bir kimsenin geçici ayırt etme gücünden yoksunken yaptığı hukuki işlemin TBK m. 114, II (OR Art. 99, III) vasıtası ile TBK m. 59'un (OR Art. 54, II) uygulanması gerektiğini ve böylece işlemin -kendi kusuru ile ayırt etme gücünü kaybettiği takdirde- geçersiz sayılmayacağını kabul ederken, diğer görüş aynı sonuca TMK m. 2, II'deki hakkın kötüye kullanılması yasağı ile ulaşmakta ve yine yapılan hukuki işlemi ayakta tutmaktadır.

Kanımızca bu durumda ortada açık boşluğun mu örtülü boşluğun mu bulunduğu tespit edilmesi gerekir. Zira her iki görüşün varmak istediği sonuç aynı olsa da izledikleri yol birbirinden farklıdır ve her iki görüş de esasında bu konuda bir kanun boşluğu bulunduğunu tespit etmektedir. İlk görüş, TBK m. 114, II hükmünün -sistemik yorumun da etkisiyle- lafzi olarak dar ele alındığını ve bu hükmün sadece sözleşmeye aykırılık halinde değil, sözleşme ilişkisinin her aşamasına da uygulanması gerektiğini kabul ederek açık boşluğun kıyasen doldurulması sonucuna ulaşmaktadır.

Diğer görüş ise ilk görüş ile benzer sonuca esasında kanımızca TMK m. 15'teki düzenlemede bulunan örtülü boşluğun amaca uygun sınırlandırılması vasıtasıyla ulaşmaktadır. Zira TBK m. 59'da -sistemik yorumun da etkisiyle- ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişinin gerçekleştirdiği haksız fiillerden sorumluluğuna ilişkin özel bir hüküm getirilmiş, ancak sözleşmenin kurulmasına ilişkin herhangi bir düzenleme belirlenmemiştir. Dolayısıyla geçici ayırt etme gücünden yoksun kişinin yaptığı hukuki işlemlerin ilk etapta geçersiz olacağı sonucuna ulaşılır. Nitekim bir kimsenin hukuki işlemi gerçekleştirirken ayırt etme gücünden yoksun olup olmadığı her somut olay bakımından ayrı ayrı incelenir. Ancak geçici ayırt etme gücünden yoksun kişinin yaptığı hukuki işlemin geçerli olması gerektiği iddiasının somut olayın niteliğine göre kabul edilebilmesi mümkündür. Ancak hâkimin buna karar verirken bir yandan da somut olayın özelliklerini son derece özenle dikkate alması gerekir. Aksi halde hukuk sisteminde ayırt etme gücünden yoksun kişinin hukuki fiillerinin sonuç doğurmayacağı prensibinden epey uzaklaşılmasına yol açar.

Bu durumda şöyle bir yöntem benimsenebilir: Eğer ayırt etme gücünü geçici olarak -kendi kusuru ile- kaybeden kimse yaptığı hukuki işlemi, ayırt etme gücüne sahipken de yapacak idiyse ve ayrıca karşı taraf da geçici ayırt etme gücünden yoksun kişinin bu halinden yararlanma amacı taşımadan işlemi ger-

çektirmişse, TMK m. 15'te örtülü boşluğun bulunduğu kabul edilerek işlemin ayakta tutulması mümkündür. Ancak geçici ayırt etme gücünden yoksun kişi ayırt etme gücüne sahip olsaydı bu işlemi yapmayacak idiyse ve/veya karşı taraf onun bu durumundan yararlanarak kendisine haksız menfaat sağlamak amacıyla bu işlemin yapılmasına vesile olduysa, başka bir anlatımla dürüstlük kuralına aykırı davranmışsa, bu durumda işlemin geçersizliğinin kabul edilmesi gerekir. TBK m. 114, II'nin de geniş yorumlanarak sözleşmeden doğan sorumluluğun tüm aşamalarına haksız fiil hükümlerinin kıyasen uygulanabilmesi görüşünün ve ayrıca Yargıtay da ayırt etme gücü bulunmayan kişinin yapmış olduğu hukuki işlemin geçersizliğine rağmen TBK m. 144, II ve TBK m. 65 uyarınca hakkaniyet sorumluluğu çerçevesinde karşı tarafın sözleşmeye güveninden dolayı oluşan zararının karşılanması gerektiğı yönünde verdiği kararların da bu görüşü desteklediğı kanaatindeyiz. Bunun dışında eğer bir kimse ayırt etme gücünü kendi kusuru ile -geçici olarak- kaybetmemişse, yapılan hukuki işlemin geçerli kabul edilmesi korunmak istenen kimsenin menfaatine uygun düşmeyeceğinden burada hükmün amaca göre sınırlanması mümkün olmamalıdır.

Sonuç

Türk Medeni Kanunu'nun 13. maddesinde yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahip olduğu düzenlenmiş ve ardından 15. maddede Kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiillerinin hukuki sonuç doğurmayacağı belirtilmiştir. Böylece ayırt etme gücünden yoksun kişinin korunması amacıyla TMK m. 15'te genel bir düzenleme getirilmiş, kanun koyucu tarafından bazı istisnai hallere ilişkin özel hükümler belirlenmiştir. Ancak bu istisnai hallere ilişkin düzenlemeler, uygulamada hayatın olağan akışı çerçevesinde ortaya çıkabilecek bütün halleri kapsamamaktadır. Dolayısıyla bunların -en azından uygulamada sıkça karşılaşılanlarının- özel olarak incelenmesi ihtiyacı doğmuştur.

Bu çerçevede öncelikle TMK m. 15 uyarınca tam ehliyetsizin haksız fiillerinin kural olarak sonuç doğurmadığını belirtmek gerekir. Ancak bu kuralın istisnası; kusursuz sorumluluk halleri ile özellikle hakkaniyet sorumluluğudur. Yine TMK m.15 hükmüne göre ayırt etme gücünden yoksun kişinin hukuki işlemleri de hüküm ve sonuçlarını doğurmaz. Fakat bu kuralın da -kanundaki ayırık durumlar dışında- uygulamada ve öğretide çeşitli istisnalarının bulunduğunun kabul edildiğı görülmektedir. Örneğin tam ehliyetsize bir karşılıksız kazandır-

mada bulunulduğunda ya da kendisine -örneğin satın aldığı piyango biletinden- bir ikramiye isabet ettiğinde bu hukuki işlemin akıbetinin ne olacağı hususunda kanunda istisnai bir düzenleme bulunmamaktadır. Tam ehliyetsizin her türlü hukuki işleminin geçersiz olması gerekirken, verilen örneklerde işlemin geçersiz olması, bu düzenlemenin ayırt etme gücüne sahip olmayan kimseyi koruma amacına uygun düşmeyebilir ve bunun sonucunda da tam ehliyetsiz kimsenin menfaatine aykırı, adaletsiz sonuçlar doğabilir. Dolayısıyla böyle bir durumda hâkimin, TMK m. 15'te yer alan örtülü boşluğu amaca uygun sınırlama (teleolojik redüksiyon) yöntemi ile doldurarak tam ehliyetsizin yaptığı ve hükmün koruma amacına aykırı olmayan hukuki işlemin geçerli olmasına karar vermesi mümkündür.

Son olarak geçici ayırt etme gücünden yoksunluk halinin de tam ehliyetsizlerin işlemleri bakımından özellik arz eden sonuçlarının doğabileceğini kabul etmek gerekir. TBK m. 59'un geçici ayırt etme gücünden yoksun kişinin haksız fiillerinden sorumlu olup olmayacağını düzenleyen bir hüküm olduğu açık olsa da öğretide bir görüşe göre geçici ayırt etme gücünden yoksun kişinin yaptığı hukuki işlemlere de TBK m. 114, II vasıtasıyla bu hükmün uygulanabileceği ve böylece işlemin ayakta tutulabileceği savunulmaktadır. Diğer görüş ise bu hükmün haksız fiillere ilişkin olması -ve hükmün sözleşmenin kuruluşuna etki edemeyeceği sebebiyle işlemin, ancak TMK m. 2, II vasıtası ile ayakta tutulabileceğini kabul etmektedir. Her iki görüş de geçici ayırt etme gücünden yoksun kişinin yaptığı hukuki işlemin geçerli olması yönünde bir çözüm yolu geliştirdiği görülmektedir. Kanımızca ayırt etme gücünü geçici olarak -kendi kusuru ile- kaybeden kimse yaptığı hukuki işlemi, ayırt etme gücüne sahipken de yapacak idiyse ve ayrıca karşı taraf da geçici ayırt etme gücünden yoksun kişinin bu hâlden yararlanma amacı taşımadan işlemi gerçekleştirmekteyse, TMK m. 15'te örtülü boşluğun bulunduğu kabul edilerek işlemin ayakta tutulması mümkündür. TBK m. 114, II'nin de geniş yorumlanarak sözleşmeden doğan sorumluluğun tüm aşamalarına haksız fiil hükümlerinin kıyasen uygulanabilmesi görüşünün bu sonucu desteklediği kanaatindeyiz.

Kaynakça

- Akbulut P E, *Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması*, (On İki Levha 2016)
- Akıntürk T ve Ateş D, *Medeni Hukuk* (28. B, Beta 2023)
- Arpacı A, *Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler* (2. B, Beta 2000)
- Baygın C ve Nar A, *Medeni Hukuk Dersleri-I Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku* (2. B, Yetkin 2022)
- Baysal B, *Zarar Görenin Kusuru, Müterafik Kusur* (On İki Levha 2012)
- Bigler-Eggenberger M ve Fankhauser R, *Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, hrsg Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Thomas Geiser (5. Auflage, Helbing & Lichtenhahn 2014)
- Breitschmid P, *CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht Art. 1-456 ZGB- Partnerschaftsgesetz* (Schulthess 2023)
- Bucher A, *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz* (Helbing Lichtenhahn 2009)
- Bucher E, *Berner Kommentar: Personenrecht, die Natürlichen Personen, 1. Teilband, Art. 11-26 ZGB* (Stämpfli 1975)
- Dural M ve Öğüz T, *Türk Özel Hukuk Kişiler Hukuku C 2* (Filiz 2021)
- Dural M, Öğüz T ve Gümüş A, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (Filiz 2023)
- Doğu H M, 'Türk Borçlar Kanunu'nun 59. Maddesi ve Hukuki İşlemlere Etkisi' (2021) 16 (2) *ERÜHFD*
- Edis S, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1997)
- Erkan V U ve Yücer İ, 'Ayırt Etme Gücü' (2011) 60 (3) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*
- Furrer A ve Wey R, *Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen - Art. 1-183 OR CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (Schulthess 2023)
- Helvacı S, *Gerçek Kişiler* (8. B, Legal 2017)
- Honsell H, *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil* (9. Auflage, Stämpfli 2007)
- -, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, hrsg Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Thomas Geiser (5. Auflage, Helbing & Lichtenhahn 2014)
- Huguenin C ve Meise B, *Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1- 529 OR*, hrsg von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, (4. Auflage, Helbing & Lichtenhahn 2011)
- İnce Akman N, *Vasiyetname Yapma Özgürlüğünün Sınırları* (Filiz 2023)

- Kessler M A, *Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1- 529 OR*, hrsg von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (4. Auflage Helbing & Lichtenhahn 2011)
- Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23. B, Turhan 2019)
- Kırca Ç, 'Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)' 2001/1 (50) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*
- Kocayusufoğlu N, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme C. 1* (Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Basıdan 7. Tıpkı Bası Filiz 2017)
- Müller C, *Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (Schulthess 2023)
- Nomer H N, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (20. B, Beta 2024)
- Nomer H N ve Akbulut P E, *Medeni Hukuka Giriş* (10. B, Filiz 2024)
- Oğuzman M K ve Öz M T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C II* (Vedat 2018)
- -, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C I* (Vedat 2021)
- Oğuzman M K, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, *Kişiler Hukuku* (20. B, Filiz 2021)
- Paksoy M S, *Sözleşmeyi İhlale Yöneltilme* (On İki Levha 2018)
- Schlupe W R, 'Schuldrechtliche Aspekte der Verleitung zum Vertragsbruch' *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag* (Schulthess 1989)
- Seliçi Ö, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi* (İstanbul Üniversitesi 1977)
- Serozan R, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku* (Vedat 2014)
- -, *Sözleşmeden Dönme* (Vedat 2007)
- Süzek S ve Başterzi S, *İş Hukuku* (24. B, Beta 2024)
- Tekinay S S, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Filiz 1993)
- Tuor P, Schnyder B, Schmid J ve Jungo A, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (Schulthess 2015)
- Yücadağ N, 'Vasiyetname Düzenleme Ehliyeti İçin Gerekli Ayırt Etme Gücü' (2022) 10 (2) *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*
- Zevkliler A, Acabey M B ve Gökyayla K E, *Medeni Hukuk* (6. B, Seçkin 2020)

Şerh Edilmiş Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinden Doğan Hak ile İpotek Hakkı Arasındaki Öncelik İlişkisi^(*)

Doç. Dr. Gökhan ŞAHAN^(**)

Öğr. Gör. Ahmet BAŞKAN^(***)

Öz

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, sözleşmenin taraflarından birine veya her iki tarafına da taşınmaz satış sözleşmesi yapılmasını talep etme yetkisi veren ön sözleşme niteliğinde bir sözleşmedir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hak Türk Medeni Kanunu m. 1009/I ve Tapu Kanunu m. 26/VIII hükmü uyarınca tapu siciline şerh verilebilir nitelikte bir haktır. Şerh edilen bu hak kendinden sonra gelen haklara karşı ileri sürülebilir hale gelir (TMK m.1009/II). Kişisel hak sahibinin hakkını sonradan gelen haklara karşı ileri sürebilmesi için gereken şartlar vardır. Bunlardan ilki munzam etkinin ortaya çıkması gerekir. İkinci şart, sınırlı ayni hakkın kişisel hak tapu siciline şerh edilmesinden sonra tanınmış olmasıdır. Son şart ise, kişisel hakkın, sonradan tanınan sınırlı ayni hak ile bağdaşmıyor olmasıdır. İpotek, bir alacağı güvence altına almak amacıyla taşınmaz üzerinde kurulan ve hak sahibine taşınmazın bedelinden alacağını elde etme yetkisi veren bir rehin türüdür. Kişisel hakkın şerh edilmesinden sonra taşınmaz üzerinde ipotek hakkı tanınması mümkündür. Bu durumda, şerh edilmiş taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hak ile sonradan tescil edilen rehin hakları

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 17.03.2025 - Kabul Edildiği Tarih: 30.05.2025.

Atıf Şekli: Gökhan Şahan ve Ahmet Başkan, ‘Şerh Edilmiş Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinden Doğan Hak ile İpotek Hakkı Arasındaki Öncelik İlişkisi’ (2025) 15(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 433, 470.

DOI: 10.52273/sduhfd..1659865.

^(**) Erciyes Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD, Kayseri, Türkiye.

E-posta: gokhansahan38@hotmail.com.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2605-5857>.

^(***) Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi, Göksun Meslek Yüksekokulu, Mimarlık ve Şehir Planlama Bölümü, Tapu Kadastro Programı, Kahramanmaraş, Türkiye.

E-posta: ahmetbaskan@ksu.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7568-7295>.

arasında bir öncelik sorunu doğar. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan kişisel nitelikteki hak şerh verilerek, kendinden sonra gelen aynı veya şerh edilmiş kişisel haklara karşı ileri sürülebilir hale gelir. Ancak, kanundan doğan tescile tabi olmayan ve sırası özel olarak belirtilen kanuni ipoteklere karşı bu hakkını ileri sürmesi mümkün değildir. Şerh edilen kişisel hakkın kendinden sonra gelen haklara karşı ileri sürülmesi hak sahibi tarafından Türk Medeni Kanunu m. 1025 uyarınca açılacak bir terkin davası ile mümkündür.

Anahtar Kelimeler

Taşınmaz Satış Vaadi, Şerh, İpotek, Taşınmaz Rehni, Tapu Sicili.

The Priority Relationship between the Right Arising from the Annotated Contract of Promise to Sell Real Estate and the Mortgage Right

Abstract

An immovable sale promise agreement is a pre-contractual agreement that authorizes one or both parties to the agreement to request the execution of an immovable sale agreement. The right arising from the immovable sale promise agreement is a right that can be annotated to the land registry pursuant to Article 1009/I of the Turkish Civil Code and Article 26/VIII of the Land Registry Law. This annotated right becomes assertable against subsequent rights (Article 1009/II of the TCC). There are conditions for the holder of a personal right to assert his/her right against subsequent rights. The first of these is that the complementary effect must occur. The second condition is that the limited real right is recognized after the personal right is annotated to the land registry. The last condition is that the personal right is incompatible with the limited real right recognized later. A mortgage is a type of pledge that is established on immovable property in order to secure a receivable and authorizes the right holder to obtain the receivable from the price of the immovable property. It is possible to grant a mortgage right on immovable property after the annotation of a personal right. In this case, a question of priority arises between the right arising from the annotated real estate sale promise agreement and the subsequently registered pledge rights. By annotating the personal right arising from the contract of promise to sell immovable property, it becomes assertable against subsequent real or annotated personal rights. However, it is not possible to assert this right against statutory mortgages whose order of mortgage rights that are not subject to registration arising from the law is specifically specified. The assertion of the annotated personal right against subsequent rights is possible through an abandonment action to be filed by the right holder pursuant to Article 1025 of the Turkish Civil Code.

Keywords

Real Estate Sales Promise, Annotation, Mortgage, Mortgage Pledge, Land Registry.

Extended Summary

The contract for the promise of sale of immovable property is an agreement that grants one or both parties the right to request the conclusion of a sale contract for the immovable property. This contract is regulated under Article 237 of the Turkish Code of Obligations, under the section related to rights creating sales relationships. According to the provision, the contract for the promise of sale of immovable property must be executed in a formal manner. Accordingly, the contract can either be prepared by the land registry officer or, pursuant to Article 60 of the Notary Law, it may also be prepared by notaries. The rights arising from the contract for the promise of sale of immovable property may be annotated in the land registry in accordance with Article 1009/I of the Turkish Civil Code (TMK) and Article 26/VIII of the Turkish Commercial Code (TK). When the personal rights arising from the promise of sale of immovable property are annotated in the land registry, they can be asserted against subsequent ownership and limited real rights. However, it is not possible to assert this right against statutory mortgages that are specifically mentioned in the order of mortgage rights arising from the law that are not subject to registration. The personal right, which has been annotated, can be asserted against the rights that come after it, by initiating a cancellation action under Article 1025 of the Turkish Civil Code.

Although not explicitly regulated by law, certain conditions must be met for the holder of a personal right to assert it against subsequent rights. First, the ancillary effect must occur, meaning that the debt constituting the subject of the personal right must have arisen. In other words, the personal right must have been exercised and the ownership of the immovable property that is the subject of the contract must have been acquired by the holder of the personal right. The second condition is that the limited real right must have been established after the annotation of the personal right in the land registry. The final condition for asserting the personal right is that it must be incompatible with the newly established limited real right and must prevent its use. If these conditions are met, the holder of the personal right may, based on Article 1025 of the TMK, file a lawsuit to request the cancellation of the subsequently established right, as it no longer holds any material validity despite being formally recorded in the land registry.

Real property mortgages are a type of lien established on an immovable property to secure a debt, giving the lienholder the right to satisfy the debt from the property's value. There are three types of real property mortgages: the mortgage, the bond deed, and the mortgage-backed debt instrument. Liens can be established based on a lien agreement, a court decision, a disposition upon death, or a law. The date of establishment of mortgages based on a lien agreement is the date of establishment of the related lien rank. The priority of lien rights is determined based on the rank of the lien. Mortgages established under statutory provisions are generally registered, and their priority is also determined accordingly. However, there are also statutory mortgages that are established without registration.

After the annotation of the personal right, it is possible for types of liens, such as mortgages, bond deeds, mortgage-backed debt instruments, or both registered and

non-registered statutory mortgages, to be recognized. A priority issue arises between the right arising from the contract for the promise of sale of immovable property and the subsequently registered lien rights. In cases where the lien right is established with registration, the priority of rights is determined according to the dates on which they were registered in the land registry. For personal rights, the date of annotation is taken into account. In lien rights established under a contract, the establishment date of the related lien rank is the decisive factor. Statutory mortgages subject to registration also receive their priority based on the date they are registered in the land registry. However, for statutory mortgages that are not subject to registration, statutory priority is granted, as regulated in Articles 865/III and 867/II of the TMK.

If the right arising from the contract for the promise of sale of immovable property is not annotated in the land registry, it cannot be asserted against the lien rights on the property. Once the right arising from the contract for the promise of sale is annotated, if a lien is subsequently recognized on the immovable property, the rights granted to the lienholder are inconsistent with the content of the ownership right, which was acquired through the use of the sales-related right. The creditor of the contract for the promise of sale of immovable property, who is the new owner, faces the risk of losing the property due to non-payment of a debt originating from a relationship to which they were not a party. A person who has had their right annotated before the establishment of a lien can assert their right and, after acquiring ownership of the immovable property, request the cancellation of the lien.

Giriş

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, sözleşmenin taraflarından birine veya her iki tarafına da taşınmaz satış sözleşmesi yapılmasını talep etme yetkisi veren ön sözleşme niteliğinde bir sözleşmedir. Bu sözleşmeden doğan hak şerh edilebilir nitelikte bir haktır. Ancak hakkın şerh edilmesi malikin tasarruf yetkisini kısıtlamadığı için hakkın şerh edilmesinden sonra malik, taşınmaz üzerinde üçüncü kişiler lehine sınırlı aynı haklar tanıyabilir. Bu sınırlı aynı haklardan biri de ipotek olabilir. İpotek, kişisel bir alacağı rehin konusu taşınmazın değerinden elde etme yetkisi veren ve alacağa aynı güvence oluşturan bir taşınmaz rehni türüdür. Belirtmek gerekir ki, çalışma konumuzu oluşturan hususlar ülkemizde geçerli olan ve temelleri Alman Hukuku ve İsviçre Hukukundan alan tapu sicil sistemini kapsamaktadır. Bundan dolayı, çalışmamızda yapmış olduğumuz açıklamalar tapu sicil sistemine ilişkin olup diğer hukuk sistemlerinde uygulanan taşınmaz kayıt sistemleri olan kayıt ve tespit sistemi, tasdik sistemi ve torrens sistemini kapsamamaktadır.

Çalışmamızın konusunu; taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkın şerh edildiği bir taşınmaz üzerinde sonradan tesis edilen ipoteklere karşı durumu oluşturmaktadır. Çalışmamızda taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, kişisel hakkın şerhinin etkisi, kişisel hakkın ileri sürülmesinin şartları ve ipotekler hakkında bilgi verildikten sonra bu bilgiler ışığında şerh edilmiş taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkın, sözleşmeden veya kanundan doğan ipotekler karşısındaki durumu ve bu hakkın nasıl ileri sürülebileceği hususları üzerinde durulmuştur.

I. Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi

A. Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Tanımı

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, taraflarından birine ya da her ikisine de sözleşmede kararlaştırılmış olan şartlarla, taşınmaz satış sözleşmesi yapılmasını talep etme hakkı tanıyan bir sözleşmedir¹. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, bir

¹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (8. Baskı, Yetkin 2020) 195; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (22. Baskı, Filiz 2020) 447; Mustafa Çenberci, *Gayrimenkul Satış Vaadi* (3. Baskı, Olgaç 1986) 3; Seza Reisoğlu, 'Gayrimenkul Satış Vaadi' (1957) (6-7) AD 551, 551; Soysal Özenli, *Uygulamada Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Neden Olduğu Davalar* (Kazancı 1986) 7; Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (3. Baskı, Adalet 2017) 273; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Gayrimenkul Satış Vaadi* (Sulhi Garan 1959) 44; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hü-*

taşınmaza ilişkin olarak ileride taraflarca kararlaştırılmış olan şartlarla satış sözleşmesi yapma borcu içeren ön sözleşme niteliğindedir².

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, taraflardan birine veya her iki tarafına da satış sözleşmesinin yapılmasını talep etme hakkı verebilir³. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin taraflarından sadece biri yükümlülük altına gireceği şekilde düzenlenebileceği öğretide kabul edilmektedir⁴. Sözleşmenin taraflarından birinin sözleşme yapma yükümlülüğü altına girmesi halinde, tek tarafa borç yükleyen bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi söz konusu olur⁵. Sözleşmenin tek tarafının yükümlülük altına girdiği satış vaadi sözleşmelerinde, sadece taşınmaz maliki satış vaadinde bulunabileceği gibi sözleşmenin diğer tarafı olan alıcının da tek taraflı olarak alım vaadinde bulunması mümkündür⁶. Alıcının alım vaadinde bulunmuş olduğu sözleşmelerde satıcı, alıcıyı satış sözleşmesini yapmaya zorlayabilecektir⁷. Sözleşmenin her iki tarafının da yükümlülük altına girdiği taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinde ise satış vaadi borçlusunu olan satıcı, sözleşme konusu taşınmazı ileride yapılacak satış sözleşmesi ile satmayı üstlenirken, satış vaadi sözleşmesinin alacaklısı diğer bir deyişle alıcı da taşınmazı alma yükümlülüğü altına girmektedir⁸.

kümler (10. Baskı, Beta 2014) 244; Mustafa Reşit Karahasanoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt I (Beta 2002) 449; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt I/I (6. Baskı, Vedat 2008) 243; Kenan Tunçomağ, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt II (Akdeniz Muhtelif Nevileri) (2. Baskı, Fakülteler Matbaası 1974) 171; Mehmet Handan Surlu, *Gayrimenkul Satış Vaadi* (Seçkin 2007) 26; İzzet Karadaş, *Taşınmaz Satış Vaadi ve Yüklenicinin Temlik İşleminde Kaynaklanan Uyuşmazlıklar* (Yetkin 2021) 20.

² Lütfi Dalamanlı, *Gayrimenkul Satış Vaadi* (Kazancı 1986) 3-4; Eren (n 1) 195; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 44; Çenberci (n 1) 8-9; Karadaş (n 1) 22; Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir (n 1) 447; Surlu (n 1) 27; satış vaadi sözleşmesinin bir ön sözleşme değil, satış sözleşmesinin kendisi olduğu yönündeki görüş için bkz. İsmet Sungurbey, *Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi* (Sermet 1963) 10 vd. aynı yönde bkz. Tunçomağ (n 1) 172; Karahasanoğlu (n 1) 451 vd.; Saba Özmen ve Melek Bilgin Yüce, 'Taşınmaz Satış Vaatlerinde Tarih Önceliğine Üstünlük Tanıyan Yargıtay Kararlarına İlişkin Düşünceler' in Abuzer Kendigelen (ed), *Prof. Dr. Hayri Domanic'e 80. Yaş Günü Armağanı*, Cilt II (Beta 2001) 967- 968.

³ Eren (n 1) 195-196; Tandoğan (n 1) 245; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 48-49.

⁴ Eren (n 1) 196; Çenberci (n 1) 12-13; Tandoğan (n 1) 248; Surlu (n 1) 26; Karadaş (n 1) 20; Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 244; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 86.

⁵ Eren (n 1) 196.

⁶ Eren (n 1) 196; Çenberci (n 1) 13; Surlu (n 1) 44; Reisoğlu (n 1) 554.

⁷ Çenberci (n 1) 13.

⁸ Eren (n 1) 197; Reisoğlu (n 1) 555.

B. Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Şekli

Taşınmaz satış sözleşmesinin geçerli şekilde kurulması için resmi şekilde yapılmalıdır (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu⁹ m. 237/I). Taşınmaz satış sözleşmesinin resmi şekil şartının gerçekleşmesi için de 2644 sayılı Tapu Kanunu¹⁰ (TK) m. 26 hükmü ve uyarınca, sözleşmenin tapu sicil müdürü veya tapu sicil memurları tarafından düzenlenmekteydi. 7413 sayılı ve 23.06.2022 kabul tarihli Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'da¹¹, 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nda¹² (NK) yapılan değişiklikten sonra taşınmaz satış sözleşmesi düzenleme yetkisi noterlere de tanınmıştır¹³.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin resmi şekilde yapılması gerektiği de TBK m. 237/II hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi de taşınmaz satış sözleşmesi gibi tapu müdürlüğünde tapu müdürü veya tapu memuru tarafından düzenlenebilmelidir. Ancak, taşınmaz satış vaadi sözleşmesini düzenleme yetkisi verilen makam hususunda kanuni düzenlemelerden kaynaklı bir fark bulunmaktadır. Kanun koyucu, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi düzenleme yetkisini NK m. 60/III hükmü uyarınca noterlere vermiştir. Buna göre, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için noterler tarafından, düzenleme şeklinde yapılması gerekmektedir (NK m. 60/III)¹⁴. Buna karşılık öğretide, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin, TK m. 26 hükmü gereği taşınmaz satış sözleşmesini düzenleme yetkisi bulunan tapu müdürü ve tapu sicil memurları tarafından evleviyetle düzenleyebileceği kabul edilmektedir¹⁵. Ancak uygulamada tapu memurlarının hatalı ve keyfi bir biçim-

⁹ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11/01/2011, RG 04/02/2011/27836.

¹⁰ Tapu Kanunu, Kanun Numarası: 2644, Kabul Tarihi: 22/12/1934, RG 29/12/1934/2892.

¹¹ Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası:7413, Kabul Tarihi: 23/06/2022, RG 28/06/2022/31880.

¹² Noterlik Kanunu, Kanun Numarası: 1512, Kabul Tarihi: 18/01/1972, RG 05/02/1972/14090.

¹³ "Madde 60 - Noterlerin görevleri: 3- Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapmak ve bu sözleşmeyi taraflardan birinin talep etmesi, harç ve giderleri ödemesi hâlinde tapu bilişim sistemi vasıtasıyla tapu siciline şerh vermek, taşınmaz satış sözleşmesi yapmak"

¹⁴ Önceden hazırlanmış bir sözleşme metninin taraflarca imzalanması ve bu imzaların noter tarafından onaylanması şeklinde yapılan sözleşmeler şekil şartın sağlamayacağı için geçersiz sayılır. Eren (n 1) 198; Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir (n 1) 448-449; Arif Barış Özbilen, *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü* (Onikilevha 2016) 280.

¹⁵ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir (n 1) 448-449; Tandoğan (n 1) 243; Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 245; Eren (n 1) 198; Kemal T. Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku* (Sevinç 1978) 198; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 118; Özbilen, Şekil (n 14) 280; Etem Saba Özmen ve Tuba

de taşınmaz satış vaadi sözleşmesini düzenlemekten kaçınmaktadırlar¹⁶. Bize göre de taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri noterde düzenleme şeklinde yapılabilir gibi tapu müdürlükleri tarafından da düzenlenebilir.

C. Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Hüküm ve Sonuçları

Geçerli olarak kurulmuş olan taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, tarafların kararlaştırmış olduğu sözleşme şartlarına göre, bir tarafa veya her iki tarafa sözleşmenin yapılmasını talep etme hakkı verir. Sözleşmenin yapılmasını talep etme hakkına sahip olan tarafın, sözleşmenin yapılmasına ilişkin borcun yerine getirilmesini talep etmesi halinde, karşı tarafın bu talep doğrultusunda tapu sicili müdürlüğüne gelerek taşınmaz satış sözleşmesini yapması gerekmektedir. Vaat borçlusunun sözleşme yapmaktan kaçınması halinde, vaat alacaklısı sözleşmeden doğmuş olan borcun yerine getirmesi için vaat borçlusuna karşı dava açması gerekir¹⁷.

Vaat borçlusu malik, taşınmaz satış sözleşmesini yapmaya yanaşmazsa, vaat alacaklısının 4271 sayılı Türk Medeni Kanunu¹⁸ m. 716 dayanarak açtığı davada mahkemenin vereceği karar hem satış sözleşmesinin kurulmasını sağlayan hem de taşınmazın mülkiyetinin vaat alacaklısı adına tescilini içeren bir karar olur¹⁹. Bu şekilde, vaat alacaklısı sözleşmenin kurulması ve taşınmazın adına tescil edilmesi için iki ayrı dava açmak zorunda kalmadan, açmış olduğu tek bir dava ile satış sözleşmesinin kurulmasını ve tapu kaydının iptali ile tapu kaydının kendi adına tescilini talep edebilmektedir. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir²⁰. Ancak bu görüş, ön sözleşme ile asıl sözleşme arasındaki farkı kal-

Akçura Karaman, 'Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları' (2013) 87 (1) İBD 55, 56; taşınmaz satış vaadi sözleşmesini sadece noterlerin yapabileceği görüşü için bkz. Çenberci (n 1) 109 vd.

¹⁶ Özmen ve Akçura-Karaman (n 15) 55-56.

¹⁷ Uygulamada sözleşme yapmaktan kaçınan vaat borçlusu genellikle sözleşmeye konu taşınmazın maliki olmaktadır. Ancak taşınmaz satış sözleşmesinin yapılması yönünde vaat borçlusu taşınmaz malikinin dava açması da mümkündür. Bkz. Yargıtay 14 HD, 4882/6335, 22.12.1980, Çenberci (n 1) 14.

¹⁸ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4271, Kabul Tarihi: 8/12/2001, RG 8/12/2001/24607.

¹⁹ Elif Orta, *Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi* (Onikilevha 2022) 171 vd.; Eren (n 1) 199.

²⁰ Yargıtay İBK, 1/2, 25.10.1971<<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>> Erişim Tarihi 23 Şubat 2025; Yargıtay 14 HD, 11330/1029, 07.02.2019 <<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>> Erişim Tarihi 23 Şubat 2025; İsviçre Federal Mahkemesi de ön sözleşmenin, asıl sözleşmenin bütün esaslı unsurlarını içermesi halinde doğrudan sözleşmenin ifası için dava açılabilirliğini kabul etmektedir. BGE 118 II 32.

dırdığı gerekçesiyle öğretide eleştirilmektedir²¹. Bu görüşe getirilmiş olan eleştiriler teorik açıdan doğru olsa da vaat alacaklısının taşınmaz mülkiyetini tek bir dava ile elde edebileceğine ilişkin görüş, usul ekonomisi ve uygulama açısından kabul edilebilir bir yaklaşımdır.

D. Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan kişisel nitelikteki hakkın tapu kütüğüne şerh edilebileceği TMK m. 1009/I' de ve TK m. 26/II'de hüküm altına alınmıştır. Burada şerh konusu olan husus taşınmaz satış vaadi sözleşmesi değil, sözleşmeden doğmuş olan satın alma hakkıdır²². TK m. 26/VIII hükmü uyarınca sözleşmenin tapuya şerh verilebilmesi için taraflarından birinin tapu müdürlüğüne giderek hakkın tapuya şerh edilmesine ilişkin bir talepte bulunması yeterlidir. Sözleşmenin tapuya şerhi için ayrıca bir şerh anlaşmasına gerek yoktur²³.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hak tapuya şerh edilmesi halinde bu şerhin etki süresi TK m. 26/VIII hükmü uyarınca beş yıldır. İlgili hükme göre, sözleşme tapuya şerh edildikten sonra beş yıl içerisinde taşınmazın satışı yapılmazsa, şerh tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından re'sen terkin edilebilir. Kanunda öngörülen beş yıllık süre sonunda şerh tapu sicil müdürü tarafından re'sen terkin edilmese de hak sahibi, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan bu hakkını üçüncü kişilere karşı ileri süremez²⁴. Zira söz konusu hak, şerhin etkisinin sona ermesiyle normal bir kişisel hakka dönüşmüştür²⁵. Bundan dolayı da şerhin etki süresi sona erdikten sonra taşınmaz üzerinde kişisel veya ayni hak elde eden üçüncü kişilere karşı bu kişisel hakkını ileri süremez²⁶. Şerh süresi sona erdikten sonra taraflar isterse, satış vaadi sözleş-

²¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir (n 1) 458 vd.

²² Gökhan Şahan, *Tapu Sicilinde Kişisel Hakların Şerhi* (Seçkin 2020) 54; Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir (n 1) 453; Eren (n 1) 200; Karadaş (n 1) Çenberci (n 1) 49; Sungurbey (n 2) 47-48; Tandoğan (n 1) 252; Tunçomağ (n 1) 175.

²³ Çenberci (n 1) 49; Özenli (n 1) 41; Şahan (n 22) 55; Eren (n 1) 200; Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir (n 1) 453.

²⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir (n 1) 456; Eren (n 1) 201; Sungurbey (n 2) 137.

²⁵ Yargıtay 14 HD, 6360/8356, 16.12.2002, <<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>> Erişim Tarihi 10 Ocak 2025.

²⁶ Yargıtay 14 HD, 14167/4032, 25.03.2014, karar ve eleştirisi için bkz. Saibe Oktay-Özdemir, 'Yargıtay'ın MK. m.1023'ün Yanlış Uygulandığı Üç Kararının Değerlendirilmesi' in Tufan Öğüz ve Baki İlkey Engin (eds), *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendi-*

mesini yeniden tapu siciline şerh ettirebilirler²⁷. Bu yeni şerhin etkinlik süresi de aynı şekilde beş yıldır.

II. Kişisel Hakkın Şerhinin Etkisine İlişkin Görüşler

A. Öğretideki Görüşler

Kişisel hakların şerhinin etkisi genel olarak, TMK'nın 1009/II'de düzenlenmiştir. Hüküm; *"Bunlar şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir."* şeklindedir. Hükümde de belirtildiği üzere tapu siciline şerhi mümkün olan kişisel haklar tapu siciline şerh edilmekle aleniyet kazanır. Bunun sonucu olarak, kişisel nitelikteki bu haklar güçlenerek hak konusu taşınmaz üzerinde sonradan hak elde eden üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir hale gelirler²⁸.

Kişisel hakkın şerh edilmesiyle kazandığı etki hususunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüş olsa da şerhin kişisel hakkı aynı hakka dönüştürmediği öğretide çoğunlukla kabul edilmektedir²⁹. TMK m. 1009/II hükmünde belirtildiği üzere şerh edilmiş olan kişisel haklar herkese karşı değil sadece taşınmaz üzerinde hak elde eden üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir.

Şerhin etkisi konusunda ortaya konulmuş olan görüşlerden biri olan aynı etkili hak görüşüne göre, kişisel hakkın tapu siciline şerh edilmesi tapu siciline şerh edilmiş olan kişisel hakkı doğuran borç ilişkisinin tarafları değişmeden

rilmesi Sempozyumları, Eşya Hukuku, Cilt I (Onikilevha 2016) 199, 203 vd.; Yargıtay 14 HD, 7039/2556, 01.03.2016, Saibe Oktay-Özdemir, 'Taşınmaz Satış Vaadinden Doğan Nisbî Hakkın Niteliğine Aykırı Uygulamalar Nedeniyle Ortaya Çıkan Hukukî Sorunlar' in Abuzer Kendigelen ve Saibe Oktay Özdemir (eds), *Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu'nun Anısına Armağan* (Onikilevha 2020) 635 vd.

²⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir (n 1) 456; Eren (n 1) 201; Şahan (n 22) 56.

²⁸ Jale Akipek ve Turgut Akıntürk, *Eşya Hukuku* (Beta 2009) 317; Gürsoy, Eren ve Cansel (n 15) 296.

²⁹ Sungurbey (n 2) 78; Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir (n 1) 285; Sebük (n 38) 56; Gürsoy, Eren ve Cansel (n 15) 296; Akipek ve Akıntürk (n 28) 317; Fethi H. Saymen ve Halid K. Elbir, *Eşya Hukuku Dersleri* (Filiz 1963) 158; Safa Reisoğlu, *Türk Eşya Hukuku*, Cilt I (Sevinç 1984) 208; Mehmet Ünal ve Veysel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku* (10. Baskı, Savaş 2018) 350; Selahattin S. Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Eşya Hukuku*, Cilt I (5. Baskı, Filiz 1989) 383; Şahan (n 22) 155; Nejat Aday, 'Kişisel Hakların Şerhi' (1992) 66 (7-8-9) İBD 609, 622; Şafak N. Erel, *Eşyaya Bağlı Borçlar* (Ankara Üniversitesi 1982) 205; Paul Piotet, 'De Quelques Effets De L'annotation Au Registre Foncier D'un Pacte De Preemption' (1967) (1) JDT 162, 162 vd.

kişisel hakka ayni etki kazandırır³⁰. Bu görüşe göre, kişisel hakka konu taşınmazın mülkiyeti sözleşme dışı olan üçüncü bir kişiye devredilmiş olsa da borç ilişkisi kişisel hakkı doğuran hukuki ilişkinin tarafları arasında kalmakta, taşınmazda hak elde eden üçüncü kişiye geçmemektedir. Yazar, kişisel hakkın tapu siciline şerh edilmesinden sonra taşınmaz üzerine üçüncü kişi lehine bir sınırlı ayni hak kurulması hususunda ise, kişisel hak sahibinin sınırlı ayni hak sahibinden, kişisel hakkını ihlal eden sınırlı ayni hakların tapu sicilinden terkin ettirmesini isteyebileceğini belirtmektedir. Üçüncü kişi terkin talebinde bulunmaması durumunda ise hak sahibi TMK m. 716/1 hükmüne kıyasen, hakkın kaldırılması için yenilik doğuran bir dava açabilir. Mahkemenin vereceği bozucu yenilik doğuran bu kararlar da bu haklar sicil dışında ortadan kalkmış olur³¹.

Öğretideki bir diğer görüş³² taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkın veya önalım, alım veya geri alım sözleşmesinin tapuya şerh edilmesinden sonra taşınmazın el değiştirmesi halinde şerhin etkisini “*yasal sözleşme devrine*” dayalı olarak açıklamaktadır³³. Buna göre, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin borçlusu malik, sözleşmenin şerh edilmesinden sonra taşınmazı üçüncü bir kişiye devretmesi halinde, yeni malik ile satış vaadi sözleşmesinin alacaklısıyla eski malik arasındaki satış vaadi sözleşmesini aynı şartlarda, yasa gereği devralır³⁴. Yazar kişisel hakkın tapu siciline şerh edilmesinden sonra kazanılan sınırlı ayni haklar ve şerh edilebilen kişisel haklar üzerindeki etkisini ise şerhin munzam etkisiyle açık-

³⁰ Sungurbey (n 2) 102 vd.; Aydın Aybay ve Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku* (Vedat 2014) 17; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdulkadir Arpacı, *Eşya Hukuku* (Filiz 1991) 441; Hatemi, şerhin etkisi bakımından ortaya konulmuş olan ayni etkili hak görüşü ile eşyaya bağlı hak görüşü arasındaki tartışmanın teorik boyutta kaldığını, uygulamada bu iki görüş arasında önemli bir uyumsuzluğun söz konusu olmayacağını belirtmektedir; ayrıca bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 29) 383; Aday (n 29) 639; Gürsoy, Eren ve Cansel (n 15) 296; Sebük (n 38) 56.

³¹ Sungurbey (n 2) 121-122.

³² Mustafa Alper Gümüş, *Türk Medeni Kanun’un Getirdiği Yeni Şerhler* (2. Baskı, Vedat 2007) 104.

³³ Yazar, şerhin kişisel hakları güçlendirerek taşınmaz üzerinde hak elde edenlere karşı ileri sürülmesini sağlayan bu güçlendirici etkiyi “geniş anlamda ayni etki” olarak nitelendirmektedir. Ayni etki kavramının TMK m. 1009’un gerekçesinde ve TMK m. 871/III’te kanun koyucu tarafından açık bir şekilde ifade edildiğini belirten yazar, kanunun hazırlık aşamasındaki komisyon üyelerinin görüşlerinin bir yansıması olarak değerlendirilip TMK’nun yürürlük kazanmasından sonra tarihsel kalınlardan ayıklanmış olarak yapılacak zamana göre objektif yorum metoduyla TMK m. 1009/II ve TMK m. 871/III’te düzenlenmiş olan şerhlerin sağladığı güçlendirme etkisinin “geniş anlamda ayni etki olarak” anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Gümüş (n 32) 104.

³⁴ Taşınmaz satış vaadi sözleşmesine ilişkin açıklamalar için bkz. Gümüş (n 32) 112 vd.

lamaktadır³⁵. Buna göre, şerh nedeniyle kişisel hak karşısında kendiliğinden etkisiz hale gelen bu haklar hak sahibinin talebiyle tapu sicilinden terkin edilebilir. Şerhten sonra taşınmaz üzerinde hak elde eden üçüncü kişi terkine yanaşmadığı takdirde, şerh edilmiş hakkın sahibi TMK m. 1025 hükmü uyarınca tapu sicilinin düzeltilmesi davası açarak hakkı terkin ettirebilir³⁶.

Kişisel hakkın şerhinin etkisini açıklayan bir diğer görüşe göre ise şerhin iki etkisi bulunmaktadır³⁷. Bu görüşe göre, şerhin sağladığı birinci etki, kişisel hakkın dayanağı olan borç ilişkisinden doğan yükümlülüğün taşınmazın mülkiyetine bağlanarak kişisel nitelikte hak doğuran borç ilişkisinde eşyaya bağlı borç etkisi yaratmasıdır³⁸. Eşyaya bağlı borçlar, bir kişinin bir eşya üzerinde mülkiyet hakkı elde ettiği veya eşyaya zilyet olduğu için yükümlülük altına girmiş olduğu borçlardır³⁹. Borcun eşya üzerindeki mülkiyet hakkına bağlı olduğu eşyaya bağlı borçlarda, bir kişi herhangi bir irade beyanında bulunmamış olmasına rağmen sadece bir eşyanın maliki olduğu için bir borçtan sorumlu hale gelmektedir. Bu görüşe göre, kişisel hakkın şerh edilmesinden sonra taşınmazın mülkiyeti devredildiği takdirde, taşınmazın yeni maliki kendiliğinden borç ilişkisinin tarafı olur. Bu şekilde, önceki malike ait olan hak ve borçlar yeni malike geçer.

Şerhin ikinci etkisi kapsamında ise, kişisel hak şerh edildikten sonra taşınmaz üzerinde üçüncü kişilerin kazanmış olduğu sınırlı ayni haklar ve şerh edilen kişisel hakların doğmuş olan borç ifa edilirken kişisel hakkın alacaklısına zarar verdiği ölçüde etkisiz hale gelir. Bu etkiye şerhin munzam etkisi ya da ayni etki

³⁵ Gümüş (n 32) 103-104.

³⁶ Gümüş (n 32) 104.

³⁷ Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (6. Baskı, Yetkin 2018) 211; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku I* (13. Baskı, Seçkin 2016) 417; Erel (n 29) 205; Rona Serozan, *Eşya Hukuku I* (3. Baskı, Filiz 2014) 38; H. Nami Nomer ve Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku* (3. Baskı, Onikilevha 2016) 133; İsmail Gökhan Esin, '(Kanundan Doğan Şuf'a Hakkı ve Şerhedilmiş Gayrimenkul Satış Vaadi Sözleşmesinden Doğan Haklar Örneğinde) Gayrimenkul Mülkiyetinin Kanundan ve Sözleşmeden Doğan Özel Hukuk Takyitlerinin Çatışması', in İsmail Gökhan Esin (ed), *Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan* (İstanbul 1999) 226, 227; Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir (n 1) 286; Özmen ve Yüce (n 2) 973.

³⁸ Rona Serozan, 'Nisbi Hakların Güçlendirilmesi' (1974) 40 (1-4) İÜHFM 459, 476; Tahir Sebük, *Türk Medeni Kanunu'nda Şuf'a, İştira ve Vefa Hakları* (Kader 1951) 58; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 29) 386-387; Akipek ve Akıntürk (n 28) 319; Kocayusupaşaoğlu (n 1) 203.

³⁹ M. Kemal Oğuzman, 'Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar' (1965) 31 (1-4) İÜHFM 209, 214; M. Kemal Oğuzman, 'Eşyaya Bağlı Haklara Hâkim Olan Esaslar' in *Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1978) 107, 108; Erel (n 29) 5; Şahan (n 22) 42; Gümüş (n 32) 97; Ünal/Başpınar (n 29) 46; Esin (n 37) 224-225; Özmen ve Yüce (n 2) 974.

denilmektedir⁴⁰. Bu etki TMK m. 1009/II'de açık bir şekilde ifade edilmektedir. Hükümde belirtildiği üzere, kişisel haklar şerh edilmekle taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir. Bu görüşe göre, şerhin birinci etkisi borcun doğumuna kadardır. Borç doğduktan sonra şerhin bir etkisi kalmamakta; borç hangi malik zamanında doğmuşsa ifa yükümlülüğü de o malike geçmektedir. Borç doğduktan sonra ise taşınmaz el değiştirse bile borç yeni malike geçmemektedir. Şerhi munzam etki olarak ifade ettiğimiz şerhin ikinci etkisi ise borç doğduktan sonra söz konusu olur. Borç doğmadığı sürece şerhin munzam etkisinden söz edilemez. Buna göre, munzam etkinin ortaya çıkması için şerh edilmiş olan kişisel hak sahibi hakkını kullanılarak taşınmazın mülkiyetini elde etmiş olması gereklidir⁴¹.

B. İsviçre Hukuku'nda Kişisel Hakların Şerhin Etkisine İlişkin Görüşler

Kişisel hakların şerhinin etkisi hususunda İsviçre Hukuku'nda ileri sürülen görüşlerden biri, kişisel hakkın şerh edilmesinin eşyaya bağlı borç etkisi yarattığı görüşüdür⁴². Bu görüşü savunan yazarlar, kişisel hakkın şerh edilmesinden sonra taşınmazın el değiştirmesi halinde bu hakkın taşınmaz üzerinde mülkiyet veya sınırlı ayni hak elde edenlere karşı da ileri sürülebileceği ve taşınmazı devralan üçüncü kişilerin sözleşmenin tarafı haline gelerek sözleşmeden doğan edimleri yerine getirme yükümlülüğü altına girdiğini belirtmektedir.

İsviçre Hukuku bakımından ortaya atılan diğer bir görüşe göre ise, kişisel hakkın tapu siciline şerh edilmesiyle şerh edilen asıl hakla birlikte doğan ve akıbeti de o hakka bağlı başka bir ayni yan hak ortaya çıkmaktadır⁴³. Bu görüş

⁴⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir (n 1) 286; Sirmen (n 37) 211; Serozan, Eşya (n 37) 38; Aday (n 29) 646; Nomer ve Ergüne (n 37) 134; Erel (n 29) 205; Ayan (n 37) 417; aynı etki ifadesine yönelik eleştiri için bkz. Şahan (n 22) 167 vd.

⁴¹ Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 205; Erel (n 29) 84; Sirmen (n 37) 211; Nomer ve Ergüne (n 37) 134; Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir (n 1) 286.

⁴² Kurt Pfeiffer, *Die Vormerkung persönlicher Rechte im Grundbuch nach dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch* (Druck und Verlag von H. R. Sauerländer & Co 1910) 41; Karl Heer, *Die Wirkung der Vormerkung Persönlicher Rechte im Grundbuch nach dem schweizerischen ZGB* (Verlag von Stämpfli & Cie 1930) 31; Piotet (n 29) 162 vd.; Vito Roberto und Stephanie Hrubesch-Millauer, *Sachenrecht* (Stämpfli 2009) 92; İsviçre Federal Mahkemesinin eşyaya bağlı borç görüşünü benimsemediği kararları da bulunmaktadır: BGE 128 III 127; BGE 101 II 240; BGE 98 III 55; şerhin eşyaya bağlı borç ilişkisi yaratmadığı görüşü için bkz. Pascal Simonius und Thomas Sutter, *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht Band I: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum* (Verlag Helbing & Lichtenhahn 1995) 97-98.

⁴³ Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid ve Alexandra Rumo-Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (13. Baskı, Schulthess 2009) 885; Jörg Schmid ve Bettina Hürliman- Kaup,

uyarınca, kişisel hakkın şerh edilmesi kişisel hakka açıklık kazandırır ve hakkı kamuya açık hale getirir. Bundan dolayı, üçüncü kişilerin hakka konu taşınmaz üzerinde kişisel hakka zarar verici nitelikte aynı hak kazanmazlar⁴⁴. Şerhe konu taşınmazın maliki ancak, şerhe konu haktan doğan yükümlülükle sınırlandırılmış şekilde taşınmaz üzerinde hukuki tasarrufta bulunabilir⁴⁵. Kişisel hakkın şerh edildiği taşınmazı devralan üçüncü kişi de şerhe konu hukuki ilişkiden doğan edimi yerine getirme yükümlülüğü altına girer⁴⁶.

Kişisel hakkın tapu siciline şerh edilmesinden sonra taşınmaz üzerinde üçüncü kişilere tanınan her türlü hakka karşı ileri sürülebileceği öğretide kabul edilmektedir⁴⁷. Buna göre, kişisel hakkın şerh edilmesinden sonra taşınmaz üzerine şerh edilen alım hakkı⁴⁸ veya kira sözleşmesi, taşınmaz üzerine konulan hacizlere ve sonradan tescil edilen rehin haklarına⁴⁹ karşı ileri sürülebileceği belirtilmektedir⁵⁰.

C. Değerlendirme

Kişisel hakkın şerh edilmesinden sonra taşınmazın el değiştirmesi halinde şerhin etkisi bakımından öğretide farklı görüşler ileri sürülmüş olsa da kişisel hakkın şerhinin şerhten sonra üçüncü kişilere taşınmaz üzerinde sınırlı bir aynı hak tanınması halinde kişisel hakkın şerhinin nasıl bir etki yapacağı hususunda ise öğretide bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Kişisel hakkın şerhinin etkisi konusunda görüş bildiren yazarlara baktığımızda, kişisel hakkın şerh edilmesinden sonra tanınmış olan sınırlı aynı hakların munzam etki kapsamında kişisel hakka zarar verdiği ölçüde geçersiz olacağını ve terkin edilmesi gerektiğini be-

Sachenrecht, (3. Baskı, Schulthess 2009) 107; Jürg Schmid, 'Das Grundbuch' in Heinrich Hon-sell, Nedim Peter Vogt ve Thomas Geiser (eds), *BSK Zivilgesetzbuch II Art. 457-977 ZGB Art. I-6 ZGB* (3. Baskı, Helbing Lichtenhahn 2006) 2269-2270; Bettina Dellion-Schegg, *Sachenrecht, Handkommentar* (4. Baskı, Schulthess 2023) 945-946; İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu görüşü benimseyen kararları da bulunmaktadır. BGE 114 III 19; BGE 104 II 176.

⁴⁴ Schmid (n 43) 2269; Dellion-Schegg (n 43) 946.

⁴⁵ Dellion-Schegg (n 43) 946; Schmid (n 43) 2269-2270.

⁴⁶ Schmid (n 43) 2269; Dellion-Schegg (n 43) 946.

⁴⁷ BGE 128 III 127, Tuor, Schnyder, Schmid ve Rumo-Jungo (n 43) 885.

⁴⁸ BGE 102 III 120.

⁴⁹ Konuya ilişkin olarak İsviçre Federal Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda, kişisel hakkın şerh edilmesinden sonra tescil edilen rehin hakkının, kişisel hakkını kullanılarak taşınmazın mülkiyetini elde eden malik tarafından terkin edilmesinin talep edilebileceği belirtilmektedir. BGE 114 III 19, Tuor, Schnyder, Schmid ve Rumo-Jungo (n 43) 885.

⁵⁰ Tuor, Schnyder, Schmid ve Rumo-Jungo (n 43) 885.

lirtmektedirler. Esasında, kişisel hakkın şerhinin bu etkisi TMK m. 1009/II hükmünde de açık bir şekilde ifade edilmektedir. Bize göre de şerh edilmiş kişisel hak sahibi, şerhe konu taşınmaz üzerinde, kişisel hakkının şerh edilmesinden sonra kendi hakkıyla bağdaşmayan nitelikte hak kazanan kişilere karşı bu hakkını ileri sürebilir.

III. Sınırlı Ayni Haklar ile Şerh Edilmiş Kişisel Haklar Arasında Öncelik İlişkisi

A. Genel Olarak

Kişisel haklar ile sınırlı ayni hakların bir sıra ilişkisine girmesi ve aralarında bir hukuki uyumsuzluk doğması hakların hukuki niteliği bakımından kural olarak mümkün değildir⁵¹. Zira kişisel hakkın tapuya şerh edilmesi, şerhe konu taşınmaz üzerinde malikin tasarruf yetkisini kısıtlamamakta, diğer bir anlatımla şerh, tapu kütüğünü kilitlememektedir⁵². Her ne kadar bu hususta İsviçre Medeni Kanunu'nun 961a maddesinde⁵³ yer alan düzenleme gibi açık bir düzenleme bulunmasa da gerek TMK m. 1009/II, gerekse m. 1010/II hükmü uyarınca Türk hukuku açısından da bu sonuca varmak mümkündür⁵⁴. Kişisel hak şerh edildikten sonra taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak elde eden üçüncü kişiler, bu hakkı şerhle sınırlandırılmış şekilde kazanırlar⁵⁵. Bundan dolayı, şerh edilmiş kişisel hak sahibinin taleplerine ve şerh edilmiş hak nedeniyle ortaya çıkacak olan hukuki sonuçlara da katlanmak zorundadırlar⁵⁶. Bu bakımdan kişisel hakkın şerh edilmesiyle şerhe konu olan kişisel hak aynı taşınmaz üzerinde sonradan edinen sınırlı ayni haklara karşı ileri sürülebilir bir nitelik kazandığı için, şerh edilmiş

⁵¹ Mehmet Ünal, *Sınırlı Ayni Haklar* (Savaş 2021) 41; Erel (n 29) 81.

⁵² Gürsoy Eren ve Cansel (n 15) 298; Sungurbey (n 1) 118; Reisoğlu Eşya (n 29) 208; Akipek ve Akıntürk (n 28) 317; Ayan (n 37) 416; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 198; Sebük (n 38) 55; Heer, taşınmaz üzerinde üçüncü kişi lehine tanınacak olan sınırlı ayni hakların çoğu zaman şerh edilmiş olan kişisel hakka zarar vermeyeceğini ve kişisel hakkın kullanılıp kullanılmayacağını şarta bağlı olması nedeniyle öngörülebilir olmadığı için kişisel hakkın şerhinin tapu sicilini tasarruf işlemine kapatmamasını doğru bulmaktadır. Heer (n 42) 31-32.

⁵³ İMK m. 961a: *"Bir şerh, derecede sonra gelen bir hakkın tescilini engellemez."*

⁵⁴ Ünal (n 51) 41.

⁵⁵ Şahan (n 22) 166-167; Ünal (n 51) 41; Paul Michael Günther, 'Die historische Entwicklung der Vormerkung' (zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechtswissenschaft der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld 1997) 84; Herbert Fridemann, *Macht versehentliche Löschung einer Vormerkung das Grundbuch unrichtig?* (Ruchdruckerei M. Dittert & Co. 1934) 15; Pfeiffer (n 42) 41.

⁵⁶ Ünal (n 51) 41-42.

kişisel haklar ile sınırlı aynı haklar arasında bir bağdaşmazlık ve öncelik sorunu ortaya çıkabilir.

TMK'da şerh edilmiş kişisel haklar ile sınırlı aynı hakların çatışması halinde, bu haklar arasındaki sıra ilişkisini düzenleyen doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır⁵⁷. Bununla birlikte, kişisel hakların şerhini düzenleyen TMK m. 1009/II ve aynı hakların sıralarını düzenleyen TMK m. 1022/I hükümleri uyarınca şerh edilmiş kişisel haklar ile sınırlı aynı haklar arasındaki sıra ilişkisinin de sınırlı aynı hakların tabi olduğu zaman itibarıyla önce kurulan hak sonraki haktan önce gelir ilkesine tabi olduğu, bu haklar arasındaki öncelik sırasının da zamana öncelik ilkesine göre çözüleceği öğretide kabul edilmektedir⁵⁸. Bu ilkeye "*prior tempore potior jure*"⁵⁹, veya "*kıdeme itibar ilkesi*" de denilmektedir⁶⁰. Aynı haklar arasındaki sıra ilişkisini düzenleyen TMK m. 1022/I hükmü uyarınca, aynı haklar tapu kütüğüne yapılacak tescil ile doğar ve sıraları da tescil edildikleri bu tarihe göre belirlenir. Ancak rehin hakkı diğer haklar arasında bir sıra ilişkisi söz konusu olması halinde, sıra düzeni belirlenirken diğer hakların kuruluş tarihi dikkate alınırken taşınmaz rehninin tescil tarihi değil kurulmuş olduğu derecenin kuruluş tarihi esas alınır⁶¹.

B. Şerh Edilmiş Kişisel Hakların Sınırlı Aynı Haklara Karşı İleri Sürülmesinin Şartları

1.Genel Olarak

Kişisel hak tapuya şerh edilmesinden ve etkisini göstermeye başlamasından sonra taşınmaz üzerinde tanınmış olan sınırlı aynı haklar ile bir sıra ilişkisine gir-

⁵⁷ Ünal (n 51) 42; Heer (n 42) 38.

⁵⁸ Sema Karabacak Furuncı, 'Sınırlı Aynı Haklar Arasında Sıra İlişkisi' (2016) 74 (2) İÜHFM 773, 784; İlhan Helvacı, *Türk Medeni Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan İpotek* (Onikilevha 2008) 387; Sirmen (n 37) 518; Ünal (n 51) 42; Nomer ve Ergüne (n 37); Akipek ve Akıntürk (n 28) 28; Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 30) 679; Aday (n 29) 645; İsviçre Hukuku bakımından, Thierry Dubois, *La Modification du Rang des Driots de Gage Immobiliers Ensuite de Convetion de Posposition* (Impriemire Chambloz S.A. 2003) 51; Christina Schmid-Tschirren, '«Prior tempore, potior iure» - Ausführungen zum sachenrechtlichen' (2014) 1 (Festgabe für Professor Dr. iur. Roland Pfäffli zum 65. Geburtstag) Zeitschrift des Verbandes bernischer Notare 316, 316 vd.

⁵⁹ "*Hakkın kazanılmasında zaman bakımından önce gelen, hukuken önceliklidir.*"

⁶⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir (n 1) 894; Akipek ve Akıntürk (n 28) 24; Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 30) 679; Serozan, Eşya (n 37) 71; Schmid-Tschirren (n 58) 318.

⁶¹ Faruk Acar, *Rehin Hukuku Dersleri* (Vedat 2015) 28; Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir (n 1) 895; Akipek ve Akıntürk (n 28) 771; Gürsoy, Eren ve Cansel (n 15) 996; Sirmen (n 37) 603.

mekte ve zaman olarak önce şerh edilmiş olan kişisel haklar sonradan gelen sınırlı aynı haklara karşı öncelikli hale gelmektedir. Bu husus TMK m. 1009/II hükmünde de düzenlenmiş olup hükmün lafzı şu şekildedir: *“Bunlar şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir.”*. Hükme baktığımızda sadece şerh edilmiş olan kişisel hakkın zaman olarak sonradan gelen diğer haklara karşı bir önceliği olduğu ve bundan dolayı da bu hakkın diğer haklara karşı ileri sürülebileceği belirtmektedir. Ancak hükümde kişisel hak sahibinin bu hakkını hangi şartlarda ve ne şekilde ileri sürebileceğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Her ne kadar bu şartlar açık bir şekilde kişisel hakların önceliğini düzenleyen TMK m. 1009/II hükmünde belirtilmemiş olsa da kişisel hak sahibinin hakkını ileri sürebilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Buna göre, ilk olarak şerh edilmiş olan hakka konu borcun doğması için hak sahibinin bu hakkını kullanması ve şerhin munzam etkisinin ortaya çıkmalıdır. İkinci şart, sınırlı aynı hakkın zamansal olarak kişisel hakkın şerh edilmesinden sonra tanınmış olmasıdır. Bu konuda gerçekleşmesi gereken son şart ise sınırlı aynı hakkın, kişisel hak ile bağdaşmayan nitelikte olması ve kişisel hakkın kullanımını engellemesidir.

2. Munzam Etkinin Ortaya Çıkması

Şerh edilmiş kişisel bir hakkın taşınmaz üzerinde sonradan tanınmış olan sınırlı aynı haklara karşı ileri sürülebilmesi için kişisel hakkın konusunu oluşturan borcun doğması gerekmektedir⁶². Şerh edilmiş olsa da kişisel hak sahibinin borcun doğmamış olduğu bir durumda, taşınmaz üzerindeki sınırlı aynı haklara karşı bu hakkını ileri sürebilmesi söz konusu olmaz. Zira borç doğmadığı sürece şerhin munzam etkisinin bir rolü bulunmamaktadır.⁶³ Bu çerçevede, kişisel hakkını şerh ettiren hak sahibi, şerhe konu taşınmaz üzerinde sonradan tanınmış olan sınırlı aynı haklara karşı bu hakkını ancak borç ilişkisi kurulduktan yani borç doğduktan sonra ileri sürebilir.

Uygulama açısından değerlendirdiğimizde, taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dayalı olarak açılan tescil davalarında taşınmaz üzerinde hakkın şerh edilmesinden sonra tanınmış diğer hakların terkininin de aynı dava içerisinde tescil ile birlikte talep edildiği görülmektedir⁶⁴. Bu bağlamda, kişisel hakkını tapu sici-

⁶² Erel (n 29) 82; Sirmen (n 37) 211; Nomer ve Ergüne (n 37) 134; Oğuzman Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 287; Gümüş (n 32) 106; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 205.

⁶³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 286; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 205.

⁶⁴ “Vaad alacaklısı isterse açacağı tescil davasında bu sınırlamaları koyduran şahıs ve kurumları vaad borçlusu ile beraber hasım göstererek sınırlamaların kaldırılmasını da talep edebilir.”

line şerh ettiren alacaklı, taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak elde edenlere karşı hakkını en erken taşınmazın mülkiyetinin kendi adına tescil edilmesine ilişkin talebiyle birlikte ileri sürebilir. Bu hususa ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararda, şerh edilmiş ön alım hakkı sahibinin hakkını kullanarak taşınmazın mülkiyetini kazandıktan sonra taşınmaz üzerinde sonradan tanınmış olan üst hakkının terkinini talep edebileceğini belirtmektedir⁶⁵.

3. Sınırlı Ayni Hakkın Kişisel Hak Tapu Siciline Şerh Edildikten Sonra Tanınmış Olması

Hak sahibinin şerh edilmiş kişisel hakkını sınırlı ayni haklara karşı ileri sürbilmesinin bir diğer şartı da sınırlı ayni hakkın kişisel hak tapu siciline şerh edilmesinden sonra ve şerhin etkisinin devam etmekte olduğu süre içerisinde tanınmış olmasıdır. Şerh edilmiş kişisel haklar ile sınırlı ayni haklar arasındaki sıra ilişkisi, sınırlı ayni hakların tabi olduğu zaman itibarıyla önce kurulan hak sonrakı haktan önce gelir ilkesine tabidir. Şerh edilmiş kişisel haklar ile sınırlı ayni haklar arasındaki öncelik sırası da zamana göre öncelik ilkesine göre çözümlenmelidir. Buna göre, sınırlı ayni haklar arasındaki sıra ilişkisini düzenleyen TMK m. 1022/I hükmü ile bu hükmü esas alan TST m. 23/I hükmü uyarınca göre taşınmaz üzerindeki hakların öncelik sırası tapu siciline yapılan kaydın önceliğine göre belirlenmelidir⁶⁶. TST m. 23/III'te tapu siciline yapılan kaydın saat ve dakikasının da yazılması gerektiği belirtilmektedir. Bu şekilde, aynı gün içinde şerh

Yargıtay 14 HD, 11240/12204, 23.10.2008 <<https://kazanci.com.tr>> Erişim Tarihi 05.02.2025; “Şerhin ikinci etkisi; şerhten sonra taşınmazda hak kazanmış olanlardan, doğmuş borcun ifasında alacaklıya zarar verenlerin haklarının bertaraf edilmesini sağlamasıdır. Buna şerhin munzam etkisi denir. (Oğuzman, K./Seliçi, Ö./Oktay-Özdemir S.: Eşya Hukuku, İstanbul 2014, s.247 vd.)”. Bu bakımdan davacı şirket, davaya dayanak yapılan satış vaadi sözleşmesinden doğan kişisel hakkı temellük ettiğine ve bu hak tapuya şerh edilmek suretiyle hukuken güçlendirildiğine göre, sonradan davalı banka lehine tesis edilen ipoteğin tapu kaydından silinmesini isteyebilir”. Yargıtay 14 HD, 2321/6434, 15.10.1985 <<https://kazanci.com.tr>> Erişim Tarihi 05.02.2025; ayrıca bkz. Yargıtay HGK, 4-12/1005, 02.11.2015 <<https://kazanci.com.tr>> Erişim Tarihi 05.02.2025.

⁶⁵ “Davacı ön alım hakkını etkili bir şekilde kullandıktan sonra, davalı Karl Rigert'in bu hak kapsamında tescil edilen ve menfaatlerine açıkça zarar veren inşaat hakkının iptalini talep etme hakkına sahiptir”. BGE 85 II 488; sonradan gelen alım hakkının terkin edilmesi gerektiğine ilişkin karar için de bkz. BGE 85 II 572; İsviçre Federal Mahkemesi vermiş olduğu başka bir kararında da kişisel hakkın şerh edilmesinden sonra tescil edilen rehin hakkının, kişisel hak sahibi tarafından taşınmazın mülkiyeti elde edildikten sonra terkin edilmesinin talep edilebileceğini belirtmektedir. BGE 114 III 19, Tuor, Schnyder, Schmid ve Rumo-Jungo, (n 43) 885.

⁶⁶ Karabacak Furuncı (n 58) 784; Sirmen (n 37) 518; Ünal (n 51) 42; Nomer ve Ergüne (n 37) 133; Helvacı (n 58) 387; Akipek ve Akıntürk (n 28) 28; Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 30) 679; Aday (n 29) 645; Dubois (n 58) 51; Schmid-Tschirren (n 58) 316 vd.

edilen kişisel hak ile tescil edilen rehin hakkı arasındaki öncelik sırası, hakkın saat ve dakika bakımından kaydedildiği ana göre belirlenir. Böylece aynı gün içerisinde ama saat ve dakika bakımından önce yevmiye defterine kaydedilen hak, aynı gün içerisinde kaydedilen diğer haklar bakımından öncelik hakkı kazanır. Bununla birlikte, ipotek bakımından, ipotek ile taşınmaz üzerindeki diğer haklar arasındaki öncelik ilişkisi tespit edilirken ipotek hakkının tescil edildiği tarih değil ipoteğin tescil edilmiş olduğu derecenin kuruluş tarih, saat ve dakikası esas alınır⁶⁷.

4. Hakkın Sınırlı Aynı Hak ile Bağdaşmaması

Şerh edilmiş kişisel hak ile rehin hakkı arasında bir öncelik sorunu çıkması bu hakların birbirleriyle olan ilişkilerine bağlıdır. Buna göre, şerh edilmiş kişisel hak ile şerhten sonra tanınmış olan bir sınırlı aynı hak arasında öncelik sorunu ancak sonradan tanınmış olan rehin hakkı ile şerh edilmiş kişisel hak birbiriyle bağdaşmadığı takdirde söz konusu olur. Esasında Alman Medeni Kanun'unun kişisel hakların şerhine ilişkin hükmü olan BGB § 883/II'de kişisel hakkın şerh edilmesinden sonra taşınmaz üzerinde yapılan tasarruf işlemlerinin kişisel hakkı engellediği ve bozduğu ölçüde geçersiz olacağı açık bir şekilde ifade edilmektedir⁶⁸. Ancak bu hükmün karşılığı olan İsviçre Hukuku bakımından ZGB m. 959/II ve Türk Hukuku bakımından TMK m. 1009/II'de bu şekilde bir ifadeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte, öğretide kişisel hakkın şerh edilmesinden sonra üçüncü kişilere tanınmış olan sınırlı aynı hakların şerh edilmiş kişisel hakkın kullanımını engellediği ölçüde geçersiz sayılması gerektiği oybirliği ile kabul edilmektedir⁶⁹.

⁶⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir (n 1) 895; Akipek ve Akıntürk (n 28) 771; Gürsoy, Eren ve Cansel (n 15) 996; Acar (n 61) 28; Sirmen (n 37) 603; Selmani Okumuş ve Bahadır Demir, 'Sabit Derece Sisteminde Sözleşmeden Doğan İlerleme Hakkı' (2017) 66 (3) AÜHFD 605, 607.

⁶⁸ Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 204; İsviçre Hukuku bakımından bkz. Pfeiffer (n 42) 68-69; Alman Hukuku bakımından bkz. Günther (n 55) 84.

⁶⁹ Sebük (n 38) 60; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 204; Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir (n 1) 286; Arif Kalkan, *Tapu Sicilinde Yanlış Yazım ve Düzeltme* (Seçkin 2024) 45; Şahan (n 22) 166; Gümüş (n 32) 103; Resioğlu (n 28) 209; Sirmen (n 37); Ünal (n 51) 42; Erel, bu sonuca varırken rehin hakkından sonra kurulan sınırlı aynı haklara ilişkin TMK m. 869/II hükmünün kıyasen buraya uygulanması gerektiğini belirtmektedir, Erel (n 29) 82; aynı yönde Sebük (n 38) 60.

IV. Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinden Doğan Hak ile Sözleşmeden Doğan İpoteğin Durumu

A. Genel Olarak İpotek Kavramı

İpotek, kişisel bir alacağı rehin konusu taşınmazın değerinden elde etme yetkisi veren ve alacağa aynı güvence oluşturan rehin hakkı olarak tanımlanmaktadır⁷⁰. Tanımda da belirtildiği üzere ipoteğin amacı bir alacağı teminat altına almaktır. Bu yönüyle ipotek, alacağa bağlı fer'i hak niteliğindedir⁷¹. İpotek, mevcut olan veya henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin veya ileride doğma ihtimali yüksek olan herhangi bir alacak için kurulabilir (TMK m. 881). Buna göre, koşula bağlı veya koşulsuz, belirli veya belirsiz her türlü alacağın ipotekle teminat altına alınması mümkündür⁷². Bununla birlikte, bir yapma veya yapmama edimi veya para dışında bir verme ediminin de ipotekle teminat altına alınabileceği kabul edilmektedir⁷³. Ancak yapma, yapmama veya verme ediminin karşılığı olarak kurulacak olan ipoteklerde, bir edimin yerine getirilmemesinin karşılığının bedel olarak taraflarca kararlaştırılması ve bu bedelin ipotek miktarı olarak tapuda gösterilmesi gerekir⁷⁴.

B. İpoteğin Kurulması

İpoteğin geçerli olarak kurulması için tapu siciline tescil edilmesi gereklidir. (TMK m. 856). Tescilin geçerli olarak yapılması için geçerli bir kazanma sebebi-ne dayanması ve taşınmaz maliki tarafından tescil isteminde bulunulması gereklidir. Kazanma sebebi kural olarak taraflar arasında yapılacak bir rehin söz-

⁷⁰ Diğer tanımlar için; Akipek ve Akıntürk (n 28) 786; Sirmen (n 37) 631; Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir (n 1) 1094; Helvacı (n 58) 3 vd.; Nomer ve Ergüne (n 37) 202; Selahattin S. Tekinay, *Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar (Eşya Hukuku, II/3)* (Filiz 1993) 106; Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku* (7. Baskı, Yetkin 2017) 518; Ayan (n 37) 219.

⁷¹ Akipek ve Akıntürk (n 28) 775; Sirmen (n 37) 631; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 1094.

⁷² Geciktirici şarta bağlı alacaklar, değişken ve ileride doğma ihtimali yüksek alacaklar için sadece üst sınır ipoteği kurulabilecektir. Bu tür alacaklar için anapara ipoteği şeklinde taşınmaz rehni kurulması mümkün değildir. Akipek ve Akıntürk (n 28) 786; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 1095; Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar* (2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1983) 376-377.

⁷³ Bu şekilde yapma, yapmama ve paradan başka bir şey verilmesi borçlarını teminat altına almak için yapılan ipoteklerin esasında borcun ifa edilmemesi halinde istenecek olan tazminatın karşılanması amacıyla kurulduğu görüşü için bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir (n 1) 1094 dn.254; Helvacı (n 58) 7 vd.

⁷⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir (n 1) 1094.

leşmesidir. Rehin sözleşmesi, taşınmaz maliki ile rehin alacaklısı arasında yapılan ve taşınmaz malikinin alacaklıya karşı taşınmazı üzerine rehin hakkı kurma borcu altına girdiği bir sözleşmedir. Sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi resmi şekilde yapılması gereklidir (TMK m. 856/II). Resmi şekil, TK m. 26/1 hükmü gereği, tapu müdürü veya onun görevlendireceği memur tarafından düzenleme şeklinde hazırlanmış resmi senetle sağlanır. Kazanma sebebin geçerli olması için de kazanma sebebinin geçerli bir borç ilişkisine dayanması gereklidir⁷⁵. Buna göre, anapara ipoteğinde temel ilişkiden doğmuş bulunan bir alacak teminat altına alınmaktadır. Temel borç ilişkisinin geçersiz olmasından dolayı herhangi bir alacak doğmamışsa, bu alacağa dayalı olarak yapılan ipotek tescili alacaklı lehine bir rehin hakkı doğurmaz. İleride doğacak veya ileride doğma ihtimali yüksek olan bir alacak için kurulan üst sınır ipoteğinde ise, borcun doğumuna yol açacak veya doğmasının ihtimal dahilinde olduğunu gösteren bir temel alacak ilişkisinin varlığının ipotek kaydından anlaşılması gerekir. Zira gelecekte doğacak belirsiz bir alacak grubunun ipotek sözleşmesine konu olması TMK m. 23 bağlamında kişilik hakkı ihlali oluşturabilir⁷⁶.

C. Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinden Doğan Hakkın Tapuya Şerh Edilmemesi Halinde İpotek ile Arasındaki Öncelik İlişkisi

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin yapılmasıyla doğan kişisel nitelikteki hakkın kural olarak sınırlı aynı haklarla bir sıra ilişkisine girmesi ve aralarında bir hukuki uyumsuzluk doğması hakların hukuki niteliği bakımından kural olarak mümkün değildir⁷⁷. Bu bakımdan, henüz kişisel hakkı doğuran sözleşme yapılmadan veya sözleşme yapılmakla birlikte sözleşmeden doğan hak tapuya şerh edilmeden önce sözleşmeye konu taşınmaz üzerinde mevcut bulunan ipotek arasında bir sıra ilişkisi doğması söz konusu değildir. Tarih olarak ne kadar önce yapılmış olsa da sözleşmeden doğan kişisel nitelikteki bir hakkın, aynı hak niteliğindeki rehin hakkına karşı ileri sürülmesi mümkün değildir. Bu bağlamda, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan kişisel hakkını tapu siciline şerh ettirmeyen sözleşme lehtarının, sözleşmeye konu taşınmaz üzerinde tescil edilmiş olan rehin hakkına karşı bu hakkını ileri sürmesi mümkün değildir. An-

⁷⁵ Helvacı (n 58); Köprülü ve Kaneti (n 72) 377; Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir (n 1) 1095; Akipek ve Akıntürk (n 28) 787; Sirmen (n 37) 632; Barış Özçelik, 'İpoteğin Alacağa Bağlılığı' (2017) 33 (4) BATİDER 157, 159; Nomer ve Ergüne (n 37) 203.

⁷⁶ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir (n 1) 1096; Özçelik (n 75) 165; Tekinay (n 70) 107.

⁷⁷ Erel (n 29) 81.

cak sözleşme lehtarı isterse taşınmazın mülkiyetini rehin hakkıyla kısıtlanmış şekilde kazanabilir⁷⁸.

D. Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinden Doğan Hakkın Tapuya Şerh Edilmiş Olması Halinde İpotek ile Arasındaki Öncelik İlişkisi

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkın tapuya şerh edilmesinden sonra sözleşmeye konu taşınmaz üzerinde bir ipotek derecesi ve buna bağlı bir ipotek kurulması mümkündür. İpotek, kişisel bir alacağı rehin konusu taşınmazın değerinden elde etme yetkisi veren ve alacağa aynı güvence oluşturan taşınmaz rehni türüdür. İpotek sahibi teminat altına alınan alacağının ödenmemesi halinde, ipoteye konu taşınmazı yetkili icra organlarınca paraya çevirtmek suretiyle alacağını öncelikli olarak elde etme yetkisine sahiptir⁷⁹. İpotegın hak sahibine vermiş olduğu bu yetki, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkını kullanarak taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkını elde eden eski vaat alacaklısı yeni malikin mülkiyet hakkıyla bağdaşmayan, mülkiyet hakkını kısıtlayıcı niteliktedir. Yeni malik, tarafı olmadığı bir borç ilişkisinden kaynaklanan alacağın ödenmemesi nedeniyle taşınmazın satılması ve mülkiyetini kaybetme riskiyle karşı karşıya kalmaktadır. Bu yönüyle ipotek ile mülkiyet hakkının bağdaşmadığı açık şekilde ortadadır. Daha önce de belirttiğimiz üzere, ipotek hakkı ile diğer hakların sıra düzeni belirlenirken diğer hakların kuruluş tarihi dikkate alınırken taşınmaz rehninin tescil tarihi değil kurulmuş olduğu derecenin kuruluş tarihi esas alınır⁸⁰. Bundan dolayı, ipotegın bağılı olarak kurulduğu derecenin tescil edildiği tarihten önce kişisel hakkını şerh ettiren hak sahibi, bu hakkını ileri sürerek taşınmazın mülkiyetini elde ettikten sonra ipotegın terkin edilmesini talep edebilir⁸¹.

⁷⁸ Yargıtay 14 HD, 14622/2813, 28.02.2012; Yargıtay 14 HD, 1873/1165, 23.02.2021; Yargıtay 14 HD, 1816 /1176, 23.02.2021 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>> Erişim Tarihi 25 Şubat 2025.

⁷⁹ Ayan (n 37) 219; Akipek ve Akıntürk (n 28) 786; Sirmen (n 37) 631; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 1094; Helvacı (n 58) 3 vd.; Nomer ve Ergüne (n 37) 202; Tekinay (n 70) 106; Esener ve Güven (n 70) 518.

⁸⁰ IV. 3. Sınırlı Ayni Hakkın Kişisel Hak Tapu Siciline Şerh Edildikten Sonra Tanınmış Olması

⁸¹ Özel olarak rehin hakları bakımından, Helvacı (n 58) 388; Acar (n 61) 36; Gizem Özkan Şahin, *Hukuki İşlemden Doğan Taşınmaz Rehni (İpotek Sözleşmesi)* (Seçkin 2024) 370; genel olarak sınırlı ayni haklar bakımından Şahan (n 22) 166; Erel (n 29) 83; Sungurbey (n 1) 122; Aday (n 29) 631; öğretide bir görüş şerhten sonra tescil edilen rehin hakkının terkin edilmesini kabul etmekle birlikte, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden sonra tanınmış olan rehin hakkının irtifak hakları ve taşınmaz yüküyle bir tutulamayacağını belirterek rehin hakkının yük oluşturmadığını aksine taşınmaz satış vaadi alacaklısına kolaylık sağladığını belirtmektedir. Şöyle ki,

V. Kanundan Doğan Tescile Tabi Olmayan İpotek Hakları Karşısında Şerh Edilmiş Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinden Doğan Hakkın Durumu

A. Tescile Tabi Olmayan Kanuni İpotekler

Tescile tabi olmayan kanuni ipotek hakları Türk Medeni Kanunu'nda üç farklı durum için düzenlenmiş olup bu ipotekler kanundan dolayı sicil dışı, tescille gerek olmadan doğarlar. Bu ipotekler istenirse tapuya tescil edilebilir ancak yapılacak bu tescil açıklayıcı nitelikte bir tescil olur⁸². Tescile tabi olmayan kanuni ipotekler Türk Medeni Kanunu'nda üç ayrı hükümde düzenlenmiştir. Bunlardan ilki TMK m. 865/III'te yer alan düzenlemedir. İpotekli taşınmazın malikinin taşınmazın değerinin düşmesini önleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak taşınmaz maliki bu hükme aykırı şekilde taşınmazın değerinin düşmesine kusuruyla neden oluyorsa, rehin alacaklısı önce hâkimden bu davranışların yasaklanmasını talep edebilir (TMK m. 865/I). Alacaklı, taşınmazın değerini düşüren hususları ortadan kaldırmak için gereken önlemleri almak üzere hâkim tarafından yetki talep edebileceği gibi gecikmesinde tehlike bulunan hâllerde, hâkimden yetki talep etmeden gerekli önlemleri kendiliğinden alabilir (TMK m. 865/II). Rehin alacaklısının bu tedbirleri almak için yapmış olduğu masraflara yönelik olarak diğer tüm aynı haklardan ve şerhlerden öncelikli bir tescile tabi olmayan kanuni ipotek hakkı vardır (TMK m. 865/III)⁸³.

Taşınmazın değeri malikin kusuru olmadan da azalabilir. Örneğin, yetkili kamu otoritesinin aldığı karar veya doğal afet nedeniyle taşınmazın uğradığı zarar nedeniyle taşınmazın değeri azalabilir⁸⁴. Değer azalmasının ortaya çıkmasında malikin kusurunun olmadığı durumlarda rehin alacaklısı değer azalmalarına karşı kendiliğinden önlem alabilir. Rehin alacaklısına bu durumda yapmış

satış vaadi sözleşmesi alacaklısı hakkını kullandıktan sonra satış bedelini peşin ödemek yerine taşınmazı üzerindeki rehin hakkıyla birlikte kabul ederek peşin olarak ödemesi gereken satış bedelini, rehin bedelinden mahsup ederek yapması gereken ödemeyi rehin bedelinin vadesine kadar uzatarak kendisine bir ödeme kolaylığı yaratabilir. Ancak rehin hakkı bedelinin sözleşmede kararlaştırılan satış bedelini aşması halinde satış bedelini aşan kısmının terkin edilmesini talep edebileceğini belirtmektedir. Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 207; Sebük (n 38) 67.

⁸² Nomer ve Ergüne (n 37) 204; Helvacı (n 58) 403; Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir (n 1) 1110; Sirmen (n 37) 641.

⁸³ Açıklamalar için bkz. Mehmet Egehan Coşkun ve Rabia Kayaaltı, 'Kanundan Doğan İpotek Hakları' in Saibe Oktay- Özdemir ve Batuhan Akkuş (eds), *İpotekle İlgili Makaleler* (Filiz 2021) 255, 261; Özge Yenice Ceylan, 'Türk Medeni Kanunu'na Göre Tescile Tabi Olmayan İpotekler' (2018) 26 (3) SÜHFD 241, 246.

⁸⁴ Coşkun ve Kayaaltı (n 83) 262; Yenice Ceylan (n 83) 254; Helvacı (n 58) 244.

olduğu masraflar için, TMK m. 865/III hükmüyle benzer şekilde, tescile tabi olmayan taşınmaz üzerindeki diğer tüm ayni haklardan ve şerhlerden öncelikli bir kanuni ipotek hakkı tanınmıştır (TMK m. 867/II). Bu durumda, TMK m. 865/III hükmünden farklı olarak gecikmesinde sakınca bulunan bir durumun varlığı veya mahkemeden izin alınması zorunluluğu bulunmamaktadır⁸⁵. Ayrıca bu durumda malik, rehin alacaklısının yapacağı masraflardan doğan alacağından dolayı tüm malvarlığı ile değil rehin konusunun paraya çevrilmesi sonucunda elde edilecek miktarla sınırlı olarak sorumlu olup hüküm bu yönüyle de TMK m. 865/III'ten farklıdır⁸⁶.

Tescile tabi olmayan kanuni ipoteklerden sonuncusu ise TMK m. 876'da düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca, rehin alacaklısı, rehinli taşınmazın korunmasına yönelik olarak zorunlu masraf yapmışsa veya taşınmazın sigortalanması için gereken sigorta primlerini ödemişse, yapmış olduğu bu masraflardan doğan alacakları için tescile gerek olmaksızın, asıl alacağı güvence altına alan rehin ile aynı sırada bir ipotek hakkı vardır⁸⁷.

B. Tescile Tabi Olmayan Kanuni İpotekler ile Şerh Edilmiş Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi Arasındaki İlişkisi

Rehin konusu taşınmazın değerini koruma amacıyla düzenlenmiş olan tescile tabi olmayan kanuni ipotekler Türk Medeni Kanunu'nda üç ayrı hükümde düzenlenmiştir. TMK m. 865/III'te rehne konu taşınmazın malikinin, rehinli taşınmazın değerini düşüren davranışlarını engellemek amacıyla rehin alacaklısı tarafından alınan tedbirlere ilişkin masraflara yönelik olarak, rehin alacaklısına, diğer tüm ayni haklardan ve şerhlerden öncelikli bir tescile tabi olmayan kanuni ipotek hakkı tanınmıştır⁸⁸. TMK m. 867/II'de de rehne konu taşınmazda malikin kusuru olmadan ortaya çıkan değer azalmasına karşı rehin alacaklısının aldığı önlemlere ilişkin olarak yapmış olduğu masraflar için diğer tüm ayni haklardan ve şerhlerden öncelikli bir tescile tabi olmayan kanuni ipotek hakkı tanınmıştır. Bu iki hükümde de kanuni ipoteğin tescile tabi olmadığı ve diğer bütün haklardan öncelikli olduğu açık bir şekilde kanunda belirtilmiştir. Belirtmek gerekir ki, bu tür tescile tabi olmayan kanuni ipoteğin söz konusu olması için taşınmaz üzerinde hali hazırda bir rehin hakkı bulunması gerekmektedir. İlgili kanun hü-

⁸⁵ Yenice Ceylan (n 83) 257; Coşkun ve Kayaaltı (n 83) 262.

⁸⁶ Coşkun ve Kayaaltı (n 83) 262.

⁸⁷ Sirmen (n 37) 641; Coşkun ve Kayaaltı (n 83) 263.

⁸⁸ Coşkun ve Kayaaltı (n 83) 261; Yenice Ceylan (n 83) 246.

kümlelerinde yer alan şartların gerçekleşmesi halinde ortaya çıkan kanuni ipotek hakkı, ipotek alacaklısının halihazırda tescil edilmiş olan hakkından ve taşınmaz üzerinde tescil edilmiş bulunan diğer yüklerden de öncelikli hale gelmektedir. Buna göre, satış vaadi ilişkisi doğuran hakkın şerh edilmiş olduğu bir taşınmaz üzerine sonradan tanınmış olan bir ipotek hakkından doğan kanuni ipotek hakkı, şerh edilmiş kişisel haktan da öncelikli olur. Kişisel hak sahibi kendinden sonra gelen rehin hakkına karşı bu hakkını ileri sürebilir ancak bu ipoteğe bağlı olarak TMK m. 865/III veya TMK m. 867/II gereği ortaya çıkan tescile tabi olmayan kanuni ipoteklere karşı şerh edilmiş olan kişisel hakkını kanuni düzenleme gereği ileri süremez. Şerh edilmiş hak sahibi eşyaya bağlı borç niteliğinde olan bu kanuni ipoteklere katlanmak zorundadır. Ancak, hali hazırdaki ipotek, satış vaadi sözleşmesinin şerhinden sonra tesis edilmişse, buna bağlı olarak TMK m. 865/III veya TMK m. 867/II hükümleri gereği mevcut ipotek kapsamına dahil olan tescile tabi olmayan ipoteklere karşı da şerh edilmiş satış vaadi hakkı ileri sürülebilir.

TMK m. 876'da düzenlenen tescile tabi olmayan kanuni ipotekte rehin alacaklısı, rehinli taşınmazın korunması için gereken zorunlu masrafları karşılamışsa veya taşınmazın sigortalanması için gereken sigorta primlerini ödemişse, yapmış olduğu bu masraflardan doğan alacakları için tescile gerek olmaksızın, asıl alacağı güvence altına alan rehin ile aynı sırada bir ipotek hakkı vardır⁸⁹. Ancak hükümde de belirtildiği üzere söz konusu tescile tabi olmayan kanuni ipotek, diğer iki tescile kanuni ipotekten farklı olarak doğmasına sebep olan rehin hakkıyla aynı sırayı paylaşmaktadır. Kanun koyucu bu kanuni ipoteğe özel bir öncelik hakkı tanımamıştır. Bu bakımdan, satış vaadi ilişkisi doğuran hakkın şerh edilmesinden sonra taşınmaz üzerinde tanınmış olan ipotek hakkına bağlı olarak, TMK m. 876 hükmünde yer alan şartların gerçekleşmesinde dolayı ortaya çıkan kanuni ipotek hakkı, bağlı olduğu rehin hakkıyla aynı sırada kabul edildiği için hakkını şerh ettirmiş olan kişisel hak sahibi kendinden sonra taşınmaz üzerinde tanınmış rehin hakkına bağlı olarak ortaya çıkan bu kanuni ipoteğe karşı da şerh edilmiş kişisel hakkını bu kanuni ipoteğe karşı da ileri sürebilir.

⁸⁹ Sirmen (n 37) 641; Coşkun ve Kayaaltı (n 83) 263.

VI. Kanundan Doğan Tescile Tabi İpotek Hakları Karşısında Şerh Edilmiş Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinden Doğan Hakkın Durumu

A. Tescile Tabi Kanuni İpotekler

Tescile tabi kanuni ipotekler, Türk Medeni Kanunu başta olmak üzere Türk Borçlar Kanunu ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nda⁹⁰ düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu'nda kanuni ipotek hakları birkaç bölümde düzenlenmiştir. Taşınmaz rehni bölümünde özel olarak düzenlenmiş olan bu kanuni ipotek hakları şunlardır: TMK m. 893/I'de taşınmazını satan kişiye kanuni ipotek hakkı tanınmıştır. Buna göre, taşınmazını satan kişi, resmi senette belirtilmiş olan satış bedelinin ödenmemesi halinde, bu alacağını teminat altına almak için mülkiyetini alıcıya devretmiş olduğu taşınmaz üzerinde ipotek hakkı kurma hakkı tanınmıştır. TMK m. 893/II hükmünde ise, elbirliği ortaklığa giren taşınmazın/taşınmazların paylaşımından doğan alacakların teminat altına alınması için, payını devreden elbirliği malike kanuni ipotek hakkı tanınmıştır. TMK m. 893/III'te son olarak, taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden emek sarf ettikleri için malzeme ve emek karşılığı olarak malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici veya zanaatkârlara da kanuni ipotek hakkı tanınmaktadır. Öğretide bu ipoteğe, yapı ipoteği, yapı alacaklısı ipoteği veya inşaatçı ipoteği adı verilmektedir⁹¹.

Üst hakkı bakımından hem taşınmazında üst hakkı tanıyan malike hem de üst hakkı sahibine ayrı ayrı kanuni ipotek kurma hakkı tanınmıştır. Üst hakkı sahibi için öngörülen kanuni ipotek hakkı, TMK m. 829/II'de düzenlenmiştir. Buna göre, üst hakkının sona ermesinden sonra kalan yapı için taşınmaz malikinin, üst hakkı sahibine bir bedel ödemesi kararlaştırılabilir. Kararlaştırılan bedelin malik tarafından ödenmemesi veya güvence altına alınmaması halinde, üst hakkı sahibi veya bu hak kendisine rehnedilmiş olan alacaklı, bedel alacağına güvence olmak üzere, terkin edilen üst hakkı yerine aynı derecede ve sırada bir ipoteğin tescilini isteyebilir (TMK m. 829/II). Taşınmazı üzerinde üst hakkı tanıyan malik lehine düzenlenmiş kanuni ipotek hakkı ise TMK m. 834'te yer almaktadır⁹². Hüküm uyarınca üst hakkı kurulurken, üst hakkı için üst hakkı sahibi

⁹⁰ Kat Mülkiyeti Kanunu, Kanun Numarası: 634 Kabul Tarihi:23/06/1965, RG 02/07/1965/12038.

⁹¹ Sirmen (n 37) 641; Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir (n 1) 1112; Nomer ve Ergüne (n 37) 211; Alper Uyumaz, 'Yapı (İnşaatçı) İpoteği' (2008) 8 (1-2) EBYÜHFD 225, 232.

⁹² Arif Barış Özbilen, 'Üst Hakkı İradı ve Bu İradın Ödenmesine İlişkin Alacağın Güvencesi Olarak Kanuni İpotek Hakkı' (2016) 26 (126) TBB 280 vd.

tarafından ödenmesi kararlaştırılan bedelin irat şeklinde ödenmesi kararlaştırılmış olması halinde, arazi malikine, tapuya kayıtlı taşınmaz niteliğindeki üst hakkı üzerinde irat alacağının en fazla üç yıllık bedeli ile sınırlı olmak üzere tescile tabi bir kanuni ipotek kurma yetkisi verilmiştir. İlgili hükümde de belirtildiği üzere, bu kanuni ipoteğin kurulabilmesi için, üst hakkının ayrı bir tapu kütüğü sayfasına taşınmaz olarak kaydedilmiş gereklidir⁹³. Üst hakkından doğan irat alacağının güvencesi olan kanuni ipoteğin tescil edilmesi için taşınmaz malikine doğrudan tescil talep etme yetkisi tanınmamış olup taşınmaz malikine bu hususta üst hakkı sahibine yöneltebileceği bir talep hakkı tanınmıştır (TMK m. 834/I).

Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan tescile tabi kanuni ipotek hakkı ölünceye kadar bakma sözleşmesinde düzenlenmiştir. TBK m. 613'te yer alan düzenleme uyarınca, bakım borçlusuna bir taşınmazını devretmiş olan bakım alacaklısı, haklarını güvence altına almak üzere, bu taşınmaz üzerinde satıcı gibi yasal ipotek hakkına sahiptir. Konulacak olan ipoteğin miktarı da bakım alacağının belirlenmiş olan sermaye değeri kadardır⁹⁴.

Bunların yanında bir kanuni ipotek hakkı da Kat Mülkiyeti Kanunu'nda tanınmıştır. KMK m. 22/II hükmü uyarınca mahkeme tarafından tespit edilmiş olan ortak gider payını ödemeyen kat malikinin bağımsız bölümü üzerinde, yönetici varsa yöneticinin, yönetici olmaması halinde ise kat maliklerinden birinin tapu siciline yapacağı yazılı başvuru ile mahkeme tarafından tespit edilmiş olan borç miktarı için, diğer kat malikleri lehine kanuni ipotek hakkı tesis edilir.

B. Tescile Tabi Kanuni İpotekler ile Şerh Edilmiş Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi Arasındaki İlişkisi

1. Genel Olarak

Tescile tabi kanuni ipotekler kanunda öngörülmüş olan şartların gerçekleşmesi halinde, kural olarak, hak sahibinin kanuni ipotek tescil talebine istinaden yapılır⁹⁵. Buna göre, taşınmazını satan eski malik (TMK m. 893/I), elbirliği

⁹³ Üst hakkının tapu kütüğünün ayrı olarak (bağımsız) bir sayfasına taşınmaz olarak kaydedilebilmesi için bu hakkın bağımsız ve sürekli nitelikte olması gerekmektedir (TMK m. 826/III). Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. Özbilen, İrat İpoteği (n 92) 290 vd.

⁹⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir (n 1) 1112.

⁹⁵ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir (n 1) 1116; Gürsoy, Eren ve Cansel (n 15) 1050; Sirmen (n 37) 593.

mülkiyete konu taşınmazdaki payını devreden elbirliği malik (TMK m. 893/II), yapı alacaklısı (TMK m. 893/III), ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısı (TBK m. 613), KMK m. 22/II uyarınca kat maliki lehine kanuni ipotek, belirtmiş olduğumuz hak sahipleri tarafından yapılan tescil talebine istinaden tapu siciline yapılan tescil ile kurulur. Bu kanuni ipoteklerin sırası da kural olarak, tapu siciline yapılan tescil tarihine göre belirlenir (TMK m. 1022/I). Bu bakımdan, satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkın şerh edildiği taşınmazda, hakkın şerh edilmesinden sonra kanuni ipotek kurulmasını gerektiren bir durumun ortaya çıkması ve buna bağlı olarak da taşınmaz üzerinde bir kanuni ipotek kurulması mümkündür. Bu durumda, taşınmaz üzerinde tescil edilen ipotek, kanuni ipotek niteliğinde olsa da kural olarak, satış ilişkisi doğuran sözleşmeden doğan hakkını şerh ettirmiş olan hak sahibi, bu hakkını kanuni ipotek hakkı sahiplerine karşı ileri sürebilir.

2. Yapı Alacaklısı İpoteği Bakımından

Yapı alacaklısının sırası bakımından kanunda bir istisna getirilmiş olup ilgili düzenleme şu şekildedir. TMK m. 897/I hükmüne göre; *“Satış bedeli zanaat-kârlar ve yüklenicilerin alacaklarının tamamını karşılamadığı takdirde kalan kısım, ipotek hakkı elde eden önceki sıradaki alacaklıların payına düşen satış bedelinden arsa değeri çıkarıldıktan sonra artan para ile karşılanır”*. Hükümde de belirtildiği üzere, taşınmaz üzerine yapılan yapının ortaya çıkarmış olduğu değer artışının öncelikle yapı alacaklılarının alacaklarının karşılanması için kullanılması amaçlanmaktadır. Bu hükümle yapı alacaklıları, diğer ipotek alacaklılarına özellikle malik tarafından yapı alacaklılarının haklarını etkisiz hale getirmek amacıyla kurulan ipotekli alacaklara karşı korunmaktadır. Görüleceği üzere, yapı alacaklısına tanınan kanuni ipoteğe tanınmış olan bu öncelik hakkı, taşınmaz rehninin paraya çevrilmesi halinde, diğer rehin alacaklılarına karşı tanınmış bir öncelik hakkı olup şerh edilmiş kişisel haklara karşı bir öncelik hakkı tanımamaktadır.

3. Üst Hakkı Sahibine Tanınan Kanuni İpotek Bakımından

TMK m. 829/II’de düzenlenen kanuni ipotek bakımından üst hakkı sahibine özel bir sıra önceliği tanınmıştır. İlgili hüküm uyarınca, üst hakkının sona ermesinden sonra kalan yapı için taşınmaz malikinin, üst hakkı sahibine bir bedel ödemesi kararlaştırılması halinde, kararlaştırılan bedelin malik tarafından ödenmemiş veya alacak güvence altına alınmamışsa üst hakkı sahibi veya bu hak kendisine rehnedilmiş olan üst hakkı sahibi alacaklı, bedel alacağına güven-

ce olmak üzere, terkin edilen üst hakkı yerine aynı derecede ve sırada bir ipoteğin tescilini isteyebilir. Üst hakkına konu taşınmaz üzerinde üst hakkı sahibinin talebiyle konulacak kanuni ipoteğin sırası, tescil tarihine göre değil bağlı olarak kurulduğu üst hakkının kurulduğu tarihe göre belirlenmektedir. Buna göre, satış ilişkisi doğuran sözleşmeden doğan hakkın şerh edilmiş olduğu bir taşınmazda hakkın şerh edilmesinden sonra bir üst hakkı tanınması halinde, şerh edilmiş hak sahibi hakkını bu üst hakkı sahibine ileri sürebileceği gibi hakka bağlı olarak taşınmaz üzerinde tescil edilen kanuni ipotek hakkına karşı da ileri sürebilir. Zira kanunda da belirtildiği üzere kanuni ipoteğin sırası, bağlı olduğu üst hakkının tescil edildiği tarihtir. Diğer ihtimalde, üst hakkı kurulduktan sonra taşınmaz üzerinde satış ilişkisi doğuran sözleşmeden doğan hakkın şerh edilmesi mümkündür. Taşınmaz üzerinde taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkın şerhinin etkisi devam ederken üst hakkının sonra ermişse ve kalan yapı için taşınmaz malikinin ödeme yapmaması halinde üst hakkı sahibinin taşınmaz üzerinde tescil ettirme hakkına sahip olduğu kanuni ipotek sırasını üst hakkının tescil tarihine göre alır. Üst hakkı, kişisel hakkın şerh edilmesinden önce kurulduğu için kişisel hak sahibinin üst hakkı sahibine ve üst hakkına bağlı olarak kurulan kanuni ipoteğe karşı kişisel hakkını ileri sürmesi mümkün değildir.

4. Üst Hakkından Doğan İrat Alacağına Tanınan Kanuni İpotek Bakımından

Üst hakkından doğan irat alacağının güvencesi olan kanuni ipoteğin tescil edilmesi için taşınmaz malikine doğrudan tescil talep etme yetkisi tanınmamış olup taşınmaz malikine bu hususta üst hakkı sahibine yöneltebileceği bir talep hakkı tanınmıştır (TMK m. 834/1). Üst hakkı sahibinin tescil talebinde bulunmaktan haksız olarak kaçınması hâlinde ise, yüklü taşınmaz maliki, üst hakkı üzerinde kanunî ipoteğin kurulmasını dava yoluyla sağlayabilir. Mahkeme tarafından kanuni ipotek tesciline ilişkin karar kurucu nitelikte olmadığından kanuni ipotek mahkeme tarafından verilen karara istinaden yapılacak tescil anında kurulmuş sayılır. Bundan dolayı, üst hakkından doğan irat alacağının güvencesi olan kanuni ipotek, ister üst hakkı malikinin yapacağı tescil talebine, isterse de mahkeme tarafından verilen tescil kararına istinaden kurulmuş olsun bu kanuni ipoteğin sırası tescil tarihine göre belirlenir. Buna göre, ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak tescil edilmiş olan üst hakkı üzerine taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hak şerh edildikten sonra, üst hakkından doğan irat alacağının güvencesi olarak kanuni ipotek tescil edilmesi halinde, kişisel hak sahibi bu hakkını ileri sürerek bu kanuni ipoteğin terkin edilmesini talep edebilir.

5. Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinde Düzenlenen Kanuni İpotek Bakımından

TBK m. 613'te yer alan düzenleme uyarınca, bakım borçlusuna bir taşınmazını devretmiş olan bakım alacaklısı, haklarını güvence altına almak üzere, bu taşınmaz üzerinde satıcı gibi kanuni ipotek hakkına sahiptir. Konulacak olan ipoteğin miktarı da bakım alacağının belirlenmiş olan sermaye değeri kadardır⁹⁶. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinden doğan kanuni ipotek, bakım alacaklısı tarafından yapılan tescil talebine istinaden tapu siciline yapılan tescil ile kurulur. Bu kanuni ipoteğin sırası tapu siciline yapılan tescil tarihine göre belirlenir (TMK m. 1022/I). Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkın şerh edildiği bir taşınmazda, hakkın şerh edilmesinden sonra ölünceye kadar bakma sözleşmesinden kaynaklanan bir kanuni ipotek kurulması mümkündür. Bu durumda, taşınmaz üzerinde tescil edilen ipotek, kanuni ipotek niteliğinde olsa da ipoteğin tescilinden önce hakkını şerh ettirmiş olan hak sahibi, bu hakkını kanuni ipotek hakkı sahibine karşı ileri sürebilir.

6. Kat Mülkiyeti Kanununda Düzenlenen Kanuni İpotek Bakımından

KMK m. 22/II hükmü uyarınca mahkeme tarafından tespit edilmiş olan ortak gider payını ödemeyen kat malikinin bağımsız bölümü üzerinde, yönetici varsa yöneticinin, yönetici olmaması halinde ise kat maliklerinden birinin tapu siciline yapacağı yazılı başvuru ile mahkeme tarafından tespit edilmiş olan borç miktarı için, diğer kat malikleri lehine kanuni ipotek hakkı tesis edilir. Bu kanuni ipotek de kat maliki tarafından yapılacak tescil talebine istinaden tapu siciline yapılan tescil ile kurulur. Bu kanuni ipoteğin sırası da tapu siciline yapılan tescil tarihine göre belirlenir (TMK m. 1022/I). Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkın şerh edildiği bağımsız bölüm niteliğindeki taşınmazda, hakkın şerh edilmesinden sonra KMK'dan kaynaklanan bir kanuni ipotek kurulması mümkündür. Bu durumda, taşınmaz üzerinde tescil edilen ipotek, kanuni ipotek niteliğinde olsa da ipoteğin tescilinden önce hakkını şerh ettirmiş olan hak sahibi, bu hakkını kanuni ipotek hakkı sahibine karşı ileri sürebilir.

⁹⁶ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir (n 1) 1112; TMK m. 894 uyarınca, bakım alacaklısı, tek başına yapacağı başvuru ile ölünceye kadar bakma sözleşmesinde kararlaştırılmış olan bedel üzerinden kanuni ipoteği tapuya tescil ettirebilir. Bununla birlikte, sözleşmedeki bedelin üzerindeki bir bedel ile kanuni ipotek kurulabilmesi için, bakım alacaklısı ve bakım borçlusu malikin birlikte tapu müdürlüğüne başvurması gerekmektedir. Gürsel Öcal Dörtgöz, *Tapu İşlemleri* (Dorlion 2023) 204.

VII. İpotek Kurulduktan Sonra Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerh Edilmesi Halinde Öncelik Sırası

İpotek kurulduktan sonra ipotek alacaklısının rızası olmadan taşınmaz üzerinde şerh edilen şahsi hakların akıbetine ilişkin olarak Türk Medeni Kanunu'nda doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide, rehin hakkından sonra kurulan irtifak hakları ve taşınmaz yüklerinin akıbetini düzenleyen TMK m. 869/II ve İİK m. 132/I'nı kıyasen burada da uygulanması gerektiği öğretide ittifakla kabul edilmektedir⁹⁷. Hüküm uyarınca, taşınmaz üzerinde bir rehin hakkı bulunurken, rehni alacaklısının izni olmadan taşınmaz üzerinde taşınmaz satış ilişkisi doğuran kişisel bir hak şerh edilmesi halinde, rehin hakkı bu haklardan önceliklidir. Rehin hakkından sonra gelen ve rehlin paraya çevrilirken rehin alacaklısına zarar veren bu kişisel haklar terkin edilir. Görüldüğü üzere, rehin hakkı sahibinin sonradan gelen kişisel hakların terkinini talep edebilmesi için bu hakkın kendisine zarar vermesi gerekmektedir⁹⁸. Burada rehin hakkı sahibine doğrudan bir terkin yetkisi tanınmamış olup söz konusu terkin hakkı, rehin konusu taşınmazın paraya çevrilmesi söz konusu olması halinde doğmaktadır⁹⁹. Bu durumda, rehin alacaklısı İİK m. 132/I hükmü uyarınca taşınmazın önce kişisel haklarla kayıtlanmış olarak satılmasını talep eder. Eğer bu satış sonucunda elde edilen bedel alacağını karşılamazsa, bu sefer sonradan gelen haklar terkin edilmiş bir şekilde tekrar satışa çıkarılmasını talep eder¹⁰⁰. İki aşamada gerçekleşen bu satış prosedürü öğretide "çifte ilan ilkesi" olarak nitelendirilmektedir¹⁰¹. Haklar terkin edilmiş olarak yapılan satıştan elde edilen satış bedeli alacaklının alacağından fazla çıkması halinde haktan ari olarak satılıp da

⁹⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir (n 1) 895, dn. 38; Helvacı (n 58) 392; Ünal (n 51) 43; Erel (n 29) 85; Sungurbey (n 2) 130-131; Sebük (n 38) 69; Akipek ve Akıntürk (n 28) 631; Kocayusufoğlu (n 1) 207; Özkan Şahin (n 81) 370; Acar (n 61) 36; İsviçre Hukuku bakımından, İsviçre Federal Mahkemesi, ipotek tescil edildikten sonra ipotek alacaklısının rızası olmadan taşınmaz üzerinde önalım hakkının şerh edilmesi olayında TMK m. 869/III -İMK m. 812/II'nin kıyasen uygulanması gerektiğini belirtmiştir. BGE III 140; aynı yöndeki başka bir kararında da TMK m. 869/III-İMK m. 812/II'nin rehin hakkından sonra kurulan aynı hakları düzenlediğini, rehin hakkından sonra şerh edilen şahsi haklar hususundaki kanun boşluğunun TMK m. 869/III-İMK m. 812/II ve İcra İflas Hukuku kurallarıyla doldurulması gerektiğini kabul etmiştir. BGE 124 III 37; ayrıca bkz. Heer (n 42) 38; Schmid-Tschirren (n 58) 320 vd.

⁹⁸ Erel (n 29) 85; Özkan Şahin (n 81) 355; Ünal (n 51) 43; Helvacı (n 58) 391.

⁹⁹ Özkan Şahin (n 81) 355; Helvacı (n 58) 391; Acar (n 61) 29.

¹⁰⁰ Helvacı (n 58) 391; Acar (n 61) 29; Schmid-Tschirren (n 58) 321.

¹⁰¹ Acar (n 61) 29; Schmid ve Hürlimann-Kaup (n 43) 284; Tuor, Schnyder, Schmid ve Rumo-Jungo (n 43) 1029; Schmid-Tschirren (n 58) 320.

bedeli alacaklının alacağından fazla çıkarsa kalan miktar, hakları terkin edilen hak sahiplerine öncelik sırasına göre ödenmesi gerekmektedir (İİK m. 132/II)¹⁰².

VIII. Kişisel Hakkın İleri Sürülmesi

Şerh edilmiş kişisel hakkın önceliğini düzenleyen TMK m. 1009/II hükmünde kişisel hakkın taşınmaz üzerinde sonradan hak kazananlara karşı ileri sürülebileceği belirtilmektedir. Ancak hükümde yer alan “ileri sürme” kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Buna göre, şerh edilmiş olan kişisel hakkın kullanılmasıyla şerhten sonra taşınmaz üzerine tescil edilen sınırlı ayni haklar kişisel hakla bağdaşmadığı ölçüde kendiliğinden hükümsüz hale gelir¹⁰³. Zira kişisel hakkın kullanılmasıyla, sınırlı ayni haklar maddi hukuk bakımından sona erdikleri halde, şekli hukuk bakımından varlıklarını tapu sicili üzerinde devam ettirmektedirler¹⁰⁴. Şerh edilmiş kişisel hakkın kullanılmasıyla hükümsüz hale gelen ipoteğin hakkın sahibi tapu müdürlüğüne bizzat talepte bulunarak ipoteğin terkin edilmesini talep edebilir¹⁰⁵. İpotek hakkı sahibi, hakkın terkin edilmesi için tapu müdürlüğüne talepte bulunmaktan kaçınırsa, kişisel hak sahibi TMK m. 1025 hükmüne dayalı olarak tapu sicilinin düzeltilmesi davası açarak sınırlı ayni hakkın terkinini talep edebilir¹⁰⁶.

¹⁰² Acar (n 61) 29; Schmid-Tschirren (n 58) 320; Helvacı (n 58) 391.

¹⁰³ Ünal, şerh edilmiş kişisel hakkın kullanılmasıyla sonradan tanınmış olan sınırlı ayni hakların maddi yönden sona erdiklerini ancak tapu sicilinde şekli anlamda varlıklarını sürdürdüğünü belirtmektedir. Ünal (n 51) 42.

¹⁰⁴ Ünal (n 51) 42; Ahmet Cahit İyilikli, ‘Şerhedilmiş Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Vaat Borçlusunun Cüz’i Halef ve Alacaklıları ile Taşınmaz Üzerindeki Diğer Takyidatlara Etkisi’ (2021) 18 (2) YÜHFD 967, 997.

¹⁰⁵ Gümüş (n 32) 104; Sirmen (n 37) 212; Kalkan (n 69) 44; Ünal (n 51) 42; Heer (n 42) 31-32; Günther (n 55) 84.

¹⁰⁶ Ekrem Kurt, *Tapu Sicilinin Düzeltilmesi* (Kazancı 2004) 145; Ünal (n 51) 42; Sirmen (n 37) 212; Gümüş (n 32) 103-104; Kalkan (n 69) 44; İyilikli (n 104) 997; Yargıtay ise vermiş olduğu bir kararda taşınmaz satış vaadi sözleşmesine istinaden açılan tescil davası ile birlikte takyidat leh-tarlarının da taraf gösterilerek şerhten sonra konulmuş olan takyidatların kaldırılmasının talep edilebileceğini belirtmektedir. Ancak kararda terkin talebinin hangi kanun maddesine dayalı olarak istenmesi gerektiğine ilişkin bir açıklama yapılmamaktadır. Yargıtay 14 HD, 11240/12204, 23.10.2008 <<https://kazanci.com.tr>> Erişim Tarihi 10 Şubat 2025; İsviçre Hukuku bakımından Heer (n 42) 31-32; İsviçre Federal Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında önalım hakkının şerh edilmesinden sonra tanınmış olan üst hakkının terkin edilmesinin talep edilebileceğini belirttikten sonra terkin talebinin üst hakkı sahibine karşı tapu sicilinin düzeltilmesi davası yoluyla ileri sürebileceğini belirtmektedir. BGE 85 II 488.

Sonuç

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hak şerh edilebilir nitelikte kişisel bir haktır. Bu hakkın şerh edilmesi malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlamadığı için hakkın şerh edilmesinden sonra taşınmaz üzerinde üçüncü kişilere rehin hakkı tanınması da mümkündür. Bu durumda şerh edilmiş kişisel hak ile rehin hakkı arasında bir öncelik sorunu söz konusu olur. TMK m. 1009/II hükmü uyarınca kişisel haklar şerh edildikten sonra kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir. Hükümde açık bir şekilde belirtilmemiş olsa da kişisel hakkın sonradan gelen haklara karşı ileri sürülebilmesi için şartlar vardır. Buna göre, rehin hakkının kişisel hakkın şerh edilmesinden sonra tanınmış olması gereklidir. İkinci şart olarak kişisel hakkın doğmuş olması ve son olarak da kişisel hak ile sonradan gelen rehin hakkının birbiriyle bağdaşmaması gereklidir. Rehın hakları ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesi alacaklısının sözleşmeden doğan hak ile taşınmaz üzerinde elde etmiş olduğu mülkiyet hakkı bağdaşmayan niteliktedir. Bundan dolayı taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkını şerh ettirmiş olan sözleşme alacaklısı sonradan gelen rehin haklarının terkin edilmesini talep edebilir. Buna karşılık, kanundan doğan tescile tabi olmayan ipotek haklarının sırası özel olarak belirtilen kanuni ipoteklere karşı bu hakkını ileri sürmesi mümkün değildir. Tescile tabi kanuni ipotekler ve sırası kanunda özel olarak düzenlenmemiş olan tescile tabi olmayan kanuni ipotekler de tapu siciline yapılan tescil ile kuruldukları için bu ipoteklerin sırası tapu siciline tescil edildikleri tarihe göre belirlenir. Bundan dolayı, kişisel hakkın şerh edilmesinden sonra tescil edilen kanuni ipoteklere karşı da kişisel hakkın ileri sürülmesi mümkündür. Şerh edilmeyen taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkın ise sınırlı aynı haklara karşı ileri sürülmesi mümkün olmaz.

Kaynakça

- Acar F, *Rehin Hukuku Dersleri* (Vedat 2015)
- Aday N, 'Kişisel Hakların Şerhi' (1992) 66 (7-8-9) İstanbul Barosu Dergisi (609-645)
- Akipek J ve Akıntürk T, *Eşya Hukuku* (Beta 2009)
- Ayan M, *Eşya Hukuku I* (13. Baskı, Seçkin 2016)
- Aybay A ve Hatemi H, *Eşya Hukuku* (Vedat 2014)
- Aydoğdu M ve Kahveci N, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (3. Baskı, Adalet 2017)
- Coşkun ME ve Kayaaltı R, 'Kanundan Doğan İpotek Hakları' in Saibe Oktay- Özdemir ve Batuhan Akkuş (eds), *İpotekle İlgili Makaleler* (Filiz 2021) 255-316
- Çenberci M, *Gayrimenkul Satış Vaadi* (3. Baskı, Olgaç 1986)
- Dalamanlı L, *Gayrimenkul Satış Vaadi* (Kazancı 1986)
- Deillon-Schegg B, *Sachenrecht, Handkommentar* (4. Baskı, Schultess 2023)
- Dörtgöz GÖ, *Tapu İşlemleri* (Dorlion 2023)
- Dubois T, *La Modification du Rang des Driots de Gage Immobiliers Ensuite de Convetion de Posposition* (İmpriemire Chambloz S.A. 2003)
- Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (8. Baskı, Yetkin 2020)
- Erel ŞN, *Eşyaya Bağlı Borçlar* (Ankara Üniversitesi 1982)
- Esener T ve Güven K, *Eşya Hukuku* (7. Baskı, Yetkin 2017)
- Esin İG, '(Kanundan Doğan Şu'fa Hakkı ve Şerhedilmiş Gayrimenkul Satış Vaadi Sözleşmesinden Doğan Haklar Örneğinde), Gayrimenkul Mülkiyetinin Kanundan ve Sözleşmeden Doğan Özel Hukuk Takyitlerinin Çatışması' in İsmail Gökhan Esin (ed), *Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan* (Beta 1999) 221-244
- Fridemann H, *Macht versehentliche Löschung einer Vormerkung das Grundbuch unrichtig?* (Ruchdruckerei M. Dittert & Co. 1934)
- Gümüş MA, *Türk Medeni Kanun'un Getirdiği Yeni Şerhler* (2. Baskı, Vedat 2007)
- Günther PM, 'Die historische Entwicklung der Vormerkung' (zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechtswissenschaft der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld 1997)
- Hatemi H, Serozan R ve Arpacı A, *Eşya Hukuku* (Filiz 1991)
- Heer K, *Die Wirkung der Vormerkung Persönlicher Rechte im Grundbuch nach dem schweizerischen ZGB* (Verlag von Stämpfli & Cie 1930)
- Helvacı İ, *Türk Medeni Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan İpotek* (Onikilevha 2008)
- İyilikli AC, 'Şerhedilmiş Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Vaat Borçlusunun Cüz'i Halef ve Alacaklıları ile Taşınmaz Üzerindeki Diğer Takyidatlara Etkisi' (2021) 18 (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 967-1002

- Karabacak Furuncı S, 'Sınırlı Ayni Haklar Arasında Sıra İlişkisi' (2016) 74 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 773-805.
- Karadaş İ, *Taşınmaz Satış Vaadi ve Yüklenicinin Temlik İşleminde Kaynaklanan Uyuşmazlıklar* (Yetkin 2021)
- Karahasan MR, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt I (Beta 2002)
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Gayrimenkul Satış Vaadi* (Sulhi Garan 1959)
- Nomer HN ve Ergüne S, *Eşya Hukuku* (3. Baskı, Onikilevha 2016)
- Oğuzman MK, 'Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar' (1965) 31 (1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 209 - 219 (Oğuzman, Eşyaya Bağlı Haklar)
- 'Eşyaya Bağlı Haklara Hâkim Olan Esaslar' *Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1978) 107-126 (Oğuzman, Esaslar)
- Oğuzman MK, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, *Eşya Hukuku* (22. Baskı, Filiz 2020)
- Okumuş S ve Demir B, 'Sabit Derece Sisteminde Sözleşmeden Doğan İlerleme Hakkı' (2017) 66 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 605-626
- Oktay-Özdemir S, 'Yargıtay'ın MK. m.1023'ün Yanlış Uygulandığı Üç Kararının Değerlendirilmesi' in Tufan Öğüz ve Baki İlkay Engin (eds), *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Eşya Hukuku*, Cilt I (Onikilevha 2016) 199-221(Üç Karar)
- 'Taşınmaz Satış Vaadinden Doğan Nisbî Hakkın Niteliğine Aykırı Uygulamalar Nedeniyle Ortaya Çıkan Hukukî Sorunlar' in Abuzer Kendigelen ve Saibe Oktay Özdemir (eds), *Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu'nun Anısına Armağan* (Onikilevha 2020) 609-637 (Hukuki Sorunlar)
- Orta E, *Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi* (Onikilevha 2022)
- Özbilen AB, 'Üst Hakkı İradı ve Bu İradın Ödenmesine İlişkin Alacağın Güvencesi Olarak Kanuni İpotek Hakkı' (2016) 26 (126) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 263-310 (Özbilen, İrat İpoteği)
- *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü* (Onikilevha 2016) (Özbilen, Şekil)
- Özçelik B, 'İpoteğin Alacağa Bağlılığı' (2017) 33 (4) Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi 157-188
- Özenli S, *Uygulamada Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Neden Olduğu Davalar* (Kazancı 1986)
- Özkan Şahin G, *Hukuki İşlemden Doğan Taşınmaz Rehni (İpotek Sözleşmesi)* (Seçkin 2024)
- Özmen ES ve Akçura Karaman T, 'Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları' (2013) 87 (1) İstanbul Barosu Dergisi 47-74

- Özmen ES ve Bilgin Yüce M, 'Taşınmaz Satış Vaatlerinde Tarih Önceliğine Üstünlük Tanıyan Yargıtay Kararlarına İlişkin Düşünceler', in Abuzer Kendigelen (ed), *Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı*, Cilt II (Beta 2001)
- Pfeiffer K, *Die Vormerkung persönlicher Rechte im Grundbuch nach dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch* (Druck und Verlag von H. R. Sauerländer & Co 1910)
- Piotet P, 'De Quelques Effets De L'annotation Au Registre Foncier D'un Pacte De Pre-emption' (1967) (1) *Journal des Tribunaux* 162-173
- Roberto V ve Hrubesch-Millauer S, *Sachenrecht* (Stampfli 2009)
- Reisoğlu S, *Türk Eşya Hukuku*, Cilt I (Sevinç 1984) (Reisoğlu, Eşya)
- Reisoğlu S, 'Gayrimenkul Satış Vaadi' (1957) (6) *Adalet Dergisi* 551- 562
- Saymen FH ve Elbir HK, *Eşya Hukuku Dersleri* (Filiz 1963)
- Serozan R, 'Nisbi Hakların Güçlendirilmesi' (1974) 40 (1-4) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 459-479 (Serozan, Nisbi)
- *Eşya Hukuku I* (3. Baskı, Filiz 2014) (Serozan, Eşya)
- Sebük T, *Türk Medeni Kanunu'nda Şu'fa, İştira ve Vefa Hakları* (Kader 1951)
- Schmid J, *Das Grundbuch in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Thomas Geiser (eds), BSK Zivilgesetzbuch II Art. 457-977 ZGB Art. I-6 ZGB* (3. Bası, Helbing Lichtenhahn 2006)
- Schmid ve Hürliman- Kaup B, *Sachenrecht* (3. Baskı, Schulthess 2009)
- Schmid-Tschirren C, '«Prior tempore, potior iure» - Ausführungen zum sachenrechtlichen' (2014) 1 (Festgabe für Professor Dr. iur. Roland Pfäffli zum 65. Geburtstag), *Zeitschrift des Verbandes bernischer Notare* 316-329
- Simonius P ve Sutter T, *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht Band I: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum* (Verlag Helbing & Lichtenhahn 1995)
- Sirmen L, *Eşya Hukuku* (6. Baskı, Yetkin 2018)
- Surlu MH, *Gayrimenkul Satış Vaadi* (Seçkin 2007)
- Sungurbey İ, *Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi* (Sermet 1963)
- Şahan G, *Tapu Sicilinde Kişisel Hakların Şerhi* (Seçkin 2020)
- Tandoğan T, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt I/I (6. Baskı, Vedat 2008)
- Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Eşya Hukuku* Cilt I (5. Baskı, Filiz 1989)
- Tekinay SS, *Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar (Eşya Hukuku, II/3)* (Filiz 1993)
- Tunçomağ K, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, (Akdin Muhtelif Nevileri)*, Cilt II (2. Bası, Fakülteler Matbaası 1974)
- Tuor P, Schnyder B, Schmid J ve Rumo-Jungo A, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (13. Baskı, Schulthess 2009)

Uyumaz A, 'Yapı (İnşaatçı) İpoteği' (2008) 8 (1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 225-258

Ünal M ve Başpınar V, *Şekli Eşya Hukuku* (10. Baskı, Savaş 2018)

Ünal M, *Sınırlı Ayni Haklar* (Savaş 2021)

Yavuz C, Acar F ve Özen B, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Beta 2014)

Yenice Ceylan Ö, 'Türk Medeni Kanunu'na Göre Tescile Tabi Olmayan İpotekler' (2018) 26 (3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 241-270

İnternet Kaynakları

<<https://karararama.yargitay.gov.tr>>

<<https://kazanci.com.tr>>

<<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>>

Konser Sözleşmesinin Hukuki Niteliği^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Esmâ KIRAÇ ADIR^(**)

Öz

Konser sözleşmesi, sanatçı ve organizatör arasında akdedilen bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile sanatçı müzikal bir sunumu (konser) icra etme, organizatör ise bedel ödeme borcunu üstlenir. Konser sözleşmesi ismen kanunda düzenlenmiş bir sözleşme değildir. Bu nedenle konser sözleşmesinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi bilhassa, tarafların borçlarının kapsamı ve bu borçların ihlali halinde hangi hükümlerin uygulanması gerektiğinin tespitinde önem taşır.

Bu çalışmada, konser sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesine çalışılacaktır. ‘Konser verme’, bir işgörme faaliyetidir. Bundandır ki konser sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespiti için işgörme borcu doğuran sözleşmeler temelinde bir değerlendirme yapmak gerekir. Bu kapsamda konser sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu ile düzenlenmiş olan başlıca işgörme sözleşmelerinden eser sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi veya hizmet sözleşmesinin unsurlarını tam anlamıyla taşıyıp taşımadığı ya da bu sözleşmenin isimsiz bir sözleşme olup olmadığı incelenecektir. Böylelikle, konser sözleşmesi örneği vasıtasıyla ‘sanatsal’ ve ‘gayrimaddi’ edimler de işgörme sözleşmelerini birbirinden ayırt etmeye yarayan kriterler ışığında ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

Konser Sözleşmesi, Eser Sözleşmesi, Vekâlet Sözleşmesi, Hizmet Sözleşmesi, İsimli Sözleşme.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 13.04.2025 - Kabul Edildiği Tarih: 19.05.2025.

Atıf Şekli: Esmâ Kırâç Adır, ‘Konser Sözleşmesinin Hukuki Niteliği’ (2025) 15(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 471, 514.

DOI: 10.52273/sduhfd..1675307.

^(**) Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye.

E-posta: esma.kirac@asbu.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7352-7055>.

Legal Nature of the Concert Contract

Abstract

A concert contract is a contract concluded between an musical artist and organiser. With this contract, the artist undertakes to perform the musical presentation (concert) and the organiser undertakes to pay a price. The concert contract is not nominately regulated by codes in Turkish Law. For this reason, the legal nature of concert contract is controversial. Determining the legal nature of the contract is especially important in identifying the scope of parties obligations and which provisions should be applied in the event of a breach of these obligations.

In this study, it will be tried to determine the legal nature of concert contract. 'Giving a concert' is a service performance. Therefore, in order to determine the legal nature of the concert contract, an evaluation should be made on the basis of 'contracts for works and services'. In this context, it will be examined whether the concert contract completely has the elements of contract for work, contract of mandate or contract of employment, which are the main 'contracts for works and services' regulated by the Turkish Code of Obligations, or whether this contract is an innominate contract. Thus, through the example of the concert contract, 'artistic' and 'immaterial' performances will be examined in the light of criteria that distinguish the contracts for works and services from each other.

Keywords

Concert Contract, Contract for Work, Contract of Mandate, Contract of Employment, Innominate Contract.

Extended Summary

The concert contract is not regulated by codes in our law. Parties of this contract are the artist and the organiser. With this contract, the (musical) artist undertakes the obligation to give a concert and organiser undertakes the obligation to pay a price. The artist may give the concert by singing or by playing an instrument. The organiser is a natural or legal person who organises the concert event under his own responsibility.

There are four main views asserted by the doctrine regarding the legal nature of concert contract. These are 'contract for work', 'contract of mandate', 'contract of employment' and 'innominate contract'. Determining the legal nature of contract is particularly important in identifying the parties obligations and which provisions should be applied in the event of a breach of contract.

The first view asserted about the legal nature of concert contract is 'contract for work'. Some authors argue that the concert contract has the characteristics of 'contract for work' regulated by the provisions of article 470 ff. of the Turkish Code of Obligations. Some others have the opposite opinion. In order to make a decision on this issue, the concept of 'work' and whether 'giving a concert' can be considered as a 'work' should be explained.

The work is an outcome that the contractor undertakes to produce on behalf of customer. Producing an outcome is an element of contract for work. According to one view in the doctrine, a 'work' only includes outcomes of corporeal (material) performances. According to another prevailing view, a work contains not only the outcomes of corporeal performances but also the outcomes of incorporeal performances. However, there is no consensus among writers who considered the outcomes of incorporeal performances as works. Accordingly, one view argues that the outcomes of immaterial performances can be considered as works, provided that these outcomes are embodied in a tangible object such as a CD or document. Another view argues that the outcomes of immaterial performances can be considered as works, provided that the correctness of these outcomes should be objectively measurable and therefore can be qualified as 'correct or incorrect'. Finally, according to another view, the concept of 'work' should be interpreted widely. The outcomes of immaterial performances should be considered as works. For this, it is not necessary for the outcome to be embodied in an object or to be objectively measurable. For the existence of a work, it is sufficient for the outcome to occur independently from act of performance and to be objectively perceivable. So the artist produces a work by giving a concert. The outcome is independent from act of giving a concert and can be objectively perceived by the audience. Of course, since 'giving a concert' is artistic and immaterial, applying the provisions regarding liability for defects in the contract for work will cause some problems. However, this does not prevent the existence of contract for work.

Another view adopted about legal nature of concert contract is that this contract has the elements of the contract of mandate. The contract of mandate is regulated by articles 502 ff of the Turkish Code of Obligations. With this contract, the mandatee undertakes to conduct certain business or provide certain services. Unlike a contract

for work, the mandatee does not undertake to produce an outcome in contract of mandate. It is necessary and sufficient for him to fulfill his obligation diligently. According to one view in doctrine, the concert contract is a contract of mandate. Because 'giving a concert' is immaterial. So it can not be considered as a work. Besides, it is more appropriate to apply the duty of care and liability arising from its breach. Since the 'giving a concert' is immaterial, applying the provisions of contract for work, especially liability for defects, is not appropriate. However, this view has been criticized by some authors. Because concept of 'work' should not be limited to the outcomes of corporeal performances. Apart from this, the provisions of contract of mandate are also not suitable for the concert contract. The element of 'trust' is important for contract of mandate. So, according to article 512 of the Turkish Code of Obligations, the mandate may be revoked or terminated at any time by either party. However, this provision is also not suitable for a concert contract. Terminating the contract a few minutes before the concert is incompatible with the interests of the parties and nature of concert contract.

The concert contract can also be considered as a contract of employment. The contract of employment is regulated by provisions of article 393 ff of Turkish Code of Obligations. In this contract, the employee undertakes to work in the service of the employer for a limited or unlimited period and the employer undertakes to pay the salary. The elements of the contract of employment are 'work in the service of the employer for a limited or unlimited period', 'salary' and 'subordination'. The decisive element is 'subordination'. The subordination is economic, temporal and operational. If this element exists, the concert contract can be considered as a contract of employment. However, This is hard to be possible in practice. In particular, this element does not exist in the contracts concluded for a single concert.

Finally, some authors qualify the concert contract as an innominate contract. If a concert contract is concluded gratuitously and 'giving a concert' is considered as a work, there is an innominate contract. Apart from this, some authors do not accept the outcomes of immaterial performances as works. Therefore, if the contractor undertakes to produce an outcome of immaterial performance, there is an innominate contract, not a contract for work. If this view is adopted, the concert contract will be an innominate contract.

In this study, the legal nature of concert contract will be determined. In this context, these summarized views will be discussed in detail.

Giriş

Eğlence sektörünün yapı taşlarından olan konserler, çok eski tarihli organizasyonlar olarak insan hayatında daima bir yer edinmiştir. İnsanlar dinlenmek, eğlenmek, yorgunluk gidermek veya sosyalleşmek gibi amaçlarla konser etkinliklerine katılım sağlamaktadır. Sanatsal, sosyal ve eğlensel yönleri bir kenara bırakılacak olursa, konserlerin hukuki açıdan da önem arz eden etkinlikler olduğu söylenebilir. Gerçekten de bir konser organizasyonu düşünüldüğünde, birbiriyle belli biçimlerde ilişkili olan ve her biri ayrı hukuki menfaat taşıyan üç taraftan söz etmek gerekir. Bunlar konseri icra eden sanatçı, konseri tertip eden organizatör ve konseri izlemeye gelen seyircidir. İşte sürece dahil bu üç tarafın menfaatlerine ulaşmaları, birbirleriyle yaptıkları sözleşmelerin gereği gibi ifa edilmesine bağlıdır. Sayılanlardan her biri, kendisine karşı üstlenilen yükümlülüklerin gereği gibi ifa edilmesini isteme ve ifa edilmedikleri takdirde, taraf oldukları hukuki ilişkinin türü için kanunlarca öngörülen koruma mekanizmalarından yararlanma hakkına sahiptir. Bir konserin gereği gibi ifasında hem organizatörün hem seyircinin hem de sanatçının menfaati vardır. Bu nedenle, bu edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde, hangi hükümlerin uygulanacağını tespiti önem taşır.

Çalışmamızın konusunu, sanatçının konser vermesini içeren ve sanatçı ile organizatör arasında akdedilen konser sözleşmesi oluşturmaktadır. Bu sözleşmenin hukuki niteliğinin tespiti, özünde, Türk Borçlar Kanunu (TBK) ile düzenlenmiş başlıca işgörme sözleşmelerinin birbirinden ayırt edilmesine yarayan kriterlerin irdelenmesine ve anılan sözleşmenin, bu sözleşmelerin unsurlarını taşıyıp taşımadığının belirlenmesine odaklanmaktadır. Konser verme biçimindeki faaliyetin bir işgörme edimi olması, bu sözleşmenin kanunda düzenlenen başlıca işgörme sözleşmelerinden olan eser sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi veya hizmet sözleşmesinin unsurlarını tam anlamıyla taşıyıp taşımadığı ya da sözleşmenin isimsiz bir sözleşme olup olmadığı meseleleri üzerinde durulmasını gerektirmektedir. Konser sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespiti yönündeki bu araştırma, özellikle eser sözleşmesinde ‘eser’ kavramı ile ‘sanatsal’ ve ‘gayrimaddi’ işgörme faaliyetlerinin eser sözleşmesinin konusunu teşkil edip edemeyeceği hususlarına da ışık tutmaktadır.

Bu çalışmada öncelikle konser sözleşmesinin tanımı ve içeriği ile tarafları üzerinde durulacaktır. Sonrasında konser sözleşmesinin hukuki niteliği tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu yapılırken özellikle Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenen başlıca işgörme sözleşmeleri etrafında bir değerlendirme gerçekleştirilecektir. Konser sözleşmesinin hukuki niteliğinin bu düzlemde tespit edilmesi çabası, bilhassa konser ediminin bir sonuç vaadi niteliği arz edip etmediği tar-

tışması ve işgörme sözleşmelerini birbirinden ayırt etmeye yarayan diğer kriterler üzerinden yürütülecektir. Nihayet, konser izlemek üzere belli bir bedel karşılığı bilet satın alan ve konser ediminin gereği gibi ifasında menfaati olan seyircilerin hukuki durumuna da çalışmanın son kısmında kısaca değinilecektir.

I. Konser Sözleşmesinin Tanımı ve Tarafları

A. Konser Sözleşmesinin Tanımı

Konusunu sanatsal bir sunumun oluşturduğu sözleşmeler farklı biçimlerde ortaya çıkabilir. Örneğin bir tiyatro oyununun sahneye konulması, bir dans gösterisi yapılması ya da bir konser verilmesi bunlardan bazılarıdır. Sanatçı ile etkinliği düzenleyen kimse arasında akdedilen, sanatçının anılan sanatsal sunumlardan birini gerçekleştirmeyi, düzenleyenin ise bunun karşılığında bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmeler için özellikle mukayeseli hukukta angajman sözleşmesi (engagementvertrag) adıyla şemsiye bir kavram tercih edilmektedir¹. İçeriğini ‘konser verme’ borcunun oluşturduğu sözleşmeler de şüphesiz bu grupta değerlendirilebilir. Bu sözleşmeyi sanatsal bir sunumu konu edinen diğer sözleşmelerden ayıran özellik, sözleşmenin konusunun müzikal bir sunumun icra edilmesiyle sınırlı olmasıdır². O halde çalışmamız bakımından konser sözleşmesini; sanatçı ile organizatör/düzenleyen arasında akdedilen, sanatçının konser vermeyi, organizatörün ise bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlamak mümkündür³. Kavramsal açıdan ‘konser sözleşmesi’ (konzertvertrag) terimini tercih etmenin, çalışmanın içeriğini yansıtmak yönünden daha uygun olduğu kanaatindeyiz. Bununla beraber, bu sözleşmenin öğretide başka isimlerle anıldığına da rastlamak mümkündür⁴.

¹ Marcel Bisges, *Handbuch des Veranstaltungsrechts* (2. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Erich Schmidt Verlag 2023) 156; Mandy Risch and Andreas Kerst, *Eventrecht kompakt - Ein Lehr- und Praxisbuch mit Beispielen aus dem Konzert- und Kulturbetrieb* (2. Auflage, Springer-Verlag 2011) 24.

² Elmar Funke and Günter Müller, *Handbuch zum Eventrecht* (3. Auflage, Dr Otto Schmidt KG Verlag 2009), para 204; Bisges (n 1) 156; Risch and Kerst (n 1) 24.

³ Claudia Rosbach and Ulrich Loewenheim, ‘Tonträgerherstellungsverträge und benachbarte Musikverträge’ in Ulrich Loewenheim (Hrsg), *Handbuch des Urheberrechts* (3. Auflage, C.H.Beck 2021) para 95; Nicolai Brugger, ‘I. Zivil- und Obligationenrecht/ Das mangelhafte Konzert’ in *A wie Arbitration über T wie Transport bis Z wie Zivilprozess Liber discipulorum für Professor Dr. Andreas Furrer zum 55. Geburtstag* (Stämpfli Verlag AG 2018) 49. Benzer yönde bkz. Funke and Müller (n 2) para 204; Risch and Kerst (n 1) 24.

⁴ Özellikle mukayeseli hukukta konser sözleşmesi (konzertvertrag) kimi zaman başka sözleşme isimleri altında da ele alınmaktadır. Bunlara ‘Gastspielvertrag’, ‘Aufführungsvertrag’ veya ‘Künstlervertrag’ örnek verilebilir. Bkz. Hans-Jürgen Homann, *Praxishandbuch Musikrecht* (Springer Verlag 2007) 209. Ayrıca bkz. Risch and Kerst (n 1) 24.

B. Konser Sözleşmesinin Tarafları

Tanımdan da anlaşılacağı üzere konser sözleşmesinin tarafları, sanatçı ve konser etkinliğini düzenleyen organizatördür⁵. Sanatçının asli borcu, sözleşme ile üstlendiği konseri (müzikal sunumu) icra etmektir⁶. Sanatçı (künstler) tek bir kişi olabileceği gibi bir müzik grubu veya bir orkestra da olabilir⁷. Sanatçının konser etkinliğini sesi ile icra etmesi zorunluluk arz etmez. Onun sadece enstrüman çalmak suretiyle konser vermesi de yeterli olabilir⁸.

Sözleşmenin diğer tarafı ise organizatör/düzenleyendir. Organizatör (veranstalter), bir etkinliğin veya gösterinin (konumuz açısından konserin) gerçekleşmesini ekonomik, girişimsel ve organizasyonel açıdan üstlenen kişidir⁹. Organizatör gerçek veya tüzel kişi olabilir. Organizatör kendi sorumluluğunda konseri tertip eder ve kural olarak konser verilecek alanı temin eder. Ancak onun, konserin gerçekleştirileceği mekanın işleteni olması şart değildir. Organizatör konser mekanını bir üçüncü kişiden örneğin kiralamak suretiyle temin edebilir ki, yapılan bu sözleşme incelemekte olduğumuz konser sözleşmesinden ayrı ve bağımsızdır¹⁰.

Konser etkinliğini izlemeye gelen seyirciler ise konser sözleşmesinin tarafı değildir. Seyirciler, bu etkinliğe girişlerini sağlayabilmek için organizatör ile ayrı bir sözleşme akdeder. Seyirci sözleşmesi veya izleyici sözleşmesi (zuschauervertrag) olarak adlandırılan bu sözleşmede, organizatör bir etkinliğin düzenlenmesi ve seyircilerin bu etkinliğe erişiminin temin edilmesi borcunu üstlenirken, diğer taraf olan seyirci bedel ödeme borcu altına girmektedir¹¹. Seyirci ile

⁵ Homann (n 4) 209.

⁶ Rossbach and Loewenheim (n 3) para 95.

⁷ Homann (n 4) 209.

⁸ Brugger (n 3) 50.

⁹ Hanno Fierdag, 'Konzert- und Gastspielverträge' in Christian Berger and Sebastian Wündisch (Hrsg), *Urhebervertragsrecht* (3. Auflage, Nomos 2022) para 166; Rossbach and Loewenheim (n 3) para 95; Homann (n 4) 209.

¹⁰ Risch and Kerst (n 1) 24.

¹¹ Tina Huber-Purtschert, 'Innominatkontrakte' in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz and Roland Fankhauser (Hrsg), *Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar* (4. aktualisierte und überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag AG 2023) para 173. Seyirci sözleşmesi, organizatör tarafından gerçekleştirilecek örneğin sinemada film gösterimi, tiyatro veya opera sunumu, konferans veya sportif faaliyetleri de konu edinebilir. Seyirci sözleşmesinin tanımı ve içeriği hakkında bkz. Arnold F. Rusch and Claire Huguenin, 'Innominatverträge/Gastaufnahme- und Freizeitverträge' in Michael

sanatçı arasında ise doğrudan bir sözleşme bulunmamaktadır. Bununla beraber, organizatör sanatçının performans sergileyeceği konser etkinliğinin gerçekleştirilmesi karşılığında seyirciden bedel talep ettiği için sanatçıyı da bu ilişkiden tamamen bağımsız düşünmek hukuken mümkün değildir. Bu meseleye aşağıda daha detaylı olarak değinilecektir¹².

II. Konser Sözleşmesinde Tarafların Borçları

A. Sanatçının Borçları

Konser sözleşmesinin tarafı olan sanatçı, kararlaştırılmış olan yer, zaman ve süre unsurlarına riayet ederek konser verme borcu altındadır¹³. Onun asli edim yükümlülüğü sözleşmeye konu konseri vermektir. Sanatçı bu borcunu şahsen ifa etmelidir¹⁴. Konser verme borcunun içeriği, performansla katılan kişi sayısı (solo sanatçı ya da müzik grubu) ve müziğin biçimine göre şekil alır. Hangi tür müziğin icra edileceğine göre lazım olan enstrümanlar da belirlenir. Aksi kararlaştırılmadığı sürece, sanatçı enstrümanları getirir, bu enstrümanlarla ilgili ön hazırlıkları yapar ve örneğin enstrümanın akordu gibi sunumu etkileyecek hazırlıkları gerçekleştirir¹⁵.

Müziyenin sahnede kalma süresi, çalacağı veya seslendireceği müzik parçalarının sayısı ve gerekirse niteliği ile örneğin konserde verilecek araların taraflar arasında baştan kararlaştırılması gerekir. Zira bunlar, özellikle sanatçının borcunu gereği gibi ifa edip etmediğinin belirlenmesi bakımından önemlidir¹⁶. Eğer konserin süresi sözleşmede net bir biçimde tayin edilmemişse, sanatçının makul bir süre boyunca sahnede kalması gerektiği kabul edilmektedir¹⁷.

Hochstrasser, Tina Huber-Purtschert and Eva Maissen (Hrsg), *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Einzelne Vertragsverhältnisse - Art. 184 - 529 OR und Innominatverträge* (4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2023) para 11. Spor organizasyonları alanındaki seyirci sözleşmesine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Hasan Pekte, 'Sportif Faaliyetlere İlişkin Seyirci Sözleşmesi' (2012) 12 (Özel Sayı) DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 657, 658 vd.

¹² Bkz. aşağı. IV. başlığı altındaki açıklamalar.

¹³ Homann (n 4) 211; Funke and Müller (n 2) para 219.

¹⁴ Bisges (n 1) 160.

¹⁵ Brugger (n 3) 50.

¹⁶ Bisges (n 1) 160.

¹⁷ Alman öğretisinde bu sürenin en azından 60 veya 70 dakika olması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Homann (n 4) 212.

B. Organizatörün Borçları

Organizatörün asli edim yükümlülüğü, konser vermesi karşılığında sanatçıya belli bir bedel ödemektir. Sanatçıya ödenecek bedel farklı biçimlerde kararlaştırılabilir. Bunlardan başlıcaları; önceden taraflarca kesin olarak tayin edilmiş sabit bedel, konserden elde edilecek kâra/ciroya iştirak biçiminde ödenecek bedel veya sabit bir asgari bedele ilaveten aynı zamanda kâra/ciroya da iştirak şeklinde ödenecek bir bedel olabilir¹⁸. İlk ihtimalde sanatçıya konser vermesi karşılığı baştan kararlaştırılmış belli bir bedel ödenir. Kâra/ciroya iştirak payı ise organizatörün konser etkinliğinde bilet satışı yoluyla elde edeceği gelire, kâra veya ciroya, sanatçının iştirak edeceği belli bir yüzdelik payı ifade eder¹⁹. Organizatör ikinci yola özellikle konserin başarısız olma riskini üstlenmek istemediği zaman başvurur. Gerçekten de örneğin az tanınan şarkıcı veya müzik gruplarının yerel eğlence mekanlarında sahne aldığı ihtimallerde, bedelin bu biçimde kararlaştırılması daha olasıdır. Organizatörün konser etkinliğine ilişkin ekonomik başarısı, sahneye çıkacak sanatçının tanınırlığı ile doğru orantılıdır. Sanatçının popülaritesi arttıkça, konsere katılacak seyirci sayısının da artması beklenir. Bu suretle, gerek bilet satışı gerekse konser esnasında örneğin yiyecek veya içecek gibi başkaca mal ve hizmetlerin satışı yoluyla daha fazla gelir elde edilmesi muhtemeldir²⁰. Bu tanınırlığın bilincinde olan organizatörün etkinliğe ilişkin daha nitelikli ve net bir ciro hedeflemesi mümkündür. Buna karşın sanatçının popülaritesinin daha az olduğu ve bu nedenle seyircinin söz konusu konser etkinliğine göstereceği ilginin organizatörce daha az tahmin edilebildiği ihtimallerde, organizatörün konserin mali başarısını hesap etmesi daha güç olacaktır²¹. İşte son durumda organizatörün, konser etkinliğinin getirisi ile sanatçıya ödeyeceği bedel arasında bir bağlantı kurması doğal ve tercih edilebilir görünmektedir. Şunu da belirtmek gerekir ki herhangi bir sabit bedel kararlaştırılmaksızın sadece gelire iştirak payı şeklinde belirlenecek bir bedel biçiminin, sanatçılarca pek kabul edilir olduğu söylenemez²². Zira bu ihtimalde, neredeyse hiç ivaz elde edememe riski ile karşılaşılabilir. Bu nedenle sabit asgari bir bedelin yanında gelire iştirak payının kararlaştırılması daha olası görünmektedir.

¹⁸ Homann (n 4) 213.

¹⁹ Bisges (n 1) 161.

²⁰ Brugger (n 3) 51.

²¹ Brugger (n 3) 51.

²² Risch and Kerst (n 1) 25.

Organizatörün sanatçıya ödeyeceği bedel, kural olarak konserin icrası ile muaccel olur²³. Ancak taraflar arasında, ödeme zamanı ve biçimine ilişkin başka bir anlaşma da yapılabilir. Örneğin bedelin bir kısmının konserden belli bir süre önce, kalanının konser tamamlandıktan sonra ödenmesi kararlaştırılabilir. Hatta, bedelin belli bir yüzdesinin konser etkinliğinden örneğin birkaç hafta önce, kalanının ise konserin başlangıcından hemen önce ödenmesi yönünde anlaşmaya da varılabilir²⁴.

Konser sözleşmesi ismen ve unsurlarıyla beraber açıkça kanunlarla düzenlenmiş bir sözleşme değildir. Bu nedenle, tarafların borçlarının tespitinde, sözleşme ile kararlaştırılan hususlar özellikle önem arz etmektedir. Taraflar konser verme ve bedel ödeme unsurlarının yeri ve zamanı hakkında belli düzenlemeler yapabileceği gibi örneğin konser için gerekli teknik ekipmanın sağlanması, sanatçının yeme-içme ve konaklaması, yasal izinlerin alınması, reklam faaliyetleri veya vergilerin ödenmesi biçimindeki yan edimler hakkında da düzenleme yapabilir²⁵. Bunun dışında, konserin gerçekleştirilmesi için gerekli olan teknik koşulların organizatörce sağlanacağı ifade edilmektedir. Organizatör, konserin verileceği sahneyi lazım gelen tüm teknik unsurları ile beraber sunmalıdır. Bu kapsama, ışık, ses sistemi, elektrik enerjisi ve benzerleri dahildir²⁶. Bunlar dışında örneğin sanatçının konaklaması, dinlenme imkanları, konser öncesi prova koşulları, yeme içme gibi temel ihtiyaçlarının ne şekilde ve hangi kapsamda giderileceği meselesi, taraflar arasında akdedilecek sözleşme ile düzenlenmeli-

²³ Eser sözleşmesinde bedelin muacceliyetini düzenleyen TBK m. 479/1 hükmü uyarınca 'işsahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur'. Bu çalışmada olduğu gibi konser sözleşmesinin eser sözleşmesi olarak nitelendirildiği ihtimalde, söz konusu bu hüküm uygulama alanı bulacaktır.

²⁴ Özellikle tanınırlık seviyesi yüksek şarkıcı veya grupların, kendilerine ödenecek bedelin bir kısmını veya tamamını etkinlikten önce edinmeleri söz konusu olabilir. bkz. Risch and Kerst (n 1) 25, 26.

²⁵ Çalışmamızda tanımlamış olduğumuz konser sözleşmesinin asli edimleri, konser verme ve bedel ödemedir. Bunun dışında kalan ve yukarıda taraflarca düzenlenebilir olduğunu ifade ettiğimiz edimler ise yan edim (nebenleistung) olarak kabul edilebilir. Bkz. Fierdag (n 9) para 165. Asli edim, sözleşmenin türünü ve tipini belirleyen borçlunun yerine getirmesi gereken asıl borçtur. Yan edim ise kaynağını kanundan, sözleşmeden veya dürüstlük kuralından alan ve asli olmayan; sözleşmenin tipini belirlemeyen ve asıl edime bağlı yan borçlardır. Taraflar dilerse bu edimleri de asli edim olarak kararlaştırabilir. Bu durumda iki asli edim içeren karma sözleşme mevcut olur. Bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. Baskı, Yetkin 2021) para 88 ve 91 vd. Çalışmamız bakımından yukarıda anılan edimler yan edim olarak değerlendirilmiş ve tarafların bunları asli edim olarak kararlaştırması ihtimali üzerinde durulmamıştır.

²⁶ Homann (n 4) 211.

dir²⁷. Organizatörün kural olarak konsere ilişkin reklam faaliyetlerinden, biletlerin satışından, konser için gerekli yasal izinlerin alınmasından ve örneğin getirilen müzik enstrümanı gibi araçların muhafazasından da sorumlu olacağı kabul edilmektedir²⁸.

III. Konser Sözleşmesinin Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi

A. Genel Olarak

Konser sözleşmesi kanunda özel olarak düzenlenmiş bir sözleşme değildir. Bu nedenle, sözleşmenin hukuki niteliğine ve unsurlarına ilişkin doğrudan bir hüküm bulmaktan söz edilemez. Öğretideki görüşler incelendiğinde konser sözleşmesinin hukuki niteliğinin tartışmalı olduğu söylenebilir²⁹. Bu çalışma bakımından, konser sözleşmesinde sanatçı 'konser verme' borcunu üstlenmekte, organizatör ise bedel ödeme borcu altına girmektedir. Konser verme, bir işgörme edimi niteliğini taşır. Bu nedenle, sözleşmenin hukuki niteliği incelenirken işgörme sözleşmeleri ekseninde bir değerlendirme yapmak gerekir. Bu kapsamda, konser sözleşmesinin bilhassa eser sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi ve hizmet sözleşmesinin unsurlarını taşıyıp taşımadığı, yani bu sözleşme tiplerinden birini teşkil edip etmediği incelenmelidir. Ayrıca, konser sözleşmesinin isimsiz bir sözleşme olarak nitelendirilmesi ihtimali üzerinde de durulmalıdır.

Belirtmek gerekir ki sözleşmenin hukuki niteliğinin tespiti önemlidir. Zira bu suretle, tarafların borçları ve bu borçlara aykırılık halinde hangi hükümlerin uygulanacağı belirlenmiş olacaktır³⁰. Gerçekten de işgörme sözleşmeleri bakımından bu durum daha da önemlidir. Şöyle ki vekâlet ve hizmet sözleşmelerinde işi gören kimse bir faaliyeti borçlanır ve bir sonuç taahhüt etmezken, eser sözleşmesinde yüklenici bir sonuç vaadinde bulunur ve bu nedenle anılan diğer sözleşmelerin aksine eser sözleşmesinde ayıptan doğan sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulur³¹. Aşağıda, işgörme sözleşmelerini birbirinden ayırt etmeye yarayan kriterler ışığında konser sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespitine çalışılacaktır.

²⁷ Homann (n 4) 212.

²⁸ Funke and Müller (n 2) para 218.

²⁹ Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı* (Bütünüyle Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 8. Baskı, Yetkin 2024) 482.

³⁰ Homann (n 4) 210; Bisges (n 1) 158.

³¹ Aydın Zevkliler ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (16. Bası, Turhan Kitabevi 2016) 496.

B. Eser Sözleşmesi Görüşü

1. Genel Olarak

İşgörme sözleşmelerinden olan eser sözleşmesi TBK m. 470 ile şu şekilde tanımlanmıştır: ‘Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir’. Tanımdan hareket edildiğinde; sözleşmenin esaslı unsurlarının ‘bir eserin meydana getirilmesi’ ve bunun karşılığında ‘bedel’ ödenmesi olduğu anlaşılmaktadır. Eser sözleşmesini diğer işgörme sözleşmeleri olan hizmet ve vekâlet sözleşmelerinden ayıran en temel özellik, eser sözleşmesinde yüklenicinin bir eser meydana getirmek suretiyle belirli bir sonucu gerçekleştirmeyi borçlanmasıdır³². Gerçekten de sonuç taahhüdü, eser sözleşmesinin ayırt edici niteliğidir. Tarafların iradelerinin yorumlanması neticesinde bir sonuç vaaadinin kararlaştırıldığı anlaşılamazsa, işin sonunda bir sonucun meydana gelmiş olması, sözleşmenin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesine imkan vermez³³. Öyleyse, eser sözleşmesinde bir işgörme edimi vardır ancak bu işgörme ediminin bir parçası olarak ortaya bir sonuç da çıkmalıdır. İşte esasında ‘eser’ olarak adlandırılan bu

³² Theodor Bühler, *ZK- Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2d, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)* (Schulthess Polygraphischer Verlag AG 1998) Art. 363 OR para 45; Lukas Rusch, in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz and Roland Fankhauser (Hrsg), *OFK - Orell Füssli Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht* (4. aktualisierte und überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag AG 2023) Art. 363 OR para 3; Gaudenz G. Zindel and Bertrand G. Schott, in Corinne Widmer-Lüchinger and David Oser (Hrsg), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I Art. 1-529 OR* (7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2020) Vorbem. zu Art. 363-379 OR para 4; Alfred Koller, in Heinz Hausheer (Hrsg), *BK - Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/3/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Werkvertrag Art. 363-366* (Stämpfli Verlag AG 1998) Art. 363 OR para 62; Alfred Koller, *Schweizerisches Werkvertragsrecht* (Dike Verlag AG 2015) para 54; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Yetkin 2024) para 2006; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (Güncellenmiş ve Yenilenmiş 19. Baskı, Beta 2024) 547; Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 14. Baskı, Yetkin 2021) 373; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi 2020) 461; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri: İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme Cilt 2* (5. Baskı, Vedat Kitapçılık 2010) 1; Murat Aydoğdu, Nalan Tuncer ve Oğuzhan Meral, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)* (Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Dipnotlu 6. Baskı, Adalet Yayınevi 2023) 767; Zevkliler ve Gökyayla (n 31) 489; Gümüş (n 29) 475.

³³ Zekeriya Kurşat, ‘Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü’ (2009) 67 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 143, 147.

işgörme sonucu, eser sözleşmesinin kendine özgü niteliğidir³⁴. Aşağıda eser sözleşmesinin unsurları, konser sözleşmesi özelinde irdelenecek ve konser sözleşmesinin eser sözleşmesi olarak vasıflandırılabilirliği tartışılacaktır.

2. Eser Sözleşmesinde ‘Eser’ Kavramı ve Konser Vermenin Eser Niteliği

a. Genel Olarak Eser Kavramı ve Gayrimaddi İşgörme Sonuçlarının Eser Olarak Değerlendirilmesi

Eser kavramı, yüklenicinin eser sözleşmesi ile işsahibi adına meydana getirmeyi borçlandığı faaliyetin sonucunu ifade eder³⁵. Genel kabule göre bir sonucun ‘eser’ olarak nitelendirilebilmesi için objektif olarak algılanabilir³⁶, belli ölçüde belirli ve sınırlanabilir olması ve hukuki bir bütünlük arz etmesi gerekir³⁷. Eserin meydana gelmesini sağlayan işgörme faaliyetinin fiziksel veya zihinsel olması, kısa veya uzun bir sürede gerçekleşmesi, tamamen insan emeğinin sonucu olması veya makine desteği içermesi önem arz etmez³⁸. TBK m. 470’in ifadesinde yer alan ‘eser meydana getirme’ olgusu da dar yorumlanmamalıdır. Bu kapsama yeni bir eser meydana getirilmesi girebileceği gibi mevcut bir eserin değiştirilmesi veya yok edilmesi de girebilir. Örneğin bir şeyin tamir edilmesi, boyanması, ütülenmesi veya başka surette değiştirilmesi ya da ortadan kaldırılması da eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilir³⁹.

³⁴ Kurşat (n 33) 147.

³⁵ Roland Hürlimann and Thomas Siegenthaler, in Michael Hochstrasser, Tina Huber-Purtschert and Eva Maissen (Hrsg), *CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Einzelne Vertragsverhältnisse - Art. 184-529 OR und Innominatverträge* (4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2023) Art. 363 OR para 2; Bühler, Art. 363 OR (n 32) para 45; Koller, Art. 363 OR (n 32) para 49; Hülya İmamoğlu, ‘İsviçre ve Türk Yargı Kararlarında Eser Kavramı, Özellikle Estetik Operasyonu Konu Edinen Sözleşmenin Hukuki Niteliğine İlişkin Olarak Yargıtay’ın Yaklaşımı’ (2019) 68 (1) AÜHFD 241, 244; Zevkliler ve Gökyayla (n 31) 490. Başka bir tanıma göre eser, ‘bedeni veya fikri bir emek sonucunda ortaya çıkan hukuki varlıktır’. Tanım için bkz. İhsan Erdoğan, ‘İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması’ (1990) 3 (1) SÜHFD 135, 136.

³⁶ Sinan Sami Akkurt, ‘Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi’ (2008) 10 (2) DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 13, 34; Yavuz, Acar ve Özen (n 32) 544.

³⁷ Koller, Art. 363 OR (n 32) para 67; Koller, *Werkvertragsrecht* (n 32) para 57.

³⁸ Hürlimann and Siegenthaler, Art. 363 OR (n 35) para 2; Zindel and Schott, Vorbem. zu Art. 363-379 OR (n 32) para 1.

³⁹ Peter Gauch, *Der Werkvertrag* (Sechste, überarbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2019) para 28; Hürlimann and Siegenthaler, Art. 363 OR (n 35) para 3; Rusch, Art. 363 OR (n 32) para 1; Zindel and Schott, Art. 363 OR (n 32) para 3; Kurşat (n 33) 150; Akkurt (n 36) 37; İmamoğlu (n 35) 244; Aydoğdu, Tuncer ve Meral (n 32) 767; Eren, *Özel*

Diğer taraftan, eserin taahhüde elverişli bir sonuç olması gerekir. Yani, taahhüt edilen edim bir sonuç olarak ortaya çıkmaya elverişli olmalıdır. Sonuca ulaşmak, insan emeğinin dışında veya ötesinde, kontrol edilemez başkaca yabancı unsurlara bağlı ise ortada bir eser olduğundan ve böylelikle bir eser sözleşmesinin varlığından bahsedilemez⁴⁰. Örneğin hekim ile hasta arasındaki tedaviyi konu edinen sözleşmeler⁴¹ ya da bir alanda özel ders verilmesini konu edinen sözleşmeler⁴² böyledir.

Eserin, bir işgörmeye faaliyetinin sonucu olduğu kabul edilmekle beraber, hangi işgörmeye sonuçlarının eser olarak nitelendirileceği meselesi öğretide tartışmalıdır. Bu tartışma kendini özellikle, maddi ve gayrimaddi işgörmeye sonuçlarının eser olarak kabulünde göstermektedir. Bir işgörmeye faaliyeti neticesinde ortaya çıkan ve maddi varlığı haiz işgörmeye sonucunun eser olarak kabulünde herhangi bir şüphe bulunmamaktadır⁴³. Buna göre bir binanın inşası, bir elbisenin dikilmesi, bir yerin temizlenmesi, bir yapının yıkılması, bir tesisin kurulması şeklindeki edimler eser sözleşmesinin konusunu teşkil edecektir. Buna karşın, ‘eser’ kavramının, cismani eserlerle sınırlı olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, eser sözleşmesinin konusunu oluşturan eser ancak cismani varlığı haiz şeyler olabilir⁴⁴. Bu görüşe göre maddi varlığı olmayan örneğin fikri veya sanatsal faaliyetler veya sportif faaliyetler eser olarak değerlendirilmemelidir⁴⁵. Eser sözleşmesindeki eser kavramı, eşya niteliğindeki (malzeme ile meydana getirilen) eserleri kapsar. Buna karşın fikri nitelikteki eserler (Geistwerk)

Hükümler (n 32) para 2025; Yavuz, Acar ve Özen (n 32) 545; Erdoğan (n 35) 136; Aral ve Ayrancı (n 32) 371; Tandoğan, *Borçlar* (n 32) 24; Zevkliler ve Gökyayla (n 31) 495; Gümüş (n 29) 476.

⁴⁰ Hürlimann and Siegenthaler, Art. 363 OR (n 35) para 2; Koller, Art. 363 OR (n 32) para 65; Gauch (n 39) para 43.

⁴¹ Bir hastaya iyileşmesinin vadedilmesi, somut olayda bir eser sözleşmesinin var olduğu anlamını taşımaz. Çünkü hastanın iyileşmesi, hekimin kontrol edemeyeceği faktörlere bağlıdır. Bu nedenle burada bir vekâlet sözleşmesi mevcuttur. Bkz. Koller, Art. 363 OR (n 32) para 65. Türk öğretisinde de aynı görüş paylaşılmaktadır. Bkz. İmamoğlu (n 35) 242.

⁴² Leyla Müjde Kurt, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü* (Yetkin 2012) 31; Kurşat (n 33) 152; Eren, *Özel Hükümler* (n 32) para 2021; Aral ve Ayrancı (n 32) 376. Bu yöndeki açıklamalar ve örnekler için bkz. Bühler, Art. 363 OR (n 32) para 161.

⁴³ Bunlar cismani eserler olup İsviçre öğretisinde ‘Sachwerk’ olarak da ifade edilmektedir. Bkz. Koller, *Werkvertragsrecht* (n 32) para 54.

⁴⁴ Koller, *Werkvertragsrecht* (n 32) para 55. Bu yönde ayrıca bkz. Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdulkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm* (Filiz Kitabevi 1992) 353.

⁴⁵ Tandoğan, *Borçlar* (n 32) 19.

eser sözleşmesinin konusunu teşkil edemez. Bunlar bir metin veya belge üzerinde kendisine maddi varlık bulmuş dahi olsa, bu somutlaşma onları cismani bir eser haline getirmez⁴⁶.

Buna karşın ağırlık kazanan diğer görüşe göre TBK m. 470 (ZGB Art. 363) ile öngörülen eser kavramına cismani işgörme sonuçlarının yanında, gayrimaddi işgörme sonuçları da dahildir⁴⁷. O halde ister malzeme ile meydana getirilsin, isterse fikri bir işgörme faaliyeti ile elde edilsin, vadedilebilir nitelikte olan bu sonuç eser olarak kabul edilebilir⁴⁸. Bununla beraber, gayrimaddi işgörme sonuçlarının eser olarak kabulünü savunan bu yaklaşım da kendi içinde farklı görüşlere ayrılmaktadır.

Gayrimaddi işgörme sonuçlarını eser olarak kabul eden bir görüş, bunun ancak meydana gelen sonucun belli ölçüde bir 'cismaniyet' kazanması ile mümkün olabileceğini savunmaktadır. Buna göre; gayrimaddi işgörme sonuçları eser sözleşmesinin konusunu teşkil edebilir. Ancak bunun için söz konusu gayrimaddi işgörme sonuçlarının, örneğin kitap, belge, disk veya veri taşıyıcısı gibi cismani bir nesnede somutlaştırılması ve bu yolla belli ölçüde bir cismaniyet kazanması gerekir⁴⁹. Hatta başka bir görüş, cismaniyet kazanma şartının yanında ayrıca bu cismaniyet kazanan sonucun kendi içinde, bağımsız olarak, tek başına, yeniden 'kullanılabilir' olması şartını da aramaktadır. Şöyle ki örneğin bir yapı planının hazırlanmasına ilişkin mimarla yapılan sözleşme, cismani bir sonuca (plana) yöneliktir. Elbette burada gayrimaddi bir işgörme neticesi söz konusudur. Ancak burada iş sahibinin ihtiyaç duyduğu şey maddileşmiş sonuçtur, plandır. Zira bu plana göre bir inşaat gerçekleştirilecektir. Bu sonucun yararlanılabilir biçimde ortaya çıkması, onun cismani bir şekilde (bir kağıt üze-

⁴⁶ Koller, *Werkvertragsrecht* (n 32) para 59. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 98 II 311. Bu doğrultuda başka bir Federal Mahkeme kararı için bkz. BGE 98 II 305. Bkz.

<https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F98-II-305%3Ade&lang=de&zoom=&type=show_document> Erişim Tarihi 1 Nisan 2025. Federal Mahkeme'nin kararları da yıllar için de değişiklik göstermiştir. Bu yöndeki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Gauch (n 39) para 36, 37.

⁴⁷ Gauch (n 39) para 24; Zindel and Schott, Vorbem. zu Art. 363-379 OR (n 32) para 2; Rusch, Art. 363 OR (n 32) para 4; Eren, *Özel Hükümler* (n 32) para 2019; Pakize Ezgi Akbulut, 'Yüklenicinin Eser Meydana Getirme Borcu' (2020) 11 (1) İnÜHFD 85, 88; Yavuz, Acar ve Özen (n 32) 544; Erdoğan (n 35) 136; Aral ve Ayrancı (n 32) 373; Kılıçoğlu (n 32) 456; Kurt (n 42) 28; Aydoğdu, Tuncer ve Meral (n 32) 767; Zevkliiler ve Gökyayla (n 31) 490.

⁴⁸ Gauch (n 39) para 24.

⁴⁹ Gauch (n 39) para 45; Kurşat (n 33) 149. Ayrıca bkz. Tandoğan, *Borçlar* (n 32) 22; Aral ve Ayrancı (n 32) 375.

rinde) ortaya çıkmasına bağlıdır. Oysa bir uzman görüşünün yazıya dökülmesi böyle değildir. Zira görüşü talep eden kişi, bu görüşü cismani olmayan başka bir araç yoluyla, örneğin sözlü olarak da öğrenebilir. Bu ihtimalde yazıya dökme, belgeyi adeta bir kağıt parçası olmaktan öteye götürmeyecektir. Nitekim bu şekildeki bir yazılı uzman raporunun da bir başkasına satılabileceği söylenemez. O nedenle ikinci ihtimalde bir eser sözleşmesinden bahsedilemez⁵⁰. Gayrimaddi işgörme sonuçlarının eser sayılması için somut bir nesnede cismaniyet kazanmasını arayan bu görüş, öğretilerde eleştirilmiştir. Eleştirilerin başında, bu şekilde getirilen bir kriterin hukuken güvensiz sonuçlara yol açacağı gelmektedir. Gerçekten de örneğin bir işe ilişkin maaliyet tahmini sözlü olarak ifade edildiğinde bir eser teşkil etmezken, bu tahminin bir belgede yazılı olarak sunulmasının eser olarak kabulü anlaşılamamaktadır⁵¹. Ayrıca teknolojiye gelişmeler karşısında cismaniyet kazanma şartını aramak pek de gerekli değildir⁵².

Cismani olmayan işgörme sonuçlarını eser olarak kabul eden başka bir görüş, bunun için ortaya çıkan sonucun doğruluğunun objektif ölçütlere göre kontrol edilebilir, 'doğru' veya 'yanlış' olarak değerlendirilebilir olması şartını aramaktadır⁵³. İsviçre Federal Mahkemesi'nin daha güncel kararlarında yararlanıldığı bu kriter, öğretilerde, özellikle sanatsal çalışma sonuçlarının doğru veya yanlış olarak kontrol edilmesinde yaşanabilecek güçlükler sebebiyle eleştirilmiştir. Öyle ki nitelikleri gereği 'doğru' veya 'yanlış' olarak değil de 'güzel' veya 'çirkin' olarak değerlendirilebilecek sanat eserlerini hatırdan tutmak gerekir⁵⁴. İşgörme sonucunun değerlendirilmesi için objektif ölçütlerin bulunmaması, eser sözleşmesinin var olmadığından bahsetmek için yeterli değildir. Meydana gelen sonucun değerlendirilmesi için objektif kriterlerin bulunmaması, sonucun eser olmadığı anlamına gelmez. Örneğin bir sanat eserinin niteliğinin kontrol edilme imkanının sınırlı olması, eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanmamasına yol açmaz⁵⁵. Sonucun doğruluğunun objektif olarak denetlenebilir olması taraflarca kararlaştırılmadığı sürece, somut olayda sonucun objektif olarak

⁵⁰ Walter Fellmann, in Heinz Hausheer (Hrsg), *BK - Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/4, Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der einfache Auftrag Art. 394-406 OR* (Stämpfli Verlag AG 1992) Art. 394 OR para 330.

⁵¹ Koller, Art. 363 OR (n 32) para 99; Zindel and Schott, Vorbem. zu Art. 363-379 OR (n 32) para 5.

⁵² Zindel and Schott, Vorbem. zu Art. 363-379 OR (n 32) para 5.

⁵³ Hürlimann and Siegenthaler, Art. 363 OR (n 35) para 2.

⁵⁴ Gauch (n 39) para 46a.

⁵⁵ Zindel and Schott, Vorbem. zu Art. 363-379 OR (n 32) para 6; Rusch, Art. 363 OR (n 32) para 4.

denetlenebilir olmaması, yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğuna yol açmaz ve bu ihtimalde de eser sözleşmesinin mevcut olduğu söylenebilir⁵⁶.

Nihayet katıldığımız görüş uyarınca, niteliği gereği vaadedilebilir ve objektif olarak algılanabilir işgörme sonuçları eser olarak kabul edilmelidir. Bu görüş, gayrimaddi işgörme sonuçlarını anılan sınırlamalara tabii kılmaksızın eser olarak kabul etmektedir⁵⁷. Buna göre eser sözleşmesinin temel unsuru, vadedilebilir bir sonucun sözleşmenin konusunu teşkil etmesidir. Bundan sonra meydana gelen neticenin belli oranda bir cismaniyete sahip olup olmaması, sözleşmenin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi açısından önemsiz olmalıdır. Önemli ve belirleyici olan, borçlunun taahhüdünün taraflarca sözleşmeden beklenen sonuca ilişkin olmasıdır⁵⁸. Bu noktadan hareket edildiğinde, salt fikri eser sözleşmelerini (Geistwerkvertrag) eser sözleşmesi olarak kabul etmek mümkündür⁵⁹.

Alman hukukuna gelindiğinde, eser sözleşmesinin Alman Medeni Kanunu (BGB) § 631 ve devamı paragraflar ile düzenlendiği görülmektedir. BGB § 631, ikinci fıkrası ile eser kavramının kapsamını şu şekilde tayin etmiştir: ‘Eser sözleşmesinin konusu hem bir şeyin imal edilmesi veya değiştirilmesi hem de bir işgörme veya hizmet edimi ile meydana gelen başka bir sonuç olabilir’. Hükmün Türk/İsviçre hukukuna kıyasla daha geniş ve net bir sınır çizdiği açıktır. BGB § 631/2’den hareket edildiğinde, Alman hukukunda eser sözleşmesinin konusunu hem cismani eserlerin hem de cismani olmayan gayrimaddi eserlerin oluşturabileceği kabul edilmektedir⁶⁰. Bu bakımdan bir makinenin üretilmesi veya onarılması eser sözleşmesinin konusunu teşkil edebilirken, diğer taraftan örneğin bir tiyatro oyununun sahnelenmesi veya bir uzman görüşünün sözlü biçimde rapor edilmesi de eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilmektedir⁶¹. Bu nedenle, yukarıda açıklamış olduğumuz ve Türk/İsviçre hukukunda mevcut olan tartışmaya Alman hukukunda rastlanmamaktadır.

⁵⁶ Gauch (n 39) para 46a.

⁵⁷ Zindel and Schott, Vorbem. zu Art. 363-379 OR (n 32) para 5.

⁵⁸ Kurt (n 42) 32; Eren, *Özel Hükümler* (n 32) para 2019.

⁵⁹ Rusch, Art. 363 OR (n 32) para 4; Zindel and Schott, Vorbem. zu Art. 363-379 OR (n 32) para 5; Koller, Art. 363 OR (n 32) para 98. Belirtmek gerekir ki yazar (Koller) bu görüşünden, sonraki çalışmasında vazgeçmiştir. Bu yönde bkz. yuk. dn. 45.

⁶⁰ Jan Busche, § 631 BGB, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB), Band 6: Schuldrecht - Besonderer Teil III* (9. Auflage, C.H.Beck 2023) MüKo BGB § 631 para 64.

⁶¹ Busche, MüKo BGB § 631 (n 60) para 72, 73.

b. Konser Vermenin Eser Niteliği

Konser vermenin eser niteliği öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre ‘konser verme’ eser sayılamaz ve bu nedenle konser sözleşmesi eser sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Bu yöndeki ilk gerekçe elbette konser vermenin gayrimaddi nitelikte olmasıdır. Bir sanatçının belirli bir yer ve zamanda konser icra etme şeklindeki faaliyetini, eser olarak kabul etmek mümkün değildir. Zira konser verme somut ve cismani nitelik arz etmez⁶². Gerçekten de konser, etkinlik boyunca icra edilmek suretiyle sadece bu zaman dilimi ile sınırlı olarak var olduğundan, etkinliğin ötesine geçen bir faaliyet arz etmediğinden, eser olarak nitelendirilemez⁶³. Bu nedenle eser sayılmak için süreklilik ve cismaniyet unsurlarını arayan görüşler, bu görüşün sonucu olarak konser vermeyi de eser olarak kabul etmez. Öte yandan, gayrimaddi işgörme faaliyetlerinde bir eserden bahsedebilmek için meydana gelen sonucun doğruluğunun objektif ölçütlere göre kontrol edilebilir ve böylece ‘doğru’ veya ‘yanlış’ olarak nitelendirilebilir olması şartını arayan Federal Mahkeme’nin yaklaşımı da konser vermenin eser olarak nitelendirilmesini zorlaştırır. Zira bu tarz fikri nitelikteki edimler güçlü bir bireysel karakter arz eder ve bu nedenle bunların objektif bir kriterle değerlendirilmesi, doğru veya yanlış olarak addedilmesi neredeyse mümkün değildir⁶⁴. Yine eser olarak vasıflandırmanın bir diğer şartı olan ‘sınırlandırılabilirlik’ unsurunun da konser sözleşmesi bakımından irdelenmesi gerekir. Şöyle ki eserden söz etmek için ortaya çıkan sonuç, belli ölçüde belirli ve sınırlandırılabilir olmalıdır. Bu noktadan hareket edilirse, özellikle, gösterilen faaliyetten ayrılabilen, sınırlandırılabilir (bağımsız ve ayrı) bir sonucun var olup olmadığı önemlidir. Zira böyle bir işgörme sonucu tespit edilemezse, sonuç faaliyetin kendisine indirgenir ki bu da eser sözleşmesinin kapsamını son derece genişletmiş olur⁶⁵.

Öğretideki diğer görüş ise konser vermeyi bir eser meydana getirme, konser sözleşmesini de eser sözleşmesi olarak kabul etmektedir⁶⁶. Buna göre yük-

⁶² Gauch (n 39) para 45.

⁶³ Bu yönde aktarılan görüş ve açıklamalar için bkz. Brugger (n 3) 53.

⁶⁴ Bühler, Art. 363 OR (n 32) para 64.

⁶⁵ Örneğin bir etkinlik seyirci sözleşmesi bu nedenle eser sözleşmesi olarak kabul edilmemelidir. Bkz. Koller, *Werkvertragsrecht* (n 32) para 57 ve ayrıca bkz. 58.

⁶⁶ Konser vermenin, eser sözleşmesinin konusu olabileceği görüşünü paylaşan yazarlar için bkz. Akkurt (n 36) 34; Aral ve Ayrancı (n 32) 373; Kılıçoğlu (n 32) 456; Akbulut (n 47) 88; Aydoğdu, Tuncer ve Meral (n 32) 767; Zevkliler ve Gökyayla (n 31) 490. Öğretide aksi yönde bir değerlendirmeye rastlamak da mümkündür. Sanatsal etkinlikler eser niteliğini haiz değildir. Bkz. M. Turgut Öz, *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi* (Kazancı Hukuk Yayınları 1989) 7.

lenici konser vermeyi üstlendiğinde bir sonuç taahhüdünde bulunur⁶⁷. Müzisyen, konser şeklindeki bir sanatsal sunumun meydana getirilmesi sonucuna borçlanmaktadır⁶⁸. Belirtmek gerekir ki müzisyenin burada borçlandığı şey, sanatsal sunumun seyirciler tarafından beğenilmesi veya alkışlanması değildir⁶⁹. O sadece, ‘müzikal bir sunum’ biçimini arz eden sonuç vaadinde bulunmaktadır. Seyircilerin bu konseri beğenmesi veya bu konser sonucunda diledikleri gibi eğlenmesi vaadinde ise bulunmamaktadır. Nitekim bu şekildeki bir netice, izleyicilerin kişisel özellik ve tercihleri sebebiyle zaten vadedilebilir bir sonuç da değildir. Öyleyse müzisyen, en geniş anlamıyla müzikal bir performansı sahneye çıkıp icra ettiğinde, sözleşme ile borçlandığı ‘eseri’ meydana getirmiş ve teslim etmiş sayılmalıdır. Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi’nin gayrimaddi edimlerde aramış olduğu ‘sonucun doğruluğunun kontrol edilebilir olması’ kriterinin şart koşulması halinde dahi, konser verme ediminin bu şartı yerine getirdiği ifade edilmiştir. Şöyle ki müzisyenin sözleşme ile borçlandığı eseri yerine getirip getirmediği yani konseri verip vermediği ve böylece kötü ifa edilmiş dahi olsa borcunu ifa edip etmediği, konser anında orada bulunarak sorunsuz biçimde doğrulanabilir. Organizatörün müzisyenden hukuken beklediği performansı müzisyenin yerine getirememiş olması, başka bir ifadeyle kötü ifada bulunması ise eser olarak vasıflandırmanın değil ayıptan doğan sorumluluğun ilgi alanına girer ve konser vermenin eser niteliği üzerinde etkide bulunmaz⁷⁰.

Kanaatimizce ‘konser verme’, TBK m. 470 uyarınca bir eser meydana getirmedir. Bize göre TBK m. 470 anlamındaki eser kavramı hem cismani hem de cismani olmayan işgörme sonuçlarını kapsar. Gayrimaddi işgörme neticelerini eser olarak vasıflandırmak için bu sonucun bağımsız şekilde vücut bulması ve objektif olarak ‘algılanabilir’ olması yeterli görülmelidir. Buna karşın cismaniyet kazanma, eser sayılmanın bir şartı olarak aranmamalıdır. Bu doğrultuda müzisyenin sergilediği performans sonucunda ortaya çıkan müzikal sunum TBK m. 470 (OR Art. 363) anlamında eser olarak ve konser sözleşmesi de eser sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir. Burada her ne kadar faaliyet ve sonuç bir bütünlük arz ediyor, sonuç kendisini faaliyette gösteriyor gibi görünse de faaliyetten bağımsız ve objektif olarak seyircilerce algılanabilen bir sonucun var olduğu aşıkardır. Konserin dinlenebilmesi, izlenebilmesi ve hatta kaydının tutulabilme-

⁶⁷ Risch and Kernst (n 1) 25.

⁶⁸ Fierdag (n 9) para 164.

⁶⁹ Risch and Kernst (n 1) 25.

⁷⁰ Brugger (n 3) 54.

si, ortaya objektif açıdan algılanabilir bir işgörme sonucunun çıktığını gösterir. Bu ise eser vasıflandırması için gerekli ve yeterlidir. Cismaniyet şartı, gelişen teknolojiler karşısında eser olmanın bir unsuru olarak aranmamalıdır⁷¹. Bu nedenle, niteliği gereği bir süre ile sınırlı biçimde (geçici) olarak ortaya çıkmasına rağmen⁷², eser meydana getirme olgusundan bahsetmek mümkün olmalıdır⁷³. Her ne kadar konser verme biçimindeki faaliyet ile müzikal sunum şeklindeki sonuç zamansal olarak aynı anda mevcut olsa da ortada objektif olarak algılanabilen, faaliyetten bağımsız ve sınırlandırılabilir bir sonucun var olduğu söylenebilmelidir.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin, sanatçı ile akdedilen sözleşmeler bakımından genel olarak hizmet ve eser sözleşmesini değerlendirmeye esas aldığı ifade edilmektedir. Federal Mahkeme özellikle 'bağımlılık' unsuruna dikkat çekmekte ve bu unsurun olmadığı, örneğin bir defa için kararlaştırılan sanatsal edimlerde eser sözleşmesinin varlığına hükmetmektedir⁷⁴. Bu durumda Federal Mahkeme, orkestra veya sanatçının sanatsal sunumunu OR Art. 363 (TBK m. 470) uyarınca eser olarak görmektedir⁷⁵. Yargıtay da bazı kararlarında sanatçı ile konser vermek üzere akdedilen sözleşmelerin eser sözleşmesi olduğu sonucuna varmıştır. Bu bakımdan Yargıtay Başkanlar Kurulu'nun 1968 yılında verdiği bir karar örnek olarak gösterilebilir. Kararda gazino sahibi ile şarkıcı arasında akdedilen sözleşmenin eser sözleşmesi olduğu ifade edilmiştir⁷⁶. Yargıtayın aynı sonuca vardığı farklı tarihli başka kararları da bulunmaktadır⁷⁷.

Eser kavramının Türk/İsviçre hukukuna kıyasla açıkça daha geniş tanımlandığı Alman hukukunda, konser sözleşmesinin eser sözleşmesi olarak kabul edil-

⁷¹ Benzer yönde bkz. Zindel and Schott, Vorbem. zu Art. 363-379 OR (n 32) para 5.

⁷² Bütünlük arz eden, belirlenebilir bir işgörme sonucu, geçici nitelikte olsa bile eser olarak kabul edilebilir. Bkz. Kurt (n 42) 32.

⁷³ Bu yönde bkz. Akbulut (n 47) 88. Yazara göre nasıl bir bina inşası eser olarak kabul edilebiliyorsa bir şarkının bestelenmesi veya bir konserin verilmesi biçimindeki taahhütler de eser sözleşmesinin konusunu teşkil edebilmelidir.

⁷⁴ İsviçre Federal Mahkemesi, sanatçının bağımlı çalışıp çalışmadığına göre hizmet veya eser sözleşmesi yönünde karar vermektedir. Bu konudaki açıklamalar ve bazı karar örnekleri için bkz. Bühler, Art. 363 OR (n 32) para 149.

⁷⁵ BGE 112 II 41 E 1a/aa Bkz. Hürlimann and Siegenthaler, Art. 363 OR (n 35) para 2.

⁷⁶ Yargıtay Başkanlar Kurulu, 12/76, 23.02.1968. Burada asıl tartışılması gereken sözleşmelerin hizmet ve vekâlet sözleşmeleri olduğu yönünde bkz. Tandoğan, *Borçlar* (n 32) 18.

⁷⁷ Yargıtay 15 HD, 2315/1808, 27.04.2017; Yargıtay 15 HD, 1340/1649, 21.09.1972 <<https://legalbank.net/arama>> Erişim Tarihi 1 Nisan 2025.

diği görülmektedir⁷⁸. Buna göre eser objektif olarak algılanabilen bir işgörme sonucunu ifade eder. Konser sözleşmesinde sanatçı belli bir biçimlendirme serbestisine sahiptir. Ancak aynı zamanda o, icra ettiği sanatın bilinen kuralları çerçevesinde, kendi sanatsal kabiliyetleri ve niteliklerine uygun biçimde, sözleşme ile kararlaştırılmış olan bir eser ortaya koyma borcunu üstlenir. O halde sanatçı, somut ve objektif kriterlere göre belirlenebilir bir program/performansın icrasını üstlenmişse, söz konusu konser sözleşmesinin bir eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekir⁷⁹.

3. Ayıptan Doğan Sorumluluk Hükümlerinin Konser Verme Borcunda Uygulanabilirliği

Konser sözleşmesinin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi bakımından ileri sürülebilecek başka bir itiraz, eser sözleşmesi için öngörülen ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin sanatçının 'konser verme' borcu bakımından elverişli olmadığıdır. Zira, TBK m. 474 ve devamı hükümler ile düzenlenen yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu, sadece cismani varlığı olan ve teslim edilebilir eserler bakımından uygulama alanı bulabilir, gayrimaddi işgörme sonuçları açısından ise elverişli değildir⁸⁰. Özellikle de iş sahibinin TBK m. 474 ile düzenlenen gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetleri açısından problemler mevcuttur. Zira bu külfetlerin yerine getirilebilmesi için eserin iş sahibine teslimi gerekir (TBK m. 474). Oysa gayrimaddi edimler teslim edilebilir değildir⁸¹.

Türk/İsviçre hukukunda eser sözleşmesini, genel hizmet veya vekâlet sözleşmesinden ayırmaya yarayan en belirleyici kriter elbette yüklenicinin bir sonuç taahhüdünde bulunmasıdır. Ancak bu kriter, bazı görüşlerce ayırım yönünden tek başına yeterli addedilmemektedir. Sonucun taahhüt edilebilir olmasının yanında, somut olayda ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin uygulanabilir olup olmadığına da bir değerlendirme kriteri olarak başvurulduğu görülmek-

⁷⁸ Fierdag (n 9) para 164; Homann (n 4) 210; Risch and Kerst (n 3) 25. Ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin eser sözleşmesi ile kabul edilmiş ve düzenlenmiş olması, konser sözleşmesinin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesinde uygulama açısından bir artı teşkil etmektedir. Bkz. Funke and Müller (n 2) para 215.

⁷⁹ Homann (n 4) 210.

⁸⁰ Tandoğan, *Borçlar* (n 32) 19. Sanat etkinliklerinin, ne zaman ve hangi durumda ayıplı olduklarını eser sözleşmesinde öngörülen hükümler dahilinde tespit ederek çözmek öğretide pek mümkün görünmemiştir. Bkz. Öz (n 66) 7.

⁸¹ Haluk Tandoğan, 'İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırdedilmesi' *İmran Öktem'e Armağan* (Sevinç Matbaası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1970) 317.

tedir. Bu doğaldır. Zira, yüklenici bir sonuç vaadinde bulunduğu için onun sorumluluğu da bu sonuçla ilişkili olmalıdır. Buna bağlı olarak eser sözleşmesinde TBK m. 474 ve devamı hükümleri ile yüklenicinin kötü ifasının karşılığı olarak ayıptan doğan sorumluluk hükümleri kaleme alınmıştır. Buradan hareket edildiğinde, ayıptan doğan sorumluluğun uygulanmasına elverişli olmayan edimlerde, esasında gerçek anlamda bir sonuç vaadinden bahsedilemeyeceği kabul edilmektedir. Özellikle, bir oyuncunun bir rolde oynaması veya bir şarkıcının şarkı söylemesine ilişkin akdedilen sözleşmelerde, ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin niteliği gereği uygulanabilir olmadığı, burada sonuca ilişkin bir sorumluluktan ziyade özen sorumluluğunun daha uygun düşeceği ve bu nedenle vekâlet sözleşmesi hükümlerine başvurulması gerektiği ifade edilmektedir⁸². Bir şekilde ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin uygulanması kabul edilse dahi, özellikle sanatsal nitelikteki eserlerin değeri ile bu eserlerin ayıplı olup olmadığının tespiti çoğu kez objektif olarak pek mümkün olmayacaktır. Zira bu eserler, işin uzmanlarına göre bile değişkenlik gösterebilen ve öznel değer yargılarına konu teşkil eden işgörme sonuçlarıdır⁸³.

Eser sözleşmesini düzenleyen TBK m. 470 ve devamı hükümler bütüncül bir bakış açısıyla incelendiğinde, örneğin iş sahibinin gözden geçirme ve ihbar külfetleri bakımından eserin teslim edilmesinin gerekmesinde olduğu gibi, hükümlerin genel itibarıyla cismani eserler düşünülerek kaleme alındığı inkar edilemez. Nitekim eser sözleşmesinde yüklenicinin asli borcunun sadece eserin meydana getirilmesi değil aynı zamanda eserin iş sahibine teslim edilmesi de olduğu kabul görmektedir⁸⁴. Yüklenici meydana getirdiği eseri teslim ettiğinde borcundan kurtulur. Elbette iş sahibi de eseri teslim almalıdır. Aksi halde alacaklı temerrüdü hükümleri uygulama alanı bulur. Eserin teslim alınması, onun kabulü anlamını taşımaz. Eseri kabul etmek, iş sahibinin eserin ayıpsız olduğunu ifade ettiği irade açıklamasıdır⁸⁵. Özellikle, ayıptan doğan sorumluluk hükümleri bakımından iş sahibinin eseri teslim alması önemlidir. Örneğin TBK m. 474/1 uyarınca iş sahibinin gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetleri teslimle başlar. Cismani bir varlığı olan eserlerde, eserin teslimi sorunsuzdur. Örneğin bir elbi-

⁸² Kurşat (n 33) 159. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Gauch (n 39) para 39.

⁸³ Açıklamalar için bkz. Tandoğan, 'İstisna' (n 81) 317.

⁸⁴ Rusch, Art. 363 OR (n 32) para 1; Zindel and Schott, Art. 363 OR (n 32) para 2.

⁸⁵ Metin Sürer ve Bahadır Demir, 'Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Eser Sözleşmesinde Ayıp Sebebiyle Sorumluluk' (2023) 14 (1) İnÜHFD 232, 236; Gümüş (n 29) 503; Aral ve Ayrancı (n 32) 405; Zevkililer ve Gökyayla (n 31) 515; Eren, *Özel Hükümler* (n 32) para 2113.

senin teslimi, onun iş sahibinin hakimiyet alanına madden geçirilmesiyle gerçekleşmiş olur. Niteliği gereği teslim konu olamayan gayrimaddi eserlerde ise teslimin ne zaman yapılmış sayılacağına belirlenmesi kolay değildir. Yine de bu tarz eserlerde de teslim olgusundan bahsetmek mümkün olmalıdır. Bu eserlerde teslimin, eserin iş sahibince görülecek şekilde tamamlanması ve tasarrufa hazır hale getirilmesi anlamını taşıdığı kabul edilebilir⁸⁶.

Ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine gelince, belirtmek gerekir ki cismani eserlere kıyasla cismani olmayan eserlerde bu hükümlerin uygulanması elbette kolay ve sorunsuz değildir⁸⁷. Fakat ayıptan doğan sorumluluğun tamamen dışlandığı da kabul edilemez. Zorluklarına rağmen bu hükümlerin uygulanabilir olduğu durumlar mevcuttur⁸⁸. Ayrıca ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin cismani eserlerde de her zaman sorunsuzca uygulandığı söylenemez⁸⁹.

Yüklenici ayıplı bir eser teslim ettiğinde, bu eserin ayıplarından TBK m. 474 ve devamı hükümler uyarınca sorunlu olur. Eser sözleşmesinde ayıp, söz konusu eserin sözleşmede kararlaştırılan veya dürüstlük kuralı gereği eserden beklenen nitelikleri taşımaması anlamına gelir⁹⁰. Tanım değerlendirildiğinde, sanatçı tarafından verilen konserin ayıplı olmasından da söz edilebilir. O halde konser, sözleşmede kararlaştırılan niteliklere uygun olmadığında veya dürüstlük kuralı gereği ondan makul olarak beklenen nitelikleri taşımadığında ayıplı kabul edilmelidir. İlk ihtimal problem arz etmez. Zira sözleşmede kararlaştırılan özellikler bellidir ve bu özelliklere aykırı bir konser verilmesi halinde ayıptan söz edilebilecektir. Örneğin sözleşmede kararlaştırılardan çok daha az bir süre sahnede kalmak veya kararlaştırılanlardan farklı parçaları seslendirmek böyledir⁹¹. Buna karşın, dürüstlük kurallarına göre konserden beklenen niteliklerin neler olduğunun tespiti zordur. Zira konser verme şeklindeki edim, sanatsal ve

⁸⁶ Benzer yönde bkz. Akkurt (n 36) 43.

⁸⁷ Bu zorlukların bir maddi hukuk sorunu değil ispat hukuku sorunu olduğu yönünde bkz. Akbulut (n 47) 88.

⁸⁸ Brugger (n 3) 61. İsviçre Federal Mahkemesi'nin sanatsal edimlerde, iş sahibinin sonucu incelemek ve ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine başvurmak bakımından sınırlı bir imkana sahip olmasının tek başına, bu tarz edimleri konu alan sözleşmelerin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesine aykırı düşmeyeceğini ifade ettiği kararı ve bu kararın yerinde olduğu yönündeki görüş için bkz. Zindel and Schott, Vorbem. zu Art. 363-379 OR (n 32) para 6.

⁸⁹ Koller, Art. 363 OR (n 32) para 98.

⁹⁰ Eren, *Özel Hükümler* (n 32) para 2162; Sürer ve Demir (n 85) 237; Gümüş (n 29) 525; Aral ve Ayrancı (n 32) 412; Aydoğdu, Tuncer ve Meral (n 32) 781; Zevkliiler ve Gökyayla (n 31) 552.

⁹¹ Homann (n 4) 215.

kişisel özellikler taşır. Yine de bu kapsama enstrümanların doğru akord edilmesi ve birbiriyle uygun surette çalınması veya müziğin bilinen temel kurallarına ve sanatçının kabiliyetlerine uygun bir konser icra edilmesi girebilir. Etkinlik süresince şarkıyı birden fazla defa kesip yeniden başlatmak ya da konsere müziği icra edemeyecek ölçüde alkollü çıkarak şarkıları söyleyememek konseri ayıplı hale getirebilir⁹². Benzer şekilde, bir pop sanatçısının herkesçe iyi bilinen repertuarını icra etmek yerine, konser başladıktan sonra aniden, bilinmeyen sanatçılarla düet yapması konserin ayıplı olmasına sebebiyet verebilir⁹³.

Konserin ayıplı olabileceği ve yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğunun kabulü, yine de bu hükümlerin gayrimaddi edimlerde sorunsuzca uygulanabilir olduğunu göstermez. Konser sözleşmesi özelinde değerlendirmek gerekirse, öncelikle eserin işahibince gözden geçirilmesi ve ayıpların bildirilmesi külfetleri bakımından problemler doğmaktadır. Gerçekten de TBK m. 474/I'e göre 'işahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır'. Aksi halde işahibi eseri kabul etmiş sayılır ve yüklenici sorumluluktan kurtulur (TBK m. 477/II). Oysa konserin ayıplı olma vasfı, onun icrasıyla ve verildiği esnada ortaya çıkar. Bu nedenle gözden geçirme külfetinin de işahibince o esnada yerine getirilmesi gerektiği savunulmaktadır. Zira konserin bir cismani form arz etmemesi nedeniyle daha sonra incelenmesi mümkün görülmemektedir. Öyle ki konserin tamamlanmasından sonra organizatör nezdinde sadece, doğası gereği geçen zamanla beraber değişen bir izlenim kalır. Bu nedenle hem gözden geçirmenin konser anında yapılması hem de varsa ayıpların aynı günün akşamı bildirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁹⁴. Kanaatimizce gelişen teknolojiler karşısında bu görüşe katılmak pek mümkün değildir. Bize göre gayrimaddi işgörme neticelerinin eser olarak kabulü için cismaniyet kazanması gerekmez. Önemli olan ortaya hukuken bütünlük arz eden, taahhüt edilebilir ve objektif olarak algılanabilir bir sonucun çıkmış olmasıdır⁹⁵. Konserin maddi bir olgu olmaması onun eser olarak kabulüne engel değildir. Bununla beraber, konser etkinliğinin dijital olarak kaydı, bahsedilen gözden geçirme ve ayıplı bildirme külfetlerinin yerine getirilmesini kolaylaştıracak ve anılan sorunları ortadan kaldıracaktır. Kayda alınmış bir konserin varlığı ha-

⁹² Bu yönde bkz. Brugger (n 3) 63, 64.

⁹³ Risch and Kerst (n 1) 25.

⁹⁴ Brugger (n 3) 64, 65.

⁹⁵ Benzer yönde bkz. Kurt (n 42) 33.

linde, konser anında gözden geçirme ve varsa ayıpları aynı günün akşamı bildirme şeklindeki zorunluluk ortadan kalkacaktır. İş sahibi bu ihtimalde, sadece TBK m. 474 ile ifade edildiği gibi 'işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz' eseri gözden geçirebilecek ve 'uygun bir süre içinde' de varsa ayıpları bildirebilecektir. Öğretide de haklı olarak ifade edildiği gibi⁹⁶ cismaniyetin yokluğu, eser olarak vasıflandırma ile ilgili olmayıp ispat hukukuna ilişkin bir mesele olarak görülmelidir.

Konserin ayıplı olması halinde iş sahibinin TBK ile öngörülen seçimlik haklardan hangisi/hangilerine başvurabileceği meselesi de problemsiz değildir. TBK m. 475 (OR Art. 378), eserin ayıplı olması halinde iş sahibine tanınan seçimlik hakları saymaktadır. Bunlar sırasıyla sözleşmeden dönme (b. 1), bedelden indirim isteme (b. 2) ve eserin ücretsiz onarımını isteme (b. 3) şeklindedir. Ayrıca iş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı da saklıdır (TBK m. 475/II).

İş sahibinin konserin ayıplı olması halinde bu seçimlik haklardan hangisine başvurabileceği meselesine gelince, konser verme biçimindeki edimin gayrimaddi ve geçici niteliği bu konuda bazı sorunlara sebebiyet vermektedir. Şöyle ki; iş sahibinin ilk seçimlik hakkı olan sözleşmeden dönmeye başvurabilmesi için eserin iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı veya sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olması gerekir (TBK m. 475/I, b. 1). Şartlar gerçekleşip de iş sahibi sözleşmeden döndüğünde, artık taraflar arasında bir tasfiye ilişkisi mevcut olur. Bu süreçte tarafların, önceden ifa ettikleri edimleri birbirlerine iadeleri gerekir⁹⁷.

Konser sözleşmesinin eser sözleşmesi olarak kabulü ihtimalinde, iş sahibinin dönme hakkını kullanabilmesi açısından gerek konserin ne zaman TBK m. 475/I, b. 1 anlamında dönmeye imkan verecek ölçüde ayıplı olduğu gerekse hakkın kullanılmasından sonraki tasfiye ilişkisi problem arz etmektedir. Dönme hakkının kullanılmasıyla beraber iş sahibinin ve yüklenicinin edimleri birbirine iadesi gerekir. Oysa iş sahibinin elinde yükleniciye iade edeceği herhangi bir şey kalmamıştır. Zira konserin gayrimaddi ve geçici karakteri, onun müzisyene iade edilmesine imkan vermeyecektir⁹⁸.

⁹⁶ Kurt (n 42) 32; Akbulut (n 47) 88.

⁹⁷ Aral ve Ayrancı (n 32) 419.

⁹⁸ Brugger (n 3) 66.

İş sahibinin bir diğer hakkı olan bedelden indirim isteme hakkı, ayıplı konser halinde seçimlik haklardan başvurulması en mümkün ve makul olanıdır⁹⁹. Ayıp sebebiyle eserde meydana gelen değer kayıplarının varlığı halinde bu hakka başvurulur. Bedelden hangi miktarda indirim yapılacağı nispi yöntem ile bulunur. Buna göre eserin objektif ayıplı değeriyle ayıpsız objektif değeri arasındaki orana göre bedelden indirim yapılmalıdır¹⁰⁰. Bu noktada, ayıplı eserin objektif değerini bulmanın güç olacağı ifade edilmiştir. Bunun için bilirkişiye başvurmak da pek mümkün olmayacaktır. Zira bilirkişinin inceleme yapması, onun konser esnasında orada bulunmasını gerektirecektir ki bu da mümkün değildir. Konser bittikten sonra bir değerlendirme yapmak da ihtimal dahilinde görülmemektedir¹⁰¹. Ancak daha önce de belirtildiği gibi konserin kayda alınması bu meselede de kolaylık sağlayabilir. Yine de konser nihayetinde bir sanatsal faaliyet olduğundan, konserin ayıplı olduğunun tespitinde kişisel görüş ve beğenilerin etkili olma ihtimali vardır ve bu durum zorluk oluşturabilir. Ancak kanaatimizce, bu zorluklarına rağmen ayıp oranında bedelden indirim isteme hakkına başvurmak mümkündür.

Bir diğer seçimlik hak, aşırı masrafı gerektirmemesi şartıyla eserin onarılmasını talep etme hakkıdır. Ancak bu hakkın kullanımı, konser sözleşmesi bakımından elverişli görünmemektedir. Onarım, cismani bir eşyayı çağırıştırır. Eserin onarımını ayıbın giderilmesi olarak anlamak gerekirse de bu hakkın kullanılması konser sözleşmesi bakımından uygun düşmez. Zira konser verme biçimindeki edim doğası gereği süreklilik arz etmez. Sözleşme ile kararlaştırılan saatler arasında var olur ve sonlanır. O halde organizatör ayıbın giderilmesini istiyorsa, bunu o an konser esnasında talep etmelidir. Bu ise pek mümkün olmayacaktır. Diğer taraftan, ayıbın giderilmesi kapsamında sonraki bir tarihte konserin sanatçı tarafından tekrar icra edilmesinin, söz konusu ayıplı konserin saati ve bu etkinliğin satılan biletler karşılığında gerçekleştiği düşünüldüğünde pek de anlamlı olmayacağı anlaşılmaktadır. Ayrıca, ayıbın giderilmesi kapsamında aynı sanatçının sonraki bir tarihte tekrar vereceği konsere aynı ilginin gösterileceği de kuşkuludur. Bu nedenle niteliği gereği iş sahibine kanun ile tanınan bu hak, konser sözleşmesi açısından elverişli görünmemektedir¹⁰².

⁹⁹ Alman hukukunda da konserin ayıplı olması halinde, iş sahibinin bedelden indirim yoluna gidebileceği kabul edilmektedir. Bkz. Homann (n 4) 215.

¹⁰⁰ Sürer ve Demir (n 85) 241; Aydoğdu, Tuncer ve Meral (n 32) 783; Aral ve Ayrancı (n 32) 421; Gümüş (n 29) 540.

¹⁰¹ Brugger (n 3) 66.

¹⁰² Brugger (n 3) 65.

Nihayet yüklenicinin (sanatçı) kusurlu hareket etmesi ihtimalinde, işsahibinin uğradığı diğer zararları genel hükümlere göre talep etme hakkı saklıdır (TBK m. 475/II). Bunlar ayıby takip eden zararlar anlamına gelir ve tazmin edilebilmesi yüklenicinin kusurlu olmasına bağılıdır¹⁰³. Örneğin, sanatçının konsere aşırı alkol tüketmiş biçimde çıkması ve bu nedenle konser süresi boyunca şarkıları gerektiği gibi söyleyememesine bağılı olarak, seyircilerin organizatöre ödedikleri bilet bedelinin bir kısmını veya tamamını geri almaları durumunda, organizatörün uğramış olduğu bu ayıby takip eden zararı sanatçıdan TBK m. 475/II uyarınca talep etmesi mümkündür¹⁰⁴.

Diğer taraftan, her ne kadar eser sözleşmesi için yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu (sonuç sorumluluğu) kabul edilmiş olsa da Borçlar Kanunu bu sorumluluk yanında, yüklenicinin özen sorumluluğuna da yer vermiştir¹⁰⁵. TBK m. 471/I uyarınca yüklenicinin üstlendiği edimleri, işsahibinin haklı menfaatinı gözeterek sadakat ve özenle yerine getirmesi öngörölmüştür. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, 'yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır'. Eğer yüklenici özen borcuna aykırı davranırsa, işsahibi bu nedenle doğan zararlar için sözleşmenin ihlali sebebiyle TBK m. 112 uyarınca tazminat talep edebilir¹⁰⁶. Bu yola, özen yükümlölüğü ihlalinin aynı zamanda eserin ayıplı olmasına da sebebiyet verdiği hallerde gidilemeyeceği, bu durumda yalnızca ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine başvurulması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁷.

Sonuç olarak ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin gayrimaddi işğörme sonuçları açısından içerdđi problemlı yönler inkar edilemez. Bununla beraber, gayrimaddi işğörme sonuçlarında bu hükümlerin tamamıyla uygulanabilir olmadığı da söylenemez. Konserin kayda alınması, işsahibinin gözden geçirme ve varsa ayıpları bildirme külfetlerini yerine getirmesine yardımcı olurken, özellikle bedelden indirim isteme ve tazminat talep etme hakları da işlevselliğini sürdürecektir. Eklemek gerekir ki tarafların konser sözleşmesinde bir cezai şart

¹⁰³ Sürer ve Demir (n 85) 240; Aral ve Ayrancı (n 32) 423; Aydoğdu, Tuncer ve Meral (n 32) 783; Zevkliler ve Gökyayla (n 31) 563.

¹⁰⁴ Brugger (n 3) 67.

¹⁰⁵ Tandoğan, *Borçlar* (n 32) 51.

¹⁰⁶ Aral ve Ayrancı (n 32) 395.

¹⁰⁷ Tandoğan, *Borçlar* (n 32) 53.

kararlaştırmak suretiyle¹⁰⁸ anılan problemler karşısında farklı bir çözüm yolu bulmaları da mümkün görülmelidir.

C. Vekâlet Sözleşmesi Görüşü

Vekâlet sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu ile düzenlenmiş bir diğer işgörmeye sözleşmesidir. TBK m. 502/I uyarınca vekâlet sözleşmesi, ‘vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir’. Vekâlet sözleşmesinde vekil, bir başkasının menfaatine uygun olarak maddi bir fiili gerçekleştirmeyi ya da bir hukuki işlem yapmayı üstlenir¹⁰⁹. Sonuç vaadi ve bedel, bu sözleşmenin esaslı unsurlarından değildir¹¹⁰.

Vekâlet sözleşmesi ile eser sözleşmesi arasındaki sınırı belirlemek her zaman kolay değildir. Özellikle, cismani varlığı olmayan işgörmeye sonuçlarının da eser sözleşmesinin konusu olabileceği kabul edildiğinde, somut olayda bu iki sözleşmeden hangisinin mevcut olduğuna karar vermek zorlaşır¹¹¹. Eser sözleşmesinden farklı olarak vekâlet sözleşmesinde vekil, belli bir sonucun elde edilmesini değil belli bir yönde işgörmeyi taahhüt eder. Vekilin işgörmeye edimini yerine getirmesiyle beraber istenen sonuç ortaya çıkabileceği gibi çıkmayabilir de. Ancak arzu edilen sonucun husule gelmemiş olması vekilin sorumluluğunun tayininde belirleyici değildir. Vekil, sözleşme ile üstlendiği işgörmeye edimini özenle yerine getirdiğinde borcunu ifa etmiş olur¹¹². Vekâlet sözleşmesinde asıl önemli olan işgörmeye ediminin bizatihi kendisidir, faaliyettir. Borcun ifa edilmesinin değerlendirilmesi açısından, sonuç bu sözleşme çeşidinde önem arz etmez. Bu nedenle vekâlet sözleşmesinde bir sonuç taahhüdü, bir başarı vaa-dinden bahsedilemez. Sözleşmedeki işgörmeye ediminin yerine getirilmesi neticesinde ortaya bir sonuç çıkmış olması, sözleşmenin niteliğini değiştirmez¹¹³. TBK m. 506/II’ye göre; ‘Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı men-

¹⁰⁸ Risch and Kerst (n 1) 28.

¹⁰⁹ Aydoğdu, Tuncer ve Meral (n 32) 811; Aral ve Ayrancı (n 32) 447; Zevkliler ve Gökyayla (n 31) 639.

¹¹⁰ Kurşat (n 33) 146; Erdoğan (n 35) 169; Kılıçoğlu (n 32) 463.

¹¹¹ Eren, *Özel Hükümler* (n 32) para 2045.

¹¹² Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 44) 349; Tandoğan, ‘İstisna’ (n 81) 327; Kılıçoğlu (n 32) 463; Aydoğdu, Tuncer ve Meral (n 32) 772; Zevkliler ve Gökyayla (n 31) 511; Aral ve Ayrancı (n 32) 451; Gümüş (n 29) 481; Eren, *Özel Hükümler* (n 32) para 2044.

¹¹³ Zindel and Schott, Vorbem. zu Art. 363-379 OR (n 32) para 8; Bühler, Art. 363 OR (n 32) para 159; Kurşat (n 33) 147; Aral ve Ayrancı (n 32) 452.

faatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür'. Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre, vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde 'benzer alanda iş ve hizmet üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranışın' esas alınacağı öngörülmüştür.

Öğretideki bir görüş, konser sözleşmesini vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirmeyi tercih etmektedir¹¹⁴. Bunun temelinde esasen, bu işgörme edimlerinin cismani bir sonuç olmadığı¹¹⁵ veya şarkı söylemek ya da oyunculuk yapmak gibi işgörme edimleri bakımından eser sözleşmesindeki ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinden, vekâlet sözleşmesindeki vekilin özen borcundan doğan sorumluluğuna ilişkin hükümlerin daha elverişli olduğu düşüncesi¹¹⁶ yer alır. Sanatsal faaliyetlerde, sanatçılar belirli bir sonucu borçlanmış gibi görünmelerine rağmen esasında onlar kesin bir neticeden ziyade, sanatsal yeteneklerini özenle yaptıkları işgörme faaliyetine seferber etmekten ibaret olan bir borç altına girmektedir¹¹⁷. Gerçekten de örneğin bir sanatçının bir gazinoda şarkı söylemesine ilişkin sanatçı ile gazino sahibi arasında yapılan sözleşmenin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Burada, eğer zaman unsuru bir önem arz etmiyorsa, ki bu durum hizmet akdinin söz konusu olması ile ilgilidir, vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerekir¹¹⁸. Bu noktada, vekâlet sözleşmesinde vekilin sadece hukuki işlemlerin değil maddi fiillerin de yerine getirilmesini üstlenebilecek olması önemlidir. Dahası, sanatçının şarkı söylemek biçimindeki edimine vekâlet sözleşmesindeki özen kriteri ve sorumluluğunu uygulamak, eser sözleşmesindeki ayıptan doğan sorumluluk hükümlerini uygulamak karşısında daha tercihe şayan görünmektedir¹¹⁹. Diğer taraftan, vekâlet sözleşmesinde TBK m. 512 ile taraflara tanınan sözleşmeyi her zaman sona erdirmeye imkanı da bu çeşit sözleşmelere daha uygundur¹²⁰.

Kanaatimizce konser sözleşmesini vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirmek mümkün görünmemektedir. Gayrimaddi nitelikteki bu işgörme sonuçlarının eser olarak kabulüne herhangi bir engel yoktur. Bu nitelendirme için cismaniyet

¹¹⁴ Öz (n 66) 7.

¹¹⁵ Maddi olarak tecessüm etmeyen sanat ve spor çalışmaları bakımından vekâlet sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği yönünde bkz. Yavuz, Acar ve Özen (n 32) 545.

¹¹⁶ Kurşat (n 33) 159.

¹¹⁷ Öz (n 66) 7.

¹¹⁸ Tandoğan, 'İstisna' (n 81) 319. Aksi yönde bkz. Kurt (n 42) 32.

¹¹⁹ Tandoğan, 'İstisna' (n 81) 317. Ayrıca bkz. Tandoğan, *Borçlar* (n 32) 18, dn 57.

¹²⁰ Tandoğan, *Borçlar* (n 32) 20.

şartını aramak gerekli olmadığı gibi ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin de - sınırlı olarak da olsa - bu sözleşmelere tatbiki imkanı olduğunu hatırd tutmak gerekir¹²¹. Diğer taraftan vekâlet sözleşmesi hükümleri de niteliği itibariyle konser sözleşmesine uygun düşmez. Vekâlet sözleşmesi, diğer işgörme sözleşmelerine göre 'güven' unsurunun daha ön plana çıktığı bir sözleşmedir. Nitekim TBK m. 512 ile vekâlet sözleşmesi taraflarına sözleşmeyi diledikleri zaman sona erdirmeye imkanının tanınmış olması da bunu destekler niteliktedir¹²². Bu önemlidir. Zira öğretide, gayrimaddi bir işgörme faaliyetini konu edinen bir sözleşmenin eser sözleşmesi veya vekâlet sözleşmesi olarak vasıflandırılmasında, bu sözleşme açısından, tarafların sözleşmeyi her daim tek taraflı sona erdirmeye imkanının mı, yoksa sadece bir tarafın tam tazminat karşılığı sözleşmeyi sona erdirebilme imkanının mı daha uygun düşeceğine, kimi zaman bir kriter olarak başvurulmaktadır¹²³. Bu bilgiler ışığında, vekâlet sözleşmesinde öne çıkan güven unsuru ve bu kapsamdaki sözleşmenin taraflarca her zaman sona erdirilebilme imkanı, konser sözleşmesinde hakkaniyetli ve taraf menfaatlerine uygun görünmemektedir¹²⁴. Vekâlet sözleşmesinin tipik örneklerinden olan hekim ile hasta arasındaki veya avukat ile müvekkil arasındaki ilişki, vekâlet sözleşmesindeki güven unsurunu ve sözleşmeyi tek taraflı sona erdirmeye imkanının yerindeliğini yansıtmaktadır. Ancak aynı şeyi, konser sözleşmesi için söylemek mümkün değildir. Nitekim TBK m. 512 hükmünün emredici niteliği de¹²⁵ görüşümüzü destekler niteliktedir. Konserin icrasında her iki tarafın da menfaatinin olduğu ve işin görülmesinin güven unsurunu ön plana çıkaracak ölçüde bir devamlılık arz etmediği bu sözleşmede, örneğin konsere birkaç dakika kala dahi taraflardan her birinin sözleşmeyi sona erdirebilmesi hakkaniyetli ve sözleşmenin doğasına uygun sonuçlar doğurmayacaktır¹²⁶. Buraya kadar açıklamış olduğumuz gerekçelerle konser sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceği kanaatindeyiz.

¹²¹ Bu yönde bkz. yuk. III, B, 3 başlığı altındaki açıklamalar.

¹²² Öz Seçer, 'Vekâlet Sözleşmesinin Vekâlete Özgü Sebeplerle Sona Ermesi' (2015) 6 (4) İnÜHFD 877, 879; Zevkliler ve Gökyayla (n 31) 511; Gümüş (n 29) 607.

¹²³ Tandoğan, 'İstisna' (n 81) 327.

¹²⁴ Koller, Art. 363 OR (n 32) para 102.

¹²⁵ Kılıçoğlu (n 32) 563; Aydoğdu, Tuncer ve Meral (n 32) 822; Zevkliler ve Gökyayla (n 31) 669; Gümüş (n 29) 607. Ayrıca bkz. Zindel and Schott, Vorbem. zu Art. 363-379 OR (n 32) para 8. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Seçer (n 122) 887.

¹²⁶ Brugger (n 3) 60.

D. Hizmet Sözleşmesi Görüşü

Konser sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin olarak ileri sürülen bir diğer görüş, hizmet sözleşmesi görüşüdür. Hizmet sözleşmesi, TBK m. 393/1 ile şöyle tanımlanmıştır: ‘İşçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir’. İşçinin işveren karşısında zayıf konumda olması ve korunma ihtiyacı sebebiyle daha özel hükümlerin yer aldığı 4857 sayılı İş Kanunu kabul edilmiştir. Bu kanuna göre iş sözleşmesi, ‘bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir’. Her iki kanun farklı terimler tercih etse de tanımların birbiriyle yakın ilişki içinde olduğu anlaşılmaktadır. İş sözleşmesine evvela İş Kanunu hükümleri uygulanacak ve burada hüküm olmayan hallerde TBK ile düzenlenen hizmet sözleşmesi hükümlerine başvurulacaktır. Diğer taraftan İş Kanunu’nun dördüncü maddesi uyarınca somut olayda bu kanun kapsamı dışında kalan ve başka bir özel kanun kapsamına da girmeyen işçiler bakımından da TBK m. 393 ve devamı hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹²⁷.

Hizmet sözleşmesinin kanuni tanımından hareket edildiğinde, bu sözleşmenin başlıca unsurlarının; belirli veya belirli olmayan bir süre için iş görme, ücret ve bağımlılık olduğu anlaşılmaktadır¹²⁸. İşgörme/hizmet, işçi tarafından edim olarak gerçekleştirilen ve karşı taraf bakımından ekonomik değere sahip her tür insan emeği anlamını taşır. İşin niteliği herhangi bir sınırlama içermez. Bedeni, teknik, bilimsel, sanatsal veya fikri niteliği haiz işgörme edimleri, hizmet sözleşmesinin konusunu oluşturabilir¹²⁹. Öyleyse sanatçının konser vermesi de iş görme olarak nitelendirilebilir. Tam gün çalışma hizmet sözleşmesinin unsuru olmadığı için günün belli saatlerinde veya haftanın belli günlerinde konser verilmesi halinde de diğer şartlar mevcutsa, hizmet sözleşmesinin varlığından bahsedilebilir. Belirtilmelidir ki hizmet sözleşmesinde bir sonuç değil, sözleşme ile kararlaştırılan faaliyetin kendisi borçlanılır. Hizmet sözleşmesinin tarafı (işçi), söz konusu faaliyeti gerekli özen kriterine uygun gerçekleştirdiğinde, ortaya bir sonuç çıkmaz veya işverenin arzu ettiği sonuç çıkmazsa, işçi yine de borcunu ifa etmiş sayılır ve ücreti hak eder. Onun sorumluluğu bir sonuç so-

¹²⁷ Aydoğdu, Tuncer ve Meral (n 32) 748.

¹²⁸ Akkurt (n 36) 15; Aydoğdu, Tuncer ve Meral (n 32) 748; Eren, *Özel Hükümler* (n 32) para 1823.

¹²⁹ Eren, *Özel Hükümler* (n 32) para 1824; Erdoğan (n 35) 162; Akkurt (n 36) 16; Zevkliler ve Gökyayla (n 31) 453.

rumluluğu olmayıp özen sorumluluğudur¹³⁰. Burada önemli olan işçinin belirli veya belirli olmayan bir süre için işverene bağımlı olarak, sonuçtan ziyade faaliyetin ön plana çıktığı bir edimi ifa etmesidir. Bu edim karşılığında işveren de ücret ödeme borcu altında olacaktır ki bu unsur da konser sözleşmesi bakımından problem arz etmez.

Hizmet sözleşmesinin en önemli ve bu sözleşmeyi diğer işgörme sözleşmelerinden ayıran temel özelliği, 'bağımlılık' unsurudur¹³¹. Gerçekten de hizmet sözleşmesinden söz edebilmek için işçinin işverene bağımlı çalışması gerekir¹³². Bu unsur, konser sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesi bakımından ayırt edici olduğu için aşağıda ayrıca incelenecektir.

Bağımlılık, işçinin işverenin emir ve talimatlarına bağlı olarak onun hakimiyeti altında işgörmesi anlamını taşır¹³³. Özellikle eser sözleşmesine kıyasla hizmet sözleşmesinde işi gören kimse işverene daha bağımlıdır. Gerek iş araç ve aletlerinin seçimi gerekse işin icrası ve düzenlenmesinde işi gören iş sahibinin talimatları ile bağlı ise ve işveren de büyük oranda o işi sevk ve idare etmekteyse, hizmet sözleşmesinin varlığından bahsedilebilir¹³⁴. Konser vermeye ilişkin bir sözleşmenin, hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesinde asıl belirleyici olan faktör budur. Bir müzisyenin, bir kimsenin iş organizasyonuna dahil olduğu ve böylece onunla ekonomik, kişisel ve işletmesel açıdan bir tabiiyet ilişkisi içinde bulunduğu bir sözleşme mevcutsa, bu sözleşmenin hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesinden bahsedilebilir. Somut olayın şartları dahilinde, müzisyenin söz konusu faaliyeti ne ölçüde serbestçe biçimlendireceği, diğer bir deyişle etkinliği düzenleyen konserin seyri ile sanatsal yorumun tarz ve biçimine hangi ölçüde etki edebileceği bu açıdan önemlidir¹³⁵.

Daha önce de belirtildiği gibi konser seyirciler huzurunda gerçekleştirilen bir etkinlik olup organizatörün konserin yer, saat ve süresini belirlemesi, gerek

¹³⁰ Erdoğan (n 35) 164; Eren, *Özel Hükümler* (n 32) para 2036; Tandoğan, 'İstisna' (n 81) 326; Kılıçoğlu (n 32) 405, 462; Tandoğan, *Borçlar* (n 32) 37; Aydoğdu, Tuncer ve Meral (n 32) 749.

¹³¹ Eren, *Özel Hükümler* (n 32) para 1827.

¹³² Bühler, Art. 363 OR (n 32) para 148.

¹³³ Akkurt (n 36) 20; Kılıçoğlu (n 32) 398; Aydoğdu, Tuncer ve Meral (n 32) 749; Zevkliler ve Gökyayla (n 31) 457.

¹³⁴ Tandoğan, *Borçlar* (n 32) 38; Tandoğan, 'İstisna' (n 81) 326. Yüklenici iş sahibine bağımlı çalışmaz, onun talebi yönünde sözleşme konusu eseri bağımsız biçimde meydana getirir. Bkz. Kılıçoğlu (n 32) 460; Aydoğdu, Tuncer ve Meral (n 32) 771.

¹³⁵ Brugger (n 3) 56.

onun sanatçı ile olan ilişkisi gerekse seyircilerle akdettiği sözleşmeden doğan ilişkisi açısından önemlidir. Organizatör bu unsurları tayin ederken elbette müzisyen ile bir müzakere içinde olmalıdır. Bu yönüyle aslında, müzisyenin belli oranda organizatörün talimatları ve belirlemelerine tabii olduğu düşünülebilir. Bu tabiiyet zamansal, mekansal ve süreseldir. Ancak bu bağıllık, hizmet sözleşmesinde aranan, hizmeti işverene bağımlı görme unsurunun gerçekleşmesi için tek başına yeterli değildir. Organizatörün bu belirlemeleri yapması ve müzisyenin bu belirlemelere riayet etmesi, işin doğası gereğidir¹³⁶.

Bağımlılık unsuru bakımından işgörmenin süresi de belirleyicidir. Hizmet sözleşmesi kanundaki ifade uyarınca belirli veya belirli olmayan bir süre için işgörmeyi içerir. Hizmet sözleşmesinde zorunlu bir asgari süre şartı bulunmaz¹³⁷. Yine de sürenin uzunluğu ekonomik açıdan bağımlılığın varlığı ihtimalini güçlendirir. Gerçekten de bir sanatçının birkaç ay boyunca birden fazla konseri gerçekleştirmesine ilişkin yapılan sözleşmede, tek bir konser vermeyi içeren bir diğer sözleşmeye kıyasla ekonomik olarak daha bağımlı bir konumun varlığından söz edilebilir. Yine de sadece sürenin uzun olması, hizmet sözleşmesinin varlığı için tek başına yeterli olmayabilir. Bu sürenin beraberinde gelen ekonomik bağıllığın, hizmet sözleşmesi için gerekli olan bağımlılık unsuruna ulaşmaya hangi noktadan sonra imkan vereceği kesin olarak söylene-
mez. Ancak öğretide, örneğin önceden belirlenmiş belli aralarla beraber günlük dört saatlik ve sekiz ay boyunca sürecek konser vermeyi içeren sözleşmenin yapılması halinde, hizmet sözleşmesinden bahsedilebileceği ifade edilmiştir¹³⁸. Diğer taraftan bir defalık verilecek konser için akdedilen bir sözleşmenin hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi kanaatimizce pek mümkün görünmemektedir¹³⁹.

Görüldüğü üzere konser sözleşmesinin hizmet sözleşmesi olarak kabulü, nadir de olsa mümkündür. Belirleyici olan, hizmet sözleşmesinin unsurlarının konser sözleşmesinde var olmasıdır. Yargıtay da sanatçı ile akdedilen sözleşmede somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapmakta ve şartları varsa hizmet sözleşmesi yönünde karar vermektedir¹⁴⁰.

¹³⁶ Brugger (n 3) 56.

¹³⁷ Ullin Streiff, Adrian von Kaenel and Roger Rudolph, *Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, Arbeitsvertrag* (7. vollständig überarbeitete und stark erweiterte Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2012) Art. 319 OR para 73.

¹³⁸ Brugger (n 3) 56, 57.

¹³⁹ Streiff, von Kaenel and Rudolph, Art. 319 OR (n 137) para 73.

¹⁴⁰ Yargıtay bir kararında, davacı olan vokalistin çalışmalarının fiilen ücret, zaman ve bağımlılık unsurlarını taşıdığı gerekçesiyle somut olayda hizmet sözleşmesinin var olduğuna hükmet-

E. İsimsiz Sözleşme Görüşü

Konser sözleşmesinin hukuki niteliği bakımından ileri sürülebilecek bir diğer görüş, bu sözleşmenin bir 'isimsiz sözleşme' olduğudur. Ancak bu yönde olumlu veya olumsuz bir kanaate varmadan önce işgörme sözleşmeleri alanında isimsiz sözleşmelerin mümkün olup olmadığı meselesi çözüme kavuşturulmalıdır. Bunun için ise TBK m. 502/II hükmünün taşıdığı anlam irdelenmelidir. TBK m. 502/II uyarınca 'vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır'. Bu hükümden hareket edildiğinde öğretilerdeki bir görüş işgörme sözleşmeleri alanında isimsiz sözleşmelerin söz konusu olamayacağını savunmaktadır. Buna göre diğer işgörme sözleşmelerinin unsurlarını içermeyen ve TBK ile düzenlenmemiş sözleşmeler vekâlet sözleşmesi sayılacaktır. Hüküm bu yönüyle, adeta bir torba hüküm olma özelliğini taşır¹⁴¹. Buna karşın katılmakta olduğumuz diğer görüş, bu hükmü dar yorumlamamak gerektiğini ifade etmektedir. İşgörme sözleşmeleri alanında isimsiz sözleşmeler mümkün görülmelidir¹⁴². Gerçekten de madde ile güdülen amaç, işgörme sözleşmeleri alanında bir sınırlı sayı ilkesi koymak değildir. Hüküm, somut olaydaki isimsiz sözleşmeden doğan uyuşmazlığa hangi sözleşme türüne ilişkin kuralların uygulanabileceğinin yorum yolu ile tespit edilemediği ihtimalde, vekâlet sözleşmesi hükümlerinden yararlanılması gerektiği biçiminde anlaşılmalıdır¹⁴³.

Yapılan bu tespitten sonra, konser sözleşmesinin isimsiz sözleşme olarak nitelendirilebileceği iki ihtimalin varlığından bahsedilebilir. Bunlardan ilki, konser sözleşmesinin ivazsız biçimde akdedilmesidir. Bir eserin, herhangi bir karşılık alınmaksızın meydana getirileceğine dair akdedilen sözleşme eser sözleşmesi olarak kabul edilemez¹⁴⁴. Zira bedel unsuru, eser sözleşmesinin esaslı unsuru-

miştir. Bkz. Yargıtay 10 HD, 15979/18884, 09.11.2015. Bkz. <<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=10hd-2015-15979.htm&kw='2015/15979'&cr=ibb#fm>> Erişim Tarihi 1 Nisan 2025.

¹⁴¹ Kılıçoğlu (n 32) 551.

¹⁴² Bühler, Art. 363 OR (n 32) para 158; Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 44) 352. Ayrıca bkz. Şaban Kayıhan ve Özcan Günergök, 'Borçlar Kanunu m. 386/f. 2 Karşısında İsimsiz İş Görme Sözleşmeleri Yapılabilir mi?' (1998) 2 (1) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 275, 281.

¹⁴³ Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 44) 352; Erdoğan (n 35) 136; Tandoğan, 'İstisna' (n 81) 321; Kayıhan ve Günergök (n 142) 280, 281.

¹⁴⁴ Bu konuda bkz. Koller, *Werkvertragsrecht* (n 32) para 43, 45; Aral ve Ayrancı (n 32) 371. Karşı edim de bir eser ise ortada bir eser sözleşmesinin mevcut olduğu, eğer karşı edim eser değil de bir şey veya eser dışında bir işgörme edimi ise çift tipli karma bir sözleşme olduğu yönünde bkz. Yavuz, Acar ve Özen (n 32) 546; Tandoğan, 'İstisna' (n 81) 324.

dur¹⁴⁵. İşte bu noktada, böyle bir sözleşmenin eser sözleşmesine benzer isimsiz bir sözleşme olduğu öğretide ileri sürülmektedir¹⁴⁶. O halde, konser vermenin eser olarak kabulünden hareketle örneğin hiçbir bedel almaksızın bedava konser verilmesinin kararlaştırıldığı veya bedel yerine sanatçının sözelimi konserin yapılacağı otelde konaklaması ve ücretsiz yeme-içme imkanından yararlanması üzerinde anlaşıldığı bir konser sözleşmesi, eser sözleşmesine benzer isimsiz bir sözleşme olarak nitelendirilebilir. Bu ihtimalde mevcut sözleşmeye, eser sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanacaktır¹⁴⁷.

Konser sözleşmesinin isimsiz bir sözleşme olduğunu kabul etmenin diğer yolu, eser kavramını yalnızca cismani (malzeme ile ilgili) işgörme sonuçlarıyla sınırlı tutan görüşten geçer. Bu görüşe göre gayrimaddi edim sonuçlarının kararlaştırıldığı sözleşmeler isimsiz sözleşme olarak nitelendirilmeli ve eser sözleşmesi hükümleri niteliğine uygun düştüğü ölçüde bu sözleşmelere uygulanmalıdır¹⁴⁸. O halde, her ne kadar bir 'sonuç' olarak taahhüt edilebilir olsa da, cismani olmayan gayrimaddi işgörme sonuçlarının konu edildiği sözleşmeler, eser sözleşmesi olarak değil de isimsiz bir işgörme sözleşmesi olarak değerlendirilmeli ve gerektiğinde, eser sözleşmesine ve ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin hükümler kıyasen uygulanmalıdır¹⁴⁹. Gayrimaddi işgörme sonuçlarını da

¹⁴⁵ Bühler, Art. 363 OR (n 32) para 68; Hürlimann and Siegenthaler, Art. 363 OR (n 35) para 4; Rusch, Art. 363 OR (n 32) para 5.

¹⁴⁶ Hürlimann and Siegenthaler, Art. 363 OR (n 35) para 4; Rusch, Art. 363 OR (n 32) para 5; Bühler, Art. 363 OR (n 32) para 68; Koller, Art. 363 OR (n 32) para 51; Zindel and Schott, Art. 363 OR (n 32) para 6; Eren, *Özel Hükümler* (n 32) para 2008; Aral ve Ayrancı (n 32) 378; Zevkililer ve Gökyayla (n 31) 499. Bu ihtimalde bir bağışlama sözleşmesi olacağı yönünde bkz. Aydoğdu, Tuncer ve Meral (n 32) 769. Bu durumda vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde bkz. Erdoğan (n 35) 136; Tandoğan, 'İstisna' (n 81) 321.

¹⁴⁷ Eserin meydana getirilmesinin herhangi bir ivaz karşılığı olmaksızın kararlaştırıldığı sözleşmelere, eser sözleşmelerindeki ayıptan doğan sorumluluk hükümleri kıyasen uygulanırken bedelden indirim hakkı kapsam dışında kalacaktır. Zira herhangi bir bedelden söz edilemeyecektir. Bkz. Koller, *Werkvertragsrecht* (n 32) para 44.

¹⁴⁸ Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 44) 352, 353; Gümüş (n 29) 478.

¹⁴⁹ Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 44) 352, 353. Ayrıca bkz. Koller, *Werkvertragsrecht* (n 32) para 55. Yazar bu görüşünü açıklarken insan vücudu üzerinde gerçekleştirilen saç kesimi veya saç uzatımı biçimindeki edimleri örnek vermiştir. Buna göre bu edimler sonuç olarak taahhüt edilmeye elverişli olmakla beraber ortada cismani bir eser mevcut olmadığından, bu edimleri konu edinen sözleşmeler eser sözleşmesi olarak değil bir isimsiz sözleşme olarak nitelendirilmelidir. Eser kavramını 'vadedilebilirlik' ve 'sonucun bir nesnede cismaniyet kazanması' unsurları ile sınırlandıran Gauch'a göre bu unsurları taşımayan işgörme sonuçları eser olarak nitelendirilemez. Ancak bu ihtimalde her daim vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağından bahsedilemez, bir isimsiz sözleşmeden de bahsedilebilir. Bkz. Gauch (n 39) para 46.

herhangi bir cismaniyet şartına tabii tutmaksızın eser olarak kabul eden görüşü benimsediğimizden, anılan gerekçeye dayanarak konser sözleşmesinin isimsiz bir sözleşme olarak nitelendirilemeyeceği kanaatindeyiz.

IV. Konser Sözleşmesi Karşısında Seyircinin Hukuki Konumu

Çalışmamızda ele almış olduğumuz konser sözleşmesi, organizatör ve sanatçı arasında akdedilen bir sözleşmedir. Bilet almak suretiyle konseri izlemeye gelen seyirciler, söz konusu bu konser sözleşmesinin tarafı değildir. Seyirci ile organizatör arasında ayrı bir sözleşme mevcuttur. Seyirci sözleşmesi veya izleyici sözleşmesi olarak adlandırılabilir olan bu sözleşmede organizatör, seyirciden bir bilet aracılığıyla aldığı bedel karşılığında, konserin gerçekleştirilmesi ve izleyicinin bu konsere erişiminin sağlanması borcunu üstlenmektedir¹⁵⁰. Konser etkinliği açısından seyirci, konser performansını doğrudan ve canlı olarak izleyebilen kimsedir¹⁵¹.

Kanunlarda açıkça düzenlenmiş olmayan seyirci sözleşmesinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Baskın görüş, seyirci sözleşmesinin eser sözleşmesinin unsurlarını taşıdığı yönündedir¹⁵². Bununla beraber, organizatörün yükümlülüklerine bağlı olarak sözleşmenin niteliği de değişebilir. Bu konuda özellikle isimsiz (karma) bir sözleşmenin varlığından söz edilebilir. Örneğin organizatörün seyirciden aldığı ivaz karşılığı hem konserin gerçekleştirilmesi hem de seyirciye oturacak özel bir yer tahsisi ya da aynı zamanda yiyecek veya içecek satışını borçlandığı ihtimallerde, eser sözleşmesinin asli unsurunun yanında kira veya satış sözleşmesi unsurlarının da var olduğu bir sözleşme meydana gelir¹⁵³. Bu du-

¹⁵⁰ Huber-Purtschert, 'Innominatkontrakte' (n 11) para 173; Rusch and Huguenin, 'Innominatverträge' (n 11) para 11.

¹⁵¹ Bu yönde bkz. Petek (n 11) 660.

¹⁵² Huber-Purtschert, 'Innominatkontrakte' (n 11) para 174; Bühler, Art. 363 OR (n 32) para 131; Rusch and Huguenin, 'Innominatverträge' (n 11) para 13. Aksi yönde bkz. Koller, *Werkvertragsrecht* (n 32) para 57; Gauch (n 39) para 45. Türk hukukunda TANDOĞAN bu tarz sözleşmelere vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasının daha elverişli olacağı düşüncesindedir. Yazara göre, örneğin bir tiyatro oyununun sergilenmesini veya bir spor müsabakasının gerçekleştirilmesini muayyen bir varlık olarak nitelendirmek güçtür. Yazar, bu faaliyetlerin seyirciler tarafından önceden ısmarlanmadığına dikkat çekmiş ve organizatörün, gösterinin iyi nitelikte ya da ayıpsız olmasını tekeffül etmediğini ifade etmiştir. Bkz. Tandoğan, 'İstisna' (n 81) 317.

¹⁵³ Huber Puschert, 'Innominatkontrakte' (n 11) para 174. Bu konuda daha detaylı açıklamalar için bkz. Petek (n 11) 672.

rumda, isimsiz (karma) bir sözleşmenin varlığından söz edilebilir¹⁵⁴. Kanunda düzenlenmiş olan isimli sözleşmelerin asli edimlerinin bir tarafın borcunu oluşturduğu, diğer tarafın ise bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmeler, kombine karma sözleşmeler olarak anılır. Bu sözleşmelerde çıkan uyuşmazlıklara hangi hükümlerin uygulanacağı tartışmalı olsa da genel olarak asli edimlerin ait olduğu sözleşme hükümlerinin kıyasen uygulanması kabul edilmektedir¹⁵⁵. O halde seyirci sözleşmesi karma nitelikte olduğunda örneğin eser ve kira sözleşmesi hükümleri kıyasen uygulama alanı bulacaktır. Bu kapsamda, mesela konserin zamanından önce bitirilmesi eser sözleşmesi hükümleri uyarınca bir ayıp teşkil edecek ve seyircilerin bilet için ödedikleri bedelden indirim talep etme hakları mevcut olacaktır¹⁵⁶.

Son olarak, sanatçı konser sözleşmesinin tarafı olmakla beraber seyirci sözleşmesinin tarafı değildir. Ancak seyirci sözleşmesinin tarafı olan organizatör, seyircilere bir konserin gerçekleştirilmesini taahhüt ettiğinden, bu edim sanatçı ile de ilgilidir. Bundandır ki sanatçının konseri ayıplı icra etmesi halinde, organizatör de seyirci sözleşmesini ihlal etmiş olacaktır. Bu bakımdan sanatçının, seyirci sözleşmesi yönünden organizatörün ifa yardımcısı olarak kabul edilebileceği savunulmaktadır¹⁵⁷.

Sonuç

Konser sözleşmesi, sanatçı ile organizatör (düzenleyen) arasında akdedilen bir sözleşme olup bu sözleşme ile sanatçı konser verme; organizatör ise bedel ödeme borcu altına girer. Sanatçı tek kişi veya bir müzik grubu olabilir. Sanatçı bu borcunu bizzat ifa etmelidir. Sözleşmenin diğer tarafı olan organizatör ise bedel ödeme borcu altındadır. Sanatçıya ödenecek bedel, baştan kararlaştırılmış sabit bir bedel olabileceği gibi konserden elde edilecek gelire ya da kâra katılma payı biçiminde belirlenmiş bir bedel de olabilir. Tarafların sayılan bu iki bedel biçimine birden karar vermesi de mümkündür.

Konser sözleşmesi, ismen kanunlarda düzenlenmiş bir sözleşme değildir. İrade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, taraflar kanuni sınırlara

¹⁵⁴ Petek (n 11) 672.

¹⁵⁵ Eren, *Özel Hükümler* (n 32) para 3272 ve 3287.

¹⁵⁶ Rusch and Huguenin, 'Innominatverträge' (n 11) para 17.

¹⁵⁷ Benzer görüş spor etkinliklerinde sporu düzenleyen ile seyirci arasındaki sözleşme bakımından, sporcunun durumu için de savunulmaktadır. Bkz. Petek (n 11) 670, dn 27.

riayet ederek diledikleri içerikte sözleşme akdedebilir. İşte konser sözleşmesi de bu irade serbestisinin bir sonucu olarak kurulabilir. Konser sözleşmesinin hukuki niteliğine karar vermek, özellikle tarafların borçları ve bu borçların, bil-hassa da konser verme borcunun, gereği gibi ifa edilmemesinde uygulanacak hükümlerin tespiti açısından önemlidir.

Konser sözleşmesi ismen Türk Borçlar Kanunu veya diğer herhangi bir kanunda düzenlenmediği için bu sözleşmenin TBK ile düzenlenen isimli sözleşmelerden birinin unsurlarını tamamıyla taşıyıp taşımadığı veya isimsiz bir sözleşme olup olmadığı hususları aydınlatılmalıdır. Konser verme biçimindeki edim bir işgörme edimidir. Bu nedenle bu sözleşmenin hukuki niteliği irdelenirken Türk Borçlar Kanunu ile düzenlenen başlıca işgörme sözleşmeleri ve bunun yanında isimsiz işgörme sözleşmesi görüşü özelinde değerlendirme yapılmalıdır. Bu kapsamda eser sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi ve genel hizmet sözleşmesi ele alınmalı ve diğer yandan konser sözleşmesinin isimsiz bir işgörme sözleşmesi olup olamayacağı üzerinde durulmalıdır.

Eser sözleşmesi TBK m. 470 ve devamı hükümler ile düzenlenmiştir. TBK m. 470/1 uyarınca eser sözleşmesi, 'yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir'. Tanımdan hareket edildiğinde sözleşmenin esaslı unsurlarının 'eser meydana getirme' ve 'bedel' olduğu anlaşılmaktadır. Konser sözleşmesi açısından ele alınması gereken, 'konser verme' biçimindeki işgörme ediminin 'eser' olarak kabulünün ve böylelikle bu sözleşmenin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmayacağıdır. Eser, yüklenicinin iş sahibi adına meydana getirmeyi taahhüt ettiği işgörme sonucudur. Eserin cismani işgörme sonuçları ile sınırlı olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüş, yalnızca cismani (malzemeye ilişkin) işgörme sonuçlarını eser olarak kabul ederken katıldığımız diğer bir görüş gayrimaddii (fikri) işgörme sonuçlarının da eser olabileceğini savunmaktadır. Baskın görüş sonuncusu olmakla beraber, bu görüş yanlıları arasında da fikir birliği yoktur. Bunlardan bir kısmı, gayrimaddi işgörme sonuçlarını ancak cismani bir şeyde tecessüm etmesi şartıyla eser olarak kabul ederken, diğer bir görüş gayrimaddi işgörme sonuçlarını, bu sonuçların doğruluğunun objektif olarak denetlenebilir ve doğru ya da yanlış olarak nitelendirilebilir olması şartıyla eser olarak kabul etmektedir. Kanaatimizce, meydana gelen sonuç taahhüt edilebilir olmak kaydıyla, bir bütünlük arz ettiğinde ve objektif olarak algılanabilir olduğunda ister cismani ister gayrimaddi işgörme sonucu olsun, eser olarak kabul edilmelidir. Bu kabul için onun cismaniyet kazanması veya doğru-

luğunun objektif olarak kontrol edilebilir olması gerekmez. Nitekim gelişen teknolojiler karşısında gayrimaddi işgörme sonuçlarının objektif olarak algılanabilir olması şartını aramak yeterli görülmelidir. Tüm bu izahatlerden sonra, yüklenicinin konser vermek suretiyle bir eser meydana getirdiği söylenebilir. Konser verme, taahhüt edilebilir, bütünlük arz eden ve izleyicilerce algılanabilir bir sonuçtur. Yüklenicinin vadettiği şey, konserin beğenilmesi veya alkışlanması değildir. O, sanatsal yeteneklerini ortaya koyarak müzikal bir sunum icra ettiğinde eser meydana gelmiş sayılmalıdır.

Gayrimaddi işgörme sonuçlarının eser sayılabileceğini kabul etmekle beraber, aynı zamanda, bu işgörme sonuçları bakımından ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin de uygulanabilir ve elverişli olmasını şart olarak arayan bazı yazarlar, şarkı söylenmesi veya oyunculuk yapılmasını konu edinen sözleşmelerde eser sözleşmesi hükümlerini uygulamaktansa, bunları vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirmeyi tercih etmektedir. Zira bu tarz edimlerde özen sorumluluğuna başvurmak daha uygundur. Kanaatimizce TBK m. 470 ve devamı maddeler ile düzenlenen eser sözleşmesi hükümleri incelendiğinde, hükümlerin genel itibarıyla cismani eserleri esas aldığı söylenebilir. Ancak bu tespit, cismani varlığı olmayan gayrimaddi işgörme sonuçlarına özellikle ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin uygulanmayacağı anlamına gelmez. Elbette, bu hükümleri gayrimaddi işgörme sonuçlarına uygulamak daha güç olacaktır. Ancak yine de bu imkansız değildir. Örneğin, iş sahibinin eseri gözden geçirme ve ayıpları bildirme külfetlerini yerine getirmesi, konserin anlık ve geçici olması sebebiyle bazı zorluklar içerecek olsa da bu zorluklar, konserin iş sahibince kayda alınması yoluyla aşılabılır. İş sahibi böylelikle, savunulanın aksine yalnızca konser boyunca ve konser etkinliğinin akşamında değil, TBK m. 474 ile ifade edilen ‘imkan olur olmaz’ ve ‘uygun bir süre’ kavramlarına riayet ederek külfetlerini yerine getirebilir. Diğer taraftan, ayıptan doğan sorumlulukta iş sahibi için tanınan seçimlik hakların da konser sözleşmesi söz konusu olduğunda sorunsuzca uygulanabilir olduğu söylenemez. Zira konser verme biçimindeki işgörme faaliyetinin geçici niteliği bazı zorluklar doğurmaktadır. Özellikle sözleşmeden dönme (TBK m. 475/I, b. 1) ve eserin ücretsiz onarımı (TBK m. 475/I, b. 3) hakları, konser sözleşmesi açısından pek uygun düşmemektedir. Buna karşın, ayıp oranında bedelden indirim isteme hakkı (TBK m. 475/I, b. 2) ve tazminat talep hakkı (TBK m. 475/II) konser sözleşmesinde ayıptan doğan sorumluluk bakımından uygulanabilir. İsviçre Federal Mahkemesi’nin de bir kararında haklı olarak belirttiği üzere somut olayda iş sahibinin seçimlik haklarından sınırlı ölçüde yararlanabiliyor olması, o sözleşmenin eser sözleşmesi olarak vasıflandırılmasına engel

değildir. Nitekim cismani eserlerde dahi bu haklardan her daim sorunsuzca yararlanmaktan söz edilemez. Bu nedenle kanaatimizce, konser sözleşmesi eser sözleşmesi olarak nitelendirilebilir ve sınırlı da olsa ayıptan doğan sorumluluk hükümleri bu alanda uygulanabilir.

Öğretideki bir diğer görüş, konser sözleşmesini vekâlet sözleşmesi olarak vasıflandırmaktadır. Zira gayrimaddi işgörme sonuçları eser sözleşmesinin konusunu teşkil edemez. Ayrıca, ayıptan doğan sorumluluk hükümleri, bu gibi edimlerin kararlaştırıldığı sözleşmelere uygun düşmez. Burada özen sorumluluğunu esas alan vekâlet sözleşmesi hükümlerini uygulamak daha makuldür. Diğer taraftan TBK m. 512 ile vekâlet sözleşmesinde taraflara tanınmış olan sözleşmeyi her daim tek taraflı sona erdirmeye hakkı da bu sözleşmeler açısından daha elverişlidir. Oysa kanaatimizce konser sözleşmesini vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirmek güçtür. Zira, burada sanatçı bir sonuç taahhüdünde bulunmaktadır. Ayrıca vekâlet sözleşmesi, işgörme sözleşmeleri içinde güven unsuru daha ön plana çıkan bir sözleşmedir. TBK m. 512 ile taraflara sözleşmeyi tek taraflı sona erdirmeye imkanının tanınmasındaki temel düşünce de budur. Oysa bu, konser sözleşmesine uygun düşmez. Konser sözleşmesi, vekâlet sözleşmesinin tipik örnekleri olan avukat veya hekimle akdedilen sözleşmelerden farklıdır. Anılan sözleşmelerde güven unsuru daha önemlidir. Oysa konser sözleşmesinde sanatçı ve organizatör arasında bu tarz bir ilişkinin varlığından söz etmek güç görünmektedir. Bilhassa TBK m. 512'yi konser sözleşmesi için uygulamak örneğin konsere birkaç saat kala taraflardan birinin sözleşmeyi sona erdirmesi sonucunu doğurur ki bu da konser sözleşmesinin doğası ve içeriği düşünüldüğünde pek de hakkaniyetli sonuçlara sebebiyet vermez. Bu nedenlerle konser sözleşmesini vekâlet sözleşmesi olarak nitelendiren görüşe katılmıyoruz.

Konser sözleşmesinin, şartlarını taşıdığı ihtimalde hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi de düşünülebilir. TBK m. 393 ile tanımlanan hizmet sözleşmesinin; belirli veya belirli olmayan süre işgörme, ücret ve bağımlılık unsurlarını taşıması gerekir. İlk iki unsur bakımından konser sözleşmesi problem içermez. Ancak bağımlılık unsuru açısından aynı şeyi söylemek pek mümkün değildir. Bağımlılık, işçinin işverenin emir ve talimatları altında çalışmasını ifade eder. Bağımlılık; zamansal, mekansal ve ekonomik açıdandır. Bu nedenle tek bir konser verilmesine ilişkin sözleşmede bu unsurun mevcut olmayacağı açıktır. Ancak belli zamanlarda, aynı sanatçının, aynı işverene tabii biçimde konser vermeyi üstlendiği sözleşmelerde, hizmet sözleşmesinden bahsedilebilir. Zira zaman unsuru da bağımlılığın varlığını destekleyebilir. Fakat bunun dışında, özel-

likle bir veya birkaç konser verilmesi ihtimalinde, her ne kadar organizatör konser etkinliği ile ilgili talimatlar verse ve sanatçı bunlara uysa bile, bu durum işin doğası gereği olduğu için hizmet sözleşmesinde aranan bağımlılık unsurunun mevcut olduğundan bahsedilemeyecektir.

Nihayet, konser sözleşmesini isimsiz sözleşme olarak nitelendirmek de düşünülebilir. Elbette bu sonuca varabilmek için TBK m. 502/II hükmünü, işgörme sözleşmeleri alanında da isimsiz sözleşmelerin mümkün olduğu sonucuna varacak biçimde anlamak gerekir. Bu noktadan sonra konser sözleşmesini isimsiz sözleşme olarak kabul etmek iki yoldan mümkün olmaktadır. Bunlardan ilki, konser sözleşmesinin ivazsız olarak akdedildiği ihtimaldir. Bu durumda, konser verme edimi eser olarak kabul edilse bile bedel unsuru mevcut olmadığı için eser sözleşmesinin varlığından bahsedilemez. İşte böyle bir ihtimalde, eser sözleşmesine benzer isimsiz bir sözleşme mevcut olacaktır. Kanaatimizce de bu tespit yerindedir. Konser sözleşmesinin isimsiz sözleşme olarak kabulünün diğer yolu, eser kavramını cismani işgörme sonuçları ile sınırlayan ve gayrimaddi işgörme sonuçlarının üstlenildiği sözleşmeleri isimsiz bir sözleşme olarak nitelendiren görüşe katılmaktır ki bize göre eser hem cismani hem de cismani olmayan işgörme sonuçlarını kapsadığından bu mümkün değildir.

Konser sözleşmesi sanatçı ve organizatör arasında akdedilir. Seyirci ise bu sözleşmenin tarafı değildir. Seyircinin taraf olduğu sözleşme, organizatör ile yaptığı seyirci sözleşmesidir. Seyirci sözleşmesi, etkinliği düzenleyen ile seyirci/izleyici arasında akdedilen ve taraflardan birinin etkinliğin gerçekleştirilmesi ve seyircinin bu etkinliğe erişiminin sağlanması borcunu; diğer tarafın ise bedel ödemeyi üstlendiği bir sözleşmedir. Belirtmek gerekir ki her ne kadar sanatçı bu sözleşmeye taraf olmasa da onu bu ilişkiden tamamen ayrı düşünmek mümkün değildir. Zira organizatör, sanatçının vereceği konseri bir etkinlik olarak tertip etmekte ve karşılığında seyirciden ivaz almaktadır. Sanatçının ayıplı bir konser vermesi, seyircinin organizatör ile arasındaki sözleşmenin ihlali sebebiyle bedelden indirim talep etme hakkını kullanmasına yol açabilecektir. Bu nedenle sanatçıyı, seyirci sözleşmesi bakımından organizatörün ifa yardımcısı olarak kabul etmek de düşünülebilir.

Kaynakça

- Akbulut PE, 'Yüklenicinin Eser Meydana Getirme Borcu' (2020) 11 (1) İnÜHFD 85-99
- Akkurt SS, 'Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi' (2008) 10 (2) DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 13-64
- Aral F ve Ayrancı H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 14. Baskı, Yetkin 2021)
- Aydoğdu M, Tuncer N ve Meral O, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)* (Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Dipnotlu 6. Baskı, Adalet Yayınevi 2023)
- Bisges M, *Handbuch des Veranstaltungsrechts* (2. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Erich Schmidt Verlag 2023)
- Brugger N, 'I. Zivil- und Obligationenrecht/ Das mangelhafte Konzert' in *A wie Arbitration über T wie Transport bis Z wie Zivilprozess Liber discipulorum für Professor Dr. Andreas Furrer zum 55. Geburtstag* (Stämpfli Verlag AG 2018)
- Busche J, § 631 BGB, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB), Band 6: Schuldrecht - Besonderer Teil III* (9. Auflage, C.H.Beck 2023)
- Bühler T, *ZK- Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2d, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Der Werkvertrag Art. 363-379 OR* (Schulthess Polygraphischer Verlag AG 1998)
- Erdoğan İ, 'İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması' (1990) 3 (1) SÜHFD 135-172
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. Baskı, Yetkin 2021)
- , *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Yetkin 2024)
- Fellmann W, in Heinz Hausheer (Hrsg), *BK - Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/4, Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der einfache Auftrag Art. 394-406 OR* (Stämpfli Verlag AG, 1992)
- Fierdag H, 'Konzert- und Gastspielverträge' in Christian Berger ve Sebastian Wündisch (Hrsg), *Urhebervertragsrecht* (3. Auflage, Nomos 2022)
- Funke E and Müller G, *Handbuch zum Eventrecht* (3. Auflage, Dr Otto Schmidt KG Verlag 2009)
- Gauch P, *Der Werkvertrag* (Sechste, überarbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2019)
- Gümüş MA, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı* (Bütünüyle Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 8. Baskı, Yetkin 2024)
- Hatemi H, Serozan R ve Arpacı A, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm* (Filiz Kitabevi 1992)
- Homann HJ, *Praxishandbuch Musikrecht* (Springer Verlag 2007)

- Huber-Purtschert T, 'Innominatkontrakte' in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz and Roland Fankhauser (Hrsg), *Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar* (4. aktualisierte und überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag AG 2023)
- Hürlimann R and Siegenthaler T, in Michael Hochstrasser, Tina Huber-Purtschert and Eva Maissen (Hrsg), *CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Einzelne Vertragsverhältnisse - Art. 184-529 OR und Innominatverträge* (4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2023)
- İmamoğlu H, 'İsviçre ve Türk Yargı Kararlarında Eser Kavramı, Özellikle Estetik Operasyonu Konu Edinen Sözleşmenin Hukuki Niteliğine İlişkin Olarak Yargıtay'ın Yaklaşımı' (2019) 68 (1) AÜHFD 241-260
- Kayıhan Ş ve Günergök Ö, 'Borçlar Kanunu m. 386/f. 2 Karşısında İsimli İş Görme Sözleşmeleri Yapılabilir mi?' (1998) 2 (1) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 275-282
- Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi 2020)
- Koller A, in Heinz Hausheer (Hrsg), *BK - Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/3/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Werkvertrag Art. 363-366* (Stämpfli Verlag AG 1998)
- Koller A, *Schweizerisches Werkvertragsrecht* (Dike Verlag AG 2015)
- Kurşat Z, 'Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü' (2009) 67 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 143-166
- Kurt LM, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü* (Yetkin 2012)
- Öz MT, *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi* (Kazancı Hukuk Yayınları 1989)
- Petek H, 'Sportif Faaliyetlere İlişkin Seyirci Sözleşmesi' (2012) 12 (Özel Sayı) DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 657-716
- Risch M and Kerst A, *Eventrecht kompakt - Ein Lehr- und Praxisbuch mit Beispielen aus dem Konzert- und Kulturbetrieb* (2. Auflage, Springer-Verlag 2011)
- Rossbach C and Loewenheim U, 'Tonträgerherstellungsverträge und benachbarte Musikverträge' in Ulrich Loewenheim (Hrsg), *Handbuch des Urheberrechts* (3. Auflage, C.H.Beck 2021)
- Rusch AF and Huguenin C, 'Innominatverträge/Gastaufnahme- und Freizeitverträge' in Michael Hochstrasser, Tina Huber-Purtschert and Eva Maissen (Hrsg), *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Einzelne Vertragsverhältnisse - Art. 184 - 529 OR und Innominatverträge* (4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2023)

- Rusch L, in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz and Roland Fankhauser (Hrsg), *OFK - Orell Füssli Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht* (4. aktualisierte und überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag AG 2023)
- Seçer Ö, 'Vekâlet Sözleşmesinin Vekâlete Özgü Sebeplerle Sona Ermesi' (2015) 6 (4) in ÜHFD 877-944
- Streiff U, von Kaenel A and Rudolph R, *Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, Arbeitsvertrag* (7. vollständig überarbeitete und stark erweiterte Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2012)
- Sürer M ve Demir B, 'Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Eser Sözleşmesinde Ayıp Sebebiyle Sorumluluk' (2023) 14 (1) in ÜHFD 232-243
- Tandoğan H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri: İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme Cilt 2* (5. Baskı, Vedat Kitapçılık 2010)
- -, 'İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırdedilmesi' *İmran Öktem'e Armağan* (Sevinç Matbaası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1970)
- Yavuz C, Acar F ve Özen B, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (Güncellenmiş ve Yenilenmiş 19. Baskı, Beta 2024)
- Zevkliler A ve Gökyayla KE, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (16. Bası, Turhan Kitabevi 2016)
- Zindel GG and Schott BG, in Corinne Widmer-Lüchinger and David Oser (Hrsg), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I Art. 1-529 OR* (7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2020)

İnternet Kaynakları

- <<https://beck-online.beck.de/>>
- <<https://dergipark.org.tr>>
- <<https://legalbank.net/arama>>
- <<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=10hd-2015-15979.htm&kw='2015/15979'&cr=ibb#fm>>
- <https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F98-II-305%3Ade&lang=de&zoom=&type=show_document>
- <<https://www.swisslex.ch/>>

İklim Değişikliğinin Tarımsal Ürün Kira Sözleşmesine Etkileri^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Hasibe Sena AKKIŞLA^(**)

Öz

Son yarım yüzyılda insan etkili iklim değişikliğinin sonuçlarını görmekteyiz. Dünya üzerinde iklim değişikliğinin etkileri çeşitli şekillerde ortaya çıkmaktadır. İklim değişikliğinin yıkıcı etkilerine karşı ülkeler çeşitli önlemler almakta ve küresel çalışmalar amacıyla hareket etmektedirler. 2015 yılında kabul edilen Paris İklim Anlaşması, 191 ülke tarafından onaylanmıştır. Paris İklim Anlaşması, iklim değişikliğine karşı ülkelerin harekete geçmesini amaçlamaktadır. Türkiye'nin de tarafı olduğu bu Anlaşmayla iklim değişikliğine karşı önlem almak ve adımlar atmak adına bazı yükümlülükler kabul edilmiştir. İklim değişikliğinin sonuçlarından biri olan bitki örtüsünün kuruması, yağış rejiminin değişmesi tarım ülkelerini etkilediği gibi Türkiye'nin de tarım alanlarını etkileyecektir. Paris İklim Anlaşmasına imza atan ülkelerden özellikle Türkiye gibi tarım ülkesi olan devletler, toprağın işlenmesi, tarım sektörünün korunması ve sürdürülebilir uygulamaların yaygınlaştırması için ortak adımlar atmak adına çalışmalar yapmıştır. Çalışmamızda iklim değişikliğinin etkilerinin özel hukuk dünyasındaki yansımalarından biri olan tarımsal ürün kira sözleşmelerinin sürdürülebilirliği inceleme konusu yapılmıştır. Türkiye, verimli tarım topraklarına, ürün çeşitliliğine ve tarımsal faaliyetler için uygun bir ortama sahiptir. Çalışma içerisinde iklim değişikliğinin olumsuz etkilerinin en çok tarım alanlarını ve ürün kalitesini etkilemesi dolayısıyla tarımsal ürün kira sözleşmesinin durumu incelenmiştir. Tarafların sözleşmeden doğan ve iklim değişikliğinden etkilenen tarım alanlarının, ürün kalitesinin, ekolojik çeşitliliğin korunması bakımından sahip oldukları özen yükümlülüğü ele alınmış, bunun ihlali ve sonuçları açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler

İklim Değişikliği, Tarımsal Ürün Kira Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu, Özen Yükümlülüğü, Sürdürülebilir Tarım.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 30.12.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 19.02.2025.

Atıf Şekli: Hasibe Sena Akkışla, 'İklim Değişikliğinin Tarımsal Ürün Kira Sözleşmesine Etkileri' (2025) 15(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 515, 566.

DOI: 10.52273/sduhfd..1609898.

^(**) Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Afyon, Türkiye.

E-posta: dr.av.hasibesenaakkisla@gmail.com.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0478-5904>.

Impacts of Climate Change on Agricultural Product Lease Contracts

Abstract

In last half century, we have been seeing results of human-induced climate change. The effects of climate change on world are manifested in various ways. Countries take various measures against destructive effects of climate change and act for global studies. Paris Agreement adopted in 2015 aims to mobilise countries against climate change with the approval of 191 countries. Turkey is also party to this agreement to take measures against climate change and has accepted some obligations to take steps. Drying of vegetation, which is one of the consequences of climate change, change in precipitation regime will affect Turkey's agricultural areas as it affects agricultural countries. Like most of agricultural countries, it has been accepted as a common responsibility of the states to take soil protective measures and to initiate process adaptation to climate change. In our study, agricultural product lease agreements, which are one of reflections the effects climate change in world of private law, have been analysed in terms of sustainability. Turkey is a country with fertile agricultural lands and has a rich variety of crops. In study, situation of agricultural product lease agreements is analysed since negative effects of climate change affect agricultural areas and product quality most. The duty care of parties arising from convention in terms of protection agricultural areas, product quality and ecological diversity affected by climate change has been discussed, violation and its consequences have been explained.

Keywords

Climate Change, Agricultural Product Lease Agreement, Turkish Code of Obligations, Duty of Care, Sustainable Agriculture.

Extended Summary

Climate change, as a factor affecting the whole world, also shows its impact on studies in the field of law. Many fields, especially environmental law, need to examine the consequences of climate change and its effects. Climate change is happening with increases in temperature, precipitation variability and extreme weather event frequency being observed and such trends are expected to continue to evolve. Climate have been found to influence actions and outcomes in the agricultural sector, including livestock production, crop yields, food security, farm profitability, farmland value and land use. A less studied possible adaptation involves use of land leasing which is a means of sharing production risk with landowners. Climate may influence the extent of leasing and the type of lease arrangements. Leasing contracts tradeoff between risk-sharing and incentives.

In our study, the consequences of climate change are briefly discussed and the effects of climate change on agricultural product lease agreements are mentioned. It is not possible for agricultural lands not to be affected by drought, which is one of the consequences of climate change. Irrigation of agricultural lands, the number of sunny days, the frequency and pattern of precipitation regime affect the product and product quality. Therefore, it is necessary to protect agricultural lands against climate change and to take necessary measures. Climate change is one of the most important environmental disasters around the world and it has dramatically negative effects on agricultural productions and farmers' communities. Furthermore, farmers are one of the most vulnerable communities to the impacts of climate change. Also, most researchers have limited their research to the biological and physical fields of environmental crises. Thus, it doubles the need for farmers' perception and perspective on the social and economic effects of climate change. As a result, studying farmers' perceptions and their vulnerabilities and strategies for adapting to climate change can improve the sustainability of this part of the community, which is the most important player in rural areas, especially in developing countries, and farmers' maladaptation can be reduced with this disaster.

Agricultural product lease; It is a contract that gives the lessee the right to use the goods subject to the contract, to benefit from its fruits, and to operate it, which gives rise to personal and continuous debt. In a crop lease, the lessee's obligation under the contract is to pay the rent. Since the rent is paid in return for the leased property, crop rent is one of the accelerated contracts. In our study, the termination of the product lease according to the general provisions of the Turkish Code of Obligations No. 6098 regarding the lease agreement will be discussed. The obligations of the parties to the agricultural product lease agreement are discussed in this study. The conditions under which the lessee can fulfill its obligations arising from this contract are discussed in this study. The lessor shall deliver the leased property in accordance with the contract and ensure that it remains suitable for use during the lease period, and shall bear the lessee's use, enjoyment and benefit. The lessee, on the other hand, shall pay the rental fee, use the leased property in accordance with its purpose and ensure that it maintains its ability to produce crops. Although these are the most basic obligations,

the obligation of the lessee to maintain the leased property in the face of climate change is emphasized in the study.

The personal characteristics, skills and experience of the lessees are of particular importance in agricultural product lease agreements. The lessee takes an active role in this contract and protects the leased property against various threats. However, climate change is pushing the limits of the duty of care we know. Maintaining agricultural activities that are compatible with climate change, utilizing smart irrigation techniques against drought, and ensuring that the leased land does not lose its ability to yield crops appear as a responsibility of the lessee. What will be the fate of the contract in the face of consequences such as the inability to carry out agricultural activities on the relevant land as intended as a result of climate change, the inability to obtain products from the leased land, and the inability to ensure productivity? In this study, an answer to this question is sought and opinions are explained. In terms of the obstacles to performance, the effect of climate change on the agricultural product lease agreement has been emphasized and the results have been emphasized. At this stage, discussions have been made as to whether the lessee is in breach of the lessee's duty of care or whether the liability of the lessee for breach of warranty against defects will be considered. In addition, an answer was sought to the question of whether compensation liability will arise in case of damage to the leased property. As can be seen, it is quite possible that climate change may affect the contractual obligations between the parties. The study has sought answers to the evaluations regarding the interests of farmers and leased agricultural areas against climate change, taking into account the discussions in the field of comparative law.

Giriş

Dünya, üzerinde canlı ve cansız varlıkların bir denge içerisinde olan, bitki çeşitliliği olan ve canlı türlerini barındıran bir gezegendir. Bu eşsiz özellikler gezegenimizde yaşamı elverişli kılmaktadır. Dünya, güneş sisteminde bilinen yaşamın var olduğu tek gezegendir. Bu da canlılar için alternatif bir yaşam alanı olmadığını ve bu alanın olabildiğince korunması gerektiğini göstermektedir. Dünya üzerinde yaşamın var olmaya başladığı ilk zamanlardan bugüne pek çok doğa olayı meydana gelmiş ve pek çok canlı türü bundan etkilenmiştir. Son yüzyılda ise insan eliyle doğada yaşanan olaylar canlı yaşamını tehdit etme noktasına gelmiştir. Sanayileşme başta olmak üzere çeşitli insan eylemleri, iklim dengesini etkileyecek olayları meydana getirmektedir. Küresel ısınma; iklim dengesinin bozulmasına yol açan, bitki örtüsünü kurutan, yağış rejiminin döngüsünü bozan ve şiddetli doğa olaylarını tetikleyen bir durumdur. Gezegenin olması gerekenden fazla ısınması, canlı yaşamı etkilemekte ve dengeyi bozmaktadır. Tespit edilen ölçümler sonucunda buzulların erimesi, deniz ve okyanuslardaki sıcaklıkların artması, suların yükselmesi, yağış rejiminin şiddetlenmesi ve yağışların düzensizleşmesi, bitki örtüsünün kuruması ve habitatların daralması, çölleşme meydana gelmesi gibi doğa olayları, başta insan olmak üzere tüm canlı yaşamını etkilemektedir. İklim değişikliği başlığı altında toplayabileceğimiz bu değişiklikler küresel anlamda etkili olmakta, bölgesel etkileri ise farklı şekillerde yaşanmaktadır. Örneğin: buzulların erimesi sonucunda suların yükselmesi ile ada ülkelerinin sular altında kalma riski meydana gelmekte, buna karşın artan sıcaklıklar sonucunda tropikal bölgelerde ve ormanlık alanlarda yangınlar ortaya çıkmaktadır.

I. İklim Değişikliği ve Uluslararası Hukuk Alanındaki Gelişmeler

İklim; kara parçaları, su kütleleri ve atmosfer üzerinde etkili olan canlıların doğa ile etkileşimlerini oluşturan bir sistem olarak tanımlanabilir¹. Dünya üzerinde pek çok faktörün değişmesi ile zamanla iklimi dengede tutan dinamikler değişkenlik göstermekte ve bu durum canlılar için tehlikeli bir hal almaktadır. İklim değişikliği, küresel sıcaklık ortalamasının artması sonucunda doğanın den-

¹ Arif Gündoğan, Baş Dursun, Sayman Rifat, *A'dan Z'ye İklim Değişikliği Başucu Rehberi* (REC 2015) 3; Sühelya Suzan Gökalp, 'Paris Anlaşması ve Türkiye'ye Yansımaları' in Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Kutluhan Bozkurt and Duygu Kulaç (eds), *İklim Krizi ve Hukuk* (Legal 2022) 5; Ahmet Güneş, 'İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nden Kyoto Protokolü'ne Küresel Isınmaya Karşı Uluslararası Alandaki Hukuki Gelişmeler' (2010) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 43, 44.

gesini bozmaktadır². Fosil yakıtların kullanımının artması, insan nüfusunun artması, sanayileşme, sera gazı yoğunluğu, tarım arazilerinin ve ormanların küçülmesi iklim değişikliğini tetiklemektedir. İklim değişikliğinin toprak üzerindeki etkilerine bakıldığında, toprak verimliliğinin azalması, sulama suyu taleplerinin ve maliyetinin artması, dikim ve hasat zamanında kaymalar ve değişiklikler meydana gelmesi, ürün yetiştirme elverişliliğinin azalması ve daha fazla hastalıkla mücadele edilmesi sonuçları ile karşı karşıya kalınmaktadır.

Artan fosil yakıt kullanımı ve salınan sera gazı atmosferdeki karbondioksit yoğunluğunu arttırmaktadır³. Son yarım yüzyıl içerisinde küresel ısınmanın artış göstermesi ülkeleri önlem almaya yöneltmiştir. 1992 yılında Rio Konferansı ile “Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi” (UNFCCC) kabul edilmiş ve ilk defa küresel ölçekte iklim değişikliğine karşı ortak bir adım atılmıştır. Sera etkisinin olumsuz sonuçlarının azaltılması, fosil yakıt kullanımının doğaya etkileri ve küresel ısınmasının önüne geçilmesi amacıyla hedeflenen çözümler görüşülmüştür⁴. Ülkeler 1994 yılında Taraflar Konferansı (COP) ile küresel ısınmaya karşı alınacak tedbirleri görüşmek adına toplanmıştır. Taraf devletler daha sonra “Çölleşme ile Mücadele Sözleşmesi” ve “Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi” ile küresel anlamda somut adımlar atmayı hedeflemişlerdir. 1997 yılında Kyoto Konferansı düzenlenmiştir. Kyoto Konferansı’nın amacı taraf devletlerin

² Mete Tayanç, ‘Güncel Gelişmeler Işığında İklim Değişikliğinin Dünyaya ve Türkiye’ye Etkileri’ in Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Kutluhan Bozkurt ve Duygu Kulaç (eds), *İklim Krizi ve Hukuk* (Legal 2022) 25; Deniz Bozkurt, ‘Antartika’da İklim Değişikliği ve Etkileri’ in Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Kutluhan Bozkurt ve Duygu Kulaç (eds), *İklim Krizi ve Hukuk* (Legal 2022) 17; Gündoğan, Baş ve Sayman, (n 1) 4; IPCC, *AR6 Synthesis Report: Climate Change 2023* (Cambridge University 2023) 115; John Knox, ‘Climate Change and Human Rights Law’ (2009) 50 *Virginia Journal of International Law* 163, 163; United Kingdom Met Office, ‘United Kingdom Met Office, Causes of Climate Change’ (Met Office, 2023) <<https://www.metoffice.gov.uk/weather/climate-change/causes-of-climate-change>> Erişim Tarihi 05 Ağustos 2023; Mark Spalding and Barbara Brown, ‘Warm-Water Coral Reefs and Climate Change’ (2015) 350 *Science* 769, 769.

³ Roberto Rana, Lombardi Mariarosaria, Ingrao Caterina ve Tricase Carlo, ‘Greenhouse Gas Emissions Of An Agro-Biogas Energy System: Estimation Under The Renewable Energy Directive’ (2016) *Science of The Total Environment* 1182, 1182.

⁴ INDC, ‘Intended Nationally Determined Contribution Turkey’ (UNFCCC, 2021) <https://www4.unfccc.int/sites/submissions/INDC/Published%0ADocuments/Turkey/1/The_INDC_of_TURKEY_v.15.19.30.pdf> Erişim Tarihi 05 Ağustos 2023; UNFCCC, ‘Kyoto Protocol Reference Manual on Accounting of Emissions and Assigned Amount’ (2023); Marlene Alicia Payva Almonte, ‘The Interrelationship Between Human Rights and Climate Change: An Appraisal’ (Liverpool University 2020) 15. Türkiye bu Sözleşmeye 2004 yılında taraf olmuştur.

sera gazı salınımlarına kısıtlama geritmeleri ve hedefler koyulmasını sağlamaktır. Ülkelerin iklim değişikliğine ilişkin bağlayıcı ilk adım olma özelliğini taşıyan Kyoto Protokolü, taraf ülkelerin karbondioksit ve sera gazı gibi zararlı gazların artışını azaltması hedefi getirilmiş ve bunu sağlayamayan ülkelerin karbon kredisi bulmaları ve ticari faaliyetlerinde daha fazla yaptırıma tabi olacakları öngörülmüştür⁵. Esasen Protokol sanayisi gelişmiş ve karbon salınımı fazla olan devletlere yönelik yaptırımlar belirlemiştir. Türkiye 2009 yılında Kyoto Protokolü'ne taraf olmuştur. 2015 yılında Paris İklim Anlaşmasını kabul eden devletler, iklim değişikliğine karşı mücadele etmeyi vaatmişler ve bunlara dair eylem planları hazırlamışlardır. Paris İklim Anlaşması, ülkelerin ortak hareket ederek karbon gazı, sera gazı salınımı gibi zararlı gaz salınımlarını azaltmaları, fosil yakıt kullanımından yenilenebilir enerji kullanımına geçmeleri, iklim değişikliğinin olumsuz sonuçlarının azaltmaları konusunda teşvik etmek ve finansman sağlamak hakkındadır. Dolayısıyla taraf devletler, ortak eylem planlarıyla küresel sıcaklık ortalaması artışını 2 derece ile sınırlamaya çalışmayı amaçlamaktadır⁶. Hükümetlerarası İklim Değişikliği Paneli'nin (IPCC) verileri doğrultusunda küresel sıcaklık ortalamasının 1,5 santigrat derece yükselmesinin yaşattığı olumsuz sonuçların önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Taraf devletlerin ulusal katkı beyanlarının iletilmesi ve yıllık raporlama yapılarak hedeflerin gerçekleştirilmesi konu edilmiştir. 2016 yılında Türkiye'nin de katılmış olduğu bu sözleşme ile taraf ülkeler küresel anlamda iklim hedeflerini belirlemişlerdir.

⁵ Rachel Aichele and Gabriel Feldermayr, 'Kyoto and the Carbon Footprint of Nations' (2012) *Journal of Environmental Economics and Management* 336, 336; UNFCCC (n 5); Johanna Alkan Olsson and İlhami Alkan Olsson, 'Turkey's Signature of The Kyoto Protocol' (2013) *İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 1, 1; Güneş (n 1) 43.

⁶ IPCC, 'Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC)' (IPCC, 2022) <https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/05/SR15_SPM_version_report_HR.pdf> Date of Access: 05 August 2023; IPCC, *AR6 Synthesis Report: Climate Change 2023* (n 3); European Commission, 'Climate Action / Paris Agreement' <https://ec.europa.eu/clima/policies/international/negotiations/paris_en> Date of Access: 05 August 2023; Semra Cerit Mazlum, 'Turkey and Post-Paris Climate Change Politics: Still Playing Alone' (2017) *New Perspectives on Turkey* 145, 145; IPCC, *Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Part B: Regional Aspects. Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* (Cambridge University Press 2014) 23; Daniel Bodansky, 'International Law and the Design of a Climate Change Regime', *International Relations and Global Climate Change* (The MIT Press 2001) 32.

II. Tarımsal Ürün Kira Sözleşmesi

A. Tanım ve Hukuki Nitelik

Tarımsal ürün kira sözleşmesi, tarım alanlarından ürün elde etmeyi amaçlayan faaliyetlerin yapılması için arazilerin kiralanmasını konu edinir. Ürün kirası içerisinde bir tür olan bu sözleşme, kaynağı bakımından İsviçre Tarımsal Ürün Kirası Hakkında Federal Kanun'una (*Bundesgesetz über die landwirtschaftliche Pacht*) dayanmaktadır⁷. İsviçre Hukuku içerisinde ürün kirası ile tarımsal ürün kira sözleşmesi konusunda bir ayırım yapılarak ayrı yasal düzenlemelere yer verilmiştir. Buna karşın Türk hukuk sistemi tarımsal ürün kirasına ilişkin olarak ayrı bir yasal düzenleme yapmamış ve ürün kira sözleşmesi başlığı genel bir düzenleme olarak hazırlanmıştır. TBK m.357 ile ürün kira sözleşmesinin tanımı yapılmıştır. Buna göre “*kiraya verenin, kiracıya ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlendiği sözleşmedir*”. Ürün kirasında ürün verebilen herhangi bir şey ve hakkın sözleşme konusu olması belirlenmiş olmasına karşın, tarımsal ürün kirasında konu tarımsal amaçlı kullanımlara ilişkindir. Tarımsal alanların kiralanması tarımsal arazilerin kullanılmasını, tarımsal faaliyetlerin yapılmasını ve tarımsal işletmelerin işletilmesini sağlama amacı taşımaktadır. İsviçre Tarımsal Ürün Kirası Hakkında Federal Yasası incelendiğinde tarımsal kullanıma yönelik araziler, tarımsal amaçlı işletmeler ve tarımsal bir işletme ile ekonomik bir birim oluşturan işletmelerin kiralanması bu sözleşmenin kapsamındadır. İsviçre Kırsal Arazi Kanunu (BGBB)⁸, kırsal alanların mülkiyetini teşvik etmeyi amaçlamaktadır. Kanun içerisinde sağlıklı bir tarım topluluğunun ve sürdürülebilir yönetime yönelik verimli tarım temelli çiftliklerin yapısının iyileştirilmesi, tarımsal işletmelerin ve arazilerin kiralanması halinde kiracının konumunu güçlendirmek adına düzenlemelere yer vermiştir. Türk hukukunda 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu⁹ tarımsal ürün kira sözleşmesine konu araziler düzenlenmiştir. Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu m.3/d'ye göre tarımsal arazilerin tanımı şu şekilde yapılmıştır, “*toprak, topografya ve iklimsel özellikleri tarımsal üretim için uygun olup, hâlihazırda tarımsal üretim yapılan veya yapılmaya uygun olan*

⁷ Tarımsal Kiracılık Federal Yasası (*Bundesgesetz über die landwirtschaftliche Pacht*, LPG, No. 221.213.2).

⁸ Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB), vom 4. Oktober 1991, No. 211.412.11.

⁹ Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu: 5403, Kabul Tarihi:3.7.2005, RG 19.07.2005/25880.

veya imar, ihya, islah edilerek tarımsal üretim yapılmaya uygun hale dönüştürülebilen arazilerdir”.

Tarımsal ürün kira sözleşmesinin unsurları, doğal ürün getiren bir taşınmazın kira sözleşmesinin konusu olması, sözleşmenin taraflar arasında karşılıklı birbirine uygun irade açıklamasıyla kurulması, tam iki tarafa borç yüklemesi ve ivazlı bir sözleşme olmasıdır. Tarımsal ürün kira sözleşmesinin taraflarını toprak sahibi kiraya veren ile çiftçilik faaliyetlerini yürüten kiracı oluşturur. Kiracı, tarımsal arazi üzerinde tarım faaliyetlerini sürdürmekle yükümlüdür. İsviçre Federal Mahkemesi, kiracının çiftçilik mesleğini yapan bir kimse olması gerektiğine hükmetmiştir. Ülkemiz açısından böyle bir zorunluluk bulunmamasına karşın tarımsal kira sözleşmesinde kiracının bu alanı tarımsal faaliyetler amacıyla kullanacağı açıktır. Kira sözleşmesinin geçerliliği TBK m.12 gereğince herhangi bir şekilde bağlı değildir. Ancak sözleşme tapu siciline şerh edilecekse tapu memuruna yazılı şekilde bir sözleşmenin verilmesi gereklidir. Tarafların sözleşmeyi yazılı yapmaları ispat kolaylığı sağlamaktadır. Türk Medeni Kanunu m.1009 “...kira sözleşmelerinden doğan haklar tapu kütüğüne şerh edilebilir. Bunlar şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir...” düzenlemesine yer vermiştir. Uzun süreli kira sözleşmelerinde kiracıların sözleşmeden doğan haklarını korumak adına tapu siciline şerh verilmesini talep edebilirler. Kira sözleşmesi noter huzurunda yapılır ve tapuya şerh verilir¹⁰. Kira sözleşmesinin tapuya şerh edilmesinin etkisi, kiralananın yeni bir malike geçmesi halinde tapuda yer alan şerh, kiracının sözleşmeden doğan haklarını ileri sürebilmesini sağlamasıdır. Kiraya veren ve kiracı arasında imzalanan kira sözleşmesi tapuya şerh edilmişse yeni malik, eski malik ile imzalanan sözleşme süresine bağlı kalmak zorundadır. Tapudaki bu kira şerhi kiracıyı yeni malike karşı koruyacaktır. Kira sözleşmesinin tapu siciline şerhi

¹⁰ Süha Tanrıver ve Mehmet Serkan Ergüne, ‘Noterlerin Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenlemesine İlişkin Esaslar’ (2023) 72(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 143, 145; Behiye Odabaşı, ‘Taşınmaz Satışında Tapunun ve Yeni Gelen Değişiklikler Çerçevesinde Noterlerin Yetkisi’ (2024) 40. Yıl Özel Sayısı, Eskişehir Barosu Dergisi 184, 185; Etem Saba Özmen, ‘Noterlere Taşınmaz Satış Yetkisi Verilmesine İlişkin Kanun’ (2022) 80(4) Ankara Barosu Dergisi 501, 502; Ahmet Cemil Ünal, ‘Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Hukuki Sorumluluğuna Karşı Güvence’ (2024) 9(2) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 233, 235; Elif Bilen ‘Taşınmaz Satış Sözleşmelerinin Noterlerde Düzenlenmesi’ (2024) 14(1) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 545, 547; Bilge Öztan ve Fırat Öztan ‘Ölüme Bağlı Tasarruflara İlişkin Medeni Kanun'daki Ve Noterlik Kanunu'ndaki Şekil Şartları’ (2016) 65(4) AÜHFD 3585, 3587; Mustafa Serdar Özbek ‘Elektronik Ortamda Düzenlenen Noter Senetleri’ (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2213, 2215.

durumunda kiracı yeni malike karşı korunsu da kamulaştırma kararına karşı koruyamaz. Taşınmazın kamulaştırılması durumunda kira şerhi geçerli olmayacaktır. Kira sözleşmesi tarım arazilerinin işlenmesi bakımından verim alınabilmesi için belirli bir süreliğine yapılabilmektedir. Ancak yasal olarak bir süre öngörülmemektedir. İsviçre hukuk sistemi 6-9 yıllığına sözleşme yapılabilmesi için asgari süreyi düzenlemiştir ancak Türkiye hukuk sisteminde taraflar sözleşmede süreyi kendileri belirleyebilirler.

B. Tarımsal Ürün Kira Sözleşmesinin Tarihçesi

Tarımsal ürün kira sözleşmesi, arazinin boş kalmaması, verimliliğinin devam etmesi, ürün elde edilmesi ve tarımsal arazilerin işlenerek değerli kılınması amacını taşımaktadır. Sözleşme hem gerçek hem de tüzel kişi tarafından kurulabilir. Sözleşmede kullanma ve yararlanma yetkisinin devredilmesi belirli bir süre ve bedel karşılığında olmaktadır. Roma Hukukunda, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulan, belirli bir malı, belirli bir ücret karşılığında belirli bir süre kullanmayı veya ondan yararlanması sağlayan sözleşme yapmasına *locatio conductio rei* ismi verilir¹¹. Tarımsal kira sözleşmesinin *locatio conductio rei* kavramının tipik özelliklerini taşıdığı görülmektedir. Günümüzde tarımsal ürün kira sözleşmesinin kendine özgü kurallarının düzenlenmesi ve diğer kira sözleşmesi türlerinden ayrılması tarafların yükümlülüklerini yerine getirmeleri çerçevesinde önem arz etmektedir. Çünkü kiracı arazinin kullanılması ve araziden ürün elde edilmesi gibi önemli yetkiye sahiptir. Kiracı, tarımsal faaliyetleri gerçekleştirerek ürün elde edecek ve kira bedelinin ödeyecektir. Bu yükümlülüklerinin yanında arazinin verimliliğini ve ürün verme kabiliyetini kaybetmemesini sağlamalıdır. Kiracı, araziye gelebilecek zararları önleyici tedbirler almalıdır. *Locatio conductio rei*nin konusunu, *res mobiles* niteliğinde olan köleler ve hayvanlar ile, *res immobiles* niteliğinde olan tarım arazileri, ahırlar, konutlar ve depolar oluşturmaktaydı. Dolayısıyla tarımsal ürün kira sözleşmesinin kiracıya vermiş olduğu yetkiler, kiracının yükümlülüklerini yerine getirmesi için önemlidir. Tarımsal ürün kira sözleşmesinde kiracının yetkileri aktif niteliktedir. Çünkü ürünlerin elde edilmesi, arazinin bakım ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmesi, arazinin ürün verme kabiliyetinin korunması kira-

¹¹ Türkan Rado, *Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku* (10. Baskı, Filiz 2006) 112; Heinrich Honsell, *Römisches Recht* (Springer 2001) 145; Ziya Umur, *Roma Hukuku* (5.Baskı, Beta 1999) 136; Murat Topuz, *İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Hukukunda Maddî Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi* (2011) 120; Bülent Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku* (İ.Ü. 2009) 172; Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku* (5.Baskı, Yetkin 2010) 145.

cının sorumluluğundadır. Roma Hukuku içerisinde ürün kirası bakımından yapılan bir ayırım ise kamu arazilerinin ürün kirasına konu olması ile özel kişilerin mülkiyetindeki arazilerin ürün kirasına verilmesi şeklindedir¹². Kamu arazilerinin ürün kirasına konu olması esasen ülke topraklarının genişlemesi ile bu toprakların değerlendirilmesinde zorluklar yaşanmıştır. Devletin, tarımsal ürün kira sözleşmesi ile bağ, bahçe ya da tarla alanlarını tarımsal faaliyet yürütecek kimselere kiralanması ile değerlendirilmiştir. Tarımsal alanların kullanması, bu alanlardan yararlanılması ve ürün elde edilmesini sağlayan çiftçiler, devletin sahip olduğu alanların boş kalmamasını sağlamıştır¹³. Roma hukuk sistemi, ürün kira sözleşmesi ile tarım alanlarının boş kalmamasını ve değerlendirilerek bu alanlardan ürün elde edilmesini ya da ürünlerin toplanmasını (*locatio rei fructuariae*) ayrı kavramlar olarak düzenlemiştir¹⁴.

Tarımsal ürün kira sözleşmesinin ilk halini Roma hukukunda görmekteyiz. Kiracıya, kira bedeli (*merces*) karşılığında aynı hak benzeri bir statü kazandıran bu kurum tarımsal ürün kira sözleşmesinin temellerini oluşturmaktadır¹⁵. Süresiz olarak yapılan ürün kirası (*locatio in perpetuum*) kiracının kullanıma, yararlanma ve ürün elde edilme haklarını devretmeyi konu edinmekteydi. Özellikle devlete ait arazilerden ürün elde edilmesi, bunların bakımının yapılması ve olgunlaşan ürünlerin toplanması bu yöntemle yapılmaktaydı. Nitekim bu sözleşme daha çok özel nitelik taşımaktadır. Çünkü tarım arazilerinin kiralanması çoğunlukla beş yıllık bir süreye tabiydi. Kiracı, belirlenen süre içerisinde tarım arazisini boş bırakamaz, işleme yükümlülüğünü ihlal edemez, arazinin ürün verme kabiliyetini azaltacak yada sonlandıracak biçimdeki uygulamaları kulla-

¹² Volker Emmerich, *Grundlagen Des Vertrags - Und Schuldrechts* (Athenaum Verlag 1972) 1147; Rado (n 8) 136; Umur (n 8) 120; Honsell (n 8) 145; Tahiroğlu (n 8) 138.

¹³ Rado (n 8) 145; Umur (n 8) 121; Karadeniz Çelebican (n 8) 148; Tahiroğlu (n 8) 147; Halit Aker, *Ticari İşletme Kirası* (Yetkin 2012) 143; Şeyhmus Darcı, 'Ürün Kirası Sözleşmesi' (Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2020) 75; İpek Sağlam, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler' (2013) Prof.Dr.Mustafa Dural'a Armağan 1015, 1119.

¹⁴ Cansel Erol, *Türk Hukukunda Hasılat Kirası* (1953) 34; Ayşe Şahin, 'Hasılat Kirası Sözleşmesinin Ayırt Edici Unsurları Ve Tabi Olduğu Yasa Hükümleri' (2009) 2 Prof.Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan 1395, 1405; Aker (n 10) 144; Honsell (n 8) 146; Friedrich Karl Von Savigny, *System Des Heutige Römischen Recht* (De Gruyter 1840) 112; Tahiroğlu (n 8) 76.

¹⁵ Honsell (n 8) 147; Susanne Hahnen, *Rechtsgeschichte: Von Der Römischen Antike Bis Zur Neuzeit* (C.F.Müller 2016) 89; Paul Koschaker ve Kudret Ayiter, *Modern Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları* (İzmir Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası 1993) 36; Tahiroğlu (n 8) 180; Umur (n 8) 158.

namazdı. Kiracı, kiralananın cevherini (özünü) ve ürün verme kabiliyetini korumak zorundadır.

Tarımsal amaçlı ürün kira sözleşmesi Osmanlı İmparatorluğu hukuk sisteminde yer almaktaydı. İcare-i ayan, bir kira sözleşmesi niteliğinde düzenlenmiştir; icare-i uruz (*menkul kirası*), icare-i akar (*gayrimenkul kirası*) ve icare-i hayvan (*taşıt kirası*) olarak üç çeşidi bulunmaktaydı¹⁶. Osmanlı hukukunda ürün kirası spesifik olarak düzenlenmemiştir. Buna karşı “muzaraa” yani tarım ortaklığı kavramı bulunuyordu¹⁷. Muzaraa, çiftçilik yapan kişiler ile arazi sahibi kişiler arasında kurulan, belirli bir süreliğine tarımsal faaliyetlerin yürütülmesini ve ürünlerin toplanmasını konu alan sözleşmedir.

Tarımsal ürün kira sözleşmesine verilen önem 14. yy’dan itibaren Almanya başta olmak üzere pek çok ekonomisi tarıma dayalı ülkede artmıştır¹⁸. Tarımsal ürün kira sözleşmesine dair pek çok devlet yasaları bu alanda düzenlemeler yapmıştır. Örneğin: Prusya Medeni Kanunu m.399 ile m.625 arasında ürün kira sözleşmesine dair detaylı düzenlemeler yapmıştır¹⁹. Tarla, bahçe ve otlakların tarımsal amaçlarla kira sözleşmesine konu edilmesi geçmişte yaygın olduğu kadar ekonomik yapı gereği günümüzde de önemli bir alanı kapsamaktadır.

¹⁶ Aker (n 10) 145; Darcan (n 10) 169; Cemile Şahin, ‘Osmanlı Toprak Sistemi Hakkında Genel Bir Değerlendirme’ (2019) 5 The Journal of Academic Social Science Studies 435, 436; Murat Aydoğan, ‘Ortaçağ Feodal Mülkiyet Anlayışı ve Osmanlı Hukukundaki Toprak Sisteminin Türk Hukukundaki Tarımsal İşletmelerin Mirasçılara Özgülenmesine Etkileri’ (2015) 17 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 11.

¹⁷ Ömer Baran, “XV ve XVI. Asırda Osmanlı İmparatorluğunda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları” (1943) 1(1) Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, 7, 65; Halil Cin, *Eski ve Yeni Türk Hukukunda Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali* (A.Ü. Hukuk Fakültesi 1979) 89; Aydoğan (n 13) 125; Aydın Zevkliler, *Türk Miras Hukukunda Tarımsal İşletmelerin Tahsisi* (Sevinç 1970) 86.

¹⁸ Friedrich Klein-Blenkers, *Das Recht Der Unternehmensepacht* (Nomos 2008) 44; Frank Oppenlander, *Die Unternehmensepacht, Insbesondere Das Verhältnis von Pächter Und Verpächter Bei Der Verpachtung Eines Unternehmens* (1974) 6; Rudolf Lange, Hans Wulff and Christian Lüdtke Handjery, *Landpachtrecht: Landwirtschaftliches Pachtrecht Des BGB Und Landpachtverkehrsgesetz : Kommentar* (Beck 1997) 14; Peter Higi, Art. 275-304 OR. *Die Pacht Band V/2b - Das Obligationenrecht* (Schulthess Verlag 2000) 18; Bernd Dahringer, ‘Der Pachtvertrag’, *Management in der Hotellerie und Gastronomie* (De Gruyter 2021) 21; Ottmar Fleischer, ‘Kapitel 13. Miet-Und Pachtverträge’, *Die Immobilie im Zivil-und Steuerrecht* (Verlag Dr Otto Schmidt 2014) 9; Maja B Blumer, *Schweizerisches Privatrecht, Gebrauchüberlassungs- Verträge (Miete, Pacht)* (Helbing Lichtenhahn Verlag 2012) 13.

¹⁹ Friedrich Klein-Blenkers, *Das Recht Der Unternehmensepacht* (Nomos 2008) 44; Oppenlander (n 15) 6; Lange, Wulff and Lüdtke Handjery (n 15) 16; Higi (n 15) 21; Dahringer (n 15) 41.

C. Tarımsal Ürün Kira Sözleşmesinin Konusu ve Unsurları

1. Tarımsal Ürün Kira Sözleşmesinin Konusu

Ürün kira sözleşmesinin bir alt dalını tarımsal ürün kira sözleşmesi oluşturur. Tarafların ürün elde etmek için bir araziye, bahçeyi veya otlığı tarımsal faaliyetler yürütmek amacıyla kiralaması mümkündür. Tarımsal arazilerin kullanma, yararlanma ve ürün elde etme haklarını belirli bir bedel karşılığında devretmeyi borçlandığı sözleşmeye tarımsal ürün kira sözleşmesi denir²⁰. Bu sözleşme belirli veya belirsiz bir süre için sürekli borç ilişkisi yaratmaktadır, rızai bir sözleşmedir²¹. Tarımsal ürün kira sözleşmesi karşılıklı bir sözleşmedir. Sinalagmatik bu ilişki edim-karşı edim dengesinin bir sonucudur ve kira bedeli kira sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarından birisidir²². Kiracının bu borcu onun asli edim yükümlülüğünü oluşturmaktadır²³. Kiraya verenin kiralananın kullanımı, yararlanılmasını ve işletilmesini kira süresi boyunca sağlamasına karşılık kiracı karşı edim olan kira borcunu ödemekle yükümlüdür²⁴.

²⁰ Higi (n 15) 81; Christian Lüdtke Handjery and Jens Haarstrich, *Landpachtrecht: Landwirtschaftliches Pachtrecht Des BGB Und Landpachtverkehrsgesetz* (Beck CH 2022) 25; Benno Stunder and Eduard Hofer, *Das Landwirtschaftliche Pachtrecht - Kommentar Zum Bundesgesetz Über Die Landwirtschaftliche Pacht Vom 4. Oktober 1985* (2014) 35; Dahringer (n 15) 45; Erik Kiessling, 'Die Kauton Im Miet- Und Pachtrecht' (2004) 59 *Juristenzeitung* 1146, 1147.

²¹ Erol (n 11) 4; Serim Azra Arkan, *Hasılat Kirasında Tarafların Hak ve Borçları* (Beşir, 2010) 2; Şahin (n 11) 112; Gülay Öztürk, *Teoride ve Uygulamada Hasılat Kirası* (Seçkin 2010) 57; Hüseyin Altaş, *Hasılat ve Şirket Kirası (BK M.270-298)* (2009) 64; Darcan (n 10) 25; Zeynep Arslan, 'Ürün Kirası Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kiralananın İadesi' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Şehir Üniversitesi 2015) 36; Frank Oppenlander, *Die Unternehmerspacht* (1974) 18; Klein-Blenkers (n 15) 29; Dahringer (n 15) 15.

²² Erol (n 10) 106; İncoğlu (n 46) 253; Arkan (n 18) 91; Eren ve Başpınar (n 63) 222; Arpacı (n 45) 172; Acar (n 34) 178; Seda Öktem Çevik, '6098 Sayılı Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Kira Sözleşmesinde Kira Bedeli Dışındaki Giderleri Ödeme Borcunun Değerlendirilmesi' (2012) 28(1) *BATİDER* 203, 204; Gümüş, *Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi* (n 24) 65.

²³ Melek Bilgin Yüce, 'Edimi Belirleme Yetkisinin Mevcut Genel İşlem Koşulları Teorisi ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Değerlendirilmesi' (2014) 8 *Journal of Yaşar University* University, Özel Sayı, Aydın Zevkilere Armağan 3191, 3192; Özge Erbek Odabaşı, 'Borç İlişkisinden Doğan Yan Yükümlülerin Edim Yükümleriyle Karşılaştırılması' (2020) 85 *İzmir Barosu Dergisi* 61, 62; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Vedat 2018) 115; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22. Baskı, Yetkin 2017) 87; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin 2021) 39.

²⁴ Acar (n 34) 89; İncoğlu (n 46) 14; Gümüş, *Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi* (n 24) 34.

Tarımsal ürün kira sözleşmesi için kiracının kişiliğinin, mesleki faaliyetlerinin ve kiralananı kullanım amacının tarımsal faaliyet doğrultusunda olması önem taşımaktadır ve bu sözleşmenin tarafları için aranan bir unsurdur²⁵. Çünkü kiracı, araziye, bahçeyi ya da otlığı kira süresi boyunca kullanma ve yararlanma, ondan ürün elde etme haklarını kullanırken bununla yükümlü de kılınmaktadır²⁶. Tarımsal ürün kira sözleşmesinin kiracısı aktif bir rol üstlenmektedir. Kiracı, sözleşmeden kar elde etmeyi, ürün elede etmeyi amaçlamaktadır. Kiracı amaçlarını gerçekleştirmek için toprağın bakımını, ürünlerin verimliliğini sağlayacak yöntemleri kullanmalıdır. Genel kira sözleşmesinde ise kiracı, kiralananı yalnız kullanma yetkisine sahip olduğu için tarımsal ürün kira sözleşmesindeki kiracı gibi aktif bir rol içerisinde değildir²⁷. Kiracı, genel kira sözleşmesinde kiralananı zarar vermeyecek, onun niteliğine uygun kullanacak ve kiralananı teslim aldığı haliyle iade edecektir. Genel kira sözleşmesinde TBK m.322 kuralı gereğince kiracı kullanım hakkını bir başkasına devredebilir, ancak tarımsal ürün kira sözleşmesinde kiracının kişiliği önemli olduğu için alt kiraya veremez²⁸. TBK m.366 *“kiracı, kiraya verenin rızası olmaksızın kiralananı başkasına kiraya veremeyeceği gibi, kullanım ve işletme hakkını da başkasına devreder. Ancak kiracı, kiralanda bulunan bazı yerleri kiraya veren için zarar doğuracak bir değişikliği gerektirmemek koşuluyla kiraya verebilir...”* düzenlemesi alt kira sözleşmesi yapılmasını yasaklamıştır. Düzenleme gereğince kiracı, kiraya verenin rızası olmaksızın kiralananı başkasına kiraya veremez. Yapılan bu düzenlemenin amacı, ürün getiren bir malı ehil bir kişinin işletmesini sağlamak,

²⁵ Şahin (n 11) 8; Erol (n 10) 6; Öztürk (n 18) 17; Altaş (n 18) 17; M Pierr Voirin, ‘Hasılat Kirasının Ölçüsü ve Muhtariyetinin Esası Olarak Kabul Edilen Bir İşletmeden İstifade’ (1954) AÜHFD 231, 235; Arkan (n 18) 12; Darcan (n 10) 29; Kiessling (n 17) 15; Dahringer (n 15) 36; Fleischer (n 15) 27; Oppenlander (n 15) 74.

²⁶ Dahringer (n 15) 82; Higi (n 16) 91; Oppenlander (n 15) 71; Blumer (n 16) 125; İpek Sağlam, ‘Ticari İşletmeye İlişkin Ürün Kirası Sözleşmesinin Kurulması ve İşletme Unsurları Üzerindeki Etkisi’ (2013) 19 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 167, 168; İpek Sağlam, ‘Türk Borçlar Kanunun Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı’ (2016) 2 Prof.Dr. M.İlhan Uluşan’a Armağan 461, 462; Şahin (n 11) 165; Erol (n 10) 17; Voirin (n 19) 19; Darcan (n 10) 126.

²⁷ Erol (n 10) 6; Arkan (n 18) 12; Öztürk (n 18) 17; Altaş (n 18) 17; Voirin (n 19) 235; Şahin (n 11) 8; Darcan (n 10) 29; K Kiessling (n 17) 15; Dahringer (n 15) 36; Fleischer (n 15) 27; Oppenlander (n 15) 74.

²⁸ Dahringer (n 15) 82; Higi (n 15) 91; Oppenlander (n 15) 71; Blumer (n 15) 125; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler* (12. Baskı, Beta 2021) 366; Aydın Zevkililer ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (15. Baskı, Seçkin 2016) 479; Darcan (n 10) 56; Erol (n 10) 45; Arkan (n 18) 35; Öztürk (n 18) 19; Altaş (n 18) 78. Voirin (n 19) 232.

rastgele kişilere devrini önlemektir. Tarımsal ürün kira sözleşmesinin kiracısının nitelikleri bu sözleşme içerisinde kiraya veren tarafından önemli kabul edilir. Tarımsal arazinin işlenmesi, işletmelerin faaliyetlerinin yerine getirilmesi, ürünlerin ve arazinin tehdit unsurlarına karşı korunması kiracının yeteneklerine ve niteliğine bağlı olarak sözleşmenin akıbetini etkilemektedir.

2. Tarımsal Ürün Kira Sözleşmesinin Kuruluşu ve Unsurları

Sözleşmeye konu tarlanın ya da arazinin kullanım, yararlanma ve semerelerinden yararlanma haklarının kiracıya devri söz konusudur ve bunlar kiracıya şahsi bir hak tanımaktadır²⁹. Sözleşmenin taraflarının hak ve yükümlülüklerini daha iyi anlayabilmeleri, görüp değerlendirmeleri, sözleşmenin sonuçlarını düşünebilmeleri ve yaşanacak olası bir uyuşmazlık halinde ispat kolaylığı sağlaması açısından yazılı yapılması mümkündür. Nitekim tarımsal ürün kirasında faaliyetlerin gerçekleştirilmesi için kiracıya ruhsat verilmesi gerekli ise bu durumda sözleşmenin yazılı yapılması gereklidir³⁰. Özellikle tarım arazisinin içerisinde tarımsal faaliyetlerin yürütülmesini sağlayacak işletmelerin ve tesislerin bulunması ve bunlardan yararlanması için kiracıya ruhsat verilmesi gerekiyor ise taraflar sözleşmeyi yazılı yapacaklardır. Devlete ait tarımsal arazilerin, bahçelerin ve tarlaların, tarımsal ürün kirası sözleşmesine konu olması halinde de taraflar arasında sözleşme yazılı şekilde yapılmaktadır³¹.

Tarımsal faaliyetlerin gerçekleştirilmesi amacıyla arazinin kiraya verilmesine dair TBK m.357 hükümleri uygulama alanı bulur³². Ürün kirasının bir çeşidi

²⁹ Yavuz, Acar ve Özen (n 22) 362; Aral ve Ayrancı (n 23); Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (1977) 314; Zevkliler ve Gökyayla (n 22) 315; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (n 23) 452; Şahin (n 11) 112; Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku C.2* (2014) 25; Mustafa Alper Gümüş, *Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi* (Vedat 2012) 31.

³⁰ Yargıtay 3 HD, 2591/6121, 27.04.2017.

³¹ 16 Eylül 2020 tarihli 31246 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Milli Emlak Genel Tebliği (Sına No:400) m.12/III'e göre "İdarece verilen süre içerisinde hak sahibinin ödemesi gereken kira bedeli ile sözleşme giderlerini (vergi, resim, harçları ve diğer giderler) ödemesi ve varsa diğer yükümlülükleri yerine getirmesini müteakip kira sözleşmesi düzenlenir". İdare ile kiracı arasında bir kira şartnamesi ve kira sözleşmesi düzenlenir buna dair düzenlemeler Milli Emlak Genel Tebliği ile düzenlenmektedir. Bununla birlikte 08/09/1983 tarih ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 1 inci maddesinde "genel bütçeye dâhil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin, kira işlerinin bu Kanun hükümlerine göre yürütüleceği" belirtilmiştir. 2886 sayılı Kanunu 53.maddesinde "Bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır. Sözleşme idare adına ita amiri tarafından imzalanır" şeklinde düzenleme yapılmıştır.

³² Yargıtay 3 HD, 7771/6309, 05.07.2019; Yargıtay 8 HD, 4577/1317, 24.01.2018; Yargıtay 8 HD, 10851/13465, 30.05.2018.

olan tarımsal ürün kira sözleşmesi (*zirai kira*) esasında ürün kirası niteliklerini taşımaktadır. Ürün kira sözleşmesinde düzenleme bulunmayan hükümler yönüyle TBK m.358 ile düzenlenmiş genel kira hükümlerine yapılan atıf ile genel kira hükümlerinin de uygulama bulacağı kabul edilmektedir³³. Türk Borçlar Kanunu'nun kira hukuku sistematiği incelendiğinde genel kira hükümlerinin tarımsal ürün kira sözleşmesine uygulanacağı buna karşın konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesine ilişkin düzenlemelerin uygulanmayacağı kanaatimizce de kabul edilir³⁴. İdarenin taraf olduğu tarımsal ürün kira sözleşmeleri hakkında Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin yanında 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu³⁵ ile 4706 sayılı Hazineye ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun³⁶, Tarım ve Orman Bakanlığının 22.08.2024 tarihli ve 32640 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan İşlenmeyen Tarım Arazilerinin Tarımsal Amaçlı Kiraya Verilmesine İlişkin Yönetmelik³⁷ hükümleri de uygulama alanı bulacaktır.

³³ Gümüş (n 24) 25; Inceoğlu (n 24) 34; Sağlam, 'Türk Borçlar Kanunun Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı' (n 20) 465; Ahmet Cemal Ruhi ve Canan Ruhi, *Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Hukuku* (Seçkin 2016) 1594; Arslan (n 18) 14; Darcan (n 10) 25; Kutluhan Erkan, 'Ürün Kirasının Unsurları, Adi Kira ile Ayrı ve Ürün Kirasına Uygulanacak Hükümler' (2013) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 173, 174.

³⁴ Doktrinde yer alan bir görüşe göre konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerine dair hükümlerin ürün kira sözleşmesine uygulanacağı ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre "TBK ile konut ve işyeri kiralalarına ilişkin özel hükümlerin uygulama alanı genişletilmiştir. Konut ve çatılı işyerlerinin belediye sınırları içinde olmasa da, konut ve çatılı işyerlerine ilişkin hükümlere tabi olması sağlanmış, kiralama süresinin 6 aydan fazla olması halinde, tüm konut ve çatılı işyeri kiralamalarında, konut ve çatılı işyerlerine ilişkin özel hükümlerin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Ayrıca, kamu kurumlarının yapılan tüm kiralamalar ile taşınmaz ile birlikte kullanım hakkı kiracıya bırakılan eşyaya da konut ve çatılı işyeri kiralalarına uygulanacak hükümlerin uygulanacağı, düzenlenmiştir. TBK'da yer alan düzenlemeler uyarınca, ürün kirası ve çatılı işyeri ve konut kiralalarına ilişkin hükümler; genel hükümlere göre özel hüküm niteliğindedir. Bu nedenle konut ve işyeri kiralaları ile ürün kiralaları için öncelikle çoğunlukla emredici veya nispi emredici nitelikte olan bu özel hükümler uygulanır. Ancak özel hükümlerde düzenleme bulunmaması halinde; genel hükümler uygulama alanı bulur", Doktrinde aksi görüş için bkz. Kadir Emre Gökyayla, 'Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümleri Uygulanma Alanı (TBK m.339)' (2013) 8, Özel Sayı, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, 1203, 1245; Zevkliler ve Gökyayla (n 22) 208; Herdem Belen, 'Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi Türleri ile Genel Hükümler Uyarınca Kiraya Verenlerin Borçlarına İlişkin Değerlendirmeler' (2013) 87 İstanbul Barosu Dergisi 106, 112.

³⁵ Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu: 5403, Kabul Tarihi: 3/7/2005, RG: 19.7.1995/25880.

³⁶ Hazineye ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun: 4706, Kabul Tarihi: 29.6.2001, RG: 18.07.2001/24466.

³⁷ Yönetmeliğin amacı düzenlemenin 1.maddesinde şu şekilde açıklanmıştır; "bu Yönetmeliğin amacı 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8/K mad-

Tarımsal ürün kira sözleşmesini oluşturan unsurlar: ürün getiren bir tarla, arazi gibi tarımsal faaliyetlerin gerçekleştirilebildiği taşınmazın bulunması, tarafların kiralanan üzerinde tarımsal faaliyetler yapılacağı ve ürünlerin devşirilmesi konusunda anlaşmaları ile kira bedelidir. Tarımsal ürün kira sözleşmesi, tarafların birbirine uygun irade beyanları ile kurulur³⁸. Taraflar sözleşmeyi açık ya da örtülü irade beyanları ile kurabilirler. Kiraya verenin kiralananın maliki olması şart değildir³⁹. Tüzel kişiler ve tam ehliyet sahibi gerçek kişiler bu sözleşmeyi kurmak için iradelerini serbestçe açıklayabilirler. Buna karşın sınırlı ehliyetsizler sözleşmeyi kurmak için irade açıklaması yaparlar bunun tamamlayıcı unsuru olarak yasal temsilcilerinin onayı gereklidir⁴⁰. Tarımsal ürün kira sözleşmesinin ilk unsuru olarak ürün ve ürün alma kavramı açıklanmalıdır. TBK m.357 düzenlemesi ürün kira sözleşmesinin kapsamını “*kiraya verenin, kiracıya ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlendiği sözleşme*” ifadeleri ile düzenlemiştir. Tarımsal

desi uyarınca, üst üste iki yıl süreyle işlenmeyen tarım arazilerinin Bakanlıkça kiraya verilerek tarımsal üretime kazandırılmasına yönelik usul ve esasları belirlemektir”.

³⁸ Voirin (n 19) 104; Öztürk (n 18) 75; Faruk Acar, *Kira Hukuku Şerhi (TBK m.299-321)* (Beta 2015) 90; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Filiz 2008) 11; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (n 24) 195; Aral ve Ayrancı (n 23) 452; Zevkliler ve Gökyayla (n 22) 176; Şahin (n 13) 81; Erol (n 10) 92.

³⁹ Kira sözleşmesinin kurulması için kişinin malın mülkiyetine sahip olmasına gerek yoktur. Çünkü tarımsal ürün kira sözleşmesinde aynı hakkın devri söz konusu değildir. Kiraya veren, kiralananın kullanma, yararlanma ve semerelerini toplama hakkını belirli bir süreliğine devretmektedir ancak bu devrin niteliği sözleşmeye dayanmaktadır ve şahsi bir hak oluşturur. Kişi yetki verilmiş bir kimse olabileceği gibi tüzel kişi bakımından yetkilendirilmiş bir organ ya da kişi de olabilir. Erol (n 10) 36; Altaş (n 18) 45; Arkan (n 18) 24; Öztürk (n 18) 38; Darcan (n 10) 89; Erkan (n 30) 255; İpek Sağlam, ‘Ticari İşletmelerin Ürün Kirası Sözleşmelerine Konu Teşkil Etmesi ve Bunun Benzer Hukuki İlişkiler İle Karşılaştırılması’ (2009) 19 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 131, 131; Dahringer (n 16) 72; Otto Rabe, *Die Volkswirtschaftliche Bedeutung Der Pacht* (H Beyer & Söhne in Langensalza 1890) 324.

⁴⁰ Kişi vesayet altında ise ve kira sözleşmesi bir yıldan fazla süre için yapılıyorsa Türk Medeni Kanunu m.462/I’de düzenlenen şekilde vesayet makamının izninin alınması gereklidir. Bu izin hem vasiinin gerçekleştirdiği işlemleri denetleyen vesayet makamı için önemlidir hem de kira sözleşmesinin niteliği gereği vesayet altındaki kişinin kendini borç altına sokmasından dolayı önemlidir. Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku C.III, Aile Hukuku* (6. Baskı, Filiz 2020) 145; Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (6. Baskı, Turhan 2015) 256; Mehmet Erdem ve Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku* (Seçkin 2022) 315; Ahmet M Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (7. Baskı, Turhan 2022) 125. Seyfullah Edis, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* (A. Ü. Hukuk Fakültesi 1993) 128; Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk* (5. Baskı, On İki Levha 2021) 116; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Kanunu C.II Aile Hukuku* (7. Baskı, Beta 2021) 218; Bilge Öztan, *Medeni Hukukun Temel Kavramları* (44. Baskı, Turhan 2019) 337.

ürün kira sözleşmesi de ürün kira sözleşmesi kapsamında olması dolayısıyla tarımsal faaliyetlerin yapılması, topraktan ürün elde edilmesi veya üzerinde yetişen ürünlerden faydalanılmasını kiraya verenin kiracıya devrettiği bir sözleşme olarak kabul edilmektedir⁴¹.

Tarımsal ürün kira sözleşmesinin TMK m.685 düzenlemesindeki doğal ürün kavramıyla da bağlantılı olduğu görülmektedir. Tarımsal ürün kira sözleşmesinin unsurlarından birini ve konusunu oluşturan tarımsal bir araziden elde edilen ürünler, doğal ürün olarak kabul edilir. Doğal ürünler iki kategori olarak açıklanabilir; dönemsel olarak elde edilen ve tarımsal arazinin, kiralananın aslına zarar vermeyen ürünler⁴² ile kiralananın aslında kalıcı olan, uzun vadeli ürün verme yeteneği olan ve bu kabiliyetini yitirmeyen ürünlerdir⁴³. Kiralanan arazi-

⁴¹ Fleischer (n 16) 12; Voirin (n 19) 312; Rabe (n 36) 28; Higi (n 16) 36; Dahringer (n 16) 18; Kiessling (n 17) 14; Blumer (n 16) 19.

⁴² Arazi üzerinde kendiliğinden yetişen, büyük bir emek gerektirmeyeni, kolayca ve arazinin özüne zarar vermeden ondan ayrılabilen nitelikteki doğal ürünler dar anlamda doğal ürün olarak tanımlanabilir. Örneğin: dönemsel yetiştirilen çiçekler, bostanlar, meyveler ve sebzeler, tahıl, bal gibi tarımsal ve hayvansal ürünlerdir. Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (Yetkin 2013) 83; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku* (Barış 2020) 283; Turhan Esener and Kudret Güven, *Eşya Hukuku* (Yetkin 2019) 295; Rona Serozan, 'Taşınır Eşya Mülkiyetinin Devrinde: Aynı Tasarruf Sözleşmesinin Borçlanma Sözleşmesinden Ayrılığı ve Soyutluğu. Ayrıca: Aynı Hakkın Sona Erme Bakımından Borçlanma Sözleşmesinden Bağımsızlığı', *Prof.Dr.Tahir Çağa'nın Anısına Armağan* (Beta 2000) 225; Altaş (n 18) 78; Ruhi ve Ruhi (n 29) 1552. Yargıtay 6 HD, 1006/4087, 04.05.2009: "...dava konusu kiralanan davalılara ekilecek bostan bahçe yeri olarak kullanılması için kiralananmıştır. Kiralananın bu niteliği itibarıyla taraflar arasındaki kira ilişkisinin Borçlar Kanununun 270.maddesi gereği hasılat kirasıdır", <Yargıtay.gov.tr> Erişim Tarihi 19 Ağustos 2024; Yargıtay 3 HD, 8177/331, 18.01.2018; Yargıtay 3 HD, 8444/4915, 23.05.2019.

⁴³ Sirmen (n 40) 82; Ertaş (n 40) 283; Esener ve Güven (n 40) 78; Burak Özen, *Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı* (Vedat 2008) 266; Kemal Oğuzman, Seliçi Özer ve Saibe Özdemir Oktay, *Eşya Hukuku* (22. Baskı, Filiz 2020) 89; Arkan (n 18) 39; Erol (n 10) 28; Voirin (n 19) 14; Blumer (n 16) 82; Alper Uyumaz ve Onur İlhan, 'Tarımsal Arazilerde Mülkiyetin Devri' (2018) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 325, 327. Niteliği gereği bir arazinin üzerindeki araçlar, uzun vadeli ürün getiren bitkilerin ve doğal ürünlerin o tarım arazisinin özünü zaman içinde değiştireceği kabul edilmektedir. Toprağın mineral yapısının ve verimliliğinin bu tip doğal ürünler elde edilmesi amacıyla değiştirilmesi de mümkündür yine de bunlar da tarımsal ürün kirası sözleşmesine konu olabilir doğal ürünler olarak kabul edilir. Örneğin: tarımsal arazi üzerine dikilen ağaçlar, ormanları oluşturan bitkiler ve uzun vadeli ürün veren bitkiler. Oğuzman, Özer ve Özdemir Oktay 292; Sirmen (n 41) 85; Özen 266; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku* (Savaş 2011) 70; Erol (n 10) 15. Kiracı ve kiraya veren gereken önlemleri almaz, dikkatsiz ve özensiz kullanır ise bu kiralananın özünü kaybetmesine yol açan ya da değerini azaltan bir hale dönüşebilir. Bu sebeple verimliliğin sürekliliğini sağlamak adına tarafların sorumluluklarını yerine getirmesi gereklidir. Bazen bu verimliliği, ürün verme kabiliyetini ve kiralananın özünü yitirmesi iklim değişikliği sebebiyle de mümkün olabilir. Çalışmamız içerisinde ilerdeki başlıklar altında bu husus üzerinde durulacaktır.

nin bir parçasını oluşturan bu doğal ürünler tarımsal ürün kirası ile kiralananın tasarrufuna bırakılmıştır. Tarımsal ürün kira sözleşmesinin en önemli özelliği tarafların bu sözleşmeyi ürün elde edilmesi ile tarımsal faaliyetlerin yürütülmesi için yapmış olmaları ve tarımsal arazinin kullanılması, yararlanması, ürünlerinden semere elde edilmesi haklarının kiracıya devredilmesi konusunda anlaşmış olmalarıdır. Örneğin: kiracı, kiralanda sera içerisinde sebze ve meyve üretimi yapacak, gül, lavanta ya da buna benzer çiçeklerin üretimini yapacak ya da ağaçlara bakacak ve ağaçların meyve vermesini sağlayacaktır. Tarafların kiralanda yapılacak faaliyetler konusunda anlaşmış olması gereklidir. Kiraya veren, kiracının tarımsal faaliyetleri yapması için, zirai aletlerin kullanımını, tesislerin kullanımını, sulama için kuyunun kullanımını sağlamalıdır. Ayrıca kiracının yapacağı faaliyetler için gübre ve ilaçlama izinlerinin de alınmış olması gereklidir.

Tarımsal ürün kirasının unsuru olan tarımsal faaliyetlerin yapılması ve ürün elde edilmesinin en önemli özelliği ürünlerin kiralananın özüne zarar verilmenden elde edilmesidir⁴⁴. Kiracı, sözleşme süresi boyunca kiralananın özünü korumak için gereken bakım ve özen yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Tarımsal arazinin ürün verme kabiliyetini kaybetmesi ya da bu kabiliyetin önemli ölçüde azalmasından kiracı sorumludur⁴⁵.

Tarımsal ürün kirasının kendine has bir özelliği kiralananın işletilmesidir⁴⁶. Taraflar kiralanan üzerinde tarımsal faaliyetlerin yürütülmesi amacıyla bu sözleşmeyi yaparlar. Tarımsal faaliyet, toprağın işlenmesi, ağaçların meyvelerinin toplanması, arazi üzerindeki yabancı otların temizlenmesi ve gelir getirecek nitelikteki ürünlerin yetiştirilmesi, işletilmesi, bahçe bakımı yapılması gibi çeşitli faaliyetlerdir. Kiracının bu sözleşme ile amaçladığı esas unsur kendisine bir gelir sağlamak ve ürün getiren tarımsal faaliyetleri yürütmektir. Tarımsal ürün kira

⁴⁴ Stunder and Hofer (n 18) 54; Dahringer (n 16) 62; Oppenlander (n 15) 92; Fleischer (n 16) 72; Erol (n 10) 7; Şahin (n 11) 236; Voirin (n 19) 9; Arkan (n 18) 18; Sağlam, 'Türk Borçlar Kanunun Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı' (n 20) 1121; Darcan (n 10) 119. Yargıtay 18 HD, 20929/567, 18.01.2016; Yargıtay 18 HD, 3601/8251, 14.05.2013; Yargıtay 3 HD, 8400/451, 22/01/2018.

⁴⁵ Erol (n 10) 5-6; Aker (n 10) 29; Arkan (n 18) 77; Öztürk (n 18) 51; Blumer (n 16) 12; Fleischer (n 16) 7.

⁴⁶ Voirin (n 19) 234; Şahin (n 11) 1416; Öztürk (n 18) 133; Ruhi ve Ruhi (n 29) 1528; Sağlam, 'Ticari İşletmelerin Ürün Kirası Sözleşmelerine Konu Teşkil Etmesi ve Bunun Benzer Hukuki İlişkiler İle Karşılaştırılması' (n 35) 146. Yargıtay 3 HD, 8177/331, 18.01.2018; Yargıtay 3 HD, 287/3719, 06.04.2021.

sözleşmesinde yer alan ayırt edici unsurun, kiralananın işletilmesi olduğuna dair Yargıtay 6.Hukuk Dairesi'nin bir kararı⁴⁷ şu şekildedir; “...davacı sözleşme tarihinden önce işletilmekte bulunan ve işletme ruhsatını haiz olan taşınmazların sözleşmede öngörüldüğü şekilde ve zorunlu haller dışında mutlaka işletilmek üzere kiralanmıştır. Burada getirilen mutlak işletme ve yerlerin işletme ruhsatını haiz bulunması koşulu duraksamaya yer vermeyecek biçimde dava konusu sözleşmenin bir hasılat kirası sözleşmesi olduğunu göstermektedir...”.

Tarımsal ürün kirasının bir diğer unsuru ise kira bedelidir. TBK m.362/l'e göre “kiracı, sözleşmede aksine bir hüküm veya yerel adet olmadıkça, kira bedelini ve yan giderleri her kira yılının ve en geç kira süresinin sonunda ödemekle yükümlüdür”. Taraflar kira bedelini serbestçe belirleyebilirler⁴⁸ ve bu belirleme para, misli ya da misli olmayan eşya dışında iş görme, yapma veya yapmama edimleri olarak belirlenebildiği gibi elde edilen ürünler üzerinden bir pay verilmesi ya da aylık cironun bir bölümü olarak da belirlenebilir⁴⁹. TBK m.357/II'de

⁴⁷ Yargıtay 6 HD, 4430/4754, 09.07.2002; Yargıtay 6 HD, 5140/6524, 01.06.2010; Ruhi ve Ruhi (n 29) 1539.

⁴⁸ Sözleşme serbestisi ilkesi gereğince taraflar sözleşmede kira bedelini, ne zaman ödeneceğini ve ifa yerini aralarında anlaşarak belirleyebilirler. Bu belirleme esnasında TMK m.2 dürüstlük kuralına aykırı olamaz. Kira bedeli belirlenmiş olması esas olmasına karşın sözleşme içerisinde taraflar sözleşmede kira bedelini belirlememişler ise kira bedeli belirlenebilir nitelikte olmalıdır. Nitekim kira bedeli sözleşmenin asli unsurlarındandır. Eğer taraflar bu unsuru belirlememiş veya bu unsur belirlenmemiş ise bu durumda kira sözleşmesinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (n 24) 344; Erol (n 10) 106; Gümüş, *Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi* (n 24) 36; Tandoğan (n 35) 195; Aral ve Ayrancı (n 23) 233; Abdulkadir Arpacı, *Kira Hukuku ve Uygulaması* (Temel 2002) 18; Aker (n 10) 369; Arkan (n 18) 97; Acar (n 34) 90; Dahringer (n 16) 25; Fleischer (n 16) 29. Fahri Erdem Kaşak, ‘İsviçre Federal Mahkemesi’nin Kira Bedelinin Kararlaştırılmaması Halinde Kira Sözleşmesinin Kurulmadığına İlişkin, 15.09.1993 Tarihli (BGE 119 II 347) Kararı’ (2013) 17 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 307, 307. “Sözleşmenin geçerliliği açısından kira bedelinin sübjektif olarak belirlenebilir olmasının, örneğin, bedelin belirlenmesinin taraflardan birisine veya üçüncü bir kişiye bırakılmasının yeterli olduğu kabul edilebilir”, bkz. Gümüş, *Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi* (n 24) 35. Bizim de katıldığımız görüşe göre kira bedelinin belirlenmemiş olması ve belirlenmemesi durumunda sözleşmenin kira sözleşmesi olarak nitelenmesi mümkün değildir, tarafların iradesinin bu noktada yorumlanması gereklidir ve kullanım ödünü olarak yorumlanabilir. Acar (n 34) 88. Yargıtay 6 HD, 2378/240, 21.01.2016; Yargıtay 6 HD, 9376/3844, 11.05.2016; Yargıtay HGK, 96/859, 19.06.2013.

⁴⁹ Acar (n 34) 109; Öncü Özge, ‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Bedelinin Belirlenmesi’ (2012) 77 İzmir Barosu Dergisi 300, 301; Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku C.1* (Yetkin 2014) 16; Gümüş, *Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi* (n 24) 36; Aral ve Ayrancı (n 23) 210; Aydoğdu ve Kahveci (n 23) 113; Erzan Erzurumluoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 118; Yavuz, Acar ve Özen (n 22) 365; Erol (n 10) 49.

ürün üzerinden belirli bir pay belirlenmesi olarak da kira bedeli belirlenebileceği öngörülmüştür. Nitekim ürüne katılmalı kira, yarıcılık, marabacılık ve ortakçılık şeklinde yapılabilmektedir⁵⁰.

D. Tarımsal Ürün Kira Sözleşmesinin Tarafları ve Yükümlülükleri

Tarımsal ürün kirasının taraflarını kiraya veren ve kiracı oluşturmaktadır. Kiralananın mülkiyetinin mutlaka kiraya verene ait olması gerekmez, aynı hak sahibi ya da kiralanan üzerinde tasarruf yetkisine sahip kişiler de kiraya veren olabilir⁵¹. Ayrıca kiraya veren taraf gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilmektedir. Devlet, Hazineye ait arazilerin topraklarını kiralayabilir ve tıpkı gerçek kişiler gibi bu arazilerin kullanım ve yararlanma hakkını kiracıya devredebilir. Hazineye ait arazilerin çoraklaşmasının engellenmesi amacıyla bu sözleşmeden yararlanılabilir. Toprağın verimliliğinin korunması sağlanırken kiracılar da tarımsal faaliyetlerini yürütebilirler ve ürün elde etme amaçlarını gerçekleştirebilirler. Bir çeşit toprak tasarruf biçimi olan tarımsal kiralama sözleşmeleri halk arasında ortakçılık olarak da bilinmektedir. 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun Ek 5 inci maddesine göre “*Hazineye ait taşınmazlar, tarımsal üretim yapmak üzere tarımsal amaçlı kooperatifler, tarım satış kooperatifleri ve tarımsal üretici birlikleri ile bunların üst kuruluşlarına 492 sayılı Kanunun 63 üncü maddesinde yer alan harca esas değerın yüzde biri üzerinden yirmi yıl süre ile doğrudan kiralalanabilir*”. Hazineye ait arazilerin boş kalmaması, toprak üzerinden bir gelir sağlanması amacıyla sözleşme yapılması mümkündür. Bu alanların çeşitli ağaçlar ile yeşillendirilmesi ya da bahçecilik yapılması ile kiraya verilmesi halinde toprakların çoraklaşmasının önlemi alınabilecektir. Kiracı bu alanların hem bakımını ve onarımını yapabilecek hem de bu alanları işleyerek ürün elde edebilecektir.

⁵⁰ Yargıtay 3 HD 15464/9601, 27.5.2015; Yargıtay 3 HD, 21738/9484, 26.5.2015. Voirin (n 19) 312; Erol (n 10) 215; Altaş (n 18) 89; Arkan (n 18) 38. “Sözleşmede cironun bir kısmının kira bedeli olarak kararlaştırılması bu sözleşmenin niteliğini ürün kirası olduğunu tespit etmek için yeterli değildir. Adi kira sözleşmelerinde de açıkça düzenlenmemiş olsa da sözleşme serbestisi çerçevesinde kira bedelinin aylık cironun belirli bir kısmı olarak kararlaştırılması mümkündür”. Şahin (n 11) 1419.

⁵¹ Yavuz, Acar ve Özen (n 22) 366; Zevkliler ve Gökyayla (n 22) 479; Darcan (n 10) 56; Erol (n 10) 45; Arkan (n 18) 35; Öztürk (n 18) 19; Altaş (n 18) 78. Voirin (n 19) 232.

1. Kiraya Veren Sorumlulukları

Tarımsal ürün kira sözleşmesi, ürün kira sözleşmesinin bir türü olması sebebiyle ürün kira sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin bu kapsamda olacağı kabul edilir. Kiraya verenin tarımsal ürün kira sözleşmesinden doğan borçları; kiralananı teslim borcu, kiralananı kullanılmaya ve işletilmeye uygun bulundurma borcu, esaslı onarımları yerine getirme borcudur. Bununla birlikte kiraya verenin ürün kira hükümleri içerisinde yer verilmeyen ancak genel kira sözleşmesi hükümleri dolayısıyla sorumlu olduğu borçları da bulunmaktadır. Nitekim TBK m.358 düzenlemesi ile özel hüküm bulunmayan haller bakımından genel kira sözleşmesi hükümleri uygulanmaktadır. Kiraya veren genel kira sözleşmesi hükümlerinde yer alan yükümlülüklerini de yerine getirmelidir. Örneğin; vergi ve benzeri yükümlülükler katlanma, ayıba karşı tekeffül ve zapttan dolayı sorumluluk. Kiraya verenin, sözleşmedeki asli edim yükümlülüğü olan kiralananı teslim borcunu TBK m.360 ile düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre tarım arazisinin, tarım yapmaya elverişli biçimde bulundurulması ve bu şekilde kiracıya teslim edilmesi gereklidir. Kiracının kullanmaya, yararlanmaya ve üzerinden ürün elde etmeye elverişli bir kiralanan teslim alması ve sözleşme süresi boyunca da bu halde bulunmasının korunması kiraya veren tarafından sağlanmalıdır. Örneğin: tarım yapılacak arazinin taşlık olması sebebiyle üretim yapılamayacak durumda olması halinde kiracıya teslim edilmesi mümkün değildir.

Tarımsal ürün kira sözleşmesi sürekli borç doğuran bir sözleşme niteliğinde olması sebebiyle kiraya verenin kullandırma borcu bakımından sözleşme süresi boyunca borcunun devam ettiği kabul edilmelidir⁵². Kiraya veren, kiralananı kiracıya teslim ederek onu doğrudan zilyet kılar. Kiracı, kiralananı teslim aldıktan sonra kiralanan üzerinde fiili hakimiyet kurmuş olur. Kiralanan mevcut haliyle olduğu gibi kiracıya teslim edilebilir ve bunun yanında kiralananın içerisindeki alet ve araçların, üzerindeki ağaçların ve bitkilerin, tesislerin ve kuyu gibi tarımsal faaliyetler için gerekli tüm malzemelerin teslimi yapılmalıdır. Örneğin: kiraya veren, kiralanan içerisindeki kuyunun kullanımını kiracıya sağlamıyor ya da bunu engelleyici bir işlem gerçekleştiriyor ise tarlanın sulanması mümkün olmayacağı gibi tarımsal faaliyetlerin yapılması bakımından kiralananın kullanılması ve ondan yararlanılmasının da önüne geçilmiş olacaktır bu anlamda

⁵² Arkan (n 18) 37; Altaş (n 18) 100; Erol (n 10) 57; Acar (n 34) 127; Öztürk (n 17) 81. Blumer (n 16) 87; Lüdtke Handjery and Haarstrich (n 17) 98; Fleischer (n 16) 26; Stunder and Hofer (n 17) 69; Oppenlander (n 15) 74.

kiraya veren sözleşme kapsamında kiracıya amacına uygun şekilde teslim borcunu ifa etmelidir.

Tarımsal ürün kira sözleşmesinde kiraya verenin, kiralananı kullanıma, yararlanmaya ve ürünlerinin devşirilmesine uygun biçimde kiracıya teslim etme borcunun bir uzantısı olan diğer yükümlülüğü ise TBK m.361 ile düzenlenmiş bulunan esaslı onarımların yapılmasıdır. Kiraya veren, kiracının tarımsal faaliyetlerini yürütebilmesi için kiralananın esaslı onarımlarını yerine getirmek ve kullanıma uygun bulundurmakla yükümlüdür. Esaslı onarımlar kavramı kanunun sözü ile vurgulamak istenilen bir ifadedir. Esaslı onarım kavramı Kanun içerisinde açıklanmamış olmasına karşın bu kavramın anlamını yargı kararlarından yorum yoluyla anlamaktayız. Esaslı onarım, kiralama amacına uygun olarak kiracının kullanma, yararlanma ve ürün elde etme faaliyetlerini elverişli kılacak, kiracının sözleşme yapma menfaatine hizmet edecek, kira sözleşmesinin amacına uygun kullanılabilmesi için yapılması gereken tamiratlar olarak açıklanabilir⁵³. Örneğin: tarımsal amaçla kiralanan bahçenin içerisindeki su kuyusunun yıkılması halinde bunun onarımının yapılması, arazinin sürülmesi için gerekli olan traktörün motorunun yanması halinde bunun onarımının yapılmasıdır.

Esaslı onarımların yerine getirilmesi kira süresi boyunca süreklilik gösteren bir yükümlülüktür. Kiracının sözleşmeye uygun hareket etmesini güçleştiren, amaca uygun yararlanma elverişliliğini yok eden, kiralanda eksiklik ve hasar meydana getiren durumların onarımı kiraya verenin TBK m.360 gereği teslim borcunun bir uzantısı niteliğindedir. Bu yükümlülüğün gereği gibi yerine getirilmesi aynı zamanda kiraya verenin, kiralananın kullanıma elverişli bulundurma borcunun da sonucunu oluşturmaktadır⁵⁴. Kiraya verenin esaslı onarımdan sorumluluğunu yerine getirmesi bakımından Kanun kiracının bildirimde bulunması şartını düzenlemiştir. İhbar yükümünü yerine getirmeyen kiracı, kiraya verenin esaslı onarımı yapmadığını iddia edemeyecektir ve kiralanda bir zarar meydana gelir ise bunu tazmin etmek zorundadır⁵⁵. Kiracı, bildirim yükümlülüğünü yapmış olmasına karşın kiraya veren esaslı onarımları yerine getirmiyor ise kiracı hâkimden alacağı izinle kiraya veren adına bu onarımları kendisi ya-

⁵³ Yargıtay 14 HD, 6943/8424, 27.06.2007; Yargıtay 12 HD, 8294/10272, 12.10.2022; Yargıtay 14 HD, 6943/8424, 27.06.2007.

⁵⁴ Yargıtay 4 HD, 1056/2988, 04.06.1965.

⁵⁵ Aral ve Ayrancı (n 23) 365; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (n 24) 460; Aydoğdu ve Kahveci (n 23) 589; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı* (3. Baskı, Filiz 2017) 396; Erol (n 10) 78; Arkan (n 18) 86; Öztürk (n 18) 95; Darcan (n 10) 59.

pabilir⁵⁶. Esaslı onarımın derhal yapılması gerekiyorsa ve yapılmaması durumunda kiralanan çok daha büyük bir zarara uğrayacak ise kiracı, ivedilikle esaslı onarımları yerine getirir⁵⁷. Yapılan masraflar kiraya verene aittir⁵⁸. Örneğin: kiralanan araziye su basması, arazinin sulama yapıldığı kanala kimyasal sızıntı karışmış olması, ürünlerin bulunduğu deponun çatısının rüzgâr ile uçması, komşu arazide anız yangınının kiralanan arazideki çitlere sıçraması gibi ivedilikle müdahale edilmesi gereken hallerde kiracı gereken esaslı onarımları yerine getirebilir.

Tarımsal ürün kira sözleşmesinden doğan yükümlülükler içerisinde kiraya verenin yükümlülüklerden birisi TBK m.302'ye göre vergi ve benzeri yükümlülükler katlanma borcudur. Kiralananın sigortalanması, vergilerin ödenmesi kiraya verenin sorumluluğu kapsamındadır⁵⁹. Kiraya verenin bu yükümlülüğü onun malın mülkiyetine sahip olmasından ileri gelmektedir, kiraya verenin malik olması halinde bu sorumluluk onun üzerinde olacaktır⁶⁰. Taraflar ayrıca bu yükümlülüğü sözleşme ile kiracının yükümlülüğü olarak kararlaştırabilirler.

Kiraya verenin asli edim yükümlülüğü kiralananın kullanıma uygun biçimde ürün elde etme elverişliliğine sahip kiralananı kiracıya teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumu korumaktır. Kiralananda bir ayıp ortaya çıktığında kiraya verenin sorumluluğu doğmaktadır⁶¹. Kiraya verenin kiralananın ayıpla-

⁵⁶ Aker (n 10) 331; Darcan (n 10) 365; Erkan (n 30) 95; Arkan (n 18) 89; Altaş (n 18) 96; Erol (n 11) 87; Öztürk (n 18) 110.

⁵⁷ Darcan (n 10) 104; Kutluhan Erkan, "Ürün Kirasının Unsurları, Adi Kira ile Ayrım ve Ürün Kirasına Uygulanacak Hükümler" (2013) 2 Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 173, 175; Erol (n 10) 89; Arkan (n 18) 96; Altaş (n 18) 96; Öztürk (n 18) 87.

⁵⁸ Yargıtay 19 HD, 7131/10261, 03.12.1997; Yargıtay 3 HD, 8160/5624, 19.04.2017; Yargıtay 3 HD, 6567/2677, 27.03.2019.

⁵⁹ Erol (n 10) 92; Arkan (n 18) 120; Öztürk (n 18) 187; Darcan (n 10) 152; Arslan (n 18) 63.

⁶⁰ Blumer (n 16) 116; Fleischer (n 16) 164; Stunder and Hofer (n 18) 71; Erol (n 10) 37; Gümüş, *Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi* (n 24) 82; İnceoğlu (n 46) 69.

⁶¹ Hayrünnisa Özdemir ve Serhat Küçükcapraz, 'Kiraya Verenin Ayıptan Doğan Sorumluluğu' (2021) 12 TAAD 85, 88; Arkan (n 19) 47; Altaş (n 18) 55; Haluk Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku* (A.Ü. Hukuk Fakültesi 1961) 110; Ümmühan Kaya, *Türk Hukukunda Kiraya Verenin Kiralananın Ayıplarından Sorumluluğu* (Seçkin 2014) 57; Erol (n 10) 58; Arif Atanlian, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Kira Sözleşmesinde Kiraya Verenin Borçları Özellikle Ayıptan Sorumluluğu' (Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi 2017) 85; Sezer Çabri, *Kiraya Verenin Ayıptan Sorumluluğu* (Adalet 2013) 78; Abdullah Aktaş, 'Kiraya Verenin Kiralanandaki Ayıptan Sorumluluğu' (İstanbul Üniversitesi 2016) 74; Semih Yünlü, *Kira Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk* (Aristo 2020) 81; Fahrettin Aral, *Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa* (A.Ü. Hukuk Fakültesi 1985) 117.

rından sorumluluğunun niteliği asli edim yükümlülüğü olduğudur. Çünkü bu yükümlülük, kiralananın asli edim yükümlülüğü borcu olan teslim borcunun bir uzantısını oluşturur⁶². Kiraya verenin ayıptan sorumluluğu, borcun gereği gibi ifa edilmemesinin (kötü ifa) özel bir görünümü mahiyetindedir. Borçlu tarafından ifa edilen edimin, tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları veya kanunda tayin edilmiş şartlara uygun olmaması, başka bir ifadeyle edimin, borcun niteliğine aykırılık teşkil etmesi durumunda borcun gereği gibi ifa edilmemesinden (kötü ifa) söz edilir. Borcun gereği gibi ifa edilmemesinde borçlu tarafından edim ifa edilmiştir. Bu edim sözleşmeye, kanuna veya dürüstlük kuralına göre uygun bir şekilde ifa edilmemiştir. Ayrıca borçlu hiçbir kusurunun bulunmadığını ispat edemezse kötü ifa nedeni ile zarar gören alacaklının bundan doğan zararını tazmin etmekle yükümlüdür. Ayıptan sorumluluk bakımından Kanun herhangi bir tanımlamada bulunmamıştır. TBK m.306/II'de yer alan *"...kiralananın öngörülen kullanıma elverişliliğini ortadan kaldırması ya da önemli ölçüde engellemesi..."* ayıbın tespit edilmesi bakımından önemlidir. TBK m.219 düzenlemesine göre satış sözleşmesi için belirlenmiş ayıp kavramından yararlanılır⁶³. Buna göre *"kiralananın kullanımını engelleyen, sınırlayan, kiralanda eksiklik ya da bozukluk yaratan, kiraya verenin vadettiği niteliklerin kiralanda bulunmaması ile sonuçlanan durumlar"* şeklinde tanımlanabilir⁶⁴. Kiraya veren hem önemli hem de önemli olmayan tüm ayıplardan dolayı kiracıya karşı sorumludur⁶⁵.

TBK m.304'de kiralananın teslim anındaki ayıplarından dolayı sorumluluğu düzenlemiştir. Hükümde ayrıca ayıp kavramının türleri bakımından da bir ayırım yapıldığı ve buna bağlı olarak kiracının hakları düzenlenmiştir. TBK m.304/I'e

⁶² Kaya (n 57) 16; Özdemir ve Küçükçapraz (n 57) 48; Atanlian (n 57) 57; Çabri (n 57) 45; Aktaş (n 57) 75; Yünlü (n 57) 54; İnceoğlu (n 46) 112; Gümüş, (n 24) 114; Acar (n 34) 47. Kanaatimizce kiralananın kiracıya teslim edilmesinden sonra sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli olmaması da kötü ifa niteliğindedir. Çabri (n 57) 45. Eren, (n 24) 460.

⁶³ TBK m.219 *"satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğe aykırı olan kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur"* ifadesi ile satış sözleşmesi bakımından ayıbın konusunu düzenlemiştir.

⁶⁴ Kaya (n 57) 16; Özdemir ve Küçükçapraz (n 57) 48; Atanlian (n 57) 57; Çabri (n 57) 45; Aktaş (n 57) 75; Yünlü (n 57) 54; İnceoğlu (n 46) 112; Gümüş, *Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi* (n 24) 114; Acar (n 34) 47. Yargıtay 6 HD, 15401/7225, 03.06.2014; Yargıtay 13 HD, 13044/10492, 30.06.2011.

⁶⁵ Yargıtay HGK, E 13/66 K 1417, 02.10.2013.

göre “kiralananın önemli ayıplarla teslimi halinde kiracı, borçlunun temerrüdüne veya kiraya verenin kiralananın sonradan ayıplı duruma gelmesinden doğan sorumluluğuna ilişkin hükümlere başvurabilir”. Önemli ayıp, tarafların kiralanan üzerinde anlaştıkları hususlarda eksikliğin ya da bozukluğun olmasını, kiralananın kullanımını, ondan yararlanılmasını ya da ürün elde edilmesini önemli ölçüde engelleyen, kiracının bu sözleşmeyi yapmakla elde edeceği menfaati ortadan kaldıran ve beklediği yararı büyük ölçüde azaltan unsurlardır⁶⁶. Örneğin: kiralanan içerisinde bulunan 10.000 zeytin ağacının hem zeytin üretimi faaliyeti için hem de zeytinyağı üretimi için kiralınmasına karşın ürünlerin yarısının kurumuş olduğunun anlaşılması önemli ölçüde ayıp olarak ifade edilir. Çünkü kiracı 10.000 zeytin ağacından elde edeceği verimden ve sözleşmeyi yapma amacından uzak kalmış bulunmaktadır.

Kiraya veren, TBK m.304/II ile TBK m.305 düzenlemeleri gereğince önemli olmayan ayıplar ile kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesinden sorumludur. Önemli olmayan ayıp, kira ilişkisinde kiracının kullanma, yararlanma ve ürün elde etme durumunu engellemeyen ancak kiracının sözleşmeden beklediği edim menfaatini azaltan ve basit nitelikli eylemler ya da masraflar ile ortadan kaldırılabilen durumlar olarak tanımlanabilir⁶⁷. TBK m.305 kiracıya seçimlik haklar tanımıştır buna göre “kiralanan sonradan ayıplı duruma gelirse kiracı, kiraya verenden ayıpların giderilmesini veya kira bedelinden ayıpla orantılı bir indirim yapılmasını ya da zararının giderilmesini isteyebilir. Ancak zararın giderilmesi istemi diğer seçimlik hakların kullanılmasını önlemez. Önemli ayıp durumunda kiracının sözleşmeyi feshetme hakkı saklıdır”. Önemli nitelikteki ayıplar nedeniyle sözleşme feshedilebilir. Kiracı önemli nitelikteki ayıp dolayısıyla sözleşmeyi feshetmeyerek seçimlik haklarını da kullanabilir. TBK m.306 kiracının ayıbın giderilmesini isteme haklarını ve fesih konusunu düzenlemiştir. Bu düzenlemede ayrıca kiracının, kiraya veren hesabına bu ayıbı gidereceği ve bundan doğan alacaklarını kira bedelinden indirebileceği yer almaktadır.

⁶⁶ Çabri (n 57) 116; Aktaş (n 58) 78; Yünlü (n 57) 98; Kaya (n 58) 125; Atanılan (n 57) 96; Özdemir ve Küçükçapraz (n 57) 56; Aral ve Ayrancı (n 23) 635; Şenyüz (n 23) 169; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (n 24) 765; Zevkliler ve Gökyayla (n 22) 698; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı* (n 51) 745.

⁶⁷ Çabri (n 57) 118; Aktaş (n 57) 147; Aral ve Ayrancı (n 23) 658; Yünlü (n 58) 85; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı* (n 51) 266; Atanılan (n 57) 187; Özdemir ve Küçükçapraz (n 57) 69.

TBK m.358 düzenlemesi uyarınca kiraya verenin bir diğer sorumluluğu ise zapttan sorumluluktur. Kira sözleşmesi süresi boyunca kiraya veren, kiralananın doğrudan zilyetliğini kiracıya bırakmıştır. Kiraya veren, kiralananın kullanımını, ondan yararlanılmasını ve ürün elde edilmesini sağlayan şartları sağlamalıdır bu kapsamda kiralanan üzerinde üçüncü bir kişinin aynı ya da şahsi üstün hak iddialarına karşı kiracının menfaatlerini korumakla yükümlüdür⁶⁸. TBK m.309 hükmü uyarınca *“bir üçüncü kişinin kiralanda kiracının hakkıyla bağdaşmayan bir hak ileri sürmesi durumunda kiraya veren, kiracının bildirimi üzerine davayı üstlenmek ve kiracının uğradığı her türlü zararı gidermekle yükümlüdür”*. Üçüncü kişinin mülkiyet hakkının, intifa ya da üst hakkının var olması veya tapu siciline şerh verilmiş bir şahsi hak olmasına karşı kiracının, kira sözleşmesindeki menfaatlerini eksiltiyor, yok ediyor ise bu durumda kiraya verenin sorumluluğu doğmaktadır⁶⁹.

Tarımsal ürün kira sözleşmesinin kurulmasından önce üçüncü kişinin aynı ya da şahsi hakkının var olması halinde kiraya verenin sorumluluğu olacaktır. Çünkü sözleşme kurulduktan sonra üçüncü kişinin böyle bir hakkı var olur ise TBK m.310 düzenlemesinde de görüleceği üzere üçüncü kişi kira sözleşmesinin bir tarafı haline gelecektir⁷⁰. İsviçre Borçlar Kanunu bakımından ise kiralananın üzerinde üçüncü bir kişinin aynı hak sahibi ya da şahsi hak sahibi olması hali bir hukuki ayıp olarak kabul edilmekte ve bu şekilde düzenlenmektedir.

⁶⁸ Yargıtay HGK, 3-372/657, 30.09.1981; Erol (n 10) 71; Arkan (n 18) 68; Öztürk (n 18) 105; Fikret Eren ve Veysel Başpınar, *Toprak Hukuku* (Savaş 2017) 218; Tandoğan (n 35) 124; Aker (n 10) 342; Ruhi ve Ruhi (n 29) 1174; Darcan (n 10) 79; İnceoğlu (n 46) 79; Acar (n 34) 121. Yargıtay 6 HD, 1583/12037, 06.11.2014; Yargıtay 14 HD, 6416/9205, 13.07.2011.

⁶⁹ İnceoğlu (n 46) 236; Aral ve Ayrancı (n 23) 260; Tandoğan (n 35) 124; Acar (n 34) 254; Aker (n 10) 343; Gümüş, *Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi* (n 24) 137; Beyza Nuhoğlu, 'Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kiraya Veren Ayıba Karşı Tekeffül Borcu' (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi 2013) 145.

⁷⁰ Acar (n 34) 253; İnceoğlu (n 46) 241; Altaş (n 18) 106; Gümüş, *Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi* (n 24) 136. TBK m.310'a göre *“sözleşmenin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir sebeple el değiştirirse, yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olur. Kamulaştırmaya ilişkin hükümler saklıdır”*. Görüleceği üzere üçüncü kişi eğer sözleşme kurulduktan sonra kiralanan üzerinde aynı ya da şahsi bir hak sahibi oluyor ise bu durum kira sözleşmesine bir taraf olarak katılacağını göstermektedir. Ancak kamulaştırma halinde mülkiyeti elde eden kamu kurumunun tarımsal ürün kirası sözleşmesine taraf olması TBK m.310 hükmüne göre değil ancak idarenin bu yönde yapacağı başka işlemlerce söz konusu olacaktır. Nitekim idarenin özel kişiler ile tarımsal ürün kirası sözleşmesi yapması mümkündür ancak bunlar 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanım Kanunu ve 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun çerçevesinde kurulabilir. İdare işlemleri bakımından öncelikle kamu yararını gözetmek durumunda olacağından bu husus ayrı olarak değerlendirilmelidir.

2. Kiracının Sorumlulukları

Kiracının tarımsal ürün kirası sözleşmesinden doğan borçları; kira bedelini ve yan giderleri ödeme borcu, kiralananı kullanma ve işletme borcu, kiralananı özenle kullanma ve bakım borcudur.

Türk Borçlar Kanunu içerisinde ürün kirası sözleşmesinin kiracısı hem kira bedelini hem de yan giderleri ödemekle yükümlü tutulmuştur. Kiracının tarımsal ürün elde etmesi için yapacağı masraflar, kiralananın doğrudan zilyetliğini elinde bulundurması ve bu ürünlerin elde edilmesi için göstereceği performans için ortaya çıkan giderler kiracının edim menfaatini oluşturmaktadır. Yan gider ödeme yükümlülüğü tarımsal ürün kirası sözleşmesinin niteliği gereği kiracının üzerindedir. TBK m.362/II'deki *“kiracı, aksine bir hüküm veya yerel adet olmadıkça, kira bedelini ve yan giderleri her kira yılının en geç kira süresinin sonunda ödemekle yükümlüdür”* ifadesiyle hem kira bedeli hem de yan giderlerin ödenmesinin kiracının sorumluluğu olduğu açıkça düzenlenmiştir. Taraflar sözleşme ile bu yükümlülüklerin ödenmesine dair Kanun hükmüne aykırı olmamak şartıyla düzenleme yapabilirler. Tarımsal ürünlerin elde edilmesi üzerinden bir kira bedeli ödenmesi kararlaştırılmış olabilir. Bu durumda taraflar, ürünlerin toplanması zamanı esas alınarak ödemeye dair düzenlemeler yapabilir⁷¹.

Ürüne katılmalı kira sözleşmesi şeklinde bir anlaşmaya varmış olan taraflar için kiralananın teslim edilmesi sonrasında işletilmesi sonucu, devşirilecek ürünlerin belirli bir oranının bedel olarak ödenmesi söz konusudur. Tarımsal ürün kirası sözleşmesinde öncelikle kiraya verenin kiralananı teslim borcunu yerine getirmesi gereklidir. Kiralananın teslim borcuna karşılık kiracının kira bedelini ödeme borcu doğmaktadır. Dolayısıyla kiralananın teslim edilmemesi karşısında kiracı ödemezlik def'i iddiasında bulunabilir⁷².

Kira bedelinin olağanüstü durumlarda indiriminin istenilmesi hususu Türk Borçlar Kanunu m.363'de düzenlenmiştir. Kiracı, kendisinin bilmesinin mümkün olmadığı ve beklenmeyen olaylar sonucunda bu hükme dayanarak kira bedelinden indirim hakkını kullanabilir. Olağanüstü durumlara örnek olarak sel, yan-

⁷¹ Arkan (n 18) 79; Altaş (n 18) 268; Öztürk (n 18) 96; Erol (n 10) 39; Darcan (n 10) 96; Erkan (n 54) 189; Sağlam, 'Türk Borçlar Kanunun Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı' (n 20) 1015. Yargıtay 8 HD, E 2017/4577 K 2018/1317, 24.01.2018; Yargıtay 3 HD, E 2018/7771 K 2019/6309, 05.07.2019.

⁷² Arkan (n 18) 100; Altaş (n 18) 125; Öztürk (n 18) 218; Erol (n 10) 110; Arslan (n 18) 65; Darcan (n 10) 69; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (n 24) 387; Tandoğan (n 35) 165. Yargıtay 3 HD, 6666/2764, 01.04.2019; Yargıtay 3 HD, 2089/6506, 04.05.2017.

gın, volkan patlaması, yıldırım düşmesi, deprem gibi doğal felaketler veya tarımsal ürünler üzerinde yaşanan felaketler gösterilebilir⁷³. Olağanüstü felaketler içerisinde iklim değişikliği ve etkilerinin olup olamayacağının değerlendirilmesi de gereklidir. İklim değişikliği sonucu meydana gelen küresel ısınma pek çok unsuru etkilemektedir. Yağış rejimi, sıcaklık ortalamaları, bitki örtüsü, iklimin daha sert geçmesi gibi unsurlar tarımsal ürünlerin doğal ortamını etkileyecektir. TBK m.363/1 hükmüne göre *“tarımsal bir taşınmazın her zamanki verimi, olağanüstü felaket veya doğal olaylar yüzünden önemli ölçüde azalırsa kiracı, kira bedelinden orantılı bir miktarın indirilmesini isteyebilir”*. İklim değişikliği sonuçları ani etkili olarak ortaya çıkmamakta ve zaman içerisinde gelişen kuraklık, yüksek sıcaklık, yağış rejiminin değişimi gibi etkileri bulunmaktadır. İklim değişikliği sıcaklığın kabul edilen normal değerlerin uzun vade içerisinde değişimi ve gezegenin küresel ısınmasının oluşumudur⁷⁴. İnsan faaliyetleri sonucu ve özellikle fosil yakıt kullanımının artışı ile hızlanan bu sıcaklık artışı atmosfere yayılan bazı gazların etkilerinin bir sonucudur⁷⁵.

İklim değişikliğini mücbir bir sebep olarak sınıflanamayacağı kanaatimizce kabul edilmektedir. Mücbir sebep (*vis major*), belirli koşullar altında ve taraflardan herhangi birisinin müdahalesi olmaksızın meydana gelen, aşılması mümkün olmayan büyük sebeple olarak tanımlanabilir⁷⁶. Bir insanın iradesinin basit

⁷³ Cashin-Ritaine Eleanor, ‘Emprevizyon, Hardship ve İşlem Temelinin Çökmesi: Pacta Sunt Servanda ve Alman-Fransız Hukuki İlişkilerinde Sözleşmelerin Uyarlanmasına Giden Yollar’, (Çev Başak Baysal) (2005) 63(1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 321, 323; Erol (n 10) 110; Arkan (n 18) 100; Öztürk (n 18) 218; Hubert Becker, *Landpachtrecht: BGB-Vertragsrecht, Landpachtverkehrsgesetz* (HLBS Verlag 2017) 342; Eren ve Başpınar (n 63) 464.

⁷⁴ Pedro Dorta Antequera, Diaz Pacheco Jaime, Lopez Diez Abel ve Bethencourt Herrera Celia, ‘Tourism, Transport and Climate Change: The Carbon Footprint of International Air Traffic on Islands’ (2021) 13 Sustainability 1795, 1796 <<https://www.mdpi.com/2071-1050/13/4/1795>> Date of Access 14 Mach 2024; The World Health Organization, ‘Quantitative Risk Assessment of the Effects of Climate Change on Selected Causes of Death, 2030s and 2050s’ (2014) 65; Burak Gine ve Bengü Çelenk, ‘The Impasse of International Law on Climate-Induced Migration: Recent Developments and the United Nation’s January 2020 Decision on Climate Refugees’ (2021) 23 Insight Turkey 209, 210; Almonte (n 5) 89; Kutluhan Bozkurt, ‘Uluslararası Hukuk Bağlamında İklim Aktivizmi’ in Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Kutluhan Bozkurt ve Duygu Kulaç (ed), *İklim Krizi ve Hukuk* (Legal 2022) 78; TC Tarım ve Orman Bakanlığı Meteoroloji Genel Müdürlüğü, ‘Türkiye 2023 Yılı İklim Değerlendirmesi’ (2021).

⁷⁵ Climate Change, National Geographic, <<https://www.nationalgeographic.org/encyclopedia/climatechange>> Date of Access 14 June 2024.

⁷⁶ Jost, François, ‘Climate action assessment in three small municipalities in British Columbia: Advancements vis-à-vis major neighboring cities’ (2020) 2 *Current Research in Environmental*

bir çabayla ya da özen gösterilerek aşılması, düzeltilmesi ya da önlenmesi mümkün değildir. Hükümetlerarası İklim Değişikliği Paneli (IPCC) tarafından da belirtildiği üzere iklim değişikliği insan faaliyetlerinin bir sonucu olarak ve on yıllarca zaman sonra etkileri ortaya çıkan hava durumu dalgalanmalarıdır⁷⁷. İklim değişikliği müdahale edilemez nitelikte değildir. Nitekim bu şekilde bir sınıflama oldukça dar bir yorum olacaktır, çünkü iklim değişikliği etkileri ve sonuçları bakımından önlemler alınabilir, etkileri basit gayretler ile değiştirilebilir bir yapıdır.

İklim değişikliği henüz sigortalanabilir sonuçları olabilecek bir kavramı oluşturmamaktadır. TBK m.363/II düzenlemesinde “*bu haktan başlangıçta feragat, ancak kira bedelinin belirlenmesi sırasında bu gibi durumların meydana gelmesi olasılığı göz önünde tutulmuş veya doğan zarar bir sigorta ile karşılanmış ise geçerli olur*” ifadesi yer almaktadır. Sel, yıldırım veya deprem sonuçlarına bağlı olarak ortaya çıkan zarar ticari anlamda sigortalanabilmektedir ve böyle bir durumda kiracı kira bedelinden indirim isteyebilmektedir. Doğal afetler beklenmedik ve oldukça yıkıcı sonuçlara sebebiyet verebilirler ve bu bakımdan çiftçileri oldukça zor durumda bırakabilirler. İklim değişikliğine bağlı sonuçlar bakımından ise kuraklık, aşırı sıcaklık ya da bitki örtüsünün değişimi sigortalanması pek mümkün olmayan unsurlardır. Çiftçilerin tarım alanlarındaki kayıp-

Sustainability 1010. Exner Adolf, *Der Begriff der höheren Gewalt (vis major) im römischen und heutigen Verkehrsrecht* (Hölder 1883); Gates Laura, ‘Force Majeure, Vis Major, Impossibility, and Impracticability Under Ohio Law Before and After COVID-19’ (2021) 90 U. Cin. L. Rev. 283. Price T. W. ‘The Role of Casus Fortuitus, Vis Major and Mistake in Actions for Delict’ (1953) 16 *THRHR* 1. Engel Kirsten, ‘State and local climate change initiatives: What is motivating state and local governments to address a global problem and what does this say about federalism and environmental law’ (2006) 38 Urb. Law 1015. Pauwelyn Joost, ‘US Federal climate policy and competitiveness concerns: the limits and options of international trade law’ (2007) 7(2) Nicholas Institute for Environmental Policy Solutions WP, 72. Voigt, Christina, ‘State responsibility for climate change damages’ (2008) 77(1-2) *Nordic Journal of International Law* 1-22, 2. Sipper Mark and Madan M. Batra ‘Rule of law vis-à-vis foreign market entry modes: exploratory interviews of a few experts’ (2022) 64(3) *International Journal of Law and Management* 321, 322.

⁷⁷ IPCC, *AR6 Synthesis Report: Climate Change 2023* (n 3); IPCC, ‘Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC)’ (n 7); Naci Bayraç ve Emrah Doğan, ‘Türkiye’de İklim Değişikliğinin Tarım Sektörü Üzerine Etkileri’ (2016) 11 Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi 23, 25; Hülya Silkin, ‘İklim Değişikliğine Uyum Özelinde Bazı Uygulamaların Türkiye Açısından Değerlendirilmesi’ (2014) 45; Tayanç (n 2) 72. Climate Adaptation Science Centers, Ecological Drought Across the Country, U.S. Geological Survey, <https://www.usgs.gov/land-resources/climate-adaptation-science-centers/ecologicaldrought-across-country?qt-science_support_page_related_con=2#qt-science_support_page_related_con> Date of Access 14 June 2024.

ları hariç bu kişilerin tarımsal faaliyetlerini yürütmelerini engelleyen ya da işlerini bir süreliğine askıya almalarını gerektiren bir kâr kaybının da sigortalanması mümkündür. Örneğin ürün sorumluluk sigortası zorunlu olmamakla birlikte çiftçilerin üretim yaptığı ürünlerle ilgili olarak poliçe süresi içinde meydana gelen olaylar sonucunda üçüncü şahısların ölmesi, yaralanması, sağlığının bozulması, üçüncü şahıslara ait mallarda maddi kayıp ve zarara neden olunması halinde belirli limitlerde teminat sağlamaktadır.

Çalışmanın içeriği bakımından bu tartışmalı konu bir ara sonuç olarak burada değerlendirilecektir. İklim değişikliği sonucu oluşan hava olayları tarım alanları ve çiftçiler bakımından olumsuz etkiler oluşturmakta ve bunun zararı kaçınılmaz olmaktadır. Bahçecilik ve endemik bitki üretimi yapan çiftçilerin, seracılık yapan çiftçilerin iklim değişikliği karşısında bu tarımsal faaliyetlerini sürdürebilmesi oldukça zor olacaktır. İklim üzerindeki değişiklikler, en temelde sıcaklıkların artışı ve yağış rejiminin değişmesi çiftçilerin tarımsal faaliyetlerini zorlaştırmakta ve ürün verimliliğini düşürmektedir. Kiracının, TBK m.363 hükmü gereği tarımsal alanların korunması hakkında bir sigorta yaptırması hâlihazırda mümkün değildir. Mücbir bir sebep olarak kabul edilmeyen iklim değişikliğine karşı kira bedelinden indirim istenilebilmesi olağanüstü bir durum değildir. Dolayısıyla kira bedelinden indirim istenilmesi iklim değişikliğinin getirdiği sonuçlar ileri sürülerek mümkün olmayacaktır.

Asli edim yükümlülüğü niteliğinde olan bir diğer borç ise kiracının, kiralananı kullanma ve işletme borcudur⁷⁸. Bu borç aynı zamanda tarımsal ürün kirası sözleşmesinin kiracıya sağladığı bir haktır. TBK m.364 düzenlemesi kiracının kiralananı kullanma ve işletme borcunu düzenlemiştir. Tarımsal ürün kirası sözleşmesi de ürün kirası sözleşmesinin bir çeşidi olması dolayısıyla kiracının bu sözleşme tipine özgü bir borcu da kiralananın işletilmesidir. Kiralananın işletilmesi, onun varlığını sürdürmesi, değerinin korunması ve üzerindeki ürünlerin korunması için kiracının tasarrufuna bırakılmış hak ve yükümlülük doğurmaktadır. TBK m.364/l'e göre *“kiracı, kiralananı özgülediği amaca uygun ve iyi bir biçimde işletmekle, özellikle ürün vermeye elverişli bir durumda bulundurmakla*

⁷⁸ Altaş (n 18) 114; Arkan (n 18) 85; Aker (n 10) 352; Sağlam, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler' (n 20) 1015; Sağlam, 'Türk Borçlar Kanunun Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı' (n 20) 195; Öztürk (n 18) 195; Darcan (n 10) 118. İpek Sağlam ve Hasibe Sena Akkışla, 'Ürün Kira Sözleşmesinde Kiracının Kullanma ve İşletme Yükümlülüğü' (2022) 28 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1029, 1030.

yükümlüdür". Kiracı işletme yükümlülüğünü yerine getirirken kiralananın özgü-
lendiği amaca uygun, iyi biçimde işletmeli ve kiralananın ürün verme kabiliyeti-
ni korumalıdır⁷⁹. Tarımsal ürün kirası sözleşmesinde kiracı, tarımsal faaliyetlerin
sürdürülebilirliğine uyumlu bir şekilde tarım faaliyetlerini sürdürmelidir. Tarım-
sal ürün kirası sözleşmesinde taraflar ürünlerin yetiştirilmesi ve belirli bir ora-
nın kira bedeli olarak verilmesi hususunda anlaşmışlar ise kiracının işletme
borcu ve kiralanda verimli bir ürün elde edebilmesi ayrıca önem kazanmak-
tadır. Çünkü kiracının tarımsal faaliyetleri dolayısıyla elde edeceği ürün mikta-
rının sağlanması edim menfaatine hizmet etmektedir⁸⁰.

Kiracının kiralananı kullanma ve işletme borcunu gereği gibi yerine getir-
mesi bakımından tarımsal faaliyetleri yerine getirebilecek kabiliyetinin olması,
ürün vermesi için kiralana gereken masrafları yapması ve tarımsal faaliyetleri
uygulama bilgisine sahip olması gereklidir. Tarlanın sürülmesi, bitkilerin ilaç-
lanması, budanması, mahsullerin toplanma zamanının bilinmesi ve toplama
işleminin ürün veren bitkilere zarar vermeden yapılması, toprağın zararlı bitki
ve haşerattan ayıklanması, gerekli ve yeterli sulamanın yapılması, ürünlerin
toplandıktan sonra korunaklı biçimde depolanması ve muhafazasının yapılması,
tarlanın veya bahçenin özgülendiği amaca uygun ekiminin ve dikiminin yapıl-
ması gibi tarımsal faaliyetlerin yerine getirilmesinde kiracının yeterli kabiliyete,
tecrübeye ve bilgiye sahip olması gereklidir. Tarımsal faaliyetlerin yürütülmesi
esnasında dışardan gelebilecek etkilere karşı kiracının hazırlıklı olması ve gere-
ken tedbirleri alması gereklidir. Nitekim TBK m.364/II "*kiracı, kiraya verenin izni
olmaksızın, kiralananın işletme usulünü, kira süresinin bitiminden sonra etkisi
görülebilecek biçimde değiştiremez*" ifadesi ile kiralananın özünün korunması
ve değerinin korunması amaçlanmıştır. Örneğin: Isparta ilinde gülsuyu, gül
reçeli ve gül kremi yapılması amacıyla yetiştirilen gül bahçeleri üzerinde tarım-
sal ürün kirası sözleşmesi kurulması halinde kiracı bu topraklar üzerinde lavan-
ta ya da kekik bitkisi yetiştiremez ve üretimini yapamaz. Kiracı, kiralananı özgü-
lendiği amaca uygun olarak işletmek zorundadır.

Kiracının kullanma ve işletme borcunu yerine getirirken iklim değişikliğinin
sonuçlarına karşı da gereken uygulamaları yapması, masrafları harcaması ve

⁷⁹ Şahin (n 11) 36; Voirin (n 19) 56; Arkan (n 18); Öztürk (n 18); Erol (n 10) 26; Arslan (n 18) 77;
Sağlam ve Akkışla (n 76) 1032; Sağlam, 'Türk Borçlar Kanunun Ürün Kirası Sözleşmesine
İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı' (n 20) 1015; Erkan (n 54) 148; Darcan (n 10) 118.

⁸⁰ Aker (n 10) 353; Arkan (n 17) 85; Öztürk (n 18) 195; Stunder ve Hofer (n 17) 85; Lüdtke
Handjery ve Haarstrich (n 17) 96; Eren ve Başpınar (n 63) 185; Darcan (n 10) 36.

tedbirleri alması gereklidir. Günümüzde tarımsal faaliyetlerin yerine getirilmesinde teknolojik ve yenilikçi uygulamalar mevcuttur. Tarımsal faaliyetlerin teknolojik ve yenilikçi uygulamalar ile yerine getirilmesi verimi arttırmıştır. Çiftçiler, iklim değişikliği bağlamında geçim kaynaklarını sürdürebilmek için uyum stratejileri geliştirip uygulamaktadırlar. İklim değişikliğine karşı çeşitli uyum stratejileri geleceğe yatırım yapan ülkelerde planlanmaktadır. Bu uyum stratejilerinin en yaygın olanları şu şekilde örneklendirilebilir: daha kuru koşullara daha uygun yeni ürün çeşitlerinin ve hayvan türlerinin kullanımı, sulama, ürün çeşitlendirmesi, karma ürün hayvancılık sistemleri, ekim tarihlerini değiştirme, çiftlikten çiftlik dışı faaliyetlere çeşitlendirme, su ve toprak koruma tekniklerinin kullanımının artırılması, sermaye ve işgücü kullanımının değiştirilmesi ve gölgeleme ve barınma/ağaç dikimi.

Kiracının, tarımsal ürün kirası sözleşmesinden doğan bir diğer borcu ise kiralananı bakım yükümlülüğüdür. Bakım yükümlülüğü TBK m.365 ile düzenlenmiştir ve hukuki niteliği itibarıyla bir yan edim yükümlülüğüdür⁸¹. Kiracı kiralananın sözleşme süresi boyunca bakımını gereği gibi yerine getirmelidir. Bakım yükümlülüğünden anlaşılması gereken kiralananı dair küçük onarımları yapmak, bozulan veya kullanılmayla yok olan düşük değerli araç ve gereçlerin yerine yenilerini koymaktır. Kiracının bakım borcunu yerine getirmesi onun sözleşmeden beklediği menfaatleri korumasına ve onlardan en iyi şekilde yararlanabilmesine etki etmektedir. Bahçenin ya da tarlanın üzerinde yapılacak tarımsal faaliyetlerin yapılması ve ürün elde edilmesi için bilmesi gereken meslek kurallarını, toprak işleme biçimlerini ve tarım uygulama yöntemlerini bilen, gereken bakımı, özeni ve emeği vermelidir. Ekim ve dikim, gübreleme, hastalıklara karşı mücadele ilaçlarını kullanma, çapalama ve sulamayı yapmak zorundadır. Bununla birlikte tarım uygulamalarında son gelişmeleri takip etmeli ve teknoloji yöntemlerine göre tarım faaliyetlerini sürdürmelidir. Kiralama amacına uygun olarak kullanılmalıdır ve arazinin kendisine tahsis edilme amacının

⁸¹ Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Filiz 1993) 12; Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (n 71) 25; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (n 72) 7; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Filiz 1978) 11; Frank Weiler, *Pflichten Aus Dem Schuldverhältnis in: Schuldrecht Allgemeiner Teil* (2. Edition, Nomos 2014) 5; Franziska Ritter, *Vertragliche Nebenpflichten Beim Vertragsmanagement* (Peter Lang GmbH 2016) 6; Susanne Hahncen, *Obliegenheiten Und Nebenpflichten* (Tübingen Mohr Siebeck 2010) 12; Markus Müller ve Rolf Hempel, 'Nebenpflichten Des Verkäufers Unter Besonderer Berücksichtigung Der Verjährung' (2005) 205 Archiv für die civilistische Praxis 246, 247; Frank Bauer, *Anspruch Auf Erfüllung Vertraglicher Nebenpflichten?* (Nomos 2013) 21.

dışına çıkmamalıdır. Tarımsal ürün kirası sözleşmesinde kiracı, diğer kira sözleşmelerinden farklı olarak ürün veren kiralananı korumak ve özünü muhafaza etmek amacıyla gereken tüm bakımı yapmakla yükümlüdür⁸². Kiralananın bakım ve onarımı esaslı onarım niteliğinde ise bunların yapılması ve masrafları kiraya verenin sorumluluğundadır ve kiracı, derhal kiraya verene bildirimde bulunmak zorundadır⁸³.

III. Tarımsal Ürün Kira Sözleşmesinin İhlali ve Sonuçları

A. Kiracının Temerrüde Düşmesi

Türk Borçlar Kanunu düzenlemelerine göre sözleşmesinin ihlal edilmesi, tarafların borçlarını yerine getirmemesi (*temerrüt*), borcun yerine getirilmesinin imkânsız olması ve borcun gereği gibi yerine getirilmemesi şeklinde gerçekleşir⁸⁴. Tarımsal ürün kirası sözleşmesinin temel özelliklerinden birisi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasıdır. Bununla birlikte kiraya verenin asli edim yükümlülükleri ile kiracının asli edim yükümlülüklerinin karşılıklılık (*synallagma*) ilişkisi içinde yer alması temerrüt halindeki sonuçların uygulanabileceğini göstermektedir⁸⁵. TBK m.125 karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt halinde alacaklı tarafın seçimlik haklarını düzenlemiştir. Bu seçimlik haklar

⁸² Altaş (n 18) 119; Şahin (n 11) 109; Voirin (n 19) 148; Arkan (n 18) 122; Erol (n 10) 39; Darcan (n 10) 152; Arslan (n 18) 72; Ayhan Çıkin, Hüseyin Çeken ve Metin Uçar, 'Turizmin Tarım Sektörüne Etkisi, Agro-Turizm ve Ekonomik Sonuçları' (2009) 15 Tarım Ekonomisi Dergisi 1, 3; Rüya Bayar, 'Arazi Kullanımı Açısından Türkiye'de Tarım Alanlarının Değişimi' (2018) 16 Coğrafi Bilimler Dergisi 187, 188.

⁸³ Erol (n 10) 98; Arkan (n 18) 122; Altaş (n 18) 120; Darcan (n 10) 145; Zevkliler ve Gökyayla (n 22) 95; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı* (n 51) 133; Aral ve Ayrancı (n 23) 645; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (n 24) 726.

⁸⁴ Oğuzman ve Öz (n 68) 250; Alper Uyumaz ve Mehmet Akcaal, 'Borçlar Kanununun Kira Sözleşmesine İlişkin Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi' (2013) 21 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 297, 298; Bilgehan Çetiner, Andreas Furrer ve Markus Muller-Chen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha 2021) 15; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (n 68) 27; Kocayusufpaşaoğlu (n 80) 169; Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (n 67) 335; Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Sermet 1976) 189; Pierre Tercier, Murat Develioğlu ve Pascal Pichonnaz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2. Baskı, XII Levha 2016) 89; Abdülkerim Yıldırım, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Bakı, Adalet 2017) 50.

⁸⁵ Oğuzman ve Öz (n 68) 8; Çetiner, Furrer ve Muller-Chen (n 83) 12; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (n 68) 7; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, (n 80); Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (n 67) 6; Yıldırım (n 83) 27; Tercier, Develioğlu ve Pichonnaz (n 83) 9; Altaş (n 18) 5; Erol (n 10) 8; Voirin (n 19) 102; Şahin (n 11) 14; Arkan (n 18) 15.

borcun aynen ifası talebi ve gecikme tazminatı talebi, borcun ifa edilmemesi sebebiyle müspet zararın tazmini, sözleşmeden dönme ve bununla birlikte menfi zararın tazmin talebidir⁸⁶. Bu haklar tarımsal ürün kirası sözleşmesi taraflarının sözleşmeyi ihlal etmesi halinde değerlendirilecektir. Nitekim tarımsal ürün kirası sözleşmesinin ihlal edilmesinde öncelikle ürün kirasına dair düzenlemeler sonra kira ve genel hükümler uygulama alanı bulur.

Tarımsal ürün kira sözleşmesinde bir tarafın borcunu yerine getirmemesi halinde (*temerrüt*) karşı tarafın TBK m.362 hükmü ile sözleşmeyi feshetme hakkını kullanmasını düzenlenmiştir. Kiracının, kira bedelini ve yan giderleri ödememesi veya kiralananı işletmemesi halinde temerrüde düştüğü kabul edilir⁸⁷. Kiraya veren, kiracıdan para borcunu aynen ifa etmesi için ona bir süre tanımıştır aksi halde sözleşmeyi fesih hakkını kullanacaktır⁸⁸. Kiracının vadesi gelmiş kira bedelini ve yan giderleri ödememesi kiracının temerrüdüne yol açar⁸⁹. Kira bedeli ve yan giderin ödenmesi para borcu şeklinde ise bunun ödenmemesi halinde doğmuş olan temerrüt faizi ve sözleşmenin feshedilmesi dolayısıyla kiraya verenin uğradığı zararın tazmini borcu doğacaktır⁹⁰.

Tarımsal ürün kira sözleşmesi niteliği bakımından ürüne katılmalı kira sözleşmesi olması halinde ve o kira dönemi içerisinde iklim değişikliği sebebiyle yeterli bir ürün elde edilememiş olması durumunda kiracının temerrüdü mümkün müdür hususu değerlendirilmelidir. Öncelikle yalnızca katılmalı ürün kirası sözleşmesi (yarıcılık sözleşmesi) bakımından durum değerlendirilmelidir. Çünkü belirli bir ürünün yetiştirilmesi üzerine anlaşmış olan tarafların ürüne katılmalı

⁸⁶ Oğuzman ve Öz (n 68) 92; Çetiner, Furrer ve Muller-Chen (n 83) 78; Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm C.3* (Filiz 2016) 125; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (n 68) 789; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, (n 80) 258; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (28. Baskı, Turhan 2020) 369; Ali Naim İnan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (4.Baskı, Seçkin 2014) 241; Yıldırım (n 83) 79; Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (n 67) 489; Şenyüz (n 23) 96.

⁸⁷ Altaş (n 18) 122; Erol (n 10) 26; Arkan (n 18) 91; Aker (n 10) 269; Zevkliler ve Gökyayla (n 22) 277; Tandoğan (n 35) 212.

⁸⁸ Altaş (n 18) 122; Erol (n 10) 26; Arkan (n 18) 91; Aker (n 10) 269; Zevkliler ve Gökyayla (n 22) 277; Tandoğan (n 35) 212.

⁸⁹ Sağlam, 'Türk Borçlar Kanunun Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı' (n 20) 1019. Altaş (n 18) 122; Erol (n 10) 26; Arkan (n 18) 91; Aker (n 10) 269; Zevkliler ve Gökyayla (n 22) 277; Tandoğan (n 35) 212.

⁹⁰ Arkan (n 18) 113; Ercan Akyiğit, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi* (Seçkin 2012) 103; Tandoğan (n 35) 219; Erol (n 10) 113; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (n 24) 469.

olarak yapacakları tarımsal ürün kirası sözleşmesinde edim menfaati anlaşılan ürünün yetiştirilmesi bakımından önemli bir nitelik taşımaktadır⁹¹.

B. Tarımsal Ürün Kira Sözleşmesinin Olağanüstü Feshi

İklim değişikliğinin getirmiş olduğu kuraklık, aşırı sıcaklık, doğal dengenin bozulması o kira dönemi içinde elde edilen ürün kalitesini ve miktarını azaltabilir veya hiç ürün elde edilememesine sebep olabilir. Örneğin: Isparta ilinde geniş bir gül bahçesinin gül suyu, gül yağı, gül reçeli gibi ürünler elde edilmesi amacıyla tarımsal ürün kirası sözleşmesine konu olması ve yarıcılık usulüne göre tarafların anlaşmasına karşın iklim değişikliğinin bir sonucu olarak yaşanan kuraklık yetersiz sulama yapılmasına neden olmuştur. Bu kira dönemi içerisinde yeterli ürün elde edilemeyecektir. Ürüne katılmalı kira sözleşmesinde kiracının kira bedelini ödeyememesi halinde taraflardan herhangi biri için bu sözleşmeyi kendisi için çekilmez bir hale getirip getirmediği önemlidir. TBK m.369 olağanüstü fesih sebebi olarak önemli bir sebebin varlığını bu kapsamda incelemek gereklidir. TBK m.369/l'e göre *“taraflardan biri, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hale getiren önemli bir sebebin varlığı durumunda sözleşmeyi yasal fesih bildirim süresine uyararak her zaman feshedebilir”*. Katılmalı ürün kirası bakımından eğer iklim değişikliğinin sonucu olarak kuraklık, aşırı yağış, bitki örtüsünün değişimi gibi sebeplerle ürün elde edilememiş olması kiraya veren için artık çekilmez bir duruma gelmiş ise sözleşmeyi feshetme hakkı bulunmaktadır. Nitekim aynı şekilde kiracı artık o taşınmaz üzerinde topraktan verim alamayacağını ya da kuralık dolayısıyla kararlaştırılan ürünü yetiştiremeyeceğini düşünür ise sözleşmeyi bu maddeye dayanarak feshedebilir. Unutulmaması gereken bir husus şudur ki bu düzenleme istisnai nitelikte ve oldukça özel bir fesih nedenidir. Nitekim somut olayın değerlendirilmesi gereklidir. TBK m.369/II'ye göre *“hâkim durum ve koşulları göz önünde tutarak, olağanüstü fesih bildirimimin parasal sonuçlarını karara bağlar”* ifadesinden de anlaşılabacağı üzere katılmalı ürün kirası konusunda anlaşan tarafların sorumlulukları ve parasal sonuçları somut olaya göre değerlendirilecektir.

Kiracının bir diğer asli edim yükümlülüğü olan kiralananın işletilmesi yükümlülüğü bakımından bu borcun niteliğinin tespit edilmesi önemlidir. Tarımsal

⁹¹ Yarıcılık, 13.04.2018 tarihli 30390 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Tarımsal Arazi Edinme İş ve İşlemleri Hakkında Yönetmelik m.4/k ile tanımlanmıştır. Buna göre *“bir tarımsal araziden elde edilen ürünün, girdilerin ortakçı tarafından sağlanarak toprak sahibi ile ortakçı arasında yarı yarıya paylaşıldığı üretim ilişkisini ifade eder”*.

ürün kirası sözleşmesinde kiralanan taşınmazın tarımsal faaliyetlerin gerçekleştirilmesi amacıyla ekim dikim yapılmasının yanında üzerinde bulunan ve işletme faaliyetlerinin gerçekleştirilebileceği değerlerin işletilmesinin gerçekleştirilmesi gereklidir. Kiracı kiralananın doğrudan zilyedi konumunda olmasından dolayı hâlihazırda onu kullanan bir kimse olarak bu kiralananın kullanım amacına göre hareket etmelidir. Kiracının işletme faaliyetine başlamaması veya bunu devam ettirmemesi onun temerrüdüne yol açar. Özellikle kiralananın özünün korunması tehlikeye düşecek ise ve tarımsal ürün kirası sözleşmesinin taraflarının edim menfaatlerine zarar verecek bir durum oluşması halinde kiracı sözleşmeyi ihlal etmiş kabul edilir⁹². Kiracının işletme borcunu yerine getirmemesi halinde TBK m.364 ihlal halinde herhangi bir düzenleme getirmemiştir dolayısıyla genel temerrüt hükmü uygulama alanı bulacaktır. TBK m.124 düzenlemesi doğrultusunda kiracıya borcunu ifa etmesi için bir süre tanınmalı ve bu süre sonunda borç hala ifa edilmemiş ise ya da ifa edilmeye başlanmamış ise sözleşme feshedilmelidir⁹³.

C. Borcun İfa Edilmesinin İmkansızlaşması

İklim değişikliği sonucunda tarımsal faaliyetlerin gerçekleştirilmesi imkânsız bir hale gelirse ve sözleşmenin tarafları borçlarını ifa etmeleri konusunda ifa imkânsızlığında düşer ise bu durumda TBK m.136 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Küresel ısınma dolayısıyla buzulların erimesi, deniz seviyesinin yükselmesi, bitki örtüsünün değişimi, yağış rejiminde yaşanan değişiklikler kiracının tarımsal faaliyetlerini yapmasını zorlaştırabildiği gibi bunu imkânsız hale de dönüştürebilir. Bu tip büyük hava olayları üzerinde insan gücünün etkisi çok zayıf kalabilir ve üretim yapılması imkânsız durumlar oluşabilir. Nitekim TBK m.136 borcu imkânsızlık sebebiyle sona erdiren bir düzenleme yapmıştır. Örneğin: kurak ve yarı kurak bölgelerde yetiştirilmeye elverişli buğday üretimi ülkemizde İç Anadolu Bölgesinde yaygın olarak yapılmaktadır⁹⁴. İklim değişikliği sonucu yağış rejimindeki dengesizlik ürünlerin hasadını zorlaştıracaktır. Örne-

⁹² Erol (n 10) 31; Altaş (n 18) 73; Voirin (n 19) 94; Arkan (n 18) 85; Öztürk (n 18) 77; Sağlam, 'Türk Borçlar Kanunun Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı' (n 20) 1015; Darcan (n 10) 96.

⁹³ Arkan (n 18) 87; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (n 28) 1090; Altaş (n 18) 80; Şahin (n 11) 1423; Zevkliler ve Gökyayla (n 22) 191; Tandoğan (n 38) 141.

⁹⁴ Çetin Sayılğan, 'Küresel Sıcaklık Artışının Buğdayda Beklenen Etkileri ve Yüksek Sıcaklığa Toleranslılığın Fizyolojik Göstergeleri' (2016) 26 Yüzüncü Yıl Üniversitesi Tarım Bilimleri Dergisi 439, 439.

ğın: ürünlerin çiçeklenme dönemlerinde yüksek sıcaklığa maruz kalması sonucunda bitkinin ve ürünlerin kurumasına sebep olur. Bu durumda tarımsal ürün kirası sözleşmesinde kiracının amaçladığı üretim imkânsız bir hale dönüşebilir.

D. Tarımsal Ürün Kira Sözleşmesinin Müspet İhlali

Kiracının yan edim yükümü niteliğindeki özenli davranma, bakım yapma ve kiralananı iyi kullanma yükümlülüğünü ihlal etmesi TBK m.364 düzenlemesine aykırılık oluşturur. Nitekim kiralananın ve üzerindeki ürünlerin bakımlarının yapılmaması, basit nitelikli onarımlarının sağlanmaması hali de TBK m.365 düzenlemesi olan bakım yükümlülüğüne aykırılık oluşturmaktadır. Kiracı bu yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde bu yasal düzenlemelerde bir yaptırım belirlenmemiştir. Genel nitelikli bir hüküm olan ve kiralananın özenle kullanımı ve komşulara saygı gösterme borcunu düzenleyen TBK m.316, TBK m.364 ve TBK m.365 hükümleri beraber değerlendirilmelidir⁹⁵. Nitekim kiralananın özgülendiği amaca uygun kullanılması, bakım ve onarımlarının yapılması, ürünlerinin toplanması ve kiralananın işletilmesi kiracının özen borcuyla yakından ilişkilidir⁹⁶. Kiracının özen yükümlülüğü onun edim menfaatine hizmet eder. Kiracının kiralananı kullanım amacına uygun kullanması, iyi ve özenli davranması, bakım yükümlülüğünün yerine getirmesi hem sözleşmeden hem de Türk Borçlar Kanunu'ndan doğan yükümlülüklerdir. Bu borçların yerine getirilmesi kiracının hâlihazırda kiralana dolaysız zilyet olmasının doğal bir sonucudur⁹⁷.

Tarımsal ürün kira sözleşmesinde kiracının özenli davranması kapsamında kiralananın ve üzerindeki ürünlerin korunması da bulunmaktadır⁹⁸. Bu kapsamda küresel ısınma ile oluşabilecek kuraklığa karşı da gereken tesisatı kurmalı, akıllı sulama sistemlerinden yararlanmalı, toprağı işlerken ve sürerken modern tekniklerden yararlanmalı, güneş enerjisi gibi yenilenebilir enerji sistemleri ile arazi üzerindeki gereken enerji ihtiyacını sağlamalıdır. Özen yükümlülüğü, kira-

⁹⁵ Aral ve Ayrancı (n 23) 265; Yavuz, Acar ve Özen (n 22) 704; Aker (n 10) 356; Arkan (n 18) 96; Öztürk (n 18) 78; Darcan (n 10) 195; Erkan (n 30) 87.

⁹⁶ İnceoğlu (n 46) 362; Tandoğan (n 35) 141; Aydoğdu ve Kahveci (n 23) 511; Aral ve Ayrancı (n 23) 265; Nihat Yavuz, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi C.II* (Adalet 2013) 212.

⁹⁷ Darcan (n 10) 132; Altaş (n 18) 115; Erol (n 10) 93; Arkan (n 18) 114; Şahin (n 11) 78; Ömer Aykul, *Ekolojik Hukuk ve Çevre Hukuku* (Seçkin 2024) 65; B Duru, 'Birleşmiş Milletler, UNEP ve Ekolojik Bunalım' (2016) İnsan, Çevre, Toplum 461, 89; Türkiye Barolar Birliği, *Ekolojik Kriz ve Kentler* (Türkiye Barolar Birliği 2014) 96.

⁹⁸ Tandoğan (n 35) 150; Erol (n 10) 95; İnceoğlu (n 46) 373; Yavuz (n 96) 213; Gümüş, *Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi* (n 24) 160.

lananın kullanım amacına uygun kullanılmasına, kiralananın iyi ve gereği gibi işletilmesine ve kiralananın bakımının yapılmasına hizmet eder. Nitekim tarımsal ürün kirası sözleşmesinde kiracının özen yükümlülüğü hem kiralanan hem de üzerindeki ürünler bakımından önemli niteliktedir. Çünkü tarafların sözleşmeyi kurmalarındaki temel menfaat bu tarım arazisi ve onun işlenerek ürün vermesinin sağlanmasına dayanmaktadır. Kiracının kira sözleşmesi içinde özensiz ve pervasız davranışları, ihtiyaç duyulan bakımı yerine getirmemesi özellikle iklim değişikliği sonuçlarına karşı gereken ve alması gerekli olan tedbirleri almaması sözleşmeyi ihlal niteliği oluşturacaktır⁹⁹. Örneğin: iklim değişikliği sonucu hava olaylarında yaşanan kuraklık dolayısıyla kiracı ürünlerin susuz kalması adına akıllı sulama tekniklerinden yararlanarak sulama sistemi döşeyebilir.

TBK m.358 düzenlemesine göre özel hüküm bulunmayan hallerde genel hüküm niteliğindeki TBK m.316/II hükmü uygulama alanı bulur. TBK m.316/II düzenlemesi kiracının özensiz kullanımı haline ilişkin bir yaptırım getirmiştir; buna göre “...diğer kira ilişkilerinde ise kiraya veren, kiracıya önceden bir ihtar da bulunmaksızın yazılı bir bildirimle sözleşmeyi hemen feshedebilir”. Tarımsal ürün kirası sözleşmesinde kiracının kiralananı özenle kullanma, kiralananın özgülendiği amaca uygun işletme ve bakım yükümünü ihlal etmesi halinde TBK m.316/II hükmünün uygulanması mümkündür¹⁰⁰. Ancak unutulmamalıdır ki TBK m.316 düzenlemesinin hukuki niteliği kiracı lehine nispi emredicidir¹⁰¹. Bu sebeple ilgili hükmün uygulanması şartları bakımından kiracının durumunu ağırlaştırmaması gerekir.

Tarımsal ürün kira sözleşmesi bakımından TBK m.369 düzenlemesinin uygulama alanı bulup bulmayacağını değerlendirilmesi bu aşamada önemlidir. TBK m.369 olağanüstü fesih sebeplerini ile önemli fesih sebebinin şartlarını düzenlemiştir. Kiracıya ihtar yapılmaksızın altı aylık bildirim süresine uyarak sözleşmeyi bildirim süresi sonunda feshetmiş olma durumu kiracı ve kira sözleşmesinin niteliği bakımından ağır bir yaptırımdır. TMK m.2 dürüstlük kuralı

⁹⁹ TBK m.316/I hükmü genel kira sözleşmeleri bakımından özenle kullanma yükümlülüğünü düzenlemiştir bununla birlikte TBK içerisinde ürün kirası sözleşmesine uygulanan genel nitelikli hüküm niteliğindedir. Düzenlemeye göre “kiracı, kiralananı sözleşmeye uygun olarak özenle kullanmak ve kiralananın bulunduğu taşınmazda oturan kişiler ile komşulara gerekli saygıyı göstermekle yükümlüdür”.

¹⁰⁰ Aker (n 10) 369; Arkan (n 18) 118.

¹⁰¹ İnceoğlu (n 46) 361; Gümüş, *Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi* (n 24) 301.

gereği başta olmak üzere tarafların edim menfaatlerinin korunması bakımından kiracıya bu yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmesi için uygun bir süre verilmesi daha hakkaniyetli olacaktır. Bununla birlikte TBK m.369 özel nitelikli bir düzenlemedir ve “kendisi için çekilmez hale getiren önemli sebeplerin varlığı” gibi özel ve öngörülemez bir unsurun gerçekleşmesi özen ve bakım yükümlülüğü bakımından gerçekleşmesi güç bir şarttır.

İklim koşullarının değişmesi sebebiyle tarımsal ürünlerin yüksek sıcaktan ya da soğuktan korunması gibi zorlu koşullarla kiracı başedecektir. Nitekim kiracının değişen zorlayıcı iklim koşullarına karşı özen yükümlülüğü ciddi ölçüde önemli bir hal almaktadır. Çünkü iklim değişikliğine karşı akılcı ve sürdürülebilir tarım uygulamalarının kullanılması küresel ısınmasının olası zararlarını azaltmaya yöneliktir¹⁰². Kiracı toprağı modern sulama sistemleri ile gerekli ve en verimli biçimde sulamalı, kuraklığa karşı bitkilere gereken bakımı yapmalı ve özeni göstermelidir. Buna rağmen artık iklim değişikliği sonucunda ürünlerin geri döndürülemez şekilde zarar görmesi, tarımsal faaliyetlerin yerine getirilemez olması ya da bu durumun tarımsal ürün kirası sözleşmesini sürdürülmesini çekilmez kılması halinde TBK m.369 hükmü uygulama alanı bulur. Örneğin: küresel ısınma sonucunda deniz seviyesinin yükselmesi sebebiyle tarım arazisi sular altında kalan kiracı artık çiftçilik faaliyetlerini yerine getiremeyecektir. Bu durum sözleşmenin sürdürülmesini çekilmez kılabilir. Nitekim bir başka örnek, Cilo dağlarının eteğindeki bir köyde tarım faaliyetlerini sürdüren bir çiftçi, iklim değişikliği sonucunda hava koşullarının olması gerekenden daha sıcak olması ve mevsim şartlarının daha ılıman geçmesi yüzünden ürettiği arpa ve buğdayların kalitesinin düştüğünü iddia edebilir. Sıcak hava sebebiyle eriyen buzulların ürün verimliliğinin azalmasına etki etmesi çiftçinin yeteri kadar kâr edememesine sebep olur. Bu halde sözleşmenin kendisi için çekilmez hale geldiğini bildirerek sözleşmeyi feshedebilir¹⁰³.

¹⁰² Christian Stockinger and Bayerische Landesanstalt für Landwirtschaft, ‘Agrarsektor Im Umbruch-Bisherige Und Absehbare Entwicklungslinien’, *Strategien zur Stärkung einer nachhaltigen und wettbewerbsfähigen Landbewirtschaftung in Bayern-Landwirtschaft* (Bayerische Landesanstalt für Landwirtschaft 2020) 5; Marius Michels ve Oliver Musshoff, ‘Präferenz Deutscher Landwirte Für Pachtpreisanpassungsklauseln Unter Berücksichtigung Des Klimawandels Und Der Änderung Agrarpolitischer Rahmenbedingungen’, *Agrarwissenschaft Forschung* (Arbeitsbereich Landwirtschaftliche Betriebslehre, Georg-August-Universität Göttingen 2021) 2.

¹⁰³ Pek çok ülke iklim değişikliğine karşı çeşitli politikalar izlemektedir. Ancak bunlar tarım sektörü için yetersiz kalmaktadır. İklim değişikliğiyle mücadele kapsamındaki Almanya’daki politika düzenlemelerinin yetersiz olması çeşitli protestolara sebebiyet vermektedir. Almanya, Fran-

Tarımsal ürün kira sözleşmesinde kiracının özen ve bakım borcunu gereği gibi yerine getirmemesi (*Nichterfüllung*) halinde sözleşme müspet ihlal edilmiş olacaktır¹⁰⁴. Kiracının borcunu gereği gibi yerine getirmemesi halinde sözleşmenin müspet ihlali (*positive Vertragsverletzung*) oluşmaktadır¹⁰⁵. Borcun gereği gibi yerine getirilmemesi hali TBK m.112 ile düzenlenmiştir. Buna göre “*borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür*”. Tarımsal ürün kirası sözleşmesinden doğan yan edim yükümlülüklerini

sa, İspanya, Belçika, Hollanda, Macaristan gibi tarım sektörünün ülke ekonomisinde önemli bir yer kapladığı alanlarda iklim değişikliğine yeterli önlemi almayan hükümetlere karşı çiftçiler protestolar yapmaktadırlar. Sıcaklıkların artışı sebebiyle su kısıtlaması kararlarına, tahıl üretiminin kalitesinin düşürülmesine tarımdaki sübvansiyonların kaldırılmasına itiraz eden çiftçiler hükümetlerin yeterli derecede iklim değişikliğine karşı kendilerini desteklemediğini iddia etmektedirler. Çiftçiler, iklim değişikliği sebebiyle tarım faaliyetlerini gereği gibi yerine getirememektedirler. <<https://www.aa.com.tr/tr/yesilhat/iklim-degisikligi/ciftcilerin-protestolari-avrupanin-bircok-ulkesine-yayildi/1822310>> Erişim Tarihi 12 Nisan 2024.

¹⁰⁴ Paul Lemp, *Schadenersatz Wegen Nichterfüllung Als Folge Des Schuldnerverzuges* (1939) 31; Ernst Zitelmann, ‘Nichterfüllung Und Schlechterfüllung’ Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für Paul Krüger 265, 14; Alfred Schubiger, *Verhältnis Der Sachgewährleistung Zu Den Folgen Der Nichterfüllung Oder Nicht Gehörigen Erfüllung* (Stämpfli 1957) 96; Christian Knütel, ‘Die Schwächen Der Konkreten Und Abstrakten Schadensberechnung Und Das Positive Interesse Bei Der Nichterfüllung’ (2002) 202 Archiv für die civilistische Praxis 555, 16; Horst Heinrich Jakobs, ‘Unmöglichkeit Und Nichterfüllung (Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen 84)’ (1974) 174 Archiv für die civilistische Praxis 78, 6 <<https://www.jstor.org/stable/40994857>> Erişim Tarihi 12 Nisan 2024; Uwe Diederichsen, ‘Schadenersatz Wegen Nichterfüllung’ Und Ersatz von Mangelfolgeschäden’ (1965) 165 Archiv für die civilistische Praxis 150, 63; Rolf H Weber, *Berner Kommentar, Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband, Die Folgen Der Nichterfüllung, Art. 97 - 109* (2000) 106.

¹⁰⁵ Rona Serozan, ‘Culpa in Contrahendo, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi’ (1968) 2 MHAD 108, 112; Rona Serozan, ‘Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar: “Akdin Müspet İhlali” ve Culpa in Contrahendo” [1990] İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 27, 117; Gizem Zurnacı, ‘Karşılıklı Edimli Sözleşmelerde Alacaklı Temerrüdü Nedeniyle Sözleşmeden Dönen Borçlunun Olumlu Zararının Tazmini Sorununa İlişkin Bir İnceleme’ (2021) 18 YÜHFD 1265, 96; Şefika Deren Gündüz, ‘Olumlu Zarar’ (İstanbul Üniversitesi 2019) 36; Stefan Heinrich, ‘Leistungsstörungenrecht Die Verletzung von Vertraglichen Und Vorvertraglichen Pflichten’ (2010) 65; Jan Lüsing, *Die Pflichten Aus Culpa in Contrahendo Und Positiver Vertragsverletzung* (2010) 58; Ulrich Huber, ‘Zur Haftung Des Verkäufers Wegen Positiver Vertragsverletzung’ (1977) 177 Archiv für die civilistische Praxis 281, 35; Claus Wilhelm Canaris, ‘Ansprüche Wegen “positiver Vertragsverletzung” Und “Schutzwirkung Für Dritte” Bei Nichtigen Verträgen, Zugleich Ein Beitrag Zur Vereinheitlichung Der Regeln Über Die Schutzpflichtverletzungen’ (1965) 15-16 JZ (Juristischerechtschrift) 475, 476.

gereği gibi yerine getirmeyen kiracı doğan zararı tazmin etmelidir¹⁰⁶. Örneğin: taşınmaz üzerindeki ürünlerin haşerata karşı ilaçlanması ve bakımının yapılması gerekirken ilaçlamayı gereğinden fazla bir oranda bitkilere vermesi sonucunda bitkilerin köklerinin yanmasına sebep olmuş ve arazi üzerindeki ürünleri telef etmiş ise burada bakım borcu yerine getirilmiş ancak gereği gibi yerine getirilmemiş olmasından dolayı doğan zararın tazmini gereklidir¹⁰⁷. Bu zararın tazmini müspet zararın tazmini olarak açıklanabilir. Bu zarar maddi zarar şeklinde doğmuş olabilir yani zarar gören kiraya verenin malvarlığındaki aktifin azalması, pasiflerin artması veya beklediği kazanca erişememesi, onu kaybetmesidir¹⁰⁸.

Sonuç

İklim değişikliği günümüzde bitki örtüsünün değişmesi, kuralık ve yağış rejimindeki değişiklikler başta olmak üzere tarım sektörünü ciddi biçimde etkilemektedir. Gelecek günlerde tüm dünya üzerindeki olumsuz etkileri kuvvetlenecek olan bu krizin hukuki sonuçları bakımından gerekli tedbirlerin alınması gerekli bir hale gelmiştir. Çalışmada bu iklim değişikliğini ve sonuçlarını özellikle Türkiye'deki tarımsal faaliyetler ve tarımsal ürün kira sözleşmesi çerçevesinde ele almaya çalıştık. Paris İklim Anlaşmasının bir tarafı olarak Türkiye hem Anlaşma gereği bazı sorumlulukları yerine getirmelidir hem de bir tarım ülkesi olması nedeniyle yaşanacak krize karşı önlemler almalıdır. Verimli toprakları ve doğal kaynakları bulunmaktadır. İklim değişikliğinin sonucunda tarımsal ürün kira sözleşmesine yansıyan olumsuz koşullar tarafların sözleşmeden doğan

¹⁰⁶ Yargıtay HGK, E 2018/11-88 K 2021/1351, 4.11.2021.

¹⁰⁷ Canaris (n 105) 1015; Huber (n 105) 86; Lüsing (n 105) 45; Gündüz (n 105) 115; Mehmet Serkan Ergüne, 'Culpa İn Contahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini' (2010) 1 Prof.Dr. Rona Serozan'a Armağan 909, 156; Erbek Odabaşı (n 68) 36; Heinrich (n 105) 65; Carlotta Rinaldo, '§ 1. Der Ursprung Der Theorie Der ,Schuldverhältnisse Ohne Primäre Leistungspflichten' Im Deutschen Schrifttum', *Die Haftung Dritter in Deutschland und Italien* (2017) 88; Gregor Bachmann ve Jan Erik Schirmer, *Leistungs-Und Schutzpflichten in Der Zivilrechtsdogmatik* (De Gruyter 2017) 78.

¹⁰⁸ Murat Topuz, *İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukuku'nda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi* (Seçkin 2010) 25; Zafer Zeytin, 'Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi - I: Maddi Zarar Olarak Özel Kullanım Kaybı' (1999) XX BATIDER 98; Ayşe Havutçu, *Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini* (1995) 66; Ernst Wolf, 'Grundfragen Des Schadensbegriffs Und Der Methode Der Schadenserkenntnis' (1976) Festschrift für Gerhard Schiedermair zum 70.Geburstag 545, 11; Lemp (n 104) 96; Franz Gschnitzer, 'Schadenersatz, Besonderer Teil', *Schuldrecht Besonderer Teil und Schadenersatz* (1963); Gerhard Wagner, 'Schadenersatz Bei Tötungen Und Angehörigenschmerzengeld-Die Rückständigkeit Des Deutschen Rechts' 869, 872; Hermann Lange ve Gottfried Schiemann, *Schadenersatz* (2003) 73.

yükümlülüklerini etkileyecektir. Ekolojik dengenin korunması, su kaynaklarının verimli biçimde kullanılması, toprağın aktif olarak işlenmesi yönüyle tarımsal ürün kira sözleşmesinin taraflarının sorumlulukları çerçevesinde çalışmada ele alınmıştır. Tarımsal ürün kira sözleşmesinde tarafların sorumluluklarının ağırlaştırılmış olacağı aşikardır. Kiralanan tarım arazisinde iyi tarım uygulamalarının benimsenmesi ve ürünlerin korunması yönüyle tarafların sorumluluğu ağırlaştırılmıştır. Kiracının özellikle bakım ve özen yükümlülüğü açısından kiralananın, kiralama amacına uygun kullanılması, iyi işletilmesi yükümlülüğünün önemi vurgulanmıştır. Ürünlerin kalitesinin korunması hem edim menfaatine hizmet etmekte hem de bilinçli bir üretim politikası izlenerek kiralananın cevherinin kaybolması önlenmektedir.

Tarım arazilerinin verimliliği her geçen yıl daha da önemli bir hal almakta güvenli gıdaya ulaşım bakımından çeşitli riskler ortaya çıkmaktadır. Yaşanan iklim değişikliği sonucunda elde edilen ürünün azalması, kalitesinin düşmesi, tarım arazilerinin çoraklaşması ve su kaynaklarının kuruyarak sulamanın yeterli yapılamaması tarımsal faaliyetlerin sürekliliğini azaltmaktadır. Çiftçilerin yenilikçi ve sürdürülebilir uygulamaları benimsemeleri artık bir tercih meselesi olarak görülmemeli, onların özen ve bakım yükümlülüklerinin bir parçası olarak görülmelidir. Kiraya verenlerin ise tarımsal ürün kira sözleşmesine konu olan kiralananın uygun bir biçimde kullanılabilmesi ve sürdürülebilir bir biçimde ürün elde edilmesi bakımından kiralananı koruması gereklidir. Tarafların sözleşmeden doğan yükümlülükleri iklim değişikliği sebebiyle ürün elde edilmesini ve verimin sürdürülebilir olmasını zorlaştırmıştır. Bu bakımdan başta devlet tarafından çiftçiler ile yapılan tarımsal kira sözleşmesinde kullanılan sürdürülebilir uygulamaların yaygınlaştırılması şarttır. Çalışma içerisinde sözleşmenin ihlali halinde en ağır yaptırımın uygulanması hususu açıklanmıştır.

Kaynakça

- Acar F, *Kira Hukuku Şerhi (TBK m.299-321)* (2. Baskı, Beta 2015)
- Aichele R and Feldermayr G, 'Kyoto and the Carbon Footprint of Nations' (2012) 63 (3) *Journal of Environmental Economics and Management* 336-354
- Aker H, *Ticari İşletme Kirası* (Yetkin 2012)
- Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medeni Kanunu C.II Aile Hukuku* (23. Baskı, Beta 2021)
- Aktaş A, 'Kiraya Verenin Kiralanandaki Ayıptan Sorumluluğu' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2016)
- Akyiğit E, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi* (Seçkin 2012)
- Alkan Olsson J ve Alkan Olsson İ, 'Turkey's Signature of The Kyoto Protocol' (2013) 47 *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 1-31
- Almonte MAP, 'The Interrelationship Between Human Rights and Climate Change: An Appraisal' (Master Thesis, Liverpool University 2020)
- Altaş H, *Hasılat ve Şirket Kirası (BK M.270-298)* (Yetkin 2009)
- Aral F, *Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa* (Yetkin 1985)
- Aral F ve Ayrancı H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (15. Baskı, Yetkin 2024)
- Arkan SA, *Hasılat Kirasında Tarafların Hak ve Borçları* (Beşir 2010)
- Arpacı A, *Kira Hukuku ve Uygulaması* (Temel 2002)
- Arslan Z, 'Ürün Kirası Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kiralananın İadesi' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Şehir Üniversitesi 2015)
- Atanian A, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Kira Sözleşmesinde Kiraya Veren Borçları Özellikle Ayıptan Sorumluluğu' (Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi 2017)
- Aydoğdu M, 'Ortaçağ Feodal Mülkiyet Anlayışı ve Osmanlı Hukukundaki Toprak Sisteminin Türk Hukukundaki Tarımsal İşletmelerin Mirasçılara Özgülenmesine Etkileri' (2015) 17(2) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1-26
- Aydoğdu M ve Kahveci N, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (6.Baskı, Adalet 2023)
- Aykul Ö, *Ekolojik Hukuk ve Çevre Hukuku* (Seçkin 2024)
- Bachmann G ve Schirmer JE, *Leistungs-Und Schutzpflichten in Der Zivilrechtsdogmatik* (De Gruyter 2017)
- Baran Ö, *XV ve XVI. Asırda Osmanlı İmparatorluğunda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları* (İstanbul Üniversitesi 1943)
- Bauer F, *Anspruch Auf Erfüllung Vertraglicher Nebenpflichten?* (Nomos 2013)
- Bayar R, 'Arazi Kullanımı Açısından Türkiye'de Tarım Alanlarının Değişimi' (2018) 16 (2) *Coğrafi Bilimler Dergisi* 187-200

- Bayraç N ve Doğan E, 'Türkiye'de İklim Değişikliğinin Tarım Sektörü Üzerine Etkileri' (2016) 11 (1) Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi 23-48
- Becker H, *Landpachtrecht: BGB-Vertragsrecht, Landpachtverkehrsgesetz* (HLBS 2017)
- Belen H, 'Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi Türleri ile Genel Hükümler Uyarınca Kiraya Veren Borçlarına İlişkin Değerlendirmeler' (2013) 87 (3) İstanbul Barosu Dergisi 106-137
- Blumer M, *Schweizerisches Privatrecht, Gebrauchüberlassungs- Verträge (Miete, Pacht)* (Helbing Lichtenhahn 2012)
- Bodansky D, 'International Law and the Design of a Climate Change Regime', *International Relations and Global Climate Change* (The MIT 2001)
- Bozkurt D, 'Antartika'da İklim Değişikliği ve Etkileri' in Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Kutluhan Bozkurt ve Duygu Kulaç (eds), *İklim Krizi ve Hukuk* (Legal 2022) 96-105
- Bozkurt K, 'Uluslararası Hukuk Bağlamında İklim Aktivizmi' in Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Kutluhan Bozkurt ve Duygu Kulaç (eds), *İklim Krizi ve Hukuk* (Legal 2022) 1-25
- Çabri S, *Kiraya Veren Ayrıntı Sorumluluğu* (Adalet 2013)
- Canaris CW, 'Ansprüche Wegen "positiver Vertragsverletzung" Und "Schutzwirkung Für Dritte" Bei Nichtigen Verträgen, Zugleich Ein Beitrag Zur Vereinheitlichung Der Regeln Über Die Schutzpflichtverletzungen' (1965) 15-16 JZ (Juristscherechtschrift) 475-507
- Cerit Mazlum S, 'Turkey and Post-Paris Climate Change Politics: Still Playing Alone' (2017) *New Perspectives on Turkey* 145-152
- Çetiner B, Furrer A ve Muller-Chen M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha 2024)
- Cin H, *Eski ve Yeni Türk Hukukunda Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1979)
- Çıkin A, Çeken H ve Uçar M, 'Turizmin Tarım Sektörüne Etkisi, Agro-Turizm ve Ekonomik Sonuçları' (2009) 15 (1) Tarım Ekonomisi Dergisi 1-8
- Cumalıoğlu E, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri* (Barış 2013)
- Dahringer B, 'Der Pachtvertrag', *Management in der Hotellerie und Gastronomie* (De Gruyter 2021)
- Darcan Ş, 'Ürün Kirası Sözleşmesi' (Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2020)
- Diederichsen U, '"Schadensersatz Wegen Nichterfüllung" Und Ersatz von Mangelfolgeschäden' (1965) 165 Archiv für die civilistische Praxis 150-168
- Dorta Antequera P, Diaz Pacheco J, Lopez Diez A ve Bethencourt Herrera C, 'Tourism, Transport and Climate Change: The Carbon Footprint of International Air Traffic on Islands' (2021) 13 Sustainability 1795-1800 <<https://www.mdpi.com/2071-1050/13/4/1795>> Access of Date: 14 March 2024

- Dural M, Öğüz T ve Gümüş MA, *Türk Özel Hukuku C.III, Aile Hukuku* (15. Baskı, Filiz 2020)
- Duru B, 'Birleşmiş Milletler, UNEP ve Ekolojik Bunalım' (2016) İnsan, Çevre, Toplum 461-482
- Edis S, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1993)
- Emmerich V, *Grundlagen Des Vertrags - Und Schuldrechts* (Athenaum 1972)
- Erbek Odabaşı Ö, 'Borç İlişkisinden Doğan Yan Yükümlülerin Edim Yükümleriyle Karşılaştırılması' (2020) 85 İzmir Barosu Dergisi 61-156
- Erdem M ve Makaracı Başak A, *Aile Hukuku* (Seçkin 2022)
- Eren F, *Mülkiyet Hukuku* (3. Baskı, Legem 2011)
- - *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (29. Baskı, Yetkin 2024)
- - *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (29. Baskı, Yetkin 2024)
- Eren F ve Başpınar V, *Toprak Hukuku* (5. Baskı, Savaş 2017)
- Ergüne MS, 'Culpa İn Contahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini' (2010) 1 Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan 909-926
- Erkan K, 'Ürün Kirasının Unsurları, Adi Kira İle Ayrım ve Ürün Kirasına Uygulanacak Hükümler' (2013) 2 Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 173-185
- Erol C, *Türk Hukukunda Hasılat Kirası* (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 1953)
- Ertay Ş, *Eşya Hukuku* (15. Baskı, Barış 2020)
- Europe Commission, 'Climate Action / Paris Agreement' <https://ec.europa.eu/clima/policies/international/negotiations/paris_en> Date of Access 1 August 2024
- Erzurumluoğlu E, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (13. Baskı, Yetkin 2023)
- Esener T ve Güven K, *Eşya Hukuku* (9. Baskı, Yetkin 2019)
- Fleischer O, 'Kapitel 13. Miet-Und Pachtverträge', *Die Immobilie im Zivil-und Steuerrecht* (Dr Otto Schmidt 2014)
- Gine B ve Çelenk B, 'The Impasse of International Law on Climate-Induced Migration: Recent Developments and the United Nation's January 2020 Decision on Climate Refugees' (2021) 23 Insight Turkey 209-231
- Gökalp SS, 'Paris Anlaşması ve Türkiye'ye Yansımaları' in Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Kutluhan Bozkurt ve Duygu Kulaç (eds), *İklim Krizi ve Hukuk* (Legal 2022)
- Gökyayla KE, 'Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümleri Uygulanma Alanı (TBK m.339)' (2013) 13 Yaşar Üniversitesi E-Dergi 1203-1252
- Gschnitzer F, 'Schadenersatz, Besonderer Teil', *Schuldrecht Besonderer Teil und Schadenersatz* (Nomos 1963)

- Gümüş MA, *Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi* (Vedat 2012)
- - 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C.1 (Vedat 2014)
- - *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı* (7. Baskı, Filiz 2017)
- - *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (4. Baskı, Yetkin 2021)
- Gündoğan A, Baş D, Sayman RÜ, Arıkan Y ve Özsoy G, *A'dan Z'ye İklim Değişikliği Başucu Rehberi* (REC 2015)
- Gündüz ŞD, 'Olumlu Zarar' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2019)
- Güneş A, 'İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nden Kyoto Protokolü'ne Küresel Isınmaya Karşı Uluslararası Alandaki Hukuki Gelişmeler' (2010) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 43-89
- Hahncen S, *Obliegenheiten Und Nebenpflichten* (Tübingen Mahr Siebeck 2010)
- - *Rechtsgeschichte: Von Der Römischen Antike Bis Zur Neuzeit* (C.FMüller 2016)
- Havutçu A, *Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini* (Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi 1995)
- Heinrich S, *Leistungsstörungenrecht Die Verletzung von Vertraglichen Und Vorvertraglichen Pflichten* (Duncker&Humbolt 2010)
- Higi P, Art. 275-304 OR. *Die Pacht Band V/2b - Das Obligationenrecht* (Schulthess 2000)
- Honsell H, *Römisches Recht* (Springer 2001)
- Huber U, 'Zur Haftung Des Verkäufers Wegen Positiver Vertragsverletzung' (1977) 177 Archiv für die civilistische Praxis 281-348
- İnan AN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (4. Baskı, Seçkin 2014)
- İnceoğlu M, *Kira Hukuku C.1* (On İki Levha 2014)
- - *Kira Hukuku C.2* (On İki Levha 2014)
- INDC, 'Intended Nationally Determined Contribution Turkey' <https://www4.unfccc.int/sites/submissions/INDC/Published%0ADocuments/Turkey/1/The_INDC_of_TURKEY_v.15.19.30.pdf> Date of Access 06 July 2024
- IPCC, *Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Part B: Regional Aspects. Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* (Cambridge University Press 2014)
- IPCC, 'Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC)' (2022) <https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/05/SR15_SPM_version_report_HR.pdf> Date of Access 06 July 2024
- IPCC, *AR6 Synthesis Report: Climate Change 2023* (Cambridge University Press 2023)
- Jakobs HH, 'Unmöglichkeit Und Nichterfüllung (Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen 84)' (1974) 174 Archiv für die civilistische Praxis 78 <<https://www.jstor.org/stable/40994857>> Date of Access 17 July 2024

- Karadeniz Çelebican Ö, *Roma Hukuku* (8. Baskı, Yetkin 2010)
- Kaşak FE, 'İsviçre Federal Mahkemesi'nin Kira Bedelinin Kararlaştırılmaması Halinde Kira Sözleşmesin Kurulmadığına İlişkin, 15.09.1993 Tarihli (BGE 119 II 347) Kararı' (2013) 17 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 307-308
- Kaya Ü, *Türk Hukukunda Kiraya Verenın Kiralananın Ayıplarından Sorumluluğu* (Adalet 2014)
- Kiessling E, 'Die Kautıon Im Miet- Und Pachtrecht' (2004) 59 Jurististenzeitung 1146-1155
- Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (28. Baskı, Turhan 2024)
- *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (8. Baskı, Turhan 2024)
- *Aile Hukuku* (7. Baskı, Turhan 2022)
- Klein-Blenkers F, *Das Recht Der Unternehımenspacht* (Nomos 2008)
- Knox J, 'Climate Change and Human Rights Law' (2009) 50 Virginia Journal of International Law 163-212
- Knütel C, 'Die Schwächen Der Konkreten Und Abstrakten Schadensberechnung Und Das Positive Interesse Bei Der Nichterfüllung' (2002) 202 Archiv für die civilistische Praxis 555-606
- Kocayusufopaşaoğlu N, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Filiz 1978)
- Koschaker P ve Ayiter K, *Modern Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları* (İzmir Dokuz Eylül Üniversitesi 1993)
- Lange H ve Schiemann G, *Schadenersatz* (Mohr Siebeck 2003)
- Lange R, Wulff H ve Lüdtke Handjery C, *Landpachtrecht: Landwirtschaftliches Pachtrecht Des BGB Und Landpachtverkehrsgesetz : Kommentar* (Beck 1997)
- Lemp P, *Schadenersatz Wegen Nichterfüllung Als Folge Des Schuldnerverzuges* (Nomos 1939)
- Lüdtke Handjery C ve Haarstrich J, *Landpachtrecht: Landwirtschaftliches Pachtrecht Des BGB Und Landpachtverkehrsgesetz* (Beck CH 2022)
- Lüsing J, *Die Pflichten Aus Culpa in Contrahendo Und Positiver Vertragsverletzung* (Nomos 2010)
- Michels M ve Musshoff O, 'Präferenz Deutscher Landwirte Für Pachtpreisanpassungsklauseln Unter Berücksichtigung Des Klimawandels Und Der Änderung Agrarpolitischer Rahmenbedingungen', *Agrarwissenschaft Forschung* (Berichte über Landwirtschaft 2021)
- Müdürlüğü TCT ve OBMG, 'Türkiye 2023 Yılı İklim Değerlendirmesi' (2021)
- Müller M ve Hempel R, 'Nebenpflichten Des Verkäufers Unter Besonderer Berücksichtigung Der Verjährung' (2005) 205 Archiv für die civilistische Praxis 246-274

- Nuhoğlu B, 'Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kiraya Veren Ayıba Karşı Tekeffül Borcu' (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi 2013)
- Office UKM, 'United Kingdom Met Office, Causes of Climate Change' (2023) <<https://www.metoffice.gov.uk/weather/climate-change/causes-of-climate-change>> Date of Access 09 July 2024
- Oğuzman K ve Barlas N, *Medeni Hukuk* (On İki Levha 2023)
- Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25. Baskı, Vedat 2023)
- Oğuzman K, Özer S ve Özdemir Oktay S, *Eşya Hukuku* (29. Baskı, Filiz 2024)
- Öktem Çevik S, '6098 Sayılı Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Kira Sözleşmesinde Kira Bedeli Dışındaki Giderleri Ödeme Borcunun Değerlendirilmesi' (2012) XXVIII BATİDER 203-227
- Öncü Ö, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Bedelinin Belirlenmesi' (2012) 77 İzmir Barosu Dergisi 300-348
- Oppenlander F, *Die Unternehmenspacht, Insbesondere Das Verhältnis von Pächter Und Verpächter Bei Der Verpachtung Eines Unternehmens* (Beck 1974)
- Organization TWH, 'Quantitative Risk Assessment of the Effects of Climate Change on Selected Causes of Death, 2030s and 2050s' (2014)
- Özdemir H ve Küçükçapraz S, 'Kiraya Veren Ayıptan Doğan Sorumluluğu' (2021) 12 TAAD 85-118
- Özen B, *Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı* (Vedat 2008)
- Öztan B, *Aile Hukuku* (6. Baskı, Turhan 2015)
- *Medeni Hukukun Temel Kavramları* (49. Baskı, Turhan 2024)
- Öztürk G, *Teoride ve Uygulamada Hasılat Kirası* (Seçkin 2010)
- Rabe O, *Die Volkswirtschaftliche Bedeutung Der Pacht* (H Beyer & Söhne in Langensalza 1890)
- Rado T, *Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku* (10. Baskı, Filiz 2006)
- Rana R, Lombardi M, Ingraio C ve Tricase C, 'GreenhouseGas Emissions Of An Agro-Biogas Energy System: Estimation Under The Renewable Energy Directive' (2016) Science of The Total Environment 1182-1195
- Rinaldo C, '§ 1. Der Ursprung Der Theorie Der ,Schuldverhältnisse Ohne Primäre Leistungspflichten 'Im Deutschen Schrifttum', *Die Haftung Dritter in Deutschland und Italien* (De Gruyter 2017)
- Ritter F, *Vertragliche Nebenpflichten Beim Vertragsmanagement* (Peter Lang GmbH 2016)
- Ruhi AC ve Ruhi C, *Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Hukuku* (6. Bası, Seçkin 2025)

- Sağlam İ ve Akkişla HS, 'Ürün Kira Sözleşmesinde Kiracının Kullanma ve İşletme Yükümlülüğü' (2022) 28 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1029-1064
- Sağlam İ, 'Ticari İşletmelerin Ürün Kirası Sözleşmelerine Konu Teşkil Etmesi ve Bunun Benzer Hukuki İlişkiler İle Karşılaştırılması' (2009) 19 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 131-166
- '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler' (2013) Prof.Dr.Mustafa Dural'a Armağan 1015-1045
 - 'Ticari İşletmeye İlişkin Ürün Kirası Sözleşmesinin Kurulması ve İşletme Unsurları Üzerindeki Etkisi' (2013) 19 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 167-202
 - 'Türk Borçlar Kanunun Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı' (2016) 2 Prof. Dr. M.İlhan Uluşan'a Armağan 461-481
- Şahin A, 'Hasılat Kirası Sözleşmesinin Ayırt Edici Unsurları Ve Tabi Olduğu Yasa Hükümleri' (2009) 2 Prof.D.r Hüseyin Hatemi'ye Armağan 1395-1443
- Şahin C, 'Osmanlı Toprak Sistemi Hakkında Genel Bir Değerlendirme' (2019) 5 The Journal of Academic Social Science Studies 435-549
- Sayılgan Ç, 'Küresel Sıcaklık Artışının Buğdayda Beklenen Etkileri ve Yüksek Sıcaklığa Toleranslılığın Fizyolojik Göstergeleri' (2016) 26 Yüzüncü Yıl Üniversitesi Tarım Bilimleri Dergisi 439-447
- Schubiger A, *Verhältnis Der Sachgewährleistung Zu Den Folgen Der Nichterfüllung Oder Nicht Gehörigen Erfüllung* (Stämpfli 1957)
- Şenyüz D, *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler* (10. Baskı, Ekin 2018)
- Serozan R, 'Culpa in Contrahendo, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi' (1968) 2 MHAD 108-129
- 'Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar: "Akdin Müspet İhlali" ve Culpa in Contrahendo"' (1990) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 27-35
 - 'Taşınır Eşya Mülkiyetinin Devrinde: Ayni Tasarruf Sözleşmesinin Borçlanma Sözleşmesinden Ayrılığı ve Soyutluğu. Ayrıca: Ayni Hakkın Sona Erme Bakımından Borçlanma Sözleşmesinden Bağımsızlığı', *Prof.Dr.Tahir Çağa'nın Anısına Armağan* (Beta 2000)
 - *Borçlar Hukuku Genel Bölüm C.3* (16. Baskı, Filiz 2024)
- Silkin H, 'İklim Değişikliğine Uyum Özelinde Bazı Uygulamaların Türkiye Açısından Değerlendirilmesi' (Uzmanlık Tezi, Tarım ve Orman Bakanlığı 2014)
- Sirmen L, *Eşya Hukuku* (Legem 2024)

- Spalding M ve Brown B, 'Warm-Water Coral Reefs and Climate Change' (2015) 350 Science 769-771
- Stockinger C ve Landwirtschaft BL für, 'Agrarsektor Im Umbruch-Bisherige Und Absehbare Entwicklungslinien', *Strategien zur Stärkung einer nachhaltigen und wettbewerbsfähigen Landbewirtschaftung in Bayern-Landwirtschaft* (Bayerische Landesanstalt für Landwirtschaft 2020)
- Stunder B ve Hofer E, *Das Landwirtschaftliche Pachtrecht - Kommentar Zum Bundesgesetz Über Die Landwirtschaftliche Pacht Vom 4. Oktober 1985* (CH Beck 2014)
- Tahiroğlu B, *Roma Borçlar Hukuku* (Der 2009)
- Tandoğan H, *Türk Mesuliyet Hukuku* (Vedat 1961)
- - *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Filiz 2008)
- Tayanç M, 'Güncel Gelişmeler Işığında İklim Değişikliğinin Dünyaya ve Türkiye'ye Etkileri' in Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Kutluhan Bozkurt ve Duygu Kulaç (eds), *İklim Krizi ve Hukuk* (Legal 2022)
- Tekinay S, Akman M, Burcuoğlu B ve Altop A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Filiz 1993)
- Tercier P, Develioğlu HM ve Pichonnaz P, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (XII Levha 2016)
- Topuz M, *İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukuku'nda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi* (Seçkin 2010)
- Tunçomağ K, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Sermet 1976)
- - *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Sermet 1977)
- Türkiye Barolar Birliği, *Ekolojik Kriz ve Kentler* (Türkiye Barolar Birliği 2014)
- Umur Z, *Roma Hukuku* (3. Baskı, Beta 1999)
- UNFCCC, 'Kyoto Protocol Reference Manual on Accounting of Emissions and Assigned Amount' (2023)
- Uyumaz A ve Akçaal M, 'Borçlar Kanununun Kira Sözleşmesine İlişkin Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi' (2013) 21 Selcuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 297-325
- Uyumaz A ve İlhan O, 'Tarımsal Arazilerde Mülkiyetin Devri' (2018) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 861-905
- Voirin MP, 'Hasılat Kirasının Ölçüsü ve Muhtariyetinin Esası Olarak Kabul Edilen Bir İşletmeden İstifade' (1954) AÜHFD 231-266
- Von Savigny FK, *System Des Heutige Römischen Recht* (Veit 1840)
- Wagner G, 'Schadensersatz Bei Tötungen Und Angehörigenschmerzensgeld-Die Rückständigkeit Des Deutschen Rechts' ZEuP: Zeitschrift für europäisches Privatrecht 869-887

- Weber RH, *Berner Kommentar, Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband, Die Folgen Der Nichterfüllung, Art. 97 - 109* (2000)
- Weiler F, *Pflichten Aus Dem Schuldverhältnis in: Schuldrecht Allgemeiner Teil* (Nomos 2014)
- Wolf E, 'Grundfragen Des Schadensbegriffs Und Der Methode Der Schadenserkenntnis' (1976) *Festschrift für Gerhard Schiedermair zum 70. Geburtstag* 545-578
- Yavuz C, Acar F ve Özen B, *Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler* (19. Baskı, Beta 2024)
- Yavuz N, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi C.II* (Adalet 2013)
- Yıldırım A, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (15. Baskı, Adalet 2024)
- Yüce MB, 'Edimi Belirleme Yetkisinin Mevcut Genel İşlem Koşulları Teorisi ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Değerlendirilmesi' (2014) 8 *Journal of Yaşar University, Aydın Zevkliler'e Armağan* 3191-3238
- Yünlü S, *Kira Sözleşmesinde Ayrıtan Sorumluluk* (Aristo 2020)
- Zevkliler A, *Türk Miras Hukukunda Tarımsal İşletmelerin Tahsisi* (Sevinç 1970)
- Zevkliler A ve Gökyayla E, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (16. Baskı, Filiz 2016)
- Zeytin Z, 'Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi - I: Maddi Zarar Olarak Özel Kullanım Kaybı' (1999) XX *BATIDER*
- Zitelmann E, 'Nichterfüllung Und Schlechterfüllung' *Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für Paul Krüger* 265-281
- Zurnacı G, 'Karşılıklı Edimli Sözleşmelerde Alacaklı Temerrüdü Nedeniyle Sözleşmeden Dönen Borçlunun Olumlu Zararının Tazmini Sorununa İlişkin Bir İnceleme' (2021) 18 *YÜHFD* 1265-1300

7343 Sayılı Kanun ile Getirilen Değişiklikler Işığında Boşanma Kararının Çocuklar Açısından Sonuçları^(*)

Müjgan Elif KAPLAN^(**)

Öz

Boşanma kararının çocuklar üzerindeki etkisinde çocuğun ailesiyle olan bağlarını sürdürebilmesi büyük önem taşımaktadır. Ana babası boşanan çocuğun boşanma kararından en az zararla etkilenebilmesi için mümkünse mevcut düzeninin korunması veya daha iyi koşullarda yaşamına devam etmesi için menfaati ölçüsünde bazı düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Çocuğun velayetinin kimde olduğu fark etmeksizin ana ve babasıyla olan ilişkilerini sürdürmesi, kendini rahat ve güvende hissedeceği bir ortamda yetişmesi ve alıştığı düzeni sürdürmek istemesi en doğal hakkıdır. Bu nedenle çocuğun velayeti ile ana ve babasıyla kişisel ilişki kurma hakkını düzenlerken çocuğun menfaati gözetilmek zorundadır. Eskiden hukukumuzda velayet kararının ardından çocuğun diğer ana veya babaya teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması hususları İcra ve İflas Kanununda düzenlenmekte iken çocuğun menfaatinin ve psikolojisini korumaktan çok uzak olan bu düzenlemeler 7343 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle köklü değişikliklere uğramıştır. 7343 sayılı Kanunla getirilen değişikliklerle birlikte çocuğun üstün yararını korumaya ve kişilik haklarını gözetmeye yönelik önemli adımlar atılmıştır. Bu çalışmanın ilk bölümünde boşanmanın çocuklar açısından sonuçlarından söz edilerek öncelikle velayet hakkı kavramı üzerinde durulmakta, ardından çocukla kişisel ilişki kurulması ve çocuğun teslimi kavramları açıklanmakta ve bu bölümün son kısmında ise çocuğa bağlanabilecek nafakalardan söz edilmektedir.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 01.10.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 10.01.2025.

Atıf Şekli: Müjgan Elif Kaplan, '7343 Sayılı Kanun ile Getirilen Değişiklikler Işığında Boşanma Kararının Çocuklar Açısından Sonuçları' (2025) 15(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 567, 594.

DOI: 10.52273/sduhfd..1559610.

^(**) Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Bölümü Doktora Öğrencisi, Avukat, Ankara, Türkiye.

E-posta: mujganelifkaplan@gmail.com.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8110-8907>.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise çocukla kişisel ilişki kurulması ve çocuğun teslimine ilişkin mahkeme kararının uygulanmasına yönelik yapılan kanuni değişiklikler dikkate alınarak eski uygulama ile 7343 sayılı Kanundan sonraki uygulama arasındaki farklar değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Velayet, Çocuk Teslimi, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması, 7343 Sayılı Kanun, Çocuğun Üstün Yararı.

The Consequences of Divorce Decree for Children in Light of the Amendments Introduced by Law No. 7343

Abstract

Considering the impact of the divorce decision on children, it is of great importance that the child is able to maintain family ties. In order for the child whose parents are divorced to be affected by the divorce decision with the least harm, some arrangements must be made in the best interest of the child to preserve the current life or to continue the child's life under better conditions. Hence the best interests of the child must be taken into account when regulating the child's custody and the right to establish a personal relationship with parents. Until recently, in our law, the issues of delivery of the child to the other mother or father and establishing a personal relationship with the child were regulated in the Enforcement and Bankruptcy Law. These regulations, which are far from protecting the child's interests and psychology, have undergone radical changes with the entry into force of Law No. 7343. With the changes introduced by Law No. 7343, important steps have been taken to protect the best interests of the child and to respect the child's personal rights. In this study, the differences between the old practice and the practice after Law No. 7343 are evaluated, taking into account the legal changes made regarding the delivery of the child and the establishment of a personal relationship with the child.

Keywords

The Custody Right, Delivery of the Child, Establishing Personal Relationship with the Child, Law No. 7343, Best Interest of the Child.

Extended Summary

Divorce is a life-altering event that affects not only the parents but also their children. One of the most significant legal consequences for children in divorce cases is the issue of custody. Custody arrangements determine which parent will have the primary responsibility for the child's upbringing, and these decisions can have long-lasting effects on the child's well-being. In Turkish law, decisions of custody right are made based on the "best interests of the child," a principle that ensures the child's needs are prioritized above all other factors. Courts take into account various elements such as the child's age, health, and emotional needs, as well as the socio-economic status of the parents, to make the best possible decision for the child's future.

Under the Turkish Civil Code (Law No. 4721), custody is awarded to one parent, but it is crucial to maintain the child's relationship with the other parent as well. For this purpose, the parent without custody is granted the right to maintain a personal relationship with the child through visitation. This arrangement aims to ensure that both parents remain actively involved in the child's life, even though the child resides with only one parent. The goal of such legal provisions is to reduce the negative emotional and psychological impact of divorce on the child, ensuring that the child can still benefit from the presence of both parents.

Historically, the enforcement of custody and visitation rights in Turkey was governed by the Enforcement and Bankruptcy Code (Law No. 2004), which primarily deals with the collection of debts and the transfer of valuable assets. This raised concerns as the law treated child custody issues in the same manner as financial obligations, creating emotional and psychological harm for the children involved. Children were often viewed as objects to be handed over from one parent to another, exacerbating the trauma of divorce. The presence of enforcement officers during the delivery of children, along with measures such as "forced deliveries" and the threat of "detention" for non-compliant parents, further added to the emotional toll on children.

Recognizing the flaws in this system, the Turkish government introduced significant reforms through Law No. 7343. This law removed the regulation of child custody and visitation from the Enforcement and Bankruptcy Code, transferring these matters to the Turkish Civil Code. This change reflects a shift towards prioritizing the emotional and psychological needs of children during the divorce process. By removing children from a legal framework designed for debt collection, the law aims to protect their well-being and ensure that custody arrangements are handled in a more sensitive and appropriate manner.

One of the key changes introduced by Law No. 7343 is the requirement for child psychologists or social workers to be present during the delivery process. This ensures that the child's emotional needs are taken into account and that the process is handled in a way that minimizes trauma. Additionally, the law exempts custody and visitation cases from court fees, making it easier for parents to seek legal recourse to enforce their rights without the burden of additional costs. These changes demonstrate a legislative commitment to protecting the child's best interests and ensuring that the legal system supports the emotional well-being of children during and after divorce.

However, despite these positive changes, the new system still has some shortcomings. While the reforms have made the legal process more child-centered and have removed some of the more damaging aspects of the previous system, they do not entirely eliminate the emotional strain children experience during and after divorce. The underlying emotional disruption caused by the separation of the parents remains unresolved, as children still have to adjust to living with only one parent while maintaining a relationship with the other. The absence of both parents in their daily lives can lead to feelings of abandonment and confusion, which can have lasting psychological effects.

Furthermore, the new legal framework does not necessarily promote peaceful resolution of disputes between parents. Although the law has removed the involvement of enforcement officers and the threat of forced handover, it still lacks mechanisms to encourage cooperation between parents. As a result, children may continue to be caught in the middle of conflicts between their parents, which can exacerbate their emotional distress. While the law provides for the enforcement of visitation rights, it does not offer sufficient support for parents to resolve their disagreements amicably or for children to cope with the emotional toll of their parents' separation.

In conclusion, the recent legislative changes in Turkey represent a significant improvement in the way child custody and visitation rights are handled in divorce cases. By removing these matters from the Enforcement and Bankruptcy Code and placing them under the Turkish Civil Code, the law has taken a more child-centered approach that prioritizes the emotional and psychological well-being of children. The requirement for specialists during delivery of the child process and the exemption of court fees are positive steps toward minimizing the emotional harm caused by divorce. However, the new system still falls short in fully addressing the emotional needs of children and does not provide adequate support for parents to resolve conflicts peacefully. Further reforms may be needed to ensure that the child's best interests are fully protected and that the legal system offers a comprehensive solution to the challenges faced by children of divorced parents.

Giriş

Boşanma kararı, hakkında boşanma kararı verilen eşlerin yanında ana babası boşanan çocuklar üzerinde de hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Bu anlamda boşanma kararının sonuçları eşler kadar çocuklar açısından da büyük önem taşımaktadır. Boşanma ile çocuk açısından öncelikle velayete ilişkin sorunlar gündeme gelmektedir. Velayet kararı ile mahkeme, çocuğun hangi eşin yanında yaşamını sürdürmeye devam edeceğini karara bağlamaktadır. Velayet hakkı kendisine verilen eş ile yaşamaya başlayacak olan çocuk için verilecek en doğru karar ancak mahkemece çocuğun üstün yararının gözetilmesi ile mümkün olacaktır. Mahkeme velayete ilişkin kararını verirken çocuğun sağlık durumu, yaşı gibi kişisel özellikleri, eğitim koşulları, sosyal ve ekonomik imkanlar gibi kriterleri göz önünde bulundurmaktadır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) ile çocuğun velayetinin boşanmış eşlerden yalnızca birine verilebileceği düzenlenmişse de çocuğun yararı gereği velayet hakkı kendisine verilmemiş olan ana veya babasıyla da ilişkisini sürdürebilmesi gerekmektedir. Bu sebeple velayet hakkı kendisine verilmemiş olan eşe çocukla kişisel ilişki kurulabilme imkanı tanınmıştır. Çocukla kişisel ilişki kurulabilmesi çocuğun velayet hakkı kendisinde olan eşin diğer eşe çocuğu teslim etmesi ile gerçekleşmektedir. Çocukla kişisel ilişki kurulması ve çocuğun teslimine ilişkin uygulama İcra ve İflas Kanunu (İİK) hükümlerine göre yapılmakta iken 7343 Sayılı İcra İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile uygulamaya yönelik değişiklik yapılmıştır. Söz konusu Kanun ile çocukla kişisel ilişki kurulması ve çocuğun teslimini düzenleyen İİK hükümleri mülga edilmiş ve bu konudaki yeniliklere ilişkin düzenlemeler ÇKK ile TMK'nın ilgili hükümlerine eklenmiştir. Kaldı ki konusu para olan bir alacağın veya maddi değeri olan bir malın teslimine ilişkin düzenlemelerin yapıldığı İİK hükümlerinde çocukla kişisel ilişki kurulması ve çocuğun teslimine ilişkin düzenlemelere yer vermek çocuğun üstün yararının gözetilmesi gereken bu hassas konunun ruhu ile uyusmamaktadır. 7343 sayılı Kanun ile getirilen bu değişiklik, kanun koyucunun uzun süredir uygulanan bu hatalı düzenlemeden döndüğünü ve çocuğun menfaatleriyle daha çok uyuşan bir çözüm yolu arayışına girdiğini göstermektedir.

I. Boşanmanın Çocuklar Açısından Sonuçları

Boşanma davası, boşanma kararı alan eşler kadar çocukların da hayatında birçok değişikliğe sebep olmaktadır. Özellikle çocukların aile birliği içinde alıştıkları düzenin devamı mümkün olmadığında, boşanma davası sonucunda mahkeme tarafından çocuğun kişisel durumu ile alakalı da karar verilmesi gerekmektedir. Boşanma davasının sonucu ne olursa olsun çocuğun ana ve babasıyla vakit geçirme ve onların ilgisiyle büyüme ihtiyacı göz ardı edilmemelidir. Bo-

şanma kararı sonrasında çocuğun velayetine ve velayet hakkı kendisinde olmayan ana veya baba ile olan kişisel ilişkilerinin düzenlenmesine ilişkin karar verilirken çocuğun hem maddi hem manevi ihtiyaçları gözetilmelidir. Bunun yanında mahkeme, boşanma davası sürecinde ve sonrasında çocuğun bakımı, eğitimi ve ihtiyaçlarının karşılanması hususunda çocuğun menfaatini ve tarafların içinde bulundukları koşulları dikkate alarak tedbir ve iştirak nafakasına hükmedebilmektedir¹. Çocuğa nafaka bağlanması çocuğun maddi ihtiyaçlarını gidermeye yönelik verilen bir karar olsa da çocuğun ana ve babasıyla olan bağlarını sürdürabilmesi için de büyük önem taşımaktadır². Bu nedenle boşanma kararının çocuk açısından sonuçları düzenlenirken öncelikle çocuğun üstün yararı gözetilmeli ve çocuğun menfaatini koruyacak önlemler alınmalıdır.

A. Velayet

Velayet hakkı ana ve baba ile çocuk arasındaki soy bağına dayandığından vazgeçilmesi ve devredilmesi mümkün olmayan bir mutlak haktır³. Bu sebeple velayet, boşanma davası sırasında çocuğun hangi eş ile kalacağına ilişkin mahkemece alınabilecek geçici bir önlem olmasının yanında aynı zamanda boşanma kararının kesinleşmesinden sonra da çocuğun boşanma ile hangi eşe verileceği yönünde mahkemece karara bağlanması gereken önemli bir husustur. Boşanma kararının kesinleşmesinin ardından evlilik birliği sona eren eşler ve ergin olmayan müşterek çocuklarının boşanma sonrası ilişkileri ile ana ve babanın çocuk üzerindeki hak ve yükümlülüklerini düzenleyebilmek için mahkeme, çocuğun menfaatini gözeterek bu hususları ayrıca karara bağlar⁴. Velayet hususunun boşanma kararının kesinleşmesi ile artık ayrı yaşayacak olan eşlerin müşterek çocuklarının maddi ve manevi açıdan en az etkileneceği şekilde ve çocuğun menfaatine en uygun yol ile düzenlenmesi gerekmektedir.

¹ Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III (Aile Hukuku)* (19. Baskı, Filiz Kitabevi 2024) 132; Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (5. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları 2004) 456; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, (24. Baskı, Beta Yayınevi 2022) 316; Ahmet M Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (6. Baskı, Turhan Kitabevi 2022) 182; Mehmet Erdem, *Aile Hukuku*, (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019) 205; Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık), *Çocuk Tesliminde Hak İhlallerine ve Yoksulluk Nafakasına İlişkin Özel Rapor*, (Kamu Denetçiliği Kurumu Yayınları 2019) 65.

² Serdar Çelikel, *Çocuk Haklarına Dair Uluslararası Sözleşmeler Işığında Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları* (Adalet Yayınevi 2012) 65.

³ Yıldız Abik, 'Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı', Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, (Filiz Kitabevi 2011), 1, 28.

⁴ Hacı Can, Ekin Tuna ve Nehir Tuna, *Çocuk Hukuku* (Nobel Akademik Yayıncılık 2019) 151.

Mahkeme, çocuğun velayeti hakkında çocuğun boşanma sürecini hem maddi hem manevi açıdan en az zararla atlatabilmesi adına “çocuğun yüksek yararı ilkesini” dikkate alarak karar verir⁵. Mahkeme karar vermeden önce çocuğun ana ve babasını dinleyebilir, çocuğun vesayet altında olması durumunda vasinin ve vesayet makamının görüşlerini alabilir⁶. Ayrıca çocuğun menfaatini tespit edebilmek için çocuğun yaşı, kişisel özellikleri, sosyal çevresi, eğitim koşulları gibi her çocuk için farklılık arz edebilecek koşulları araştırıp göz önünde bulundurarak çocuğun velayetini karara bağlayabilir⁷.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi (BMÇHS)’nin 3. maddesi ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi (ÇHKDAS)’nin 2. maddesi ile de çocuğun üstün yararı düzenlenmiştir⁸. Gerek daha önce sözü edilen BMÇHS ve ÇHKDAS gibi uluslararası sözleşmeler ile gerekse 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK) ve 4721 sayılı TMK hükümlerince düzenlenmiş olan çocuğun üstün yararı ilkesi, çocuğun velayetine ilişkin verilecek mahkeme kararlarına da dayanak teşkil etmektedir.

Medeni Kanun 335 ve 336. maddeleri, ergin olmayan çocuğun velayetinin evlilik birliğinde yer alan ana ve baba tarafından birlikte kullanılmasını düzenleyerek “ortak velayet” kuralı getirmiştir. Bu kurala göre kanuni bir sebep ve bir mahkeme kararı olmadan velayetin ana veya babadan alınması ya da ana ve baba dışında birine verilmesi mümkün değildir⁹. Ancak eşlerden birinin ölümü, eşlerin ayrılması, ortak yaşama son verilmesi, boşanma gibi ortak velayet kuralının uygulanmasının mümkün olmadığı hallerde çocuğun velayetinin eşlerden birine verilmesi sonucu doğabilmektedir¹⁰. Bu nedenle velayet, boşanma halinde çocuk açısından doğabilecek sonuçların içinde büyük önem arz etmektedir.

⁵ Hayrunnisa Özdemir ve Ahmet Cemal Ruhi, *Çocuk Hukuku Ders Kitabı* (4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2021) 320; Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması* (8. Baskı, Pegem Akademi 2021) 231; Abik (n 3) 29.

⁶ Öztan (n 1) 465.

⁷ Akyüz (n 5) 232.

⁸ Abik (n 3) 19.

⁹ Ombudsmanlık (n 1) 70; Ali İhsan Özüğür, *Türk Medeni Kanununun Yeni Düzenlemeleri ile Açıklamalı İçtihatlı Velayet Vesayet Soybağı ve Evlat Edinme Hukuku* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2003) 454.

¹⁰ Çelikel (n 2) 65; Arzu Genç Arıdemir, ‘Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Halinde Çocuğun Hukuki Durumu’ in Evgen Gülçin Elçin ve Arzu Genç Arıdemir (eds), *Çocuk Hakları Çalışmaları-I*, (On İki Levha Yayıncılık 2017) 148.

1. Tek Başına Velayet

Türk hukukunda velayet hakkı TMK m. 336 hükmü ile evlilik birliğinde eşlerin velayet hakkını birlikte kullanabileceği yönünde iken birlikte yaşamın sona erdirilmesi ya da ayrılık hali durumunda velayet hakkının eşlerden birinin kullanımına verilebileceği düzenlenmiştir¹¹. Ana veya babadan birinin ölümü halinde ise velayet hakkı sağ kalan eşe ait olmaktadır. Ayrıca hükmün 3. fıkrası boşanma halinde çocuğun velayetinin mahkeme tarafından kendisine bırakılan ana veya babaya ait olacağını da düzenlemiştir. Buna göre Kanun ile evlilik birliğinin devam etmediği koşullarda çocuğun velayetinin eşlerden yalnızca biri üzerinde olabileceği düzenlenerek tek başına velayet kuralı getirilmiştir¹².

2. Birlikte Velayet

TMK m. 336/3 hükmü ile getirilen tek başına velayet kuralı, her somut olayda çocuğun üstün yararına uygun olmayabileceği yönünde eleştirilmektedir¹³. Kaldı ki ana ve babanın boşanmasıyla maddi ve manevi açıdan yeterince yıpranmaya müsait olan çocuğun, ana ve baba ile olan ilişkilerinin de en az şekilde etkilenmesi amaçlanmalıdır. Buna ilişkin olarak tek başına velayete hükmedilmesi sonucunda boşanmadan sonra çocuğun sadece anası veya sadece babasıyla yaşaması ve velayet hakkının bir kişi tarafından kullanılması çocuğun diğer ebeveyni ile sınırlı bir ilişkisinin olması anlamına gelmektedir. Bu durum somut olayın özelliklerine göre çocuğun alışkın olduğu aile hayatı ve ailevi ilişkilerinin derinden etkilenmesine yol açmaktadır.

Yukarıda sözü edilen sebeplerle doktrinde Kanun ile getirilmiş olan tek başına velayet kuralının somut durumun özellikleri gereğince birlikte velayete karar verilmesi yönünde de değiştirilebileceğine ilişkin tartışmalar mevcuttur¹⁴. Söz konusu tartışmalarda bir görüş, Kanunda yer alan tek başına velayet düzenlemesi ile birlikte velayet hakkı arasında kural ve istisna ilişkisi olduğuna yöneliktir¹⁵. Buna göre TMK m. 336/3 hükmü ile getirilen tek başına velayet düzenlemesi ana kural iken birlikte velayete hükmedilmesi istisna teşkil etmektedir. Bu anlamda boşanma halinde hakim, Kanuna dayanarak ana kural olan tek

¹¹ Abik (n 3) 31; Akıntürk ve Ateş (n 1) 316; Çelikel (n 2) 33.

¹² Özdemir ve Ruhi (n 5) 296.

¹³ Özdemir ve Ruhi (n 5) 303.

¹⁴ Leyla Müjde Kurt, 'Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velâyet' (2018) 9 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 157, 169.

¹⁵ Özdemir ve Ruhi (n 5) 309.

başına velayete hükmetmesi gerekirken, somut olayın özelliklerine göre çocuğun üstün yararı gerektiriyorsa istisnai olarak takdir yetkisini kullanmak suretiyle eşlerin çocuğun velayetini birlikte kullanmasına hükmedebilmelidir¹⁶.

Bir başka görüş ise TMK m. 336/3 hükmünde birlikte velayet hakkına ilişkin bir düzenleme olmaması sebebiyle örtülü bir boşluk olduğunu, bu sebeple bu boşluğu hakim, kanun koyucu olsaydı nasıl bir düzenleme getirecekse o şekilde bir karar vererek doldurabileceğini savunmaktadır¹⁷. Tartışılan bir başka görüş ise söz konusu hükmün Anayasanın 17, 20 ve 41. maddelerine aykırılık gerekçesiyle Anayasa Mahkemesinde açılacak iptal davası ile iptal ettirilebileceği yönündedir¹⁸. Doktrinde yer alan bu tartışmalar çocuğun menfaatinin gerektirdiği ölçüde birlikte velayetin uygulamada mümkün kılınmasını sağlamaya yöneliktir. Kaldı ki Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 20.02.2017 tarihli 2016/15771 Esas ve 2017/1737 Karar sayılı kararı¹⁹ ile bu tartışmalar büyük ölçüde sona ermiştir. Söz konusu Yargıtay kararında Anayasa m. 90/5 hükmü ile "11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokol" (AİHS Ek 7 No'lu Protokol)²⁰ esas alınarak birlikte velayetin kamu düzenine aykırı olmadığına karar verilmiştir. Yargıtay'ın bu kararını göz önünde bulunduran birçok ilk derece ve Bölge Adliye Mahkemesi de boşanma halinde çocuk üzerinde birlikte velayet kurulabileceğine hükmetmiştir.

B. Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması

TMK'nın 182. maddesinde mahkemenin boşanma veya ayrılık hususunda karar verirken ana ve babanın diğer haklarının yanında çocuk ile olan kişisel ilişkilerini de düzenlemesi gerektiği belirtilmiştir. Madde hükmüne göre mahkeme, velayetin kullanılması kendisine bırakılmayan tarafın çocuk ile kişisel ilişki kurmasına yönelik karar verirken çocuğun bedensel ve ruhsal sağlığı ile sosyal ve kültürel gelişimi, eğitimi ve ahlaki bakımından menfaatinin gözetmekle yükümlü kılınmıştır²¹.

¹⁶ Abik (n 3) 8; Erdem (n 1) 174; Özdemir ve Ruhi (n 5) 309; Kurt (n 14) 170.

¹⁷ Özdemir ve Ruhi (n 5) 338.

¹⁸ Kurt (n 14) 170.

¹⁹ Yargıtay 2 HD, 15771/1737, 20.02.2017 (www.kazanci.com.tr).

²⁰ AİHS Ek 7 No'lu Protokol 14.03.1985 tarihinde imzalanmış, 10.03.2016 tarihli 6684 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş ve 25.03.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak 01.08.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²¹ Fulya Erlüle, 'Çocukla Kişisel İlişki Kurulması' (2010) 16 (3-4) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHFAD), 217, 229; Akyüz (n 5) 203.

Çocuğun ana ve baba ile kişisel ilişki kurması TMK'nın 323 ve 324. maddelerinde, üçüncü kişiler ile kişisel ilişki kurması ise 325. maddede düzenlenmiştir. Buna göre velayet hakkına sahip olmayan ana ve baba veya üçüncü kişinin çocuk ile kişisel ilişki kurabilmesi mahkeme kararıyla mümkündür²². Aksi halde TMK'nın 326. maddesinin 3. fıkrası gereğince velayet hakkına sahip olan ana veya baba ya da mahkemece çocuğun kendisine bırakıldığı kişinin rızası olmadan çocukla kişisel ilişki kurulamaz.

1. Ana ve Babanın Çocukla Kişisel İlişki Kurması

Velayet hakkı kendisinde olmayan ana veya baba, mahkemeden çocuk ile kişisel ilişki kurmaya yönelik bir karar verilmesini isteme hakkına sahiptir²³. Bu hak da velayet hakkı gibi ana ve baba ile çocuk arasındaki soy bağına dayandığından vazgeçilmesi ve devredilmesi mümkün olmayan kişilik haklarındandır²⁴.

Kişisel ilişki kurma hakkı BMÇHS'de de çocuğa tanınan bir hak olarak düzenlenmiştir. Sözleşmenin 9. maddesinin 3. fıkrası ile 10. maddesinin 2. fıkrasında da çocuğun ana ve babayla düzenli bir kişisel ilişki kurma hakkına ve her ikisiyle de doğrudan görüşebilmesinin önemine vurgu yapılmıştır. Boşanma sonrası çocukla kişisel ilişki kurma hakkı da çocuğun ana ve babası ile boşanmadan önceki ilişkilerini, boşanmadan sonra velayet hakkı kimde olursa olsun mümkün olduğunca devam ettirebilmesini amaçlar²⁵. Böylece çocuk için de ana ve baba için de boşanmanın duygusal açıdan yıkıcı sonuçları engellenmektedir²⁶. Kaldı ki çocuğun üstün yararını koruyabilmek için ana ve baba sevgisinden yoksun kalmasının da önüne geçmek gerekmektedir.

Ana ve babanın çocukla kişisel ilişki kurma ihtiyacı TMK hükümlerine göre ana ve babanın boşanmasıyla (TMK m. 182) veya ayrılığına karar verilmesiyle (TMK m. 336/2,3) doğabileceği gibi hiç evlenmemiş olmasından da kaynaklanabilmektedir. Ayrıca ana ve babadan birinin velayet hakkının kaldırılması veya kaldırılmamasına rağmen çocuğun başka ailenin yanına verilmesi ya da kuruma

²² Öztan (n 1) 469.

²³ Abik (n 3) 32.

²⁴ Canan Yılmaz, 'Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması' (2015) 35 (1) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHMÖHB), 103, 107; Çelikel (n 2) 116.

²⁵ Ombudsmanlık (n 1) 73.

²⁶ İlknur Serdar, 'Kişisel İlişki Kurma Hakkı' (2007) Özel Sayı (9) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (DEÜHFD) 739, 740.

yerleştirilmesi durumlarında da TMK'nın 323. maddesine göre ana ve babanın çocukla kişisel ilişki kurması mümkündür²⁷.

TMK'nın 182. maddesinde çocuğun ana ve babayla olan kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde sağlığı, eğitimi ve ahlaki gelişimi gibi önceliklerinin esas tutulmasına ilişkin genel bir çerçeve oluşturulmuş ve hakime çocukla kurulacak kişisel ilişkiyi çocuğun üstün yararına en uygun düşecek şekilde düzenleyebilmesi için takdir yetkisi tanınmıştır²⁸. Hakim, ana ve babanın çocukla kişisel ilişkisini düzenlerken ana ve babanın tutumunu, analık ve babalık duygularının tatminini çocuğun yaşını, bedensel ve ruhsal sağlığını, ahlak bakımından yararını, eğitim ve öğretimi için en uygun koşulları, varsa kardeşleri ile görüşebilmesini, çocukla kurulacak kişisel ilişkinin yerini, zamanını ve sıklığını dikkate alarak kapsamlı bir düzenleme yapmaktadır²⁹. Ancak ana veya babadan birinin çocukla telefonla, mektupla, e-postayla görüşmesi, dışarıda herhangi bir yerde karşılaştığında konuşması gibi güncel hayata dair meseleler mahkemece belirlenemeyeceğinden bu ilişkiler özel olarak düzenlenmeyip çocukla ana ve baba arasındaki ilişkinin seyri ile şekillenmektedir³⁰.

2. Ana ve Baba Dışındaki Kişilerin Çocukla Kişisel İlişki Kurması

Çocuğun duygu durumunun korunmasını sağlayabilmek için yalnızca ana ve babasıyla ilişkilerini sürdürmesi bazı durumlarda yetersiz kalabilmektedir. Bu sebeple TMK'nın 325. maddesine göre durumun özelliği gerektiriyorsa çocuğun yararı gözetilerek çocuğun ana ve babadan başka kişilerle de kişisel ilişki kurması sağlanmalıdır. Büyükanne, büyükbaba, çocuğun bakımı ve eğitimi ile ilgilenen kişiler ve çocukla yakın ilişkisi bulunan diğer akrabalar çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip kişiler olabilmektedir³¹.

Eski Medeni Kanun'da çocuğun büyükanne ve büyükbabası ile kişisel ilişki kurulabileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmadığından Yargıtay, 1959 tarih ve 12/19 sayılı içtihadı birleştirme kararı ile bu durumun kanuni bir boşluk teşkil ettiğini ve bu boşluğun büyükanne ve büyükbabaya çocuk ile kişisel ilişki kurma

²⁷ Özüğür (n 9) 447.

²⁸ Zeynep Dönmez, 'Aile İçi Cinsel İstismar Mağduru Çocuklarla Kişisel İlişki Kurma Hakkının Sınırlandırılması' (2022) 7 (2) YBHD (Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı) 951, 967; Yılmaz (n 24) 111.

²⁹ Erlüle (n 21) 229; Çelikel (n 2) 119; Genç Arıdemir (n 10) 151.

³⁰ Rona Serozan, *Çocuk Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2005) 241.

³¹ Erlüle (n 21) 242; Özüğür (n 9) 448.

hakkı tanınarak doldurulması gerektiğini karara bağlamıştır³². Yargıtay, çocuk ile büyükannesi ve büyükbabası arasında psikolojik ve duygusal bağın varlığı halinde bu kişilerin çocukla kişisel ilişki kurmasını çocuğun yararı açısından gerekli görmüştür. Kanunun 325. maddesi ile artık bu durum açıkça düzenlenmiştir. Yeni düzenlemeye göre yalnızca büyükanne ve büyükbabaya değil çocuğun bakımı ve eğitimi ile ilgilenen kişilere ve çocukla yakın ilişkisi bulunan diğer akrabalara da çocukla kişisel ilişki kurma hakkı tanınmıştır.

3. Çocukla Kişisel İlişki Kurma Hakkının Kaldırılması, Koşullarının Değiştirilmesi ve Çocuğun Kişisel İlişkiyi Reddetmesi

TMK'nın 324. maddesi çocukla kurulacak kişisel ilişkiye bazı sınırlamalar getirmiştir. Bu hükme göre ana ve baba diğer tarafın çocukla olan kişisel ilişkisini zedelememekle ve çocuğun eğitimini ve yetiştirilmesini engellememekle yükümlü kılınmıştır. Bu sınırlama TMK'nın 325. maddesinin 2. fıkrası gereği üçüncü kişilerin çocukla kuracakları kişisel ilişkiye de kıyasen uygulanmaktadır.

Çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip kişinin, Kanunla getirilen bu sınırlamaya aykırı olarak hakkını kullanması, kişisel ilişki kurarken çocuğun huzurunu tehlikeye sokması, hak sahiplerinin çocukla ciddi olarak ilgilenmemesi gibi durumların veya başkaca önemli sebeplerin varlığı halinde 324. maddenin 2. fıkrası gereğince mahkeme tarafından çocukla kişisel ilişki kurmak isteyen kişinin bu isteği reddedilebilir veya kişisel ilişki kurma hakkı sahibinin bu hakkı kendisinden alınabilir³³.

Ayrıca çocukla kurulan kişisel ilişki hakkında verilen mahkeme kararları kesin hüküm teşkil etmeyeceğinden, hayatın olağan akışında değişen koşullara göre mahkemece yeniden gözden geçirilerek düzenlenebilmektedir³⁴. Zira gerek çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip kişi için gerekse çocuk için fiziksel ve duygusal faktörlerin değişmesi söz konusu olabilmektedir. Hak sahibi ana veya babanın başka bir yere taşınması, ana ve babadan birinin yahut her ikisinin de başka biriyle evlenmesi veya ölmesi gibi durumlar TMK'nın 183. maddesi gereğince çocukla kurulan kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesine sebep olabilecek durumlardır. Bu durumlarda ilişkinin yeniden düzenlenmesinin gerekip gerekmeyeceği hususunu hakim takdir yetkisiyle değerlendirecektir.

³² Yargıtay İBK, 12/29, 18.11.1959 (www.kazanci.com.tr); Serdar (n 26) 754; Çelikel (n 2) 127.

³³ Erlüle (n 21) 225; Akyüz (n 5) 213.

³⁴ Dönmez (n 28) 969.

Hakimin çocukla kurulacak kişisel ilişkiyi düzenlerken çocuğun ayırt etme gücüne sahip olması durumunda çocuğu da dinlemesi büyük önem arz etmektedir. Çocuğun üstün yararı gereği eğer çocuk ayırt etme gücüne sahipse ve kendisiyle kişisel ilişki kurmayı talep eden kişi ile kişisel ilişki kurmayı reddediyorsa hakim, çocuğun bu talebi reddetmesinin sebeplerini ve çocuğun istemesinin sonuçlarını kavrayabilecek olgunlukta olup olmadığını değerlendirerek karar vermelidir³⁵. Kaldı ki ayırt etme gücüne sahip çocuk ile kurulacak olan kişisel ilişkide çocuğun haklı ve tutarlı beyanlarına rağmen onu kurmak istemediği bir ilişkiye zorlamak çocuğun üstün yararı ilkesine de aykırılık teşkil edecektir.

4. Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasında Yetkili ve Görevli Mahkeme

Velayet hakkı sahibi olmayan ana veya babanın ya da üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurabilmesi, TMK'nın 326. maddesinin 3. fıkrasına göre ancak mahkeme kararı ile veya henüz bir mahkeme kararı yoksa velayet hakkı sahibinin yahut çocuk kendisine bırakılmış kişinin rızası ile mümkündür³⁶.

TMK'nın 326. maddesinde çocukla kişisel ilişki kurulması hakkında karar vermek üzere yetkili ve görevli olan mahkemeler de düzenlenmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasında boşanma ve evlilik birliğinin korunmasına dair yetki kuralları saklı tutulmuşsa da boşanma ve evlilik birliğinin korunmasında yetkili olan mahkemeler, çocukla kişisel ilişki kurulması hakkında da karar vermeye yetkilidir. Ancak 326. maddenin 1. fıkrasında çocukla kişisel ilişki kurulmasıyla ilgili verilecek bütün kararlarda çocuğun yerleşim yeri mahkemesinin de yetkili olduğu hükme bağlanmıştır. Bu durumda boşanma ve evlilik birliğinin korunmasında yetkili olan mahkemelerle birlikte çocuğun oturduğu yer mahkemesi de çocukla kişisel ilişki kurulması hakkında karar vermeye yetkili olmaktadır³⁷.

Çocukla kişisel ilişki kurulması hakkındaki davalarda görevli mahkeme Aile Mahkemeleri iken, Aile Mahkemelerinin olmadığı yerlerde ise Asliye Hukuk Mahkemeleri görevli olmaktadır.

³⁵ Serdar (n 26) 771.

³⁶ Özüğür (n 9) 377.

³⁷ Serdar (n 26) 758; Akyüz (n 5) 204.

C. Çocuğun Teslimi

Çocuğun velayet veya vesayet altına alınması, daha önce alınmış velayet veya vesayet kararının değiştirilmesi ya da başka bir sebeple verilmiş olan mahkeme kararı gereğince çocuğun bulunduğu yerden, velayet veya vesayet altında ise veli yahut vasisinden alınarak başka bir kişiye ya da kuruma teslimi “çocuğun teslimi” olarak ifade edilmektedir³⁸.

Çocuğun velayet hakkı kendisinde olmayan ana veya babanın çocukla kişisel ilişki kurabilmesi çocuğun, velayet sahibi kişi tarafından hak sahibine teslim edilmesi ile mümkündür. Çocuğun kendisiyle kişisel ilişki kurma hakkına sahip kişi ile daha sağlıklı bir ilişkisinin olabilmesi, velayetine sahip kişi ile huzur ortamını koruyabilmesi ve en önemlisi her durumda çocuğun üstün yararının korunabilmesi için çocuğun teslimi sürecinin en sorunsuz şekilde yürütülmesi gerekmektedir. Bu nedenle bu sürecin daha sağlıklı işleyebilmesi adına uygulamaya yönelik bazı kanuni değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden ikinci bölümde ayrıntılı bir biçimde söz edilecektir.

D. Çocuğa Tedbir Nafakası ve İştirak Nafakası Bağlanması

1. Tedbir Nafakası

Tedbir nafakası boşanma davası görülürken mahkemece alınacak geçici önlemlerden biridir³⁹. Boşanma kararı verilinceye kadar tarafların ekonomik durumu, ihtiyaçları, gelir durumları, sosyal imkanları gibi hususlar göz önünde bulundurularak daha iyi imkanları olan ve geliri daha yüksek bulunan eşin zor durumda olan eşe dava süresince ödediği nafaka “tedbir nafakası” olarak ifade edilmektedir. Ayrıca çocuğun geçici velayetinin hangi tarafa verildiğine bağlı olarak ve çocuğun ihtiyaçları, eğitimi, sosyal ve kültürel imkanları gibi kriterler çerçevesinde velayet kendisinde bulunmayan eş, dava süresince çocuğun bakım ve ihtiyaçlarının giderilmesine katılmakla yükümlüdür. Bu anlamda tedbir nafakası, velayet hakkı olmayan eşin boşanma davası süresince geçerli olmak üzere velayet sahibi eşe müşterek çocuklarının ihtiyaçları için ödemedede bulunmakla yükümlü olduğu maddi destek olarak nitelendirilmektedir⁴⁰.

³⁸ Ombudsmanlık (n 1) 75.

³⁹ Can, Tuna ve Tuna (n 4) 117.

⁴⁰ Özdemir ve Ruhi (n 5) 157.

Tedbir nafakası boşanma kararı tarihi ile değil, dava tarihi ile hüküm ve sonuçlarını doğurur⁴¹. Boşanma davasına dair mahkemece verilen karar kesinleşinceye kadar da devam eder.

2. İştirak Nafakası

Boşanma davasının kesinleşmesiyle mahkemece çocuğun velayetine ilişkin de hüküm kurulmaktadır. Mahkemece kurulan hüküm neticesinde velayet hakkı kendisinde bulunmayan eşin velayet sahibi diğer eşe çocuğun bakımı ve ihtiyaçları için gücü oranında katkı sağlaması adına kararlaştırılan nafaka türüne “iştirak nafakası” denir⁴².

İştirak nafakası, TMK’nın 327. maddesi hükmünden doğmaktadır. Buna göre çocuğa ait bakım, eğitim ve çocuğun korunması için gerekli giderlerin ana ve baba tarafından karşılanması gerekmektedir⁴³. Ayrıca TMK’nın 350. maddesi gereği ana ve babanın çocuğun bakımı ve giderleri üzerindeki sorumluluğu velayetin kaldırılması halinde dahi devam etmektedir⁴⁴. Ancak iştirak nafakası çocuğun velayetine bağlı bir alacak olduğundan velayet hakkını fiilen kullanmayan eş, diğer eşten lehine hükmedilmiş olan iştirak nafakası alacağını talep edemez⁴⁵.

Mahkeme iştirak nafakasının miktarını belirlerken çocuğun bakım ihtiyaçlarının yanında çocuğun yaşına, sağlık durumuna ve eğitimine ilişkin koşullar ile varsa kişisel geliri gibi hususların yanında nafaka yükümlüsü eş ve velayet hakkı sahibi eşin maddi durumlarını gözетerek bir değerlendirme yapmaktadır⁴⁶. TMK’nın 182. maddesinin 3. fıkrasında velayet hakkına sahip olmayan eşin çocuğun bakımına ilişkin giderlerine maddi durumu ölçüsünde katılmak zorunda olduğu düzenlenmiştir. Hükmün 4. fıkrasında tarafların talebi üzerine irat biçiminde yapılan bu ödemenin tarafların gelecek yıllardaki ekonomik ve sosyal durumlarına göre ne kadar yapılacağının yeniden düzenlenmesine imkan tanınmıştır⁴⁷.

⁴¹ Can, Tuna ve Tuna (n 4) 119; Öztan (n 1) 474.

⁴² Akıntürk ve Ateş (n 1) 316; Can, Tuna ve Tuna (n 4) 121; Özüğür (n 9) 291.

⁴³ Kılıçoğlu (n 1) 182.

⁴⁴ Akyüz (n 5) 232.

⁴⁵ Çelikel (n 2) 136.

⁴⁶ Özdemir ve Ruhi (n 5) 188.

⁴⁷ Özüğür (n 9) 381.

Ayrıca mahkemenin dava süresince eşlerden birine diğer tarafça tedbir nafakası ödenmesine ilişkin bir hüküm kurması durumunda şayet koşulları varsa dava kesinleştikten sonra bu tedbir nafakası iştirak nafakasına dönüşerek devam edebilmektedir.

TMK'nın 328. maddesi gereğince ana ve babanın çocuğa bakma yükümlülüğü çocuğun erginliğine kadar devam etmektedir. Buna göre kural olarak iştirak nafakası çocuk ergin olana dek hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır⁴⁸. Ancak 328. maddenin 2. fıkrasına göre çocuk ergin olsa da eğitimi devam ettiği müddetçe ana ve babanın çocuğa bakma yükümlülüğü çocuğun eğitimi sona erinceye kadar devam etmektedir⁴⁹.

İştirak nafakası yükümlülüğünü sona erdiren durumlardan biri de çocuğun veya nafaka yükümlüsünün ölümüdür⁵⁰. Çocuğun ölümü halinde nafaka alacağı konusuz kalacağından bu yükümlülük kendiliğinden sona erecektir. Ancak çocuk ölmeden önce velayet hakkı sahibi eş, nafaka yükümlüsü eşin ödemediği nafaka alacağının ödenmesini talep edebilmektedir.

Çocuğun velayet hakkını haiz eşin nafaka talebinden vazgeçmesi de iştirak nafakasını sona erdirmektedir⁵¹. Ancak iştirak nafakasından vazgeçme, eşlerin aralarında yaptıkları nafakadan vazgeçme iradelerini yansıtan sözleşmenin mahkemece onaylanması ile mümkündür. Mahkeme bu sözleşmeye onay verirken nafakadan vazgeçen eşin çocuğun bakım ve ihtiyaçlarını kendi imkanlarıyla karşılayıp karşılayamayacağını değerlendirmektedir. Ancak bu sözleşme, TMK'nın 183. maddesi gereğince nafaka talebinden vazgeçen eşin daha sonra değişen durumlar sebebiyle yeniden iştirak nafakası talep etmesine engel değildir.

II. Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuk Teslimine İlişkin Kanuni Değişiklikler

A. 7343 Sayılı Kanun'dan Önceki Düzenleme

Çocuğun velayetinin veya vesayetinin değişimi ve çocukla kişisel ilişki kurma kararının uygulanması gibi çocuğun mevcut durumdaki yerinin geçici veya sürekli olarak değişimini gerektiren bir mahkeme kararının uygulanabilmesi için

⁴⁸ Özdemir ve Ruhi (n 5) 193.

⁴⁹ Genç Arıdemir (n 10) 153.

⁵⁰ Özdemir ve Ruhi (n 5) 194.

⁵¹ Can, Tuna ve Tuna (n 4) 122.

çocuğun bir yerden veya bir kişiden alınıp bir başka kişiye yahut kuruma teslim edilmesi gerekmektedir⁵². Çocukla kişisel ilişki kurulmasına karar verilmesi konusundaki kanuni düzenlemeleri tamamlamak adına kanun koyucu, bu kararın uygulanabilmesi için de bazı düzenlemeler öngörmüştü. Ancak gerek çocuğun teslimi gerekse çocukla kişisel ilişki kurulması kararının uygulanması hakkındaki düzenlemeler, konunun önemi ve hassasiyetiyle bağdaşmamasına rağmen zaman içinde uğradığı çok az değişiklikle yakın bir zamana kadar uygulanmaya devam etmişti.

Hukukumuzda çocuğun teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması kararının icrası, 24.11.2021 tarihli 7343 sayılı İcra İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun'a kadar 2004 sayılı İİK hükümlerine göre gerçekleştirilmekteydi.

7343 sayılı Kanundan önce, İİK'da yer alan düzenlemeye göre çocuğun teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması kararının icrası, Kanunun 25, 25/a ve 25/b maddelerinde hüküm altına alınmaktaydı. Söz konusu düzenlemelerde mevcut halde çocuk kendisinde bulunan ana veya baba borçlu olarak ifade edilirken çocuğun teslimi hususu, bir borcun ödenmesi usulünde olduğu gibi icra emrinin borçluya tebellüğü koşuluna bağlanmaktaydı⁵³. Buna göre çocuğun teslimine ilişkin verilen mahkeme kararının icra dairesine ulaştırılmasıyla icra memuru borçluya yani çocuk kendisinde bulunan kişiye icra emri tebliğ ederek beş gün içinde çocuğu teslim etmesi için süre vermektedir⁵⁴. Bu süreye uyulmaması halinde çocuğun teslimine ilişkin mahkeme kararının zorla icra edileceği düzenlenmekteydi. Kanunun 25. maddesinde yer alan bu düzenlemeye göre çocuğun teslimi hususu bir borcun teslimi olarak kabul edilerek gerekli usul ve esaslara uyulmaması halinde borcun "zorla icra edilmesi" mümkün kılınmaktaydı. Hükümün 2. fıkrası ile zorla icra imkanı genişletilerek çocuğun tesliminden sonra borçlunun yeniden çocuğu haklı bir sebep olmadan geri alması durumunda herhangi bir mahkeme hükmüne gerek kalmadan icra dairesi kanalıyla çocuğun zorla geri alınıp hak sahibine teslim edileceği düzenlenmekteydi.

Kanunun 25/a maddesi ile de çocukla kişisel ilişki kurma kararının icrası hükme bağlanmaktaydı. Bu hükme göre kendisine çocukla kişisel ilişki kurma

⁵² Akyüz (n 5) 219.

⁵³ Derya Belgin Güneş, 'Mağdur Hakları Kanunu Taslağı'nın Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi' (2021) 29 (2) SÜHFD 913, 916.

⁵⁴ Akyüz (n 5) 218.

hakkı tanınmış olan taraf bu hakkın tesisi için 25. maddede olduğu gibi icra dairesi aracılığıyla çocukla kişisel ilişki kurma kararının icrasını talep etmekteydi. Bu halde icra müdürü tarafından karşı tarafa çocukla kişisel ilişki kurma kararı gereğince hak sahibinin çocukla kişisel ilişkisine engel olunmaması, aksi halde kararın zorla icra edileceği hususları icra emri ile tebliğ edilmekteydi.

Bu hükümde yer alan zorla icra edilme ihtarı, İİK m. 341 ile de desteklenmekteydi. “Çocuk Teslimi Emrine Muhalefetin Cezası” başlığını taşıyan 341. maddeyle “tazyik hapsi” öngörülmekteydi. Söz konusu hükümde çocuğun teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurma kararının yerine getirilmesi hususundaki karara uymayan veya kararın yerine getirilmesini engelleyen kişilerin hak sahibi tarafından şikayet edilmesi halinde altı aya kadar tazyik hapsine mahkum edileceği düzenlenmekteydi⁵⁵. Her ne kadar mahkemece karar verilirken çocuğun menfaati gözetilebilecekse de kararın icrası aşamasında çocuğun tesliminin ve çocukla kişisel ilişki kurulmasının sağlanması için çocuğun velayet veya vesayet altında olduğu kişiye karşı zor kullanılması, çocuğun zorla bir yerden alınıp bir başka yere teslim edilmesi, bu esnada çocuğun hiç tanımadığı kişilerce ana veya babasından koparılması gibi durumlara maruz kalması çocuğun psikolojisinde onarılamaz yaralar açabilmektedir. Zira velayet hakkının kimde olduğunun bir önemi olmaksızın, çocuğun menfaati gerektiriyorsa ana ve babasıyla olan ilişkisi öncelikli olarak korunmalı ve çocuğun üstün yararı ilkesi gereği hem bedensel hem de ruhsal sağlığı düşünülerek mahkeme kararları icra edilmelidir.

Bu hükümler her ne kadar çocuğun teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması hususlarının önemi ve hassasiyeti gereği yıllarca mahkeme kararlarının uygulanmasına bir kesinlik ve yeknesaklık kazandırsa dahi yine de icra emrinin konusunun çocuk olması itibarıyla diğer alacak ve borçlarda olduğu gibi icra dairesi kanalıyla çocuğun psikolojisi ve menfaati dikkate alınmaksızın maddi değeri olan bir mal yahut parayla aynı muameleye tabi tutulması anlamına gelmektedir⁵⁶. Kanun koyucu, konunun hassasiyetini korumak adına Kanunun 25/b maddesi ile çocuğun teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair kararın icra edilmesinde icra müdürünün yanında Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumunca görevlendirilmiş olan sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın ve bu uzmanların bulunmadığı hallerde de bir eği-

⁵⁵ Seda Baş ve Sezgin Baş, ‘Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulması Konularında 7343 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Çocuk Hakları Perspektifinden Bir Değerlendirme’ (2023) (3) ÇÜHAD 1, 5; Belgin Güneş (n 53) 916.

⁵⁶ Benzer yönde bakınız: Belgin Güneş (n 53) 917.

timcinin hazır bulunması zorunluluğu getirmiştir. Ancak uygulamada icra dairelerinin yeterli bilgi ve donanıma sahip olmaması ve çocuğa bu süreçte psikolojik olarak destek olabilecek bir uzmanın bulunamaması gibi sebeplerle bu hükmün uygulanması her zaman mümkün olamamıştır. Böyle durumlarda çocuk tesliminin ya hiç gerçekleştirilememesi ya da haciz memurları vasıtasıyla gerçekleştirilmesi söz konusu olmuştur⁵⁷.

Çocuğun üstün yararı ilkesini göz ardı eden ve çocuğun ailesi ile olan bağlarını korumanın önemi ile bağdaşmayan bu düzenleme tüm yetersizliklerine rağmen 30.11.2021 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 7343 sayılı İcra İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun'a kadar uygulanmaya devam etmiştir.

B. 7343 Sayılı İcra İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Getirilen Düzenleme

Çocuğun teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının yerine getirilmesinde İİK hükümlerinin uygulanmasına 7343 sayılı İcra İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun ile son verilmiştir. 7343 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle TMK ve ÇKK'nin ilgili maddelerine çocuğun teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin yeni hükümler eklenmiştir⁵⁸.

7343 sayılı Kanunla TMK hükümlerinde çocukla kişisel ilişki kurulması hakkında yapılan ilk yenilik 324. maddeye eklenen 3. fıkra olmuştur. Buna göre ana ve babadan her birinin diğer tarafın çocukla kişisel ilişki kurma hakkını zedelememekle yükümlü olduğunu belirten hükmün 3. fıkrası ile velayet hakkı sahibi ana veya babanın hak sahibi olmayan tarafla kişisel ilişki kurma hakkını zedeleyen davranışlarda bulunması halinde çocuğun menfaatlerine aykırı olmamak kaydıyla velayet hakkının el değiştirebileceği düzenlenmiştir⁵⁹. Aynı şekilde TMK 182. maddesine eklenen 2. fıkra da mahkemenin, kişisel ilişki kurulmasına yönelik verdiği karara uyulmaması halinde, çocuğun menfaatiyle çatışmamak kaydıyla velayeti değiştirebileceği düzenlenmiştir. Buna göre aynı doğrultudaki bu iki hüküm ile çocukla kişisel ilişki kurulması kararının yerine getirilmemesi neticesinde velayet hakkı sahibi ana veya baba için İİK hükümlerinde yer alan yaptırımlardan uzak bir biçimde ele

⁵⁷ Ombudsmanlık (n 1) 77.

⁵⁸ Baş ve Baş (n 55) 5.

⁵⁹ Baş ve Baş (n 55) 6.

alınan ve çocuğun menfaat doğrultusunda değerlendirilmesi öngörülen velayetin değiştirilmesi yaptırımı karşımıza çıkmaktadır⁶⁰.

7343 sayılı Kanunla birlikte çocuğun teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin en kapsamlı düzenlemeler ÇKK hükümlerinde yapılmıştır. Buna göre 7343 sayılı Kanunun 39. maddesi ile ÇKK'nin 41. maddesinden sonra gelmek üzere "Dördüncü Kısım" olarak adlandırılan kısım yenilenmiş ve ilgili maddeler eklenmiştir. Mevcut Dördüncü Kısım ise hükümleriyle birlikte devam edecek şekilde Beşinci Kısım olarak adlandırılmıştır.

Ayrıca 7343 sayılı Kanunun 47. maddesine dayanarak eklenen ÇKK'nin 41/İ maddesi gereğince ÇKK'nin "Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulması" başlıklı Dördüncü Kısımda yer alan hususlarının uygulanmasına ilişkin usul ve esasların düzenlenmesi adına "Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlam ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesine Dair Yönetmelik" 04.08.2022 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Buna göre Yönetmelikle aile mahkemelerince verilen çocuğun teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması yönündeki ilam ve tedbir kararlarının yerine getirilmesinde görev, yetki ve sorumluluklar ile buna ilişkin usul ve esasların düzenlenmesi amaçlanmaktadır.

ÇKK'nin Dördüncü Kısımında yer alan 41/A ve devamı hükümleri 7343 sayılı Kanunun 39 ve 48. maddeleri arasındaki hükümlerle eklenmiştir. 7343 sayılı Kanunun 39. maddesi ile ÇKK'ye eklenen 41/A maddesinde çocuğun teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması kararlarının uygulanmasında görevli ve yetkili birim düzenlenmektedir. Eski İİK'de yer alan uygulamadan farklı olarak bu hüküm, kararların çocuğun üstün yararı ilkesine göre Adalet Bakanlığınca kurulmuş olan adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlükleri tarafından yerine getirileceğini düzenlemektedir. Ayrıca müdürlüklerde Adalet Bakanlığı tarafından görevlendirilen müdür, yeteri kadar müdür yardımcısı ve personel ile müdürlük tarafından görevlendirilen psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacı bulunması, bu uzmanların bulunmadığı yerlerde ise öğretmen aracılığıyla kararların yerine getirilmesi öngörülmüştür⁶¹. Eski düzenleme ile ana veya babasına teslim edil-

⁶⁰ Levent Börü ve Şafak Parlak Börü, 'Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Mahkeme Kararlarının Yerine Getirilmesi: Karşılaştırmalı Hukuk ve 7343 Sayılı Kanun'un Getirdiği Değişiklikler Çerçevesinde Değerlendirmeler' (2022) 71 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1227, 1251.

⁶¹ Önder Topal, 'Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların veya Tedbir Kararlarının İcrasında Yeni Dönem' (2022) 30 (3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1331, 1357.

mek üzere icra memurları tarafından alınan çocuğun maruz kalacağı güvensiz ortamın ve psikolojik travmanın yıkıcı etkisi, yeni düzenleme ile teslim sırasında hazır bulundurulacak uzmanlar ile bir nebze de olsa azaltılmaya çalışılmıştır. Kanun koyucu lafzi olarak da yeni düzenlemede çocuğun üstün yararının üzerinde durarak çocuğun menfaatini kollamaya gayret etmiştir.

7343 sayılı Kanunun 40. maddesi ile ÇKK'ye eklenen 41/B maddesinde çocuk teslimine, 41/C maddesinde de çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair mahkeme kararları ile tedbir kararlarının yerine getirilmesi düzenlenmiştir. ÇKK'nin söz konusu maddelerinde çocuğun teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin mahkemeden alınan ilam veya tedbir kararlarının hakkında hüküm kurulan kişi tarafından rızasıyla yerine getirilmemesi durumunda hak sahibinin bu ilam veya tedbir kararının uygulanması için müdürlüğe başvurabileceği düzenlenmektedir⁶². Buna göre başvuruyu alan müdürlük, yükümlüyle iletişim kurarak ilam veya tedbir kararında belirtilen gün ve saatte çocuğun müdürlük tarafından belirlenen yere getirilmesini, ardından hak sahibine teslim edileceğini bildirmektedir. Müdürlük yükümlüye bu bildirimde bulunmak için her türlü iletişim aracını kullanabilmektedir.

Müdürlüğün yükümlüye ulaşamadığı veya yükümlünün çocuğu getirmeyeceğini beyan ettiği ya da müdürlükçe belirlenen yere çocuğu getirmedeği hallerde yükümlüye müdürlük tarafından derhal çocuğun teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulması hakkında bir teslim emri tebliğ edilmektedir. Teslim emrine göre yükümlünün, çocuğu belirtilen yere getirmesine engel olan haklı bir mazereti olması durumunda teslim tarihinden önce müdürlüğe çocuğun müdürlükçe alınmasını talep eden bir bildirimde bulunması gerekmektedir.

Çocuğun teslimine ilişkin 41/B maddesine göre yükümlünün çocuğu getirmedeği veya haklı bir mazeret göstererek müdürlükçe alınmasını talep etmediği durumlarda çocuğun zor kullanılarak alınacağı ve emir yerine getirilmezse yükümlü hakkında disiplin hapsi cezası uygulanacağı düzenlenmektedir. Böylece yeni düzenlemede de İİK'ye dayalı eski düzenlemede olduğu gibi çocuğun teslimine ilişkin ilam ve tedbir kararlarının uygulanmasında zor kullanımının hükmüne bağlandığı görülmektedir⁶³. Ancak yeni düzenlemede eski düzenlemeden

⁶² Baş ve Baş (n 55) 12.

⁶³ Seyhan Selçuk, 'Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlam ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesine Muhalefet' (2024)73 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 309, 318.

farklı olarak kanun koyucu, bu süreçte yaşanabilecek olumsuzlukları azaltmak adına çocuğun zor kullanılarak alınması sürecinde de bir uzman veya öğretmen eşliğinde teslim alınmasını hükme bağlamıştır.

Bunun yanında çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik ilam ve tedbir kararlarının uygulanmasını düzenleyen 41/C maddesinde zor kullanımı eski düzenlemeden farklı olarak kaldırılmış ve yalnızca emrin gereğinin yerine getirilmemesi halinde disiplin hapsi uygulaması öngörülmüştür. Böylece kanun koyucu tarafından çocuğun yanında bulunduğu ana veya babasının elinden zor kullanımı ile alınarak hak sahibine teslimi esnasında uğrayacağı maddi ve manevi zararların bir nebze de olsa önüne geçmek istenildiği söylenebilmektedir.

Disiplin hapsinin süresi ÇKK'nin 41/F maddesine göre çocuğun teslimi söz konusu olduğunda üç aya kadar, çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin olduğunda ise üç günden on güne kadar cezalandırma yönünde düzenlenmiştir. Ayrıca çocukla kişisel ilişki kurmak üzere çocuğu teslim alan hak sahibinin mahkemece kararlaştırılan sürenin sona ermesiyle çocuğu geri teslim etmemesi halinde de üç aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılacağı öngörülmüştür⁶⁴.

ÇKK'nin 41/C maddesi ile çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının yerine getirilmesinde çocuğun üstün yararını daha etkin bir biçimde koruyabilmek adına müdürlüğe yükümlü, hak sahibi ve çocuk hakkında aile mahkemesinden danışmanlık tedbiri uygulanmasını talep etme yetkisi tanınmıştır. Mahkemece müdürlüğün talebi doğrultusunda danışmanlık tedbirinin uygulanmasına karar verilmesi halinde danışmanlık hizmetleri Aile Danışma Merkezleri tarafından yürütülmektedir⁶⁵.

Çocuğun menfaati doğrultusunda yeni düzenlemeyle birlikte atılmış bir diğer isabetli adım da ÇKK'ye eklenen 41/D maddesinde yer alan "teslim mekanı" düzenlemesi olmuştur⁶⁶. Buna göre çocuğun teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının yerine getirilmesi, müdürlükçe belirlenecek teslim mekanlarında gerçekleşmektedir. Böylece daha tarafsız ve müdürlüğün kontrolünün daha etkin bir biçimde sağlanacağı bir ortamda çocuk teslim edilebilecek veya çocukla kişisel ilişki kurulması sağlanabilecektir.

⁶⁴ Börü ve Parlak Börü (n 60) 1267; Selçuk (n 63) 319; Topal (n 61) 1348.

⁶⁵ Selçuk (n 63) 341.

⁶⁶ Börü ve Parlak Börü (n 60) 1258.

Müdürlükçe yapılan işlemlere karşı şikayet ve itiraz usulü 41/E maddesi ile düzenlenmiştir. Buna göre ilgili kişi, müdürlüğün işlemine karşı, işlemin öğrenilmesinden veya tebliğ tarihinden itibaren bir hafta içinde işlemi yapan müdürlüğün bulunduğu yer aile mahkemesine şikayette bulunabilmektedir⁶⁷.

Yeni kanuni düzenleme ile çocuğun teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair mahkeme kararlarının yerine getirilmesi sürecinde gerek çocuğun gerekse ana ve babanın kişisel haklarının korunması da dikkate alınmıştır. Buna göre ÇKK'nin 41/G maddesi ile bu süreçte çocuğun uzman veya öğretmen aracılığıyla teslim alındığı veya karşı tarafa teslim edildiği sırada ses veya görüntü kaydı alınarak bu kayıtların internet ortamında yayınlanması sebebiyle kişilik haklarının ihlal edilmesi durumunda ilgililerin talebi üzerine 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 9. maddesine göre içeriğin çıkarılabileceği veya içeriğe erişimin engellenebileceği düzenlenmiştir⁶⁸. Böylece yalnızca çocuğun değil, aynı zamanda ana ve babanın da özel hayat gizliliğinin ve kişisel haklarının korunması sağlanmaktadır.

İİK'de yer alan eski uygulamadan farklı olarak yeni düzenleme ile kazandırılan bir diğer olumlu uygulama ise ÇKK'nin 41/H maddesine göre çocuğun teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının yerine getirilmesinde yapılacak işlemlerin, 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanunu ve diğer kanunlar gereğince tüm harçlardan muaf tutularak bu doğrultuda yapılacak masrafların, avukatlık ücreti hariç olmak üzere Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanmasıdır. Böylece mahkemece verilen kararın İİK düzenlemesinde yer alan ve hak sahibi ile yükümlünün muhatap olduğu başvuru harcı ve diğer icra masrafları gibi giderlerin hakkın tesisini zorlaştırmasına mahal vermeden, konunun hassasiyetine uygun bir biçimde yerine getirilmesi mümkün kılınmıştır⁶⁹.

Sonuç

Boşanma kararı, bir çocuğun gelişimi için en hayati unsur olan “aile” yapısının kökten değişmesi anlamı taşımaktadır. Bu nedenle eşlerin boşanmaya ilişkin verdikleri karardan en çok etkilenen taraf eşlerin yanı sıra çocuk olmak-

⁶⁷ Topal (n 61) 1343.

⁶⁸ Börü ve Parlak Börü (n 60) 1261.

⁶⁹ Benzer yönde bakınız: Topal (n 61) 1357; Börü ve Parlak Börü (n 60) 1260.

tadır. Boşanma kararının çocuk açısından etkileri, çocuğun maddi ve manevi bütünlüğünü korumak adına hukuki düzenlemelerde de geniş yer bulmuştur. Konunun hassasiyeti gereği, boşanma kararının çocuk açısından sonuçları değerlendirilirken hem Türk hukukunda hem de uluslararası hukukta öncelikli olarak gözetilmesi kabul edilen “çocuğun üstün yararı ilkesi” göz önünde bulundurulmaktadır.

Boşanma kararının çocuk üzerindeki en önemli etkisi velayet hususunda kendini göstermektedir. Bu nedenle boşanma kararının ardından üzerinde en çok durulan husus velayet olsa da velayet hususunun karara bağlanma sürecinde çocuk için ödenecek tedbir nafakası ve velayet kararı lehine sonuçlanan ana veya babaya diğer tarafın ödeyeceği iştirak nafakası da çocuk açısından önem arz etmektedir. Ancak bu hususlar çocuğun bizzat muhatap olmayacağı maddi sonuçlar olduğundan çocuk için asıl önemli olan husus çocuğun doğrudan hissedebileceği ve maruz kalacağı psikolojik sonuçlardır. Bu anlamda velayet kararı ile çocuk artık ana ve babasıyla bir arada yaşayamayacağı için alıştığı eski düzeni bozulacak ve bu durum çocuğu olumsuz etkileyecekse, çocuğun velayet hakkı kendisinde olmayan ana veya babasıyla olan ilişkilerini de gözetmek ve düzenlemek gerekecektir. Çocuğun velayet hakkı kendisine verilmeyen ana veya babası ile olan ilişkisini sürdürebilmesi ve boşanma kararının uygulanması sürecinden çocuğun en az düzeyde etkilenmesi adına çocuğun teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması hususlarının da çocuğun yüksek yararı gözetilerek uygulanması gerekmektedir. Hukukumuzda son yıllara kadar uygulanagelen düzenleme çocuğun menfaatini gözetmekten ve hak sahibi ana ve babanın karşı karşıya kaldığı sorunları gidermekten uzak iken yeni düzenlemelerle bu sorunları gidermek adına uygulamaya yönelik somut adımlar atılmıştır.

Kanun değişikliğinden önce, çocuğun teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının İİK çerçevesinde uygulanmakta olduğu dönemde doğan en büyük hukuki ve vicdani sorun, bu süreçte çocuğun haciz konusu olarak nitelendirilmesidir. Ana ve babayı borçlu ve alacaklı gibi gösteren ve uzun yıllar yürürlükte kalan bu kanun maddeleri neticesinde yerleşen uygulama, çocuğun bir eşya gibi boşanan eşlerin birinden alınıp diğerine verilmesi sürecinin çocuğun psikolojisinde onarılamaz yaralar açmasına sebep olmuştur. Kaldı ki sürecin çocuğun içinde bulunduğu ruh halini anlamaktan uzak icra memurları vasıtasıyla yürütülmesi ve kanunen öngörülen “zor kullanımı”, “disiplin hapsi” gibi uygulamalar sürecin yarattığı olumsuz etkilerin giderilmesine hiç yardımcı olmamaktadır.

Kanun değişikliği ile getirilen çocuğun teslimi sırasında uzman hazır bulundurulması zorunluluğu, bu işlemlerin dosya harç ve masraflardan muaf tutulması ve tüm bu düzenlemelerin İİK'den çıkarılarak çocuğun bir "eşya" gibi alınıp teslim edilmesinin önüne geçilmesi gibi düzenlemeler dikkate alındığında kanun koyucunun uygulamada da çocuğun menfaatini ve üstün yararını gözetme çabası olduğunu göstermektedir. Ancak yeni düzenlemeler boşanma kararının ardından çocuğa hak ettiği güvenli ortamı sunamamakta ve taraflara barışçıl bir çözüm önerisi getirememektedir. Bu nedenle kanaatimizce mevcut düzenlemeler de çocuğun maruz kaldığı travmatik sürecin etkilerini sıfırlamaya yetmemektedir.

Yapılan kanuni değişikliklerle hem çocuğun tesliminde hem çocukla kişisel ilişki kurulması kararının yerine getirilmesinde çocuğun eskiden maruz kaldığı problemler, bir nebze de olsa giderilmeye çalışılmıştır. Kanun koyucu yıllarca uygulanan eski sistemden uzaklaşarak çocuğun üstün yararı ile bağdaşan yeni düzenlemeler öngörmüşse de uygulamada yeni sistemin de eksiklerinin olduğunu görmek mümkündür. Ancak zaman içinde yeni uygulamanın daha verimli olacak şekilde geliştirileceğine ve eksikliklerin yeni düzenlemelerle giderilebileceğine dair inancımızı korumaktayız.

Kaynakça

- Abik Y, 'Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı', *Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan*, (Filiz Kitabevi 2011), 1- 73
- Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku* (24. Baskı, Beta Yayınevi 2022)
- Akyüz E, *Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması* (8. Baskı, Pegem Akademi 2021)
- Baş S ve Baş S, 'Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulması Konularında 7343 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Çocuk Hakları Perspektifinden Bir Değerlendirme' (2023) (3) ÇÜHAD 1-32
- Belgin Güneş D, 'Mağdur Hakları Kanunu Taslağı'nın Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi' (2021) 29 (2) SÜHFD 913-931
- Börü L ve Parlak Börü Ş, 'Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Mahkeme Kararlarının Yerine Getirilmesi: Karşılaştırmalı Hukuk ve 7343 Sayılı Kanun'un Getirdiği Değişiklikler Çerçevesinde Değerlendirmeler' (2022) 71 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1227-1277
- Can H, Tuna E ve Tuna N, *Çocuk Hukuku* (Nobel Akademik Yayıncılık 2019)
- Çelikel S, *Çocuk Haklarına Dair Uluslararası Sözleşmeler Işığında Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları* (Adalet Yayınevi 2012)
- Dönmez Z, 'Aile İçi Cinsel İstismar Mağduru Çocuklarla Kişisel İlişki Kurma Hakkının Sınırlandırılması' (2022) 7 (2) YBHD (Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı) 951-977
- Dural M, Ögüz T ve Gümüş M A, *Türk Özel Hukuku Cilt III (Aile Hukuku)* (19. Baskı, Filiz Kitabevi 2024)
- Erdem M, *Aile Hukuku*, (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019)
- Erlüle F, 'Çocukla Kişisel İlişki Kurulması' (2010) 16 (3-4) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHFAD), 217- 248
- Genç Arıdemir A, 'Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Halinde Çocuğun Hukuki Durumu' in Evgen Gülçin Elçin ve Arzu Genç Arıdemir (eds), *Çocuk Hakları Çalışmaları-I*, (On İki Levha Yayıncılık 2017)
- Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık), *Çocuk Tesliminde Hak İhlallerine ve Yoksulluk Nafakasına İlişkin Özel Rapor* (Kamu Denetçiliği Kurumu Yayınları 2019)
- Kılıçoğlu A M., *Aile Hukuku* (6. Baskı, Turhan Kitabevi 2022)
- Kurt L M, 'Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velâyet' (2018) 9 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 157-186
- Özdemir H ve Ruhi A C, *Çocuk Hukuku Ders Kitabı* (4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2021)

- Öztañ B, *Aile Hukuku* (5. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları 2004)
- Özüğür A İ, *Türk Medeni Kanununun Yeni Düzenlemeleri ile Açıklamalı İçtihatlı Velayet Vesayet Soybağı ve Evlat Edinme Hukuku* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2003)
- Selçuk S, 'Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlam ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesine Muhalefet' (2024)73 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 309-354
- Serdar, İ, 'Kişisel İlişki Kurma Hakkı' (2007) Özel Sayı (9) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (DEÜHFD) 739- 781
- Serozan R, *Çocuk Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2005)
- Topal Ö, 'Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların veya Tedbir Kararlarının İcrasında Yeni Dönem' (2022) 30 (3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1331-1365
- Yılmaz, C, 'Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması' (2015) 35 (1) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHMÖHB), 103- 141

İş Sağlığı ve Güvenliği Bakımından İşçilerin Yönetime Katılması^(*)

Doç. Dr. Özgür OĞUZ^(**)

Dr. Öğr. Üyesi Çetin TERZİ^(***)

Arş. Gör. Dr. Doğukan KÜÇÜK^(****)

Arş. Gör. Mehmet Şükrü YILDIZ^(*****)

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:14.10.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 13.01.2025.

Atıf Şekli: Özgür Oğuz, Çetin Terzi, Doğukan Küçük ve Mehmet Şükrü Yıldız, 'İş Sağlığı ve Güvenliği Bakımından İşçilerin Yönetime Katılması' (2025) 15(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 595, 646.

DOI: 10.52273/sduhfd..1567051.

Bu çalışma, Anadolu Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projeleri Koordinasyon Birimi tarafından # SBA-2023-1844 nolu proje kapsamında desteklenmiştir (*This work has been supported by Anadolu University Scientific Research Projects Coordination Unit under grant Number SBA-2023-1844*).

^(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Eskişehir, Türkiye.

E-posta: ooguz1@anadolu.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9930-9109>.

^(***) Anadolu Üniversitesi, Eğitim Fakültesi, Eğitim Bilimleri Anabilim Dalı, Eskişehir, Türkiye.

E-posta: cterzi@anadolu.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1413-8233>.

^(****) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Eskişehir, Türkiye.

E-posta: dogukankucuk@anadolu.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3024-6285>.

^(*****) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Eskişehir, Türkiye.

E-posta: msyildiz@anadolu.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9730-3427>.

Öz

Türk iş hukukuna egemen olan ilkelerden bir tanesi işçinin yönetime katılmasıdır. Çalışma hayatını ilgilendiren konularda işçi ve işverenlerin ulusal düzeyde karar mekanizmalarında yer edinmesi kadar işçilerin, işletme veya işyerlerinde kendilerini ilgilendiren kararlara işverenin yanında iştirak etmesi veya işverenin alınacak kararlarda işçilerine danışması ve onları söz konusu kararlar hakkında bilgilendirmesi önem arz etmektedir. Bu bağlamda, işçilerin işyeri veya işletmede yönetime katılma alanlarından bir tanesini de iş sağlığı ve güvenliği konusu oluşturmaktadır. Bu bakımdan ilgili bu çalışmada, uluslararası hukukta ve özellikle Türk hukukunda işçilerin iş sağlığı ve güvenliği alanında yönetime katılma uygulamaları incelenmiştir. Ayrıca, Anadolu Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projeleri Koordinasyon Birimi tarafından desteklenen, bu kapsamda tarafımızca gerçekleştirilen ve 2024 yılında başarıyla tamamlanan proje kapsamında, Eskişehir’de yer alan kamu ve özel sektör işyerlerinde çalışmakta olan işçilerin yönetime katılma hakkındaki görüşlerinin neler olduğunun belirlendiği araştırma sonuçlarına yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler

İş Sağlığı ve Güvenliği, İşçilerin Yönetime Katılması, Danışma, Bilgilendirme, İşçi, İşveren.

Participation of Employees in terms of Occupational Health and Safety

Abstract

One of the main principles of Turkish labor law is the participation of employees in management. Employees and employers should take part in decision-making mechanisms at the national level in matters concerning working life, as well as for employees to participate in decisions that concern them in the enterprise or workplace alongside the employer, or for the employer to consult with its employees on the decisions to be taken, and to inform them about the decisions in question. In this context, one of the fields where employees participate in management in the workplace or enterprise is related to occupational health and safety. In this regard, in this study, the practices of employees' participation in the field of occupational health and safety in international law and especially in Turkish law will be examined. In addition, within the scope of the project supported by Anadolu University Scientific Research Projects Coordination Office, carried out by us within this scope and successfully completed in 2024, the results of the research determining the opinions of employees working in public and private sector workplaces in Eskişehir about participation in management are included.

Keywords

Occupational Health and Safety, Participation of Employees, Consultation, Informing, Employee, Employer.

Extended Summary

Industrial democracy can be defined as a system that aims to ensure that employees are not only physically active in production process but also have an effective role in decision-making processes in modern working life. In this system, employees can participate in workplace management and decision-making processes by taking (sometimes equal) responsibility with the employer. Therefore, employees have the right to speak in determining economic decisions and workplace policies, and thus a democratic working environment can be provided. This concept includes freedom of association, collective bargaining autonomy, social dialogue at the national level and participation in management at the workplace/enterprise level.

It is seen that various definitions have been made on the concept of participation in management. In fact, it is difficult to give a complete and precise definition to this concept; because the form and scope of the definition vary from country to country. Nevertheless, when the definitions are examined, participation in management can be defined as employees in an enterprise have a voice in decisions that will affect them in the relevant place through representatives they elect, or they participate in these decisions of employer with the right to vote.

Employees' participation in management occurs in different ways. The doctrine states that participation in management can be classified under three headings: Participation in decision-making processes, participation in executive activities and participation in auditing processes.

Participation in management also varies according to numerous levels. Employees can participate in management at the "workshop level" through quality circles or autonomous working groups and at the "workplace level" through committees or councils. At the "enterprise level" they can have a say in economic and social issues by taking part in the board of directors. In addition, participation is possible at the "national" level within the framework of tripartite social dialogue and at the "international level" as in the European Union practices.

A significant point in participation in management is which issues and to what extent employees have a voice. In the first type, employees provide information about the business to the employer, and the employer provides information about the activities to the employees. In the second type, employees are given the opportunity to give advice and exchange ideas after the information is provided. In the third type, employees participate in the decision-making process together with the employer and may have veto power. Finally, in the self-management model, they make decisions about the business themselves.

Since the meaning given to the concept of participation in management varies, different practices of participation in management are accompanied by a variety of legal regulations on the subject. In this context, when the documents of the International Labor Organization on participation in management are examined, C135 - Workers' Representatives Convention, 1971; R094 - Co-operation at the Level of the Undertaking Recommendation, 1952; R130 - Examination of Grievances

Recommendation, 1967 and R129 - Communications within the Undertaking Recommendation, 1967 should be referred.

The regulations that it should be discussed within the scope of employees' participation in management in terms of Turkish labor law are the "collective redundancy" practice specified in Article 29 of the Labor Code No. 4857, annual paid leave boards established in workplaces and workplace union representation. The relevant regulations emphasize the employer's ability to provide more information and consult with employees in terms of participation in management.

In terms of occupational health and safety, the prominent ILO regulations are C155 - Occupational Safety and Health Convention, 198; R175 - Safety and Health in Construction Recommendation, 1988 and P155 - Protocol of 2002 to the Occupational Safety and Health Convention. On the other hand, in Turkish labor law, the most important practice for employees to participate in management in terms of occupational health and safety at the workplace level is the occupational health and safety boards that must be established as a mandatory requirement. Another important regulation brought by Occupational Health and Safety Code No. 6331 regarding participation in management in terms of occupational health and safety is that employees can choose their own representatives.

Within the scope of the project supported by Anadolu University Scientific Research Projects Coordination Office, carried out by us and successfully completed in 2024, the results of the research determining the opinions of employees working in public and private sector workplaces in Eskişehir about participation in management are scrutinized. According to the research on participation of employees, answers were sought to five questions. These are;

- 1) What are the views of employees on being able to express their opinions and criticisms in the institutions they work in?
- 2) What are the views of employees on being consulted on certain issues in the institutions they work in?
- 3) What are the views of employees on having units or people representing them in the institutions they work in?
- 4) What are the views of employees on the practices of participation in decision-making processes in the institutions they work in?
- 5) What are the views of employees on the organization of in-service training programs in the institutions they work in and on exercising their union rights?

The common point of the opinions received within the scope of the project is that there are no practices of participation in management at workplaces at a sufficient level. For example, most employees stated that there are no practices or few or inadequate practices in their workplaces for them to express their opinions and criticisms. Similarly, almost half of the employees stated that they are not consulted on certain issues and their opinions are not taken into account or that there are few practices. Another conclusion to be drawn from the project in question is that there

are inadequacies in the representation of employees in the disciplinary board. However, there are practices that can be expressed as medium and good in administrative processes such as obtaining workers' leave, human resources planning, contracts, expressing deficiencies seen in the workplace or the presence of workplace union representatives in the relevant units. Again, it can be said that there are no practices or few or medium practices regarding the participation of employees in decision-making processes and that employees find the practices related to this dimension inadequate. On the other hand, when the rate of participants who stated that there are good and high-level practices regarding regular training programs in their workplaces is considered, it is concluded that in-service training activities aimed at ensuring the professional development of employees are also inadequate. Finally, the research shows that employees' ability to freely exercise their union rights is at a relatively better point.

Giriş

İş ilişkilerinde işverenler karşısında güçsüz konumda bulunan işçilerin korunması iş hukukunun asli amacını oluşturmaktadır. Çünkü, işçi öncelikle işverenden gelecek olan ücret ile hayatını idame ettirmekte, böylece işverene ekonomik olarak bağımlı olmaktadır. Keza, işin yerine getirilmesi sürecinde işçi, işverenin emir ve talimatları altında hareket etmektedir. Böylece işverene kişisel olarak da bağımlı hâle gelmektedir. Yine işçi, işin ifası sırasında iş sağlığı ve güvenliği yönünden çeşitli risklerle karşı karşıya kalabilmektedir. Bu çerçevede işçinin işverene olan bağımlılığı, işin ifasında ortaya çıkan çeşitli riskler ve işçinin kişiliğinin korunması ile emeğinin sömürülmemesi adına iş hukukuna ege-men olan çeşitli ilkelerin varlığı kabul edilmektedir.¹

İşçinin korunması ilkesi olarak ifade edilebilecek ilk ilkenin ortaya çıkması- nın nedeni işçinin işverene olan ekonomik, teknik ve kişisel bağımlılığıdır.² Ta- raflar arasındaki bağımlılık ilişkisi, işçinin kişisel değerlerini işverenin hakimiyet alanına sokmaktadır.³ Dolayısıyla işçinin yaşamının, sağlığının, bedensel ve ruhsal bütünlüğünün, şeref ve haysiyetinin, kişisel ve mesleki saygınlığının yanında özel hayatının adil çalışma koşulları altında korunması gerekmektedir. Bu bağ- lamda devlet, sosyal devlet ilkesi icabı da gereken tüm önlemleri almalı, emre- dici normlarla işçiye koruma sağlayan düzenlemeleri hayata geçirmelidir.⁴

¹ Emine Tuncay Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku* (Yenilenmiş 10th Edn, Gazi Kitapevi 2019) 7; Sarper Süzek, *İş Hukuku* (Yenilenmiş 19th Edn, Beta 2020) 16; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı and Ulaş Baysal, *İş Hukuku* (Güncellenmiş 7th Edn, Lykeion 2022) 11; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat and Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri* (Yeni- lenmiş 36th Edn, Beta 2023) 20; Ufuk Aydın, *Bireysel İş Hukuku* (7th Edn, Nisan 2023) 10.

² İş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran bağımlılık unsuru hakkında bkz. Sü- leyman Başterzi, 'Avukatla Bağtlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekâlet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması' (2010) 17 Sicil 175, 178 vd.; Haluk Hadi Sü- mer, 'İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru' (2010) 19 Sicil 63, 69 vd.; Sevil Doğan, *İş Sözleşme- sinde Bağımlılık Unsuru-Atipik İş İlişkileri Açısından Değerlendirilmesi* (Seçkin 2016) 101 vd.; Abdullah Erol, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukuku'nda İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru* (Seçkin 2020) 73 vd.

³ Senyen Kaplan (n 2) 7.

⁴ Aydın Başbuğ and Mehtap Yücel Bodur, *İş Hukuku* (5th Edn, Beta 2018) 5. Konu ile ilgili çeşitli yargı kararları için bkz. "... Çalışanların adil çalışma koşulları altında güvenli ve sağlıklı ortamlarda çalış- maları ile ilgili hususlar, insan hakları ile ilgili diğer birtakım uluslararası hukuk belgelerinde de yer almaktadır. Örneğin Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın 26. maddesinde tüm çalışanların onurlu çalışma haklarının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla işverenlerin ve çalı- şanların örgütlerine danışarak çalışanların birey olarak işyerinde ya da işle bağlantılı olarak maruz kaldıkları kınanacak ya da açıkça olumsuz ya da suç oluşturan, tekrarlanarak devam eden eylemler konusunda bilinçlenmesi, bilgilenmesi ve bunların engellenmesi konusunda desteklenmesi ve çalı-

Ticari hayatta işletmelerin artan rekabet ortamında hayatta kalabilmeleri için işçinin korunması ilkesinin mutlak olarak algılanmaması, işyerinin verimliliğini ve toplum yararını da gözetken ve yönlendiren bir dengenin sağlanması gerektiği ortadadır.⁵ Diğer bir anlatımla, işçinin korunması, onun sosyal ve ekonomik durumunun düzenlenmesi ve geliştirilmesi, işletmelerin ekonomik, teknik ve mali durumlarını sarsacak raddede olmamalıdır. Aksi halde, haksız rekata

şanları bu tür davranışlardan korumaya yönelik tüm uygun önlemlerin alınması taraf devletlerin taahhüdü olarak düzenlenmiştir.” Yargıtay HGK, 1427/53, 09.02.2021 <<https://legalbank.net>> Erişim Tarihi 30 Ağustos 2024. “... İş sözleşmesinin işverene yüklediği işçinin kişiliğini gözetme borcu, öncelikle Anayasa'dan doğan bir yükümlülüktür. Anayasa'nın herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez hak ve özgürlüklere sahip olduğunu öngören 12'nci; herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu düzenleyen 17'nci; herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine sahip olduğunu bildiren 19'uncu; özel yaşamın gizliliğini öngören 20'nci; vicdan, din, inanç, düşünce ve kanaat özgürlüğünü hükme bağlayan 24'üncü ve 25'inci maddeleri kişilik haklarını güvence altına alan ilke ve kurallardır.”; “... 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (6098 sayılı Kanun/TBK) ise, bunun yerine “İşçinin Kişiliğinin Korunması” başlıklı 417 ve devamı maddelerini getirmiştir. Bu maddenin getirdiği yenilik, psikolojik taciz terimine açıkça yer vermiş olması ve işçinin kişiliğinin korunmasını yoruma yer vermeyecek biçimde özel olarak düzenlemesidir.” Yargıtay HGK, 3171/1143, 30.05.2018 <<https://legalbank.net>> Erişim Tarihi 03 Eylül 2024. “... Maddi hukukta iş kazası ve meslek hastalığı kavramının iki boyutu ele alınmaktadır: İlk olarak ikili ilişkinin tarafları arasında meselenin iş hukuku ve iş sözleşmesi boyutudur. İkinci olarak ise denetleme ve gözetleme yükümlülüğü çerçevesinde sosyal güvenlik hukuku bakımından konu ele alınmaktadır. Türk hukukunda TBK, İş Kanunu, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu başta olmak üzere pek çok hukuki düzenlemede işçinin, işveren tarafından korunması ve gözetilmesine ilişkin hükümler kabul edilmiştir. İş Sağlığı ve İş Güvenliği hükümlerinin de doğrudan uygulanan kurallar olduğu unutulmamalıdır.” Yargıtay 10 HD, 8563/15968, 14.12.2021 <<https://legalbank.net>> Erişim Tarihi 03 Eylül 2024. İşçinin korunması ilkesinin bir uzantısı da işçi yararına yorum ilkesidir. İşçi yararına yorum ilkesi için bkz. Sarper Süzek, ‘İş Hukukunda Amaca Uygun Yorum’ (2015) 34 Sicil 9, 14; Bektaş Kar, ‘İş Yargılamasına Hâkim Olan İlkeler’ (2014) 15 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 869, 879. İşçi yararına yorum ilkesi hakkındaki çeşitli yargı kararları için bkz. “... İş hukukunun temel prensibi olan işçi lehine yorumlama ilkesi ile 6100 sayılı HMK'nun 33. maddesinde düzenlenen hakim tarafların hukuki nitelemesi ile bağlı olmayıp, hukuki nitelemeyi re'sen yapması kuralı gereği, her ne kadar davacı işçi iş aklını iş şartlarının ağırlaşması nedeniyle kendisinin feshettiği iddia etmemiş ise de, hakim tüm dosya kapsamına göre fesih olgusunun ne şekilde gerçekleştiğinin tespitini yaptıktan sonra, re'sen feshin şekline ilişkin hukuki nitelemeyi yapmalı ve feshe bağlı haklar konusunda karar vermelidir.” Yargıtay 7 HD, 14907/19040, 04.11.2019 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>> Erişim Tarihi 04 Eylül 2024. “... Somut uyuşmazlıkta, davacı vekili dava dilekçesinde davacının davalı işyerinde çalışma süresi boyunca hiç yıllık ücretli izin kullanmadığını iddia etmiş, davalı vekili ise yıllık izinlerin kullandırıldığına ilişkin imzalı izin belgeleri sunmuştur. Sunulan belgelerdeki imzaların davacı tarafından inkâr edilmesi üzerine imza incelemesi yaptırılmış, hem Adli Tıp hem de İstanbul Kriminal Daire Başkanlığı raporlarında belgelerdeki imzaların davacının eli ürünü olup olmadıklarının tespit edilemediği açıklanmıştır. Oluşan belirsizlik, iş hukukunun temel ilkelerinden olan işçi lehine yorum ilkesi karşısında davacı işçi aleyhine yorumlanamaz.” Yargıtay 9 HD, 7586/23313, 29.12.2014 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>> Erişim Tarihi 05 Eylül 2024.

⁵ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 2) 21; Aydın (n 2) 10.

bet uygulamaları artabilmekte ve kanuna karşı hile durumlarına başvurulabilmektedir.⁶ Dolayısıyla taraflar arasında makul bir dengenin kurulması, çalışma barışının sağlanması açısından önemlidir. Böylece iş hukukunun sosyal amacı ile ekonomik yapının gerekleri arasında hassas bir dengenin tesisi bir diğer ilke olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu çalışma açısından önemli olan bir diğer ilke, işçilerin yönetime katılması ilkesidir. Çalışma yaşamını düzenleyen kuralların amacı, emek ile sermaye arasındaki sosyal dengenin sağlanması adına işçiyle işvereni birlikte korumaktır. Bunun için de sosyal taraflar arasında kurumsallaşmış ve iyi işleyen diyalog süreçlerinin kurulması gerekmektedir.⁷ Dolayısıyla işçiler hem ulusal hem de işletme veya işyeri düzeyinde, doğrudan yahut temsilciler aracılığı ile karar mekanizmalarına katılmalıdır. Bu katılım ayrıca çalışma yaşamında demokratik ortamın oluşmasına katkı sağlayacaktır. Böylece yukarıda da ifade edildiği gibi emeğin sömürülmediği, çalışma barışının sağlandığı, işçilerin yüksek moral ve maddi koşullar içerisinde iş görme edimlerini daha sağlıklı şekilde yerine getirdiği bir düzen kurulabilecektir.

Demokratik çalışma koşulları altında çalışabilmenin önemli ayaklarından birisi de işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin tesisidir. İşçiler, iş görme edimlerini yerine getirirken çeşitli risklerle karşı karşıya kalabilmektedir. Aslında, işin ifası sırasında ortaya çıkabilecek kaza veya meslek hastalıkları risklerinin neler olduğunu en iyi bilecek olanlar da işçilerdir.⁸ Dolayısıyla işçilere özellikle iş sağlığı ve güvenliği açısından danışılmasının büyük fayda sağlayacağı ortadadır. Bununla bağlantılı olarak işverenin, işyerinde meydana gelen tehlikelerden işçileri korumak ve onların yaşam, bedensel ve ruhsal bütünlüklerini sağlamak için bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerekli kıldığı tüm teknik ve tıbbi önlemleri alabilmesi için de işçiler ile işveren arasında sosyal diyalogun kurulması ve bu diyalogun geliştirilmesi önem arz etmektedir.⁹

⁶ Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 2) 23.

⁷ Serkan Odaman, 'Üçlü Danışma Kurulu' (2005) 19 (1) Çimento İşveren Dergisi 3, 7.

⁸ Levent Akin, 'İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşyerinin Örgütlenmesi' (2004) 54 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 2.

⁹ "... Bundan başka işveren, mevzuatta öngörülmemiş olsa dahi bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerekli kıldığı iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almak zorundadır. Bilim, teknik ve örgütlenme düşüncesi yönünden alınabilme olanağı bulunan, yapılacak gider ve emek ne olursa olsun bilimin, tekniğin ve örgütlenme düşüncesinin en yeni verileri göz önünde tutulduğunda işçi sakatlanmayacak, hastalanmayacak ve ölmeyecek ya da bu kötü sonuçlar daha da azalacaksa her önlem işverenin koruma önlemi alma borcu içine girer. Bu önlemler konusunda iş-

İlgili bu çalışmada, karşılaştırmalı hukuk ve özellikle Türk hukukunda işçilerin iş sağlığı ve güvenliği alanında yönetime katılma uygulamaları incelenecektir. Bu bağlamda, söz konusu çalışma dört bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde demokratik yönetimin çalışma yaşamındaki karşılığı olan endüstriyel demokrasi ve yönetime katılma kavramları incelenecek; ikinci bölümde karşılaştırmalı hukukta ve Türkiye’de işçilerin yönetime katılmasına dair düzenlemelere değinilecektir. Akabinde, iş sağlığı ve güvenliği özelinde işçilerin yönetime katılma uygulamaları ele alınacaktır. Son bölümde ise Anadolu Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projeleri Koordinasyon Birimi kapsamında yürütülen proje çerçevesinde Eskişehir sınırları içerisinde anket uygulaması yöntemiyle iş sağlığı ve güvenliği bakımından işçilerin yönetime katılması hakkında yapılan araştırma sonucuna yer verilecektir.

I. Yönetime Katılma Kavramı

Demokrasi üzerine yapılan sayısız tanımlar bir yana bırakılacak olunursa, genel manada demokrasi, halk tarafından seçilmiş kişilerin yönetimi elinde bulundurmasına karşılık, kendilerini seçenlere karşı sorumlu olduğu sistem olarak ifade edilebilecektir. Bu tanım, öncelikle yasaları yapacak temsilcilerin ve bunları uygulayacak yöneticilerin seçimlere girme yoluyla, karar alma sürecine toplumun geniş katılımı fikrine dayanmaktadır.¹⁰ Böylece bireyler, vereceği oy ile siyasi ve iktisadi şartları kendilerini temsil edenler vasıtasıyla belirleyebilmektedir. Karar alma süreçlerine katılırken toplumdaki bireylerin eşitliği prensibinden hareket edilmekte, ekonomik, sosyal ve kültürel engeller ortadan kalkmaktadır. Böylece toplumdaki her birey, siyasal karar verme sürecini sürekli olarak etkileyebilmektedir.

veren iş yerini yeni açması nedeniyle tecrübesizliğini, bilimsel ve teknik gelişmeler yönünden bilgisizliğini, ekonomik durumunun zayıflığını, benzer iş yerlerinde bu iş güvenliği önlemlerinin alınmadığını savunarak sorumluluktan kurtulamaz. Gerçekten, çalışma hayatında süregelen kötü alışkanlık ve geleneklerin varlığı işverenin önlem alma borcunu etkilemez. İşverenlerce, iş güvenliği açısından yaşamsal önem taşıyan araç ve gereçlerin işçiler tarafından kullanılması sağlandığında, kaza olasılığının tamamen ortadan kalkabileceği de tartışmasız bir gerçektir.” Yargıtay 10 HD, 1414/7747, 11.07.2023 <<https://legalbank.net>> Erişim Tarihi 14 Eylül 2024. “... Gerçekten işçi, işverenin işi ve işyeri ile ilgili çıkarlarını korumak, çıkarlarına zarar verebilecek davranışlardan kaçınmak; buna karşı işveren de işçinin kişiliğine saygı göstermek, işçiyi korumak, işyeri tehlikelerinden zarar görmemesi için iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almak, işçinin özlük hakları ve diğer maddi çıkarlarının gerektirdiği uygun bildirimlerde ve davranışlarda bulunmak, işçinin çıkarına aykırı davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür. İşveren gözetme borcu gereği çalıştırdığı işçileri işyerinde meydana gelen tehlikelerden korumak, onların yaşam, bedensel ve ruhsal sağlık bütünlüklerini korumak için işyerinde teknik ve tıbbi önlemler dâhil olmak üzere bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerekli kıldığı tüm önlemleri almak zorundadır.” Yargıtay HGK, 213/1824, 21.12.2022 <<https://legalbank.net>> 14 Eylül 2024.

¹⁰ Herbert A. Simon, 'What Is Industrial Democracy?' (1983) 25 (6) Challenge 30, 31.

Sanayi Devrimi'yle ortaya çıkan işçi sınıfı, oy verme yoluyla politik demokrasiyi yönlendirirken, sosyal demokrasi ile kendilerine sosyal güvenceler sağlamaya başlamıştır.¹¹ Örneğin sendika kurma hakkının tanınması neticesinde işçilerin bir araya gelerek kurmuş oldukları sendikalar, sosyal adaletin sağlanması, çalışma ilişkilerinde ekonomik ve sosyal hak ve çıkarların korunması ve geliştirilmesi adına baskı grubu işlevi görmüştür. Keza işçilerin grev hakkıyla birlikte ellerinde tuttıkları grev gücü, sadece kurulu bulundukları işyerini değil, toplumu ve siyasi karar mekanizmalarını da etkileyebilmiştir.

İşçilerin demokrasi bağlantılı olarak iktisadi hayattaki karar mekanizmalarına katılma isteği, toplumu ve siyasi karar mekanizmalarını etkileme isteği kadar doğaldır. Öncelikle işçiler, kendi çalışma koşullarını belirleyen durumları kontrol etmek isteyecektir.¹² Ancak işletme veya işyerindeki sosyo-ekonomik gerçeklikler de ortadadır. İşte, çalışma koşullarını etkileyen durumları kontrol etme isteği ile sosyo-ekonomik gerçeklikler arasındaki çatışma çeşitli çelişkileri de beraberinde getirmektedir.¹³ Bu çelişkilerin ortadan kaldırılmasında ise endüstriyel demokrasi önemli bir rol oynamaktadır.

Endüstri kavramı öncelikle mikro anlamda işçi ile işveren arasındaki ilişkileri betimlemektedir. Makro anlamda ise devlet ve çalışma hayatının süjeleri arasındaki ilişkileri ifade etmektedir.¹⁴ Dolayısıyla endüstriyel demokrasi kavramı geniş bir yelpazeye sahiptir. Yelpazenin genişliği aynı zamanda endüstri kavramının ekonomik bir oluşum olması sebebiyle ülkelerin sahip olduğu iktisadi sistemle yakından alakalıdır.¹⁵

Tarihsel süreç içerisinde endüstriyel demokrasi kavramı ilk defa Sidney ve Beatrice Webb tarafından 1897 yılında kullanılmıştır.¹⁶ Yazarlar endüstriyel demokrasinin iki boyutunun olduğunu, işsel boyutunun sendikaların yapısını

¹¹ Erdem Cam, *İşyerinde Sosyal Diyalog ve Demokrasi* (Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi Yayınları 2013) 27.

¹² Engin Ünsal, *Kapitalist ve Sosyalist Ülkelerde Endüstriyel Demokrasi* (Türkiye Milli Gençlik Teşkilâtı Yayınları 19-?) 11.

¹³ Ünsal (n 13) 11.

¹⁴ Mürşit Işık and Reşit Kolay, *Endüstriyel Demokrasi: Türkiye-Avrupa Birliği Karşılaştırması* (Hiperlink 2020) 40.

¹⁵ Cahit Talas, 'Endüstriyel Demokrasi ve Türkiye'de Uygulanma Olanakları' (1970) 25 (2) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi 191, 195; Nusret Ekin, *Endüstriyel Demokrasi Kavramı* (Milli Prodüktivite Yayınları: 91 1970) 7.

¹⁶ Walther Müller-Jentsch, 'Industrial Democracy: Historical Development and Current Challenges' (2008) 19 (4) Management Revue 260, 261.

ifade ettiğini, bu yapının demokratik esaslara göre işlediğini, sendika tüzüklerinin “insanların insanlar tarafından insanlar için yönetilmesi” prensibine dayanıldığını; dışsal boyutun ise toplu pazarlık olduğunu, toplu pazarlığın da endüstriyel demokrasiye eşit oluğunu belirtmiştir.¹⁷

Günümüzde endüstriyel demokrasi, üretimde verimliliği arttırmak için, çalışanların ve işverenlerin birbirlerine güvenerek ve yetki ve sorumlulukları eşit şekilde paylaşarak, taraflar arasındaki ilişkinin istenen şekilde yürütülmesi için kurulmuş sisteme verilen addır.¹⁸ Genel manada siyasi demokrasinin çalışma hayatındaki yansıması olarak görülen endüstriyel demokrasi, işçilerin iradesinin siyasi demokrasi yoluyla iktisadi hayata uygulanması olarak tanımlanabilecektir. Böylece işçiler iktisadi hayatın yönetimine seçim mekanizmalarından yararlanarak doğrudan doğruya katılabilmekte yahut iktisadi hayatın yönetimini endüstrinin diğer sükeleriyle birlikte ortak idare edebilmektedir.¹⁹ Bu sebeple, artık endüstriyel demokrasi deyince sadece sendikalar anlaşılmamaktadır. Dolayısıyla endüstriyel demokrasi kavramının kapsamın geniş olduğu rahatlıkla söylenebilecektir.²⁰ Bu bakımdan endüstriyel demokrasi kavramı, örgütlenme özgürlüğü ve toplu iş sözleşmesi özerkliği, ulusal düzeyde sosyal diyalog ile işyeri/işletme düzeyinde yönetime katılmayı içermektedir.²¹

İş hukukunun tarihsel gelişimine bakıldığında, klasik liberalizm etrafında şekillenen sözleşme özgürlüğünün olumsuz sonuçları sendikaların doğmasına sebep olmuştur.²² Keza Devletler, Sanayi Devrimi’nin yıkıcı çıktılarını düzelter-

¹⁷ Müller-Jentsch (n 17) 261.

¹⁸ Milli Produktivite Merkezi, *İşçinin Yönetime Katılması* (MPM Endüstri Şubesi 1970) 11.

¹⁹ Talas (n 16) 196.

²⁰ İ. Atilla Dicle, *Endüstriyel Demokrasi ve Yönetime Katılma* (Ortadoğu Teknik Üniversitesi 1980) 11.

²¹ Özlem Işığışık, *Yönetime Katılma* (Ekin 2012) 3; Ekin (n 16) 8. Dicle, endüstriyel demokrasinin birden çok vechesinin bulunduğunu, yönetime katılmanın ise endüstriyel demokrasinin uygulanma yöntemlerinden bir tanesi olduğunu ifade etmiştir. Yazara göre sendikalaşma ve toplu pazarlık sistemi yanında kâra katılım, işçi konseyleri veya karar organlarında temsilden özyönetime kadar uzanan geniş bir yelpaze, endüstriyel demokrasiye vücut vermektedir. Dicle (n 21) 12.

²² Sendika hakkı ve özgürlüğü hakkında bkz. Öner Eyrenci, *Sendikalar Hukuku* (BANKSIS Yayınları No. 3 1984) 35 vd.; Adnan Tuğ, *Sendikalar Hukuku* (Yetkin Yayınları 1992) 1 vd.; Fevzi Şahlanan, *Toplu İş Hukuku* (On İki Levha 2020) 11 vd.; Kadir Arıcı, *Türk İş Hukuku-II Toplu İş İlişkileri Hukuku* (Gazi Kitapevi 2022) 15 vd.; Melda Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler* (Gözden Geçirilmiş-Güncelleştirilmiş 8th Edn, Turan Kitapevi 2022) 34 vd.; Aziz Can Tuncay, Burcu Savaş Kutsal and Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku* (Beta 2023) 28 vd.; Ömer Ekmekçi, *Top-*

bilmek adına işçi-işveren ilişkilerine müdahale ederek, sosyal hakları tanımaya başlamıştır.²³ Bu bağlamda sosyal taraflara özerklik verilerek, sosyal tarafların çalışma koşullarını kendi aralarında belirleyebilmelerine olanak tanınmıştır. İşçiler, kurmuş oldukları sendikalarla işverenler karşısında pazarlık gücü elde etmiş ve toplu iş sözleşmeleriyle normatif hukuk kuralları koyabilmiştir.²⁴ Örneğin toplu iş sözleşmeleriyle işçilerin temsiliyetine imkân veren disiplin kurulu, uzlaşma kurulu veya izin komitesi gibi isimler altında kurulan yapılar ile çalışma koşulları düzenlenebilmiştir.²⁵ Görüldüğü gibi işçiler, örgütlenme özgürlüğü ve toplu iş sözleşmesi özerkliği sayesinde kendilerini yönetecek kuralların oluşmasına katılım olanağı bulmaktadır.²⁶ Ancak bu tür katılımın sınırlı olduğu gözden kaçmamalıdır. Örneğin toplu iş sözleşmesi kapsamında normatif hükümler koyabilme hakkı işyerinde kurulu bulunan bir işçi sendikasının varlığına bağlıdır.²⁷

lu İş Hukuku (4th Edn, On İki Levha 2023) 31 vd. "... Devletin sendika hakkının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülükleri kaynağını Anayasa'nın 5. ve 51. maddelerinden almaktadır. Bu yükümlülük devlete, üçüncü kişilerin ve özellikle işverenin, çalışanların sendikaya üye olma ve sendikal faaliyette bulunma haklarını kullanmayı engelleyici davranışlarından kaçınmasına yönelik ve sırf bu haklarından yararlandıkları gerekçesiyle yaptırıma tabi tutulmalarını, ayırmacıla maruz kalmalarını önleyici tedbirler alma ödevi yüklemektedir. Bu çerçevede alınacak tedbirlerin üçüncü kişilerin ve özellikle işverenin çalışanların sendika hakkına müdahalede bulunmaları bakımından caydırıcı nitelik taşıması gerekir." Anayasa Mahkemesi, E. 2021/2020 K. 2023/11279, 24.05.2023 <<https://legalbank.net>> Erişim Tarihi 18 Eylül 2024. "... Sendika özgürlüğü Anayasaca güvence altına alınan sosyal ve klasik temel haktır. Anayasa madde ikideki ifadesini bulan "sosyal devlet" ilkesinin gerçekleşmesine aracı olur. Anayasanın 51. maddesinin incelenmesinden de sendika özgürlüğünün klasik ve en önemlisi sosyal bir temel hak olduğu ortaya çıkmaktadır. Anılan maddenin içeriğinden sendika özgürlüğünün bireysel ve toplu sendika özgürlüğünü kapsayan çifte temel hak özelliği anlaşılmaktadır. İşçinin sendika kurma sendikaya üye olma özgürlüğüne pozitif sendika özgürlüğü denir. İşçiler önceden izin almadan sendikalar ve üst kuruluşlar kurma hakkına sahip oldukları gibi, sendikalar serbestçe üye olabilecekler, üyelikten çekilebileceklerdir. Öte yandan 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu 22. maddeye göre sendikaya üye olma serbest olup, hiç kimse sendikaya üye olmaya veya üye olmamaya zorlanamaz. Uluslararası sözleşmelerden 87, 98, 151 sayılı sözleşmeler, sendikal özgürlükleri koruyucu hükümler getirilmiştir." Yargıtay 9 HD, 30130/27285, 16.10.2008 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>> Erişim Tarihi 18 Eylül 2024.

²³ Turan Esener and Ender Demir, *Toplu İş Hukuku -Toplu İş Sözleşmesi-* (Vedat Kitapçılık 2019) 5; Aydın (n 2) 3.

²⁴ Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 2) 19.

²⁵ Odaman (n 8) 4.

²⁶ Süzek (n 2) 46.

²⁷ Örneğin 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu md. 1/1-(h)'ye göre toplu iş sözleşmesi, "İş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşmeyi" ifade etmektedir. Keza toplu iş sözleşmesi yapabilmek için gerekli olan yetki belgesinin md. 41/1 gereği işçi sendikaları tarafından alınacağı; md. 42'de toplu iş sözleşmesi

Dolayısıyla endüstriyel demokrasinin bu yüzünün sınırlı olduğuna dikkat edilmelidir.²⁸

Kavramsal açıdan ulusal düzeyde sosyal diyalog (üçlü diyalog olarak da ifade edilmektedir) ise iktisadi hayat içerisindeki tarafların resmi karar mekanizmalarında, eşitlik ve bağımsızlık temelinde birlikte karar almalarına imkân sağlayan müzakere sistemidir.²⁹ Bu sistemde, bir yanda işçi (genellikle işçi sendikaları, federasyonları veya konfederasyonları), bir yanda işveren kesimi (genellikle işveren sendikaları, federasyonları veya konfederasyonları) bulunurken, devlet de bu diyalog mekanizmalarında taraf konumundadır.³⁰ Kurulan bu üçlü yapının içerisinde taraflar, ülkenin siyasi, ekonomik, kültürel ve sosyal yapısına bağlı olarak, çalışma yaşamının işleyişini veya çalışma koşullarını ilgilendiren düzenlemeleri karşılıklı müzakere etmekte, birbirlerine danışarak yahut birbirleriyle bilgi paylaşarak sorunların giderilmesinde rol oynamaktadır.³¹ Burada da işçiler sosyal diyalog sayesinde, kendilerini ilgilendirecek düzenlemelere katılım sağlamaktadır.³²

İlgili bu çalışma açısından önemli olan yönetime katılma kavramı üzerine çeşitli tanımlar yapıldığı görülmektedir.³³ Aslında tam ve kesin bir tanım vermek, tanımın biçimi ve kapsamının her ülke için farklılaşması nedeniyle çok

yapmaya yetkili olduğunun tespiti için ilgili Bakanlığa işçi sendikasının başvurabileceği, md. 46'ya göre toplu görüşmeye yetki belgesi almış işçi sendikasının çağırabileceği ve md. 48'e göre toplu iş sözleşmesini yine yetkili işçi sendikasının imzalayacağı ayrıca düzenlenmiştir.

²⁸ E. Murat Engin, *İşgücünün Temsili ve İşyerinde Sosyal Diyalog* (Beta 2012) 9.

²⁹ İşçiçök (n 22) 21; Odaman (n 8) 8.

³⁰ Melda Sur, 'İşverenin Yönetim Sınırlarının Çağdaş Sınırlamaları ve Sosyal Diyalog' (2019) 21 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan 2281, 2286; Cam (n 12) 30.

³¹ A. Can Tuncay, 'Avrupa Birliği ile Görüşme Sürecinde Türkiye'de Üçlü Sosyal Diyalog' (2006) 1 (1) Sicil 205, 206; Eyüp Bedir, Yücel Uyanık, Sertaç Demirci and Nursel Karaman, *Türkiye'de Sosyal Diyalog Mekanizmalarının Değerlendirilmesi ve Analiz* (International Labour Office 2018) 9; Engin (n 29) 6; Süzek (n 2) 48.

³² Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 144 Sayılı Üçlü Danışma (Uluslararası Çalışma Standartları) Sözleşmesi (C144-Tripartite Consultation (International Labour Standards) Convention, 1976 (No. 144)) üçlü danışmaya dair önemli uluslararası hukuki belgelerden bir tanesidir. İlgili Sözleşme md. 2'ye göre uluslararası çalışma standartlarının uygulanmasını geliştirmek üzere işbu Sözleşmeyi onaylayan üye Devlet, işveren ve işçi temsilcileri arasında etkin danışmayı gerçekleştirmeyi sağlayacak usulleri işletmeyi taahhüt etmektedir.

³³ Yönetime katılma öğretide, ikili sosyal diyalog ya da işyeri veya işletme düzeyinde sosyal diyalog olarak da ifade edilmektedir. Bkz. Sur (n 31) 2286; Engin (n 29) 7.

zordur.³⁴ Yine de yapılan tanımlara bakıldığında, bir görüş yönetime katılmayı, işletmede çalışan işçilerin, çalıştığı işletme/işyeri yönetiminde yer almasını sağlamak olarak ifade etmiştir.³⁵ Diğer bir tanım, bir işletmede çalışanların, seçtikleri temsilciler aracılığıyla ilgili işletmede kendilerini etkileyecek kararlar bakımından söz sahibi olma yahut alınan bu kararlara oy hakkı ile katılmaları şeklinde yapılmıştır.³⁶ Başka bir tanımda ise işletmede alınan kararlardan doğrudan yahut dolaylı olarak etkilenen çalışanların, sermaye gücünü elinde bulunduran girişimcinin yanında, işletme politikası ve işletme ekonomisine dair karar alma süreçlerine katılım olarak ele alınmıştır.³⁷ Son olarak ifade edebileceğimiz öteki tanım ise yönetime katılımı, çalışanların aktif bir şekilde karar alma süreçlerinde fonksiyonu haiz olması şeklinde olmuştur.³⁸ Yapılan tanımlardan da görüleceği üzere, demokrasi ve katılım unsurları ön planda durmakta ve yönetime katılım kavramı buna göre şekillenmektedir.³⁹

Sermayeyi elinde tutan işverenin işletmesi ile ilgili kararlar alması pek tabii doğal bir sonuçtur. Yönetime katılma ile aslında asıl amaçlanan, işverenin tüm kararları işçilere danışarak alması değil, taraflar arasındaki menfaat dengesini sağlamak olduğu söylenebilecektir.⁴⁰ Demokrasi ve katılım modeli sayesinde işletmede çalışan işçiler doğrudan ya da temsilcileri aracılığıyla, işletme ile ilgili kararlara veya kendilerini etkileyen konulara söz veya oy hakkıyla katılarak menfaat dengesi kurulabilecektir. Ayrıca iş birliği ve emek verimliliğinin artırılmasını öngören yönetime katılma, işyeri ilişkilerini düzenlemekte, bu yönüyle de sosyal sistemin bir parçasını meydana getirmektedir.⁴¹ Böylece toplumsal

³⁴ Süzek (n 2) 50. Ayrıca yazara göre yönetime katılma; “işyerlerinde (işletmelerde) işçilerin ekonomik ve sosyal durumlarını etkileyecek kararlar konusunda bilgi sahibi olmaları ve bu kararların alınmasına, uygulanmasına, denetimine, işçilik sıfatlarını koruyarak, doğrudan veya temsilciler aracılığıyla yasalar ve tolu iş sözleşmelerinde belirlenen biçim ve ölçülerde katılmaları”dır.

³⁵ Ekin (n 16) 11.

³⁶ Dicle (n 21) 11.

³⁷ Cevat Gökhan Erbaş, *Türk ve Alman İş Hukukunda İşçinin Yönetime Katılması* (Seçkin 2013) 21.

³⁸ Alpay Hekimler, *Avrupa Birliği ve Birlik Üyesi Ülkelerde Yönetime Katılım -Birlik Adayı Türkiye İçin Perspektifler-* (Legal 2006) 8.

³⁹ Diğer tanımlar için bkz. Kurthan Fişek, *Yönetime Katılma* (Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları 1977) 45; Göksel Uçak, ‘Çalışanların Yönetime Katılması Alanı Olarak İş Sağlığı ve Güvenliği’ (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2011) 11; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 2) 24.

⁴⁰ Erbaş (n 38) 22.

⁴¹ Fişek (n 40) 33 vd.

uzlaşma ve demokrasi kültürünün geliştirilmesi ve çalışma barışının sürekliliğinin sağlanması açısından yönetime katılma önemli bir araçtır.

İşçilerin yönetime katılması da çeşitli şekillerde ortaya çıkmaktadır. Doktrinde yönetime katılımın üç tasnif altında düzenlenebileceği ifade edilmiştir: Kararlara katılma, icraya katılma ve kontrole katılma.⁴² Kararlara katılma, işçilerin işletmeyi ilgilendiren sosyal ve ekonomik konularda karar almaya ehil olan komitelerde veya kurullarda, kendilerini temsil edenler aracılığıyla söz sahibi olmasıdır. Sözü geçen komite veya kurullarda alınmış kararların yerine getirilmesi aşamasında, eğer işçilerin fikirleri alınıyorsa ve ortaya çıkan herhangi bir problem yine ortaklaşa gideriliyorsa, işçilerin icraya katıldığından söz edilebilecektir. Eğer ki işçiler, yönetimin fonksiyonlarından birisi olan denetlemeye de katılıyorsa kontrole katılmadan bahsedilebilecektir. Bir başka görüş de işçilerin yönetime katılım haklarının çeşitli görünüş şekillerinin olduğunu, yönetime katılım hakkının, katılım hakkı ve karara katılım hakkı olarak ikiye ayrılabilceğini ifade etmektedir.⁴³ Katılım hakkı, bilgilendirme hakkı, danışılma hakkı ve dinlenme hakkı olarak üç alt başlıkta; karara katılım hakkı ise veto hakkı ve önerme hakkı olarak iki alt başlıkta değerlendirilmektedir.⁴⁴

Yönetime katılmanın görünüş biçimleri yanında yönetime katılma belirli alan seviyelerine göre de ayrılabilir. Buna göre işçiler öncelikle çalıştıkları bölümde, bir başka deyişle kalite çemberleri yahut özerk çalışma grupları vasıtasıyla “atölye düzeyinde” yönetime katılabilmektedir.⁴⁵ Bunun dışında işçiler “işyeri düzeyinde” de yönetime katılabilmektedir.⁴⁶ Özellikle hukuki düzenlemeler neticesinde kurulması kararlaştırılan komite veya konsey gibi yapılar aracılığı ile işçiler işyeriyle alakalı alınacak kararlara dahil olmaktadır.⁴⁷ “İşletme düzeyinde” yönetime katılma ise işletmenin karar alma organı olan yönetim kurulunda işçilerin de söz hakkının olması şeklinde ortaya çıkmaktadır.⁴⁸ Bu kurulda yer alan çalışan temsilcisi iktisadi, planlama, yönlendirme veya sosyal yahut personel meseleleri gibi konularda alınan kararlarda söz sahibi ola-

⁴² Milli Prodüktivite Merkezi (n 19) 9.

⁴³ Hekimler (n 39) 9.

⁴⁴ ibid 10 vd.

⁴⁵ İşçiçok (n 22) 66.

⁴⁶ Robert Heron, David Macdonald and Caroline Vandenabeele, *Workplace Cooperation: An Introductory Guide* (International Labour Office 1997) 2.

⁴⁷ Erbaş (n 38) 23.

⁴⁸ Heron, Macdonald and Vandenabeele (n 47) 2.

bilmektedir.⁴⁹ Son olarak işçiler, üçlü sosyal diyalog kapsamında “ulusal düzeyde” yahut “Avrupa Birliği düzeyinde” veya “çok uluslu şirketler düzeyinde” yönetime katılabilmektedir.⁵⁰

Yönetime katılım açısından ifade edilmesi gereken diğer bir önemli nokta, işçilerin hangi konularda nasıl ve ne ölçüde söz sahibi olduğudur.⁵¹ Yönetime katılma türlerinden ilki, işverenlere işletmenin karar aşamasında tartışma konusu olabilecek bilgilerin işçiler tarafından sağlanması; işverenin de işletmenin faaliyetleri hakkındaki bilgileri işçilere sağlamasıdır.⁵² İkinci yol ise bilgilendirme sonrası, işletmeyle alakalı olabilecek kimi tavsiyelerin işverene iletilerek, görüş ve fikir alışverişinde bulunulmasıdır.⁵³ Bir diğer yol işçi ve işverenlerin birlikte karar vermeleridir.⁵⁴ Burada, işletme ile ilgili alınacak kararlarda işverenler tek başına hareket edememektedir. İşçiler veto hakkını elinde tutabilecek güçte, işverenler ile birlikte karar alma sürecine etkin şekilde katılmaktadır. Özyönetim modeliyle de işçiler bizzat kendileri işletmeye dair kararları kendileri almaktadır.⁵⁵

Son olarak, işçilerin yönetime katılmasının belirli avantajlarının olduğu söylenebilecektir. Endüstriyel demokrasinin görünüş şekli olan yönetime katılma, öncelikle demokratik bir toplumun yapıtaşlarını sağlamlaştıracaktır.⁵⁶ Böylece çağdaş katılımcı demokrasi endüstriyel ilişkilere yayılacaktır.⁵⁷ Kendilerini ilgi-

⁴⁹ Hekimler (n 39) 17; Erbaş (n 38) 24.

⁵⁰ Deniz Kağnicioğlu, ‘Avrupa Sosyal Modelini Oluşturma Sürecinde Bir Endüstriyel Demokrasi Aracı Olan Yönetime Katılmanın Rolü’ (2011) 55 (1) İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası 271, 282; Uçak (n 40) 18; Işığışok (n 22) 53.

⁵¹ Işığışok (n 22) 71.

⁵² Roger Blanpain, ‘İşçilerin İşletme Yönetimi Karar Sürecine Etkisi: Yönetime Katılma Konusuna Genel Bir Bakış’ (Toker Dereli tr, 2011) 30 Journal of Social Policy Conferences 57, 59; Reşit Kolay, ‘Endüstriyel Demokrasi: Türkiye-AB Karşılaştırması’ (Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi 2019) 23.

⁵³ Blanpain (n 53) 59.

⁵⁴ Kolay (n 53) 23.

⁵⁵ Özyönetim modeli için bkz. Nuray Akçaylı, *Yönetime Katılma ve Özyönetim* (Uludağ Üniversitesi Basımevi 1986) 179 vd.; Gamze Yücesan Özdemir, ‘21. Yüzyılda Özyönetim: Kökler, Kuraklıklar, Ufuklar’ (2024) 19 (42) Memleket Siyaset Yönetim 61, 63 vd. Özyönetim modeline örnek olarak Yugoslavya gösterilebilir. 1950 yılında Özyönetim Kararnamesiyle başlayan ve 1980’li yıllara kadar hayatta kalan sosyalist özyönetim modeli, ekonomik ve toplumsal hayatı belirlemiştir. Çağdaş Yazıcı, ‘Özyönetim Modelinin Güncelliğinin Değerlendirilmesi’ (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2008).

⁵⁶ Sur (n 31) 2286.

⁵⁷ Süzek (n 2) 50 ve 51; Işığışok (n 22) 85; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 2) 24.

lendiren konularda alınacak kararlara katılan işçilerin, işyerine olan bağımlılığının artacağı da bir gerçektir. İşyerine olan bağımlılığın artmasının, iş barışının sağlanması üzerinde etkisi olacaktır.⁵⁸ İş barışıyla bağlantılı olarak, eğer işçi kendisine etkileyecek kararda söz sahibi olursa, bu kararı daha kolay kabul edip uygulayacaktır. Bu da işyerinde ortaya çıkabilecek çatışma ortamının önüne geçebilecektir.⁵⁹ Bununla birlikte işçilerin yönetime katılmasıyla işletmelerde üretilen ürünlerin kalite ve miktarında artış gerçekleşebilecektir.⁶⁰ Böylece yönetime katılma, işveren özelinde ve toplum genelinde yararlı bir bağıntı olarak çalışmaktadır.⁶¹

II. Uluslararası Hukukta ve Türk Hukukunda Yönetime Katılmaya İlişkin Düzenlemeler

Yönetime katılma kavramına verilen anlamın değişkenlik göstermesi, farklı yönetime katılma uygulamalarını beraberinde getirdiğinden, konu hakkındaki yasal düzenlemeler de çeşitlenmektedir. Bu bağlamda öncelikle Uluslararası Çalışma Örgütü'nün⁶² yönetime katılım ile ilgili belgeleri incelendiğinde, değineceğimiz belgelerden ilki 1971 tarihli 135 sayılı İşçi Temsilcileri Sözleşmesi (İng. *C135 - Workers' Representatives Convention, 1971 (No. 135)*)⁶³ olacaktır. ILO, yönetime katılma bakımından işçi temsilcilerinin öneminin yadsınamayacak derecede olduğunu kabul etmektedir. Çünkü özellikle toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi bulunmayan işyerlerinde işçi temsilciliği, işverenler ile işçiler arasındaki sosyal diyalogu gerçekleştirecek kurumların başında gelmektedir. Bilhassa bilgilendirme ve danışma işlevi kapsamında işverenler, işletmeyle ilgili sorunlu konuları işyerindeki temsilciler tarafından öğrenebilmektedir. Keza işverenler, işletmenin faaliyetleri hakkındaki bilgileri işçi temsilcileri vasıtasıyla işyerindeki işçilere iletebilmektedir. İşçi temsilcilerinin söz konusu bu önemi nedeniyle 135 sayılı Sözleşme md. 2 ile işçi temsilcilerinin, temsilci sıfatını taşımaları veya bu sıfatla faaliyetlerde bulunmaları, sendika üyesi olmaları veya

⁵⁸ Uçak (n 40) 11; Süzek (n 2) 51.

⁵⁹ Odaman (n 8) 7; Hekimler (n 39) 32.

⁶⁰ Heron, Macdonald and Vandenabeele (n 47) 3; Kolay (n 53) 24; Işığışık (n 22) 39; Uçak (n 40) 13.

⁶¹ Hekimler (n 39) 31.

⁶² İlgili Örgüt bundan sonra "ILO" olarak ifade edilecektir.

⁶³ İlgili Sözleşme için bkz. <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312280> Erişim Tarihi 11.01.2025. 1971 tarihli 135 sayılı İşçi Temsilcileri Sözleşmesi bundan sonra "135 sayılı Sözleşme" olarak ifade edilecektir.

sendikal faaliyetlere katılmaları nedeniyle karşılaşılabilecekleri her türlü eyleme karşı etkin bir korumadan yararlanması amaçlanmıştır.

1952 tarihli 94 sayılı İşletme Düzeyinde İş Birliği Tavsiye Kararı (İng. *R094 - Co-operation at the Level of the Undertaking Recommendation, 1952 (No. 94)*)⁶⁴ da yönetime katılma açısından dikkate değerdir. ILO sözü edilen belgede, toplu pazarlık mekanizması kapsamına girmeyen ve karşılıklı endişeleri ilgilendiren konularda yahut toplu pazarlık kapsamında tartışılmayan çalışma koşulları hakkında, işverenler ve işçiler arasında işletme düzeyinde istişare ve iş birliğinin teşvik edilmesi için uygun adımlar atılmasını üye Devletlere tavsiye etmektedir. İstişare ve iş birliği ise taraflar arasında gönüllü anlaşmalarla; işletmelerde istişare ve iş birliği organlarının kurulmasıyla ve bunların kapsamını, işlevlerini, yapısını ve çalışma yöntemlerini belirleyecek kanun veya yönetmeliklerle ya da bu iki yöntemin bir karışımı yoluyla kolaylaştırılabilir veya teşvik edilebilir.

94 sayılı Tavsiye Kararının yanında 1964 tarihli ve 130 sayılı Şikayetlerin İncelenmesine İlişkin Tavsiye Kararı (İng. *R130 - Examination of Grievances Recommendation, 1967 (No. 130)*)⁶⁵ işletmelerde yönetime katılmaya dair hükümler ihtiva etmektedir. Md. 7'ye göre, işçilerin şikâyet sayısını en aza indirmek amacıyla, işçilerin hak ve çıkarlarını dikkate alan ve bunlara saygı duyan sağlam bir personel politikasının oluşturulmasına ve bu politikanın düzgün işleyişine özen gösterilmelidir. Bu kapsamda, söz konusu politikayı gerçekleştirmek ve işletmedeki işçileri etkileyen sosyal sorunları çözmek için işveren, bir karar almadan önce işçi temsilcileriyle iş birliği yapmalıdır.

İfade edilmesi gereken bir diğer tavsiye kararı, 1967 tarihli ve 129 sayılı İşletme İçerisinde İletişime İlişkin Tavsiye Kararı'dır (İng. *R129 - Communications within the Undertaking Recommendation, 1967 (No. 129)*)⁶⁶. İlgili belge, işletmelerde yönetim ile işçiler arasındaki iletişime ilişkin politikaların oluşturulması ve uygulanmasına dair tavsiyeler sunmaktadır. Söz konusu belge ile hem işletmenin verimliliğine hem de işçilerin isteklerine uygun olacak şekilde karşılıklı anlayış ve güven ortamının kurulması adına bir sistemin inşası amaçlanmıştır.

⁶⁴ İlgili Tavsiye Kararı için bkz. <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R094> Erişim Tarihi 11.01.2025. İlgili bu Tavsiye bundan sonra "94 sayılı Tavsiye Karar" olarak ifade edilecektir.

⁶⁵ İlgili Tavsiye Kararı için bkz. <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312468:NO> Erişim Tarihi 12.01.2025.

⁶⁶ İlgili Tavsiye Kararı için bkz. <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312467:NO> Erişim Tarihi 12.01.2025.

Yönetime katılma kapsamında özellikle bilgilendirme ve danışılma hakkının ele alındığı bir diğer uluslararası belge Avrupa Konseyi'nin Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'dır (İng. *European Social Charter (Revised)*).⁶⁷ Sözü edilen Şart md. 21'e göre taraf Devletler,

“çalışanların işletmede bilgilendirilme ve danışılma hakkının etkili bir biçimde kullanımını sağlamak amacıyla, ulusal mevzuat ve uygulama çerçevesinde çalışanların ya da temsilcilerinin;

a- işletmeye zarar verebilecek bazı bilgilerin açıklanmasının reddedilebilmesi ya da gizliliğe tabi olabileceği koşuluyla, kendilerini çalıştıran işletmenin ekonomik ve mali durumu hakkında düzenli olarak ya da uygun zamanlarda ve anlaşılabilir bir biçimde bilgilendirilmelerine; ve

b- esas itibarıyla çalışanların çıkarlarını etkileyebilecek, özellikle de işletmenin istihdam durumunda önemli bir etkiye sahip olacak nitelikteki, alınması düşünülen kararlar hakkında bunlara zamanında danışılmasına olanak veren önlemleri almayı ya da bunu özendirmeyi”

taahhüt etmektedir. Keza, md. 22'ye göre ise Sözleşmeye taraf Devletler,

“çalışanların işletmede çalışma koşullarının ve çalışma ortamının düzenlenmesine ve iyileştirilmesine katılma haklarını etkili bir biçimde kullanmalarını sağlamak amacıyla, ulusal mevzuat ve uygulama uyarınca çalışanların ya da temsilcilerinin;

a- çalışma koşullarının, işin örgütlenmesinin ve çalışma ortamının düzenlenmesi ve iyileştirilmesine;

b- işletmede sağlığın ve güvenliğin korunmasına;

c- işletmede sosyal ve sosyo-kültürel hizmetlerin ve olanakların örgütlenmesine;

d- bu konulardaki düzenlemelere ilişkin uyumun denetimine katılma olanağı veren önlemler almayı ya da bunları özendirmeyi”

taahhüt etmektedir.

⁶⁷ Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı için bkz. <<https://rm.coe.int/168007cf93>> Erişim Tarihi 10.01.2025.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın 28. ve 29 maddeleri işçilerin yönetime katılmasına dair diğer iki önemli düzenlemedir. Çalışan temsilcilerinin işletmede korunması ve kolaylıklardan yararlanması hakkı başlığını taşıyan 28. madde üye Devletlere, çalışan temsilcilerinin görevlerini derhal ve etkili bir biçimde yerine getirmelerini mümkün kılmak için uygun olabilecek olanakların tanınması ve bu kişilerin görevlerini yerine getirmeleri nedeniyle karşılaşılabilecekleri zarar verici eylemlere karşı bu kişilere etkili bir korunmanın sağlaması görevini yüklemektedir. Keza 29. madde, toplu işten çıkarma sürecinde çalışanların bilgilendirilme ve danışılma hakkını taahhüt etmektedir. Söz konusu madde gereğince, toplu işten çıkarmaları önlemenin ya da bunların ortaya çıkışını sınırlamanın ve örneğin özellikle ilgili çalışanların yeniden eğitimine ya da yeniden yerleştirilmesine yardım amaçlı sosyal önlemlere katılmak yoluyla sonuçlarını azaltmanın araç ve yolları hakkında bu tür toplu işten çıkarmalardan belli bir süre önce işverenler, çalışanların temsilcilerine zamanında danışmalı ve bilgi vermelidir.

Avrupa Birliği⁶⁸ hukukuna baktığımızda, yönetime katılma kapsamında bulunan bilgilendirme ve danışılma hakkının üzerinde önemle durulduğu görülmektedir. Bu bağlamda, AB'nin kurucu anlaşmalarından olan Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma (İng. *Treaty on the Functioning of the European Union*)⁶⁹ md. 151 vd. sosyal politikaya ayrılmıştır. Md. 151 ile istihdamın teşviki, yaşam ve çalışma koşullarının iyileştirilmesi, yeterli sosyal koruma, sosyal diyalog ve devamlılık gösteren yüksek bir istihdam seviyesi için insan kaynaklarının geliştirilmesi ve ayrımcılıkla mücadele hedeflenmektedir. Bu amaçları gerçekleştirebilmek içinse üye Devletler, md. 153/1-(e) kapsamında işçilerin bilgilendirilmesini ve işçilere danışılmasını; md. 153/1-(f) gereği işçilerin yönetime katılımı dahil, işçilerin ve işverenlerin çıkarlarının temsil edilmesini ve toplu şekilde korunmasını destekleyecektir.

Daha adil ve daha kapsayıcı bir AB inşası amacıyla kabul edilen Avrupa Sosyal Haklar Sütunu'nda (İng. *European Pillar of Social Rights*)⁷⁰ ise yirmi temel ilke belirlenmiştir. Bunlardan bir tanesi de sekizinci ilke olarak kabul edilen sosyal diyalog ve işçilerin yönetime katılmasıdır. Sözü edilen ilke kapsamında

⁶⁸ Avrupa Birliği bundan sonra "AB" olarak ifade edilecektir.

⁶⁹ İlgili Anlaşma için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:en:PDF>> Erişim Tarihi 05.01.2025.

⁷⁰ Avrupa Sosyal Haklar Sütunu için bkz. <<https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1606&langId=en>> 17.02.2024.

işçiler veya temsilcileri, kendilerini ilgilendiren konularda, özellikle işletmenin devri, yeniden yapılandırılması ve birleşmesi ile toplu işten çıkarma konularında zamanında bilgilendirilme ve kendilerine danışılma hakkına sahiptir. Öte yandan, bu ilke kapsamında Avrupa Komisyonu'nun 2023 yılında AB'de sosyal diyalogun güçlendirilmesine yönelik bir Konsey Tavsiyesi (İng. *Proposal for a Council Recommendation on strengthening social dialogue in the European Union*) önerisi, AB Konseyi tarafından kabul edilmiştir.⁷¹ Tavsiye, ulusal düzeyde sosyal diyalogu ve toplu pazarlığı teşvik etme konusunda destek sağlamayı amaçlamaktadır. Bu çerçevede, ekonomik, istihdam ve sosyal politikaların tasarlanması ve uygulanması konusunda sosyal ortaklara danışılması; sosyal ortakların özerkliklerine ve toplu eylem haklarına saygı göstererek toplu sözleşmeler müzakere etmeleri ve sonuçlandırmaları konusunda teşvik edilmesi ve sosyal ortakların kapasitesinin artırılmasına yönelik desteğin teşvik edilmesi, söz konusu amaçlar arasında yer almaktadır. İlgili Tavsiyenin birinci paragrafında, iki taraflı ve üçlü sosyal diyaloga olanak sağlayan bir ortamın oluşturulması adına, sosyal diyaloga katılmak için gerekli olan ilgili bilgilere erişimin sağlanması; tüm tarafların sosyal diyaloga katılımının teşvik edilmesi ve anlamlı bir sosyal diyalogu teşvik etmek amacıyla uygun kurumsal desteğin verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Görüldüğü gibi işletme düzeyinde de sosyal diyalog çevresinin oluşturulması gerekmektedir.

AB vatandaşları için temel hakları güvence altına alan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (İng. *Charter of Fundamental Rights of the European Union*)⁷² incelendiğinde ise md. 27'ye göre Birlik hukuku, ulusal kanunlar ve uygulamalar tarafından öngörülen durumlar ve koşullar altında, uygun düzeylerde, işçilere veya onların temsilcilerine zamanında bilgi verilmesi ve onlara danışılması üye Devletler tarafından garanti edilmelidir.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı md. 27'de düzenlenen bu hakkın ulusal veya işyeri/işletme düzeyinde kullanılması ise temel olarak üç farklı Direktifte ele alınmıştır. Bu düzenlemelerden ilki olan Avrupa Topluluğu'nda İşçilere Bilgi Verme ve Danışmaya Yönelik Genel Bir Çerçeve Oluşturulmasına İlişkin 2002/14 sayılı Direktif (İng. *Directive 2002/14/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 2002-Establishing A General Framework for*

⁷¹ Tavsiye no. C/2023/1389; İlgili Tavsiye için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C_202301389&qid=1708011660276> Erişim Tarihi 07.01.2025.

⁷² İlgili belge için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT>> Erişim Tarihi 07.01.2025.

Informing and Consulting Employees in the European Community)⁷³ özellikle küçük ve orta ölçekli işletmelerde işçilere bilgi verme, danışma ve yönetime katılma alanında çeşitli düzenlemeler getirmektedir.

Toplu işçi çıkarmalarda üye Devlet yasalarının yakınlaştırılmasına ilişkin 20 Temmuz 1998 tarih ve 98/59/EC sayılı Konsey Direktifi (İng. *Council Directive 98/59/EC of 20 July 1998 on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies*)⁷⁴ de işçilere veya temsilcilerine bilgi verilmesi ve danışılmasına dair hükümler ihtiva etmektedir. Md. 2'ye göre eğer işveren toplu işçi çıkarma düşünüyorsa, toplu işçi çıkarmaların önlenmesi veya fesihten etkilenecek işçi sayısını azaltma yollarının bulunması gibi hususların tartışılabilmesi adına zamanında işçi temsilcileriyle istişarelere başlamalıdır. Öte yandan, işçi temsilcilerinin yapıcı önerilerde bulunabilmesini sağlamak için işverenler istişareler sırasında, zamanında onlara ilgili tüm bilgileri sağlamalıdır. Örneğin öngörülen işten çıkarmaların nedenleri, işten çıkarılacak işçi sayısı, normal olarak istihdam edilen işçilerin sayısı ve kategorileri yahut öngörülen işten çıkarmaların uygulanacağı süre gibi bilgiler yazılı olarak işçi temsilcilerine bildirmelidir.

Teşebbüslerin, işletmelerin veya teşebbüs veya işletme bölümlerinin devredilmesi durumunda işçilerin haklarının korunmasına dair üye Devlet yasalarının yakınlaştırılmasına ilişkin 12 Mart 2001 tarih ve 2001/23/EC sayılı Konsey Direktifi'nde de (İng. *Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses*)⁷⁵ işçilerin yönetime katılımına ait kimi düzenlemeler bulunmaktadır. Direktifin üçüncü bölümü işverenin bilgilendirme ve danışma yükümlülüğüne ilişkindir. Örneğin, md. 7/1'e göre devreden ve devralan işveren, devir tarihi veya önerilen devir tarihi, devrin nedenleri, devir işleminin işçiler açısından hukuki, ekonomik ve sosyal sonuçları ve devirden etkilenecek işçilerle ilgili olarak öngörülen her türlü önlem konularında, devirden etkilenen işçilerin temsilcilerini bilgilendirmekle yükümlüdür. Keza md. 7/6'da

⁷³ İlgili Direktif için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:f2bc5eea-9cc4-4f56-889d-3cc4c5ee5927.0004.02/DOC_1&format=PDF> Erişim Tarihi 15.02.2024.

⁷⁴ İlgili Direktif için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998L0059>> Erişim Tarihi 09.01.2025.

⁷⁵ İlgili direktif için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0023>> Erişim Tarihi 09.01.2025.

devirden etkilenen işçilerin temsilcileri yoksa bu sefer işçilerin aynı konularda bilgilendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir.⁷⁶

Türk iş hukuku bakımından işçilerin yönetime katılması kapsamında ele alacağımız ilk düzenleme 4857 sayılı İş Kanunu⁷⁷ md. 29’da belirtilen “toplu işçi çıkarma” uygulamasıdır.⁷⁸ Yönetim hakkının bir uzantısı olan bilgilendirme hakkı kapsamında, toplu işçi çıkarmalarda işverenin bilgilendirme yükümlülüğü ilgili maddede ele alınmıştır. İşveren ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri sonucu toplu işçi çıkarmak istediğinde, bunu en az otuz gün önceden bir yazı ile, Türk iş hukukunda işçi temsilciliği düzenlemesi bulunmadığından, varsa işyeri sendika temsilcilerine bildirmesi gerekecektir. Yapılan bildirimin akabinde işyeri sendika temsilcileri ile işveren arasında yapılacak görüşmelerde, “*toplu işçi çıkarmanın önlenmesi ya da çıkarılacak işçi sayısının azaltılması yahut çıkarmanın işçiler açısından olumsuz etkilerinin en aza indirilmesi*” konuları ele alınacaktır. Gerçekleştirilen toplantı veya toplantılar neticesinde, geçerliliği herhangi bir şekle bağlı olmayan bir de tutanak düzenlenmektedir. Görüldüğü gibi, mevcut düzenlemeler karşısında işyeri sendika temsilcisi ile işveren arasında gerçekleştirilecek toplantının bilgi verme ve danışma toplantısı olduğu söylenebilecektir.⁷⁹

İşletme ve işyerindeki karar alma süreçlerine katılımına dair bir başka uygulama işçilerin yıllık ücretli izin kurullarında yer almalarıdır.⁸⁰ İşverenlerce işçilere verilecek yıllık ücretli izinlerin usul ve esaslarının belirlendiği Yıllık Ücretli

⁷⁶ Çalışanlarla ilgili olarak öngörülen bu Direktifler, ulusal düzeydeki şirketlerde çalışanların bilgilendirilmesi ve bu kişilere danışılmasıyla alakalıdır. Bununla birlikte, ulus-aşırı düzeyde bilgilendirme ve danışılma hakkına odaklanan yasal düzenlemeler de bulunmaktadır. Özellikle, Avrupa Çalışma Konseylerine ilişkin 2009/38/EC Direktifi, AB düzeyindeki teşebbüsler ve teşebbüs gruplarına ilişkindir. İlgili Direktif için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:122:0028:0044:EN:PDF>> Erişim Tarihi 09.01.2025.

⁷⁷ İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.05.2003, RG 10.06.2003/25134. İlgili Kanun bundan sonra “İş Kanunu” olarak ifade edilecektir.

⁷⁸ Toplu işçi çıkarma hakkında bkz. Murat Şen, ‘Toplu İşçi Çıkarma Prosedürüne Aykırılık’ (2005) 19 (4) TÜHİS 45, 46 vd.; Pir Ali Kaya, ‘Karşılaştırmalı Çalışma Hukukunda Toplu İşten Çıkarma’ (2006) 55 (1) İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası (Prof. Dr. Toker Dereli’ye Armağan) 511, 513 vd.; İştâ Cengiz (Urhanoglu), ‘Toplu İş Sözleşmesinde Öngörülmüş Olan Tenkiset Kuralına Uyulmaması, Toplu İşçi Çıkarma Kapsamında Gerçekleştirilen Münferit Fesihleri Geçersiz Kılar (Karar İncelemesi)’ (2008) 9 (4) Kamu-İş 1, 5; Savaş Taşkent, ‘Toplu İşçi Çıkarmalar Üzerine’ (2016) 74 Journal of Istanbul University Law Faculty 717, 718 vd.; Süzek (n 2) 611.

⁷⁹ Şen (n 79) 53; Kaya (n 79) 518; Süzek (n 2) 613.

⁸⁰ Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 2) 29.

İzin Yönetmeliği⁸¹ md. 15/1'e göre işçi sayısı yüzden fazla olan işyerlerinde işveren veya işveren vekilini temsilen bir, işçileri temsilen iki kişi olmak üzere toplam üç kişiden oluşan izin kurulunun kurulması gerekmektedir. Kurulda görev alacak işçiler burada da öncelikle işyeri sendika temsilcisinin varlığına bağlanmıştır. Md. 15/2'ye göre işçi üyeleri ve yedekleri işyerinde varsa, işyeri sendika temsilcileri tarafından seçilecektir. Aksi halde, izin kurulunun işçi üyeleri ve yedekleri, o işyerindeki işçilerin yarısından bir fazlasının katılacağı bir toplantıda açık oyla belirlenecektir.

İzin kurullarının görevleri ise Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği md. 16'da düzenlenmiştir. Buna göre, kurulların temel görevleri işçilerin izin isteklerine göre izin çizelgelerini hazırlamak ve bu çizelgeleri işverene sunmak ve yıllık izin hakları ile ilgili işçilerin dilek ve şikayetlerini inceleyerek işvereni bilgilendirmektir. Son olarak md. 18'e göre izin kurulunun kurulmasının zorunlu olmadığı işyerlerinde izin kurulunun görevlerini, işveren veya işveren vekili veya bunların görevlendireceği bir kişi ile işçilerin kendi aralarında seçecekleri bir temsilci tarafından yerine getirilecektir.⁸²

Türk iş hukuku açısından işçilerin yönetimine katılımına ilişkin ifade edebileceğimiz son düzenleme ise işyeri sendika temsilciliğine dairdir.⁸³ Özellikle 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda⁸⁴ yer alan işyeri sendika temsilcileri, işyerinde yönetime katılma konusunda önde gelen süjelerden birisidir. 6356 sayılı Kanun md. 27 kapsamında, toplu iş sözleşmesi yapmak üzere yetkisi kesinleşen sendika, işyerinde işçi sayısı ile bağlı olarak işyeri sendika temsilcisi atayabilmektedir.⁸⁵ Aynı maddeye göre işyeri sendika temsilcilerinin görevleri *“işyeri sendika temsilcileri ve baş temsilcisi; işyeri ile sınırlı olmak kaydı ile işçilerin dileklerini dinlemek ve şikâyetlerini çözümlemek, işçi ve işveren*

⁸¹ RG 03.03.2004/25391.

⁸² İşçilerin izin kurullarında yer alması yanında toplu iş sözleşmeleriyle belirlenen yahut işverenin tek taraflı olarak vücut verdiği disiplin kurullarında yer alması bir diğer yönetime katılma uygulamasıdır.

⁸³ İşyeri sendika temsilciği için bkz. Şahlanan (n 23) 254; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 2) 893 vd.

⁸⁴ Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Kanun Numarası: 6356, Kabul Tarihi: 18.10.2012, RG 07.11.2012/28460. İlgili Kanun bundan sonra “6356 sayılı Kanun” olarak ifade edilecektir.

⁸⁵ 6356 sayılı Kanun md. 27/1'e göre yetkisi kesinleşen sendika, *“işyerinde işçi sayısı elliye kadar ise bir, elli bir ile yüz arasında ise en çok iki, yüz bir ile beş yüz arasında ise en çok üç, beş yüz bir ile bin arasında ise en çok dört, bin bir ile iki bin arasında ise en çok altı, iki binden fazla ise en çok sekiz işyeri sendika temsilcisini işyerinde çalışan üyeleri arasından atayarak on beş gün içinde kimliklerini işverene bildirir”*.

arasındaki iş birliğini, çalışma barışını ve uyumunu sağlamak, işçilerin hak ve çıkarlarını gözetmek ve iş kanunları ile toplu iş sözleşmelerinde öngörülen çalışma şartlarının uygulanmasına yardımcı olmak”tır. Öte yandan ilgili temsilcilerin ayrıca İş Kanunu ve diğer ilgili mevzuat ya da toplu iş sözleşmesinden doğan görevleri de bulunmaktadır.⁸⁶ Yukarıda ifade edildiği gibi yıllık izin kurullarında görev alma yahut aşağıda ifade edileceği gibi iş sağlığı ve güvenliği kurullarında bulunma buna örnek olarak verilebilir.

III. Uluslararası Hukuk ve Türk Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliği Bakımından Yönetime Katılmaya İlişkin Düzenlemeler

İş sağlığı ve güvenliğine dair kurallar, işin ifası sırasında ortaya çıkan, çalışanların yaşam ve beden bütünlüklerine yönelik tehlikelerle birlikte sağlığına zarar verebilecek nitelikteki risklerin ortaya çıkmaması, ortaya çıkmışsa bunların ortadan kaldırılması, ortadan kaldırılması mümkün değilse de azaltılması için getirilen teknik, tıbbi veya hukuki kurallardır.⁸⁷ Bu çerçevede asli sorumluluk her ne kadar işverende bulunsu da devlet ve işçilerin de belirli yükümlülükleri bulunmaktadır.⁸⁸ Dolayısıyla iş kazaları ve meslek hastalıklarının meydana gelmesini engelleyebilmek ve bunları denetlemek, çalışma hayatının tüm süreçlerinin asli görevlerindendir.⁸⁹ Bu bağlamda iş sağlığı ve güvenliği konusunda

⁸⁶ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 2) 896.

⁸⁷ Nuray Çelik, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukukunda Endüstri 4.0 Problemleri ve Çözümleri* (On İki Levha 2019) 23 vd.; Doğukan Eker, *İş Sağlığı ve Güvenliğinde Kamusal Yaptırımlar* (On İki Levha 2021) 11; İlknur Kılış, *İş Sağlığı ve Güvenliği* (4th Edn, Dora 2022) 5; Halûk Hadi Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (6th Edn, Seçkin 2022) 5; Ahmet Terzioğlu and Fatma Betül Baykuş, ‘Çırak ve Stajyerlerin İş Sağlığı ve Güvenliği’ (2023) 3 (2) Uluslararası Sosyal Siyasal ve Mali Araştırmalar Dergisi 111, 112; Süzek, 879.

⁸⁸ Fuat Bayram, *Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliği Denetimi* (Beta 2008) 9 vd.; İlknur Kılış, ‘İş Sağlığı ve Güvenliği’nde Yeni Dönem: 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK)’ (2013) 15 (1) “İş, Güç” Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi 19, 25 vd.; Pir Ali Kaya, ‘Liability of Employers to Protect Workers (Responsibility for Occupational Health and Safety Measures) and the Binding Legal and Criminal Liabilities in Turkish Labour Law’ (2014) 4 Çalışma ve Toplum 33, 34 vd.; Refik Korkusuz and Tuğba Nur Korkusuz, ‘İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerini Almayan İşverenlerin İdari Sorumluluğu’ (2016) 1 (1) İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 200, 204 vd.; Canan Erdoğan, ‘Geçici İş İlişkisinde İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü’ (2017) 2 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 127, 136 vd.; Deniz Boz Eravcı, ‘6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve İlgili Yönetmelikleri Çerçevesinde İşverenin Yükümlülükleri’ (2019) 8 (22) HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi 330, 333 vd.; Eker (n 88) 58 vd.

⁸⁹ Levent Akın, ‘Sendikaların İş Sağlığı ve Güvenliğinin Sağlanmasına Katkısı’ (2012) 3 Çalışma ve Toplum 101, 104.

başarı sağlayabilmek için özellikle işyeri veya işletmelerde işçilerin bilgilendirilmesi, iş sağlığı ve güvenliği konusunda hukuki ve katılımcı kurumların kurulması önem arz etmektedir.⁹⁰

İş sağlığı ve güvenliğinde işçilerin yönetime katılımları açısından ILO'nun hukuki belgelerinde işverene çeşitli yükümlülükler yüklendiği görülmektedir. Bu noktada, iş sağlığı ve güvenliğine dair temel sözleşmelerinden olan 1981 tarihli 155 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Sözleşmesi (İng. *C155 - Occupational Safety and Health Convention, 1981 (No. 155)*)⁹¹, işletme seviyesinde yönetime katılma açısından muhtelif hükümler içermektedir. 155 sayılı Sözleşme md. 16'ya göre işverenler makul olarak uygulanabilir olduğu ölçüde, işyerlerindeki makinelerin, ekipmanların ve süreçlerin güvenli ve sağlık açısından risksiz olmasını; kimyasal, fiziksel ve biyolojik maddelerin ve etkenlerin, sağlık açısından risk oluşturmamasını; iş kazalarını ve meslek hastalıklarını önlemek adına gerektiğinde yeterli koruyucu giysi ve ekipmanı sağlamalıdır. Bununla birlikte md. 19, işletme düzeyinde yönetime katılmayı da ilgilendiren çeşitli düzenlemelerin yapılmasını içermektedir. Bu düzenlemeler arasında, işçiler işlerini yaparken işverenlerin iş birliği yapması; işyerindeki işçi temsilcilerine, işveren tarafından iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına yönelik alınan tedbirler hakkında yeterli bilgi verilmesi ve işçi temsilcilerinin, ticari sır ifşa etmemek kaydıyla bu tür bilgiler konusunda kendilerini temsil eden kuruluşlara danışabilmesi veya işletmedeki işçi temsilcilerinin iş sağlığı ve güvenliği alanında işverenle işbirliği yapması bulunmaktadır. Keza md. 20'de işveren ile işçiler ve/veya işletme içindeki işçi temsilcileri arasındaki iş birliğinin, bu Sözleşmenin 16 ile 19. maddeleri uyarınca alınan organizasyonel ve diğer tedbirlerin temel unsuru olduğu ifade edilmiştir.

155 sayılı Sözleşmenin tamamlayıcısı niteliğinde olan 1981 tarihli 164 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Tavsiye Kararı (İng. *R164 - Occupational Safety and Health Recommendation, 1981 (No. 164)*) iş sağlığı ve güvenliğinde yönetime katılma uygulamalarını detaylandırmıştır. İlgili Tavsiye Kararı gereği, işçilerin güvenliği ile ilgili delegeler atanmalı yahut işçilerin güvenliği ve sağlığı ile ilgili komiteler ve/veya tarafların eşit temsil edildiği ortak güvenlik ve sağlık komiteleri kurulmalıdır. Burada sayılan kişi veya komitelere ve işçi temsilcilerine örneğin iş sağlığı ve güvenliği konularında yeterli bilgi verilmeli, iş sağlığı ve güvenli-

⁹⁰ Ö. Hakan Çavuş, 'Occupational Health and Safety Practises in the Industry 4.0 Process' 9 (2) (2022) Pamukkale Journal of Eurasian Socioeconomic Studies 147, 149; Sözek, 901.

⁹¹ İlgili Sözleşme için bkz. <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312300:NO> Erişim Tarihi 11.01.2025.

ğini etkileyen faktörleri inceleme olanağı sağlanmalı ve bu kişi veya komiteler, konuyla ilgili önlemlere dair öneriler sunmaya teşvik edilmelidir. Yine bu kişi veya komiteler, iş sağlığı ve güvenliği konularıyla ilgili olarak işletme düzeyinde karar alma sürecine katkıda bulunabilmelidir. İş süreçlerinde, iş içeriğinde veya iş organizasyonunda, işçiler için iş sağlığı ve güvenliği açısından sonuçları olabilecek değişikliklerin planlanmasında yine bu kişi ve komitelere danışılmalıdır.

İşle ilgili en uygun fiziksel ve zihinsel sağlık koşullarını karşılayacak düzeyde, güvenli ve sağlıklı bir çalışma ortamı oluşturmak ve bunu sürdürmek için ilgili gereksinimlerin belirlenmesi amacıyla uygun politikaların geliştirilmesi adına 1985 tarihli 161 sayılı İş Sağlığı Hizmetleri Sözleşmesi (İng. *C161 - Occupational Health Services Convention, 1985 (No. 161)*)⁹² kabul edilmiştir. İlgili Sözleşme kapsamında her işverenin istihdam ettiği işçilerin sağlık ve güvenliği için sorumluluğu saklı kalmak kaydıyla ve işçilerin iş sağlığı ve güvenliği konusunda katılımının gerekliliği göz önüne alınarak, örneğin yeni teçhizatın sağlık açısından değerlendirilmesi ve test edilmesi gibi iş uygulamalarının iyileştirilmesine yönelik programların geliştirilmesine işçilerin katılımı sağlanmalıdır. Keza, md. 8'e göre işveren, işçiler ve varsa onların temsilciler, iş sağlığı hizmetlerine ilişkin kurumsal ve diğer tedbirlerin adil bir şekilde uygulanmasına iş birliği yapacak ve katılacaktır. Ayrıca md. 13'te bütün işçilerin, yaptıkları işin ihtiva ettiği sağlık tehlikeleri hakkında bilgilendirileceği yer almaktadır.

1988 tarihli 175 sayılı İnşaat Güvenlik ve Sağlık Tavsiye Kararı (İng. *R175 - Safety and Health in Construction Recommendation, 1988 (No. 175)*)⁹³ ile inşaat sektöründe iş sağlığı ve güvenliğine dair yönetime katılımın önemi vurgulanmıştır. Md. 6'ya göre inşaat sahalarında iş sağlığı ve güvenliğini geliştirmek amacıyla işverenler ve işçiler arasında organize bir iş birliğini sağlamak için alınacak önlemler, ulusal yasa veya yönetmeliklerle ya da yetkili makam tarafından belirlenmelidir. Mezkûr önlemler arasında işveren ve işçileri temsil eden güvenlik ve sağlık komitelerinin kurulması; işçilerin güvenliği ile ilgili temsilcilerinin seçilmesi veya atanması; iş sağlığı ve güvenliğini geliştirmek için işveren tarafından uygun niteliklere sahip ve deneyimli kişilerin atanması ve işçilerin güvenliği ile ilgili temsilcilere eğitim verilmesi bulunmaktadır.

⁹² İlgili Sözleşme için bkz. <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312306:NO> Erişim Tarihi 12.01.2025.

⁹³ İlgili Tavsiye Kararı için bkz. <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:15356605230516:12100:NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312513:>> Erişim Tarihi 12.01.2025.

1981 tarihli ve 155 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Sözleşmesine ilişkin 2002 Protokolü (İng. *P155 - Protocol of 2002 to the Occupational Safety and Health Convention, 1981*)⁹⁴ de katılma hakkının bir uzantısı olan bilgilendirme hakkına dair hüküm içermektedir. İş kazalarının, meslek hastalıklarının ve duruma göre tehlikeli durumların, işe gidiş geliş kazalarının ve şüpheli meslek hastalığı vakalarının kaydedilmesi ve bildirilmesini amacıyla md. 4'e göre işçilere ve temsilcilerine uygun verileri sağlamak işverenlerin sorumlulukları arasındadır.

İş sağlığı ve güvenliğinde yönetime katılma ile ilgili AB kaynaklarının başında yukarıda da ifade edildiği gibi Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma gelmektedir. İlgili Anlaşma md. 151'de belirtilen sosyal diyalogun geliştirilmesi için üye Devletler, 153/1-(a) kapsamında işçilerin sağlık ve güvenliğini korumak üzere, özellikle çalışma ortamının iyileştirilmesini amaçlayacaktır. Bu çerçevede, md. 153/1-(a), md. 153/1-(e) ve (f) birlikte ele alındığında md. 153'ün üye Devletlerin iş sağlığı ve güvenliğinde yönetime katılmayı da amaçlaması gerektiği söylenebilecektir.

İşyerinde işçilerin sağlığı ve güvenliğinin iyileştirilmesini teşvik edecek tedbirlerin uygulamaya konulmasına ilişkin 12 Haziran 1989 tarih ve 89/391/EEC sayılı Konsey Direktifi (İng. *Council Directive 89/391/EEC of 12 June 1989 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work*) iş sağlığı ve güvenliğinde yönetime katılmaya ilişkin hükümler ihtiva etmektedir.⁹⁵ Direktifin amacı, işyerinde işçilerin güvenliği ve sağlığının iyileştirilmesini teşvik edecek önlemleri tanıtmaktır. Bu amaçla söz konusu belge, ulusal kanun ve/veya uygulamalara uygun olarak mesleki risklerin önlenmesine, sağlık ve güvenliğin korunmasına, risk ve kaza faktörlerinin ortadan kaldırılmasına, bilgilendirmeye, istişareye ve dengeli katılıma ilişkin genel ilkeler içermektedir. Md. 6/1'de işverenin genel yükümlülükleri arasında bilgi vermek bulunmaktadır. Yine, md. 6/3-(c)'ye göre işveren, işletmenin ve/veya kuruluşun faaliyetlerinin niteliğini dikkate alarak, ekipman seçiminin, çalışma koşullarının ve çalışma ortamının işçilerin güvenliği ve sağlığı açısından uygun olabilmesi için, yeni teknolojilerin planlanması ve uygulamaya konulmasının işçiler ve/veya işçi temsilcileriyle istişare konusu olmasını sağlamalıdır. Yine, md.

⁹⁴ İlgili Protokol için bkz. <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312338:NO> Erişim Tarihi 12.01.2025.

⁹⁵ İlgili Direktif için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A31989L0391>> Erişim Tarihi 12.02.2025. Söz konusu Direktif bundan sonra "89/391/EEC Direktifi" olarak ifade edilecektir.

6/4'e göre ise birden fazla işletme aynı işyerini paylaştığı durumlarda işverenler, mesleki riskler konusunda işçiler ve/veya işçi temsilcileri bilgilendirilmelidir.

89/391/EEC Direktifi md. 10 da işçilerin bilgilendirilmesine ilişkindir. Mezkûr madde gereğince işverenler, işçilerin ve/veya işçi temsilcilerinin hem genel olarak işletme ve/veya kuruluş hem de her tür iş istasyonu ve/veya işe ilişkin güvenlik ve sağlık riskleri ile koruyucu ve önleyici tedbirler ve faaliyetler hakkında gerekli tüm bilgileri almaları için uygun önlemleri almalıdır. Md. 11'de ise işçilere danışılması ve işçilerin katılımı düzenlenmiştir. Md. 11/1 gereğince işverenler işçilere ve/veya işçi temsilcilerine danışacak ve onların işyerinde güvenlik ve sağlıkla ilgili tüm sorulara ilişkin tartışmalara katılmalarına izin verecektir. Bu durum da işçilere danışmayı, işçilerin ve/veya işçi temsilcilerinin teklifte bulunma hakkını ve ulusal yasalara ve/veya uygulamalara uygun olarak dengeli katılımı içermektedir. Keza md. 11/3 uyarınca, işçilerin güvenliği ve sağlığından özel olarak sorumlu olan işçi temsilcileri, işverenden uygun önlemlerin almasını isteme ve bu amaçla işçiler için tehlikeleri azaltmak ve/veya tehlike kaynaklarını ortadan kaldırmak amacıyla işverene önerilerde bulunma hakkına sahiptir. Md. 11/2'de ise işçilerin iş sağlığı ve güvenliğine katılım hususu ele alınmıştır. Buna göre, işçiler veya işçilerin güvenliği ve sağlığı konusunda özel sorumluluğa sahip işçi temsilcileri, ulusal yasalara ve/veya uygulamalara uygun olarak dengeli bir şekilde iş güvenliği ve sağlığını önemli ölçüde etkileyebilecek herhangi bir önleme; iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin eğitim organizasyonu ve planlamasına; iş kazası ve meslek hastalıklarının önlenmesine ve bunlardan işçilerin korunmasına yönelik uygulamalara katılacaktır.

Türk iş hukukunda işyeri düzeyinde iş sağlığı ve güvenliği bakımından işçilerin yönetime katılma uygulamalarının başında, zorunlu olarak kurulması gereken iş sağlığı ve güvenliği kurulları gelmektedir. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda⁹⁶ ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik'te⁹⁷ düzenleme alanı bulan iş sağlığı ve güvenliği kurullarının temel amacı, ilgili Kanunun amacıyla paralel olarak, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için iş sağlığı ve güvenliği faaliyetlerini denetlemek, işverene bu noktalarda fikir vermek ve örgüt içi demokrasiyi geliştirerek çalışma barışını sağlamak olarak ifade edilebilecektir.⁹⁸

⁹⁶ İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, Kanun Numarası: 6331, Kabul Tarihi: 20.06.2012, RG 30.06.2012/28339. İlgili Kanun bundan sonra "6331 sayılı Kanun" olarak ifade edilecektir.

⁹⁷ RG 18.01.2013/28532. İlgili Yönetmelik bundan sonra "İSGK Hakkında Yönetmelik" olarak ifade edilecektir.

⁹⁸ İş sağlığı ve güvenliği kurulları hakkında bkz. Leyla Kılıç, *İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Yükümlülüğü ve Sorumluluğu* (Yetkin 2006) 69 vd.; Özgür Oğuz, *AB Direktifleri ve*

6331 sayılı Kanun md. 22/1 ve İSGK Hakkında Yönetmelik md. 4'e göre işverenlerin ilgili Kurulları kurma yükümlülüğü *"elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerleri"* açısından getirilmiştir. Maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere, elli ve daha fazla çalışanın bulunması ve işyerinde yerine getirilen sürekli işlerin en az altı ay sürmesi birlikte aranmaktadır. Dolayısıyla örneğin işyerinde yirmi işçi bulunuyor yahut işyerinde gerçekleştirilen iş üç ay sürüyorsa, işverenlerin sözü edilen kurulları kurma yükümlülüğü olmayacaktır.

Md. 22/2 ise işyerinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunması durumunda kurulları kimin kuracağını yahut kurullar arası koordinasyonun nasıl sağlanacağını belirlemektedir. Mezkûr fıkraya göre, asıl işveren ve alt işveren ayrı ayrı kurul oluşturmuş ise faaliyetlerin yürütülmesi ve kararların uygulanması konusunda iş birliği ve koordinasyon asıl işverence sağlanacaktır. Eğer kurul sadece asıl işveren tarafından kurulmuş ise kurul oluşturması gerekmeyen alt işveren, koordinasyonu sağlamak üzere vekâleten yetkili bir temsilci atayacaktır. Kurul oluşturma zorunluluğu asıl işverende değil de alt işverende ise bu sefer asıl işveren vekâleten yetkili bir temsilci yollayacaktır. Son olarak her iki işverenin de Kurul oluşturma zorunluluğu bulunmuyor ancak işyerindeki toplam işçi sayısı elliye geçiyorsa, asıl işveren ve alt işveren birlikte bir kurul oluşturacaktır.

Kurulun yapısı 6331 sayılı Kanun'da değil, İSGK Hakkına Yönetmelik md. 6'da belirlenmiştir. Sözü edilen maddeye göre kurulda, işveren veya işveren vekili, iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi, insan kaynakları, personel, sosyal işler veya idari ve mali işleri yürütmekle görevli bir kişi, bulunması halinde sivil savunma uzmanı, bulunması halinde formen, ustabaşı veya usta ve çalışan temsilcisi, işyerinde birden çok çalışan temsilcisi olması halinde baş temsilci yer almaktadır. Görüldüğü gibi kurul üyelerinin çoğunluğu işçilerden oluşmaktadır.

Kurulun görev ve yetkileri ise yine İSGK Hakkına Yönetmelik md. 8'de on bent halinde sıralanmıştır. İlgili görev ve yetkiler arasında örneğin; işyerinin niteliğine uygun bir iş sağlığı ve güvenliği iç yönerge taslağı hazırlamak, ilgili yönergeyi işverenin veya işveren vekilinin onayına sunmak ve yönergenin uygulanmasını izlemek, izleme sonuçlarını rapor haline getirip alınması gereken

Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenlerin Yükümlülükleri ve İşçilerin Hakları (Legal 2011) 115 vd.; Hatice Duygu Özer, 'İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu Oluşturma Yükümlülüğü' (2018) XXII (3-4) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 489, 490 vd.; Kılış (n 88) 140 vd.; Sümer (n 88) 162 vd.

tedbirleri belirlemek ve kurul gündemine almak; işyerinde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tehlikeleri ve önlemleri değerlendirmek, tedbirleri belirlemek, işveren veya işveren vekiline bildirimde bulunmak yahut 6331 sayılı Kanununun 13. maddesinde belirtilen çalışmaktan kaçınma hakkı talepleri ile ilgili acilen toplanarak karar vermek bulunmaktadır.

6331 sayılı Kanunun getirdiği en önemli yenilik işverenlerin, kurulun alacağı kararlara uyma yükümlülüğüdür. İlk defa 1475 sayılı İş Kanunu döneminde yürürlüğe giren işçi sağlığı ve güvenliği kurulu olarak ifade edilen kurullar, Çalışma Bakanlığı'nca lüzum görülecek işyerlerinde işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere kurulmaktaydı.⁹⁹ Burada söz konusu kurullar danışma niteliğini haizdi. Ancak 4857 sayılı Kanun ile birlikte bir yönetime katılma modeli olan iş sağlığı ve güvenliği kurulları, işverenlerin sadece danıştığı bir yapı olmaktan çıkmış, karar alıcı ve işverenlerin kurul tarafından alınan kararlara uyması zorunlu olduğu çerçeveye oturtulmuştur.¹⁰⁰ Sözü edilen Kanun md. 80, *“sanayiden sayılan, devamlı olarak en az elli işçi çalıştıran ve altı aydan fazla sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde her işveren bir iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurmakla yükümlü”* tutmuştur. Keza aynı maddede işverenlerin, iş sağlığı ve güvenliği kurullarınca iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun olarak verilen kararları uygulamakla yükümlü oldukları belirtilmiştir. İş Kanunu md. 80'i yürürlükten kaldıran 6331 sayılı Kanun md. 22/1 ikinci cümlesi de benzer bir düzenleme içermektedir. Anılan cümle ise *“İşveren, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun kurul kararlarını uygular”* şeklindedir. Keza İSGK Hakkına Yönetmelik md. 9/2 *“Kurulca işyerinde ilân edilen kararlar işverenleri ve çalışanları bağlar”* hükmünü içermektedir.

6331 sayılı Kanunun iş sağlığı ve güvenliği bakımından yönetime katılım ile ilgili getirdiği diğer bir önemli düzenleme ise çalışanların kendi temsilcilerini seçebilmesidir.¹⁰¹ Çalışan temsilcisi adı verilen bu kişiler, sözü edilen Kanun md. 3/1-(c)'de *“iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalara katılma, çalışmalarını izleme, tedbir alınmasını isteme, tekliflerde bulunma ve benzeri konularda çalışanları temsil etmeye yetkili çalışan”* kişi olarak tanımlanmaktadır. İş Sağlığı ve

⁹⁹ Abdurrahman Ayhan, 'Çalışma Hayatımız Bakımından İşyerlerinde İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Kurullarının Oluşturulması ve Önemi' (2003) 7 (2) Kamu-İş 1, 5 vd.; Özer (n 99) 494.

¹⁰⁰ Oğuz (n 99) 117; Akın (n 9) 12; Kılıç (n 99) 78; Uçak (n 40) 71; Kılış (n 88) 144; Sümer (n 88) 168.

¹⁰¹ Erol Akı, '6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve Çalışma Yaşamına Etkileri' (2014) 15 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3, 7.

Güvenliği Yönetmeliği¹⁰² md. 4/1-(b)'de de çalışan temsilcisi benzer şekilde ifade edilmektedir.

Çalışan temsilcilerine ilişkin temel düzenleme ise 6331 sayılı Kanun md. 20'dir. Sözü edilen maddenin birinci fıkrası çalışan temsilcisinin seçimiyle ilgilidir. Buna göre işveren, *“işyerinin değişik bölümlerindeki riskler ve çalışan sayılarını göz önünde bulundurarak dengeli dağılıma özen göstermek kaydıyla, çalışanlar arasında yapılacak seçim veya seçimle belirlenemediği durumda atama yoluyla”* çalışan temsilcisi görevlendirecektir. Görevlendirilecek temsilcilerin sayısı ise işyerinde çalışan işçilerin sayısına göre artmaktadır.¹⁰³ Keza, işyerinde birden fazla çalışan temsilcisi varsa bu kişiler arasından bir baş temsilci, çalışan temsilcileri arasında yapılacak seçimle belirlenecektir.

Çalışan temsilcilerinin görev ve sorumlulukları (çalışmamız açısından iş sağlığı ve güvenliği hususunda yönetime katılmanın çerçevesi) ilgili Kanun ve Yönetmelikte ifade edilmektedir. Öncelikle 6331 sayılı Kanun md. 20/3'e göre çalışan temsilcileri, işverene öneride bulunma ve işverenden gerekli tedbirlerin alınmasını isteme hakkına sahiptir. Görüldüğü gibi söz konusu temsilciler, katılım hakkı kapsamında bilgilendirme hakkı; karara katılım hakkı bakımından da önerme hakkına sahiptir. Keza 6331 sayılı Kanunun değişik maddelerinde yine yönetime katılım hakkının çeşitli veçheleri düzenlenmiştir. Örneğin çalışanların çalışmaktan kaçınma hakkının düzenlendiği md. 13'te bilgilendirme hakkı kapsamında iş sağlığı ve güvenliği kurulunun alacağı karar, çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilmeli; md. 16 kapsamında çalışan temsilcileri, işyerinin özellikleri de dikkate alınarak çeşitli konularda bilgilendirilmeli¹⁰⁴ yahut md. 18 çerçevesinde görüş alınması ve katılımın sağlanması konusunda çalışan temsilcilerine çeşitli imkânlar¹⁰⁵ sağlanmalıdır.

¹⁰² RG 29.12.2012/28512.

¹⁰³ 6331 sayılı Kanunun 20. maddesinin 1. fıkrasına göre, bir işyerinde iki ile elli arasında çalışan varsa bir; elli bir ile yüz arasında çalışan mevcutsa iki; işyerinde yüz bir ile beş yüz çalışan buluyorsa üç; beş yüz bir ile bin arasında çalışanı bulunan işyerlerinde dört; bin bir ile iki bin arasında çalışanı bulunan işyerlerinde beş ve iki bin bir ve üzeri çalışanı bulunan işyerlerinde en az altı çalışan temsilcisi görevlendirilecektir.

¹⁰⁴ İlgili maddeye göre çalışan temsilcileri, işyerinde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri, koruyucu ve önleyici tedbirler; kendileri ile ilgili yasal hak ve sorumluluklar ve ilk yardım, olağan dışı durumlar, afetler ve yangınla mücadele ve tahliye işleri konusunda görevlendirilen kişiler hakkında bilgilendirilecektir. Ayrıca işveren risk değerlendirmesi, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili koruyucu ve önleyici tedbirler, ölçüm, analiz, teknik kontrol, kayıtlar, raporlar ve teftişten elde edilen bilgilere, destek elemanları ile çalışan temsilcilerinin ulaşmasını sağlayacaktır.

¹⁰⁵ Sözü edilen maddenin 2. fıkrasına göre işveren, çalışan temsilcilerinin şu konularda önceden görüşlerinin alınmasını sağlayacaktır: İşyerinden görevlendirilecek veya işyeri dışından hizmet

Son olarak, 6331 sayılı Kanunun çalışanların yönetime katılma hakkı kapsamında getirdiği düzenlemelere paralel olarak İSG Hizmetleri Yönetmeliği'nde de çeşitli hükümler yer almaktadır. Örneğin işverenin katılım sağlama ve bilgilendirme yükümlülüğünün düzenlendiği 6. maddeye göre *“işyerinden görevlendirilecek veya hizmet alınacak OSGB’de görevli işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı ve diğer sağlık personelinin görevlendirilmesi konusunda”* çalışan temsilcilerinin önceden görüşlerinin alınmasını sağlanacak yahut görevlendirilen veya hizmet alınan *“OSGB’de görev yapan kişiler ile bunların çalışma saatleri, görev, yetki ve sorumlulukları konusunda”* çalışan temsilcisi bilgilendirilecektir. Keza, md. 8 çerçevesinde *“teftişe yetkili makam tarafından işyerinde tespit edilen noksanlık ve ilgili mevzuata aykırılıkların giderilmesi konusunda”* işveren ve çalışan temsilcisi iş birliği yapacaktır.

IV. İşçilerin Yönetime Katılımı Üzerine Bir Araştırma

A. Yöntem

Araştırmamız nicel ve betimsel bir çalışma olup, tarama yöntemi ile desenlenmiştir. Projenin amaçları doğrultusunda araştırma evrenini, Eskişehir’de yer alan kamu ve özel sektör işyerlerinde çalışmakta olan işçiler oluşturmuştur. Söz konusu işçilerin kişisel özellikleri ve araştırma evreninin geniş bir çevreye yayılmasından dolayı, ilgili bu çalışmada rastlantısal olmayan örnekleme yöntemlerinden uygun örnekleme yöntemi kullanılmıştır. Araştırmada 450 kişiye anket uygulaması yapılmıştır. Uygulamadan geri dönen anket sayısı ise 395 olarak belirlenmiştir. Geri dönen anketler üzerinde yapılan incelemeler sonucunda, hatalı ve güvenilirlik açısından sorunlu bulunan anketler elenmiş ve toplam 363 anket veri analizine tabi tutulmuştur. Veriler, çalışmanın amaçları doğrultusunda araştırmacılar tarafından geliştirilmiş olan anket yoluyla toplanmıştır. Anket yoluyla toplanan verilerin analizinde ise araştırmanın amacı doğrultusunda betimleyici (aritmetik ortalama, yüzde, frekans) istatistiklerden yararlanılmıştır.

alınacak işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı ve diğer personel ile ilk yardım, yangınla mücadele ve tahliye işleri için kişilerin görevlendirilmesi; risk değerlendirmesi yapılarak, alınması gereken koruyucu ve önleyici tedbirlerin ve kullanılması gereken koruyucu donanım ve ekipmanın belirlenmesi ve sağlık ve güvenlik risklerinin önlenmesi ve koruyucu hizmetlerin yürütülmesi.

B. Amaç

Araştırmanın genel amacı işçilerin yönetime katılım durumlarına ilişkin görüşlerinin belirlenmesidir. Bu genel amaç çerçevesinde şu alt amaçlara yanıt aranmıştır:

- 1) İşçilerin çalıştıkları kurumlarda görüş ve eleştirilerini ifade edebilmelerine yönelik görüşleri nelerdir?
- 2) İşçilerin çalıştıkları kurumlarda belirli konularda kendilerine danışılmalarına yönelik görüşleri nelerdir?
- 3) İşçilerin çalıştıkları kurumlarda kendilerini temsil eden birim ya da kişilerin bulunmasına yönelik görüşleri nelerdir?
- 4) İşçilerin çalıştıkları kurumlarda karar verme süreçlerine katılma uygulamalarına yönelik görüşleri nelerdir?
- 5) İşçilerin çalıştıkları kurumlarda hizmet içi eğitim programlarının düzenlenmesine ve sendikal haklarını kullanabilme ilişkin görüşleri nelerdir?

Yukarıda ifade edilen sorulara karşı araştırma evreni kapsamında yer alan işçilerin vermiş oldukları yanıtlar incelenmiştir.

C. Bulgular ve Tartışma

Araştırmanın bu bölümde, çalışmanın genel amacı doğrultusunda işçilerin yönetime katılmalarına ilişkin olarak toplanan verilerin betimsel istatistikler (yüzde ve frekans) aracılığıyla elde edilen bulgulara ve bunların yorumlarına yer verilmektedir. Söz konusu bulgu ve yorumlar, araştırmanın alt amaçları doğrultusunda aşağıda sunulmaktadır.

İşçilerin yönetime katılma durumlarına yönelik görüşlerinin belirlenmesine dair bu araştırmada, işçilere yöneltilen sorulardan 1., 2. ve 14. maddeler, işçilerin görüş ve eleştirilerini ifade edebilmeleri başlığı altında Tablo 1’de yer almaktadır.

Tablo 1. İşçilerin Çalıştıkları Kurumlarda Görüş ve Eleştirilerini İfade Edebilmelerine Yönelik Görüşleri

Düzye Görüşler	Hiç Uygulama Bulunmamaktadır (1)		Az Düzeyde Uygulama Bulunmaktadır (2)		Orta Düzeyde Uygulama Bulunmaktadır (3)		İyi Düzeyde Uygulama Bulunmaktadır (4)		Üst Düzeyde Uygulama Bulunmaktadır (5)	
	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%
Madde 1. İş veya işyeri ile ilgili sorularım, önerilerim ve eleştirilerim olduğunda yöneltebileceğim birileri bulunur.	130	35,8	59	16,3	57	15,7	54	14,9	63	17,4
Madde 2. İş veya işyeri ile ilgili sorularım, önerilerim ve eleştirilerimi ilgili kişilere rahatlıkla yöneltebilirim.	88	24,2	79	21,8	81	22,3	60	16,5	55	15,2
Madde 14. İşverenimi işimi kaybederim korkusu olmadan eleştiririm.	64	17,6	78	21,5	83	22,9	60	16,5	75	20,7

Tablo 1 incelendiğinde, iş ve işyeri ile ilgili soru, öneri ve eleştirilerin yöneltebilecek birilerinin bulunmasına dair, işçilerin %35,8'inin çalıştıkları kurumlarda böyle bir uygulama bulunmadığını, %16,3'ü ise kurumlarında az düzeyde uygulama bulunduğunu ifade ettikleri görülmektedir. Elde edilen bulguya göre işçilerin yaklaşık yarısı, çalıştıkları kurumlarda görüş ve eleştirilerini yöneltebi-

lecekleri bir yapının olmadığı ya da yetersiz düzeyde uygulamaların bulunduğu yönünde görüş belirtmiştir.

Tablo 1’de işçilerin iş veya işyeri ile ilgili soru, öneri ve eleştirilerini rahatlıkla dile getirilmelerine yönelik ikinci maddeye verilen yanıtlar incelendiğinde, araştırmaya katılanların %24,2’sinin buna ilişkin hiçbir uygulama bulunmadığı; %21,8’inin ise az düzeyde uygulama bulunduğu yönünde görüş yöneltmiştir. Son olarak işçilerin işini kaybetme korkusu olmadan işverenlerini eleştirebilmesine ilişkin görüşler büyük ölçüde birbirine yakın bir şekilde dağılmakla birlikte, %22,9 ile en yüksek oran olan orta düzeyde uygulama bulunduğu yönündeki seçenekte yoğunlaşmıştır.

Genel olarak Tablo 1’de yer alan 1. ve 2. maddelere ilişkin olarak, işçilerin çoğunluğunun görüş ve eleştirilerini ifade edebilmelerine yönelik hiç uygulama bulunmadığı ve az veya yetersiz düzeyde uygulama bulunduğu görülmektedir. İşçilerin işini kaybetme korkusu olmadan işverenlerini eleştirmeye yönelik 14. maddede ise işçilerin orta, iyi ve üst düzeyde uygulama bulunduğu yönünde görüş belirttikleri söylenebilecektir.

Araştırmanın bir başka alt amacı, işçilerin işyerlerinde sorunların çözümü, politika ve hedeflerin geliştirilmesi, çözüm önerileri, görev dağılımı ve çalışma şartlarının iyileştirilmesi gibi konularda kendilerine ne düzeyde danışıldığına ilişkin düşüncelerin belirlenmesidir. Çalışanların bu boyutlar hakkında verdikleri yanıtların dağılımları aşağıda Tablo 2’de sunulmuştur.

Tablo 2. İşçilerin Çalıştıkları Kurumların İşleyişi ile İlgili Kendilerine Danışılmalarına Yönelik Görüşleri

Düzye Görüşler	Hiç Uygula- ma Bulun- mamaktadır (1)		Az Düzeyde Uygulama Bulunmak- tadır (2)		Orta Düzey- de Uygula- ma Bulun- maktadır (3)		İyi Düzeyde Uygulama Bulunmak- tadır (4)		Üst Düzeyde Uygulama Bulunmakta- dır (5)	
	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%
Madde 3. İşye- rinde bir sorun çıktığında çö- zümü için çalı- şanlara da da- nışılmaktadır.	75	20,7	84	23,1	99	27,3	64	17,6	40	11,0
Madde 5. İşve- ren, geliştirmek istediği politika- lar yahut ulaş- mak istediği hedef ve amaç- lar hakkında çalışanlara da danışmaktadır.	81	22,3	98	27,0	80	22,0	54	14,9	50	13,8
Madde 9. İşve- ren çözüm önerileri konu- sunda çalışan- lardan da fikir almaktadır.	97	26,7	82	22,6	77	21,2	76	20,9	30	8,3

Düzye Görüşler	Hiç Uygula- ma Bulun- mamaktadır (1)		Az Düzeyde Uygulama Bulunmak- tadır (2)		Orta Düzey- de Uygula- ma Bulun- maktadır (3)		İyi Düzeyde Uygulama Bulunmak- tadır (4)		Üst Düzeyde Uygulama Bulunmakta- dır (5)	
	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%
Madde 11. İşveren, çalışma şartlarını iyileştirmek için çalışanlarla beraber hareket etmektedir.	84	23,1	83	22,9	91	25,1	68	18,7	37	10,2
Madde 12. İşveren, görev dağılımı yaparken çalışanların fikirlerini almaktadır.	84	23,1	95	26,2	77	21,2	63	17,4	42	11,6

Tablo 2’de görüldüğü gibi, işyerinde bir sorun çıktığında çözüm için kendilerine danışılması konusunda işçiler, en yüksek oranla (%27,3), orta düzeyde uygulamalar olduğu yönünde görüş belirtmiştir. Bu oranı az düzeyde uygulama bulunması (%23,1) ve hiç uygulama bulunmaması (%20,7) yönündeki görüşler izlemesi ise dikkat çekici niteliktedir. İşverenin politika ve hedefler geliştirme konusunda çalışanlara danışması açısından ise en yüksek oranla (%27) az düzeyde uygulama bulunduğu, %22,3 oranla da hiç uygulama bulunmadığı ifade edilmiştir.

Çözüm önerileri konusunda kendilerinden fikir alınmasına ilişkin sorulara işçilerin %26,7’si görüşlerinin hiç alınmadığını, %22,6’sı kendilerinden az düzeyde görüş alındığını belirtmiştir. Araştırmadan elde edilen bir başka bulguya göre, işverenin çalışma şartlarının iyileştirilmesi için işçilerle birlikte hareket etmesi boyutuna dair işçiler, en yüksek oran (%25,1) ile orta düzeyde uygulamalar bulunduğu yönünde görüş ifade etmiştir. Ancak bu boyuta ilişkin olarak

da işçilerin sırasıyla hiç uygulama olmadığı (%23,1) ve az düzeyde uygulama olduğu (%22,9) yönünde görüş belirtmeleri, çalışma şartlarını iyileştirme konusunda işçiler ile birlikte hareket edilmesi konusunda yetersiz uygulamalar açısından önem taşımaktadır. Son olarak Tablo 2’de görev dağılımı yapılırken işçilerin fikirlerinin alınmasına ilişkin görüşler yer almaktadır. Bu boyuta ilişkin işçiler en yüksek oranla (%26,2) görev dağılımında kendi fikirlerinin alınmasında yetersiz uygulamalar bulunduğu; bu görüşlerini %23,1 oranla hiçbir uygulama olmadığı yönünde değerlendirmede bulunmuştur.

Genel olarak Tablo 2 incelendiğinde, belirli konularda danışılma ve fikir alınmasına dair işçilerin yaklaşık yarısına yakını, bu boyuta ilişkin işyerlerinde hiç uygulama bulunmadığı ya da mevcut uygulamaların az düzeyde uygulamalara sahip olduğu yönünde görüş belirttikleri söylenebilecektir.

Araştırmada, işçilerin bulundukları işyerinde, kendilerinin çeşitli konularda temsil edebilirliklerine ilişkin uygulamaların ne düzeyde olduğu yönündeki görüşlerin belirlenmesi bir başka alt amaç olarak yer almaktadır. Bu alt amaca ilişkin düşünceler ise Tablo 3’te sunulmaktadır.

Tablo 3. İşçilerin Çalıştıkları Kurumlarda Kendilerini Temsil Eden Birim ya da Kişilerin Bulunmasına Yönelik Görüşleri

Düzyey	Hiç Uygulama Bulunmamaktadır (1)		Az Düzeyde Uygulama Bulunmaktadır (2)		Orta Düzeyde Uygulama Bulunmaktadır (3)		İyi Düzeyde Uygulama Bulunmaktadır (4)		Üst Düzeyde Uygulama Bulunmaktadır (5)	
	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%
Görüşler										
Madde 4. İşyerinde, aralarında çalışanları temsil eden bir disiplin kurulunun bulunmasını isterim.	56	15,4	85	23,4	79	21,8	72	19,8	70	19,3

Düzyey Görüşler	Hiç Uygula- ma Bulun- mamaktadır (1)		Az Düzeyde Uygulama Bulunmak- tadır (2)		Orta Düzey- de Uygula- ma Bulun- maktadır (3)		İyi Düzeyde Uygulama Bulunmak- tadır (4)		Üst Düzeyde Uygulama Bulunmakta- dır (5)	
	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%
Madde 13. Çalışanlar izin alırken, arala- rında çalışanları temsil eden birinin de bu- lunduğu izin kuruluna baş- vurmaktadır.	61	16,8	78	21,5	92	25,3	71	19,6	60	16,5
Madde 16. İşyerinde sen- dikaları temsil edenlerin de bulunması gerekmektedir.	36	9,9	54	14,9	79	21,8	90	24,8	104	28,7
Madde 17. İşveren, arala- rında çalışanları temsil eden birinin de bu- lunduğu kuru- luna personel planlamasına ilişkin bilgilen- dirme yapmalı- dır.	42	11,6	60	16,5	109	30,0	79	21,8	73	20,1

Düzyey Görüşler	Hiç Uygula- ma Bulun- mamaktadır (1)		Az Düzyeyde Uygulama Bulunmak- tadır (2)		Orta Düzyey- de Uygula- ma Bulun- maktadır (3)		İyi Düzyeyde Uygulama Bulunmak- tadır (4)		Üst Düzyeyde Uygulama Bulunmakta- dır (5)	
	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%
Madde 18. İşveren iş söz- leşmesini fes- hetmeden önce işyerinde arala- rında çalışanları temsil eden bir kişinin de bu- lunduğu kurul- dan görüş al- malıdır.	40	11,0	66	18,2	95	26,2	80	22,0	82	22,6
Madde 20. Çalışanlar işye- rinde gördüğü eksik durumlar hakkında, işye- rinde bulunan bir kurula yahut işverene düzen- leme yapılma- sını teklif ede- bilmektedir.	55	15,2	81	22,3	90	24,8	76	20,9	61	16,8

Tablo 3'te görüldüğü gibi, işyerinde aralarında işçileri temsil eden bir disiplin kurulunun bulunmasına yönelik az düzeyde uygulama bulunmaktadır. İşçilerin izin alırken, aralarında işçileri temsil eden birinin bulunduğu izin kuruluna başvurması ve işverenin, aralarında işçileri temsil eden birinin de bulunduğu bir kurula personel planlamasına ilişkin bilgilendirme yapması, orta düzey uygulamalar olarak görünmektedir. Keza, işverenin iş sözleşmesini feshetmeden önce, işyerinde aralarında işçileri temsil eden bir kişinin de bulunduğu disiplin kuru-

lundan görüş alması ve işçilerin, işyerinde gördüğü eksik durumlar hakkında işyerinde bulunan bir kurula yahut işverene ilgili eksiklikler hakkında düzenleme yapılmasını teklif edebilmesine yönelik orta düzeyde uygulamalar olduğu görülmektedir. Ayrıca mezkûr tabloya göre işyerinde sendikaları temsil edenlerin bulunmasına ilişkin ise üst düzeyde uygulamalar yer almaktadır.

Tablo 3'e bakıldığında işçilerin disiplin kurulunda temsil edilmesine yönelik yetersizliklerin yaşandığı; işçilerin izin alma, insan kaynaklarını planlama, sözleşme, işyerinde görünen eksikliklerin ifade edilebilmesi veya işyeri sendika temsilcilerinin ilgili birimlerde yer alması gibi yönetsel süreçlerde orta ve iyi düzeyde ifade edilebilecek uygulamalara yer verildiği görüşlerinin ön planda olduğu söylenebilecektir.

İşçilerin çalıştıkları kurumlarda karar süreçlerine katılmasına ilişkin uygulamaların ne düzeyde olduğuna yönelik görüşlerinin belirlenmesi, araştırmanın bir başka alt amacını oluşturmaktadır. Bu alt amaca yönelik çalışanların görüşlerine ilişkin yüzde ve frekansların dağılımları ise Tablo 4'te sunulmuştur.

Tablo 4. Çalışanların Çalıştıkları Kurumlarda Karar Verme Süreçlerine Katılma Uygulamalarına Yönelik Görüşleri

Düzye Görüşler	Hiç Uygu- lama Bu- lunmamak- tadır (1)		Az Düzeyde Uygulama Bulunmakta- dır (2)		Orta Düzeyde Uygulama Bu- lunmaktadır (3)		İyi Düzeyde Uygulama Bulunmak- tadır (4)		Üst Düzeyde Uygulama Bu- lunmaktadır (5)	
	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%
Madde 7. İşyeri ile ilgili kararlar çalışanlar ile birlikte verilmektedir.	124	34,2	77	21,2	65	17,9	51	14,0	45	12,4
Madde 8. İşveren, işyeri veya yapılan işle ilgili değerlendirme-	98	27,0	92	25,3	62	17,1	73	20,1	38	10,5

Düzye Görüşler	Hiç Uygu- lama Bu- lunmamak- tadır (1)		Az Düzeyde Uygulama Bulunmakta- dır (2)		Orta Düzeyde Uygu- lama Bu- lunmaktadır (3)		İyi Düzeyde Uygulama Bulunmak- tadır (4)		Üst Düzey- de Uygula- ma Bulun- maktadır (5)	
	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%
İlerini, çalışanla- rın katılımları ile birlikte ver- mektedir.										
Madde 10. İşveren çalışan- ları yönetime katılma konu- sunda özen- dirmektedir.	87	24,0	98	27,0	75	20,7	62	17,1	38	10,5
Madde 19. Çalışanlar işve- renin karar alma sürecine katılım göste- rebilmektedir.	65	17,9	76	20,9	88	24,2	84	23,1	49	13,5

Tablo 4 incelendiğinde en çok işçilerin çalıştıkları kurumda, işyeri ile ilgili kararların kendileri ile birlikte verilmesi (%34,2) ve işyeri ile ilgili değerlendirmelere kendilerinin de katılmasına dair (%27,0 hiç uygulama bulunmadığı görüşü belirtilmiştir. Bunu, az düzeyde uygulama bulunduğu yönündeki görüş (Madde 7: %21,2 ve Madde 8: %25, 3) takip etmiştir. Ayrıca, işverenin işçileri yönetime katılma konusunda özendirmesine ilişkin olarak işçiler, çoğunlukla (%27) az düzeyde uygulama olduğunu; genel anlamda işçilerin, işverenin karar alma süreçlerine katılım gösterebilmelerine ilişkin çoğunlukla (%24,2) orta düzeyde uygulamalar bulunduğunu ifade etmiştir.

Genel olarak Tablo 4 incelendiğinde, işçilerin çalıştıkları işyerlerinde karar verme süreçlerine katılımlarına ilişkin uygulamaların hiç bulunmadığı ve az ya da orta düzeyde uygulamaların yer aldığı, çalışanların bu boyuta ilişkin uygulamaları yetersiz düzeyde buldukları söylenebilecektir.

İlgili bu çalışmada son olarak, işçilerin işyerlerinde ifa ettikleri işlerle ilgili hizmet içi eğitim programlarının düzenlenmesi ve sendikal hakların özgürce kullanılabilmesine ilişkin görüşlerinin de belirlenmesi amaçlanmıştır. Tablo 5'te işçilerin bu boyutlara ilişkin görüşleri yüzde ve frekans olarak sunulmuştur.

Tablo 5. Çalışanların Çalıştıkları Kurumlarda Hizmet içi Eğitim Programlarının Düzenlenmesine ve Sendikal Haklarını Kullanabilme İlişkin Görüşleri

Düzye Görüşler	Hiç Uygulama Bulunmamaktadır (1)		Az Düzeyde Uygulama Bulunmaktadır (2)		Orta Düzeyde Uygulama Bulunmaktadır (3)		İyi Düzeyde Uygulama Bulunmaktadır (4)		Üst Düzeyde Uygulama Bulunmaktadır (5)	
	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%
Madde 6. İşimle ilgili düzenli olarak eğitim programları düzenlenmektedir.	74	20,4	75	20,7	75	20,7	71	19,6	68	18,7
Madde 15. İşyerinde özgürce sendikal haklarımı kullanabileceğimi bilirim.	64	17,6	58	16,0	88	24,2	70	19,3	79	21,8

Tablo 5 incelendiğinde işçilerin, çalıştıkları işyerlerindeki işleri ile ilgili düzenli olarak eğitim programlarının düzenlenmesine ait görüşlerin eşit olarak az ve orta düzeyde uygulamalar bulunduğu yönünde oluştı. Öte yandan, işçilerin işyerinde özgürce sendikal haklarını kullanabileceğine dair görüşler çoğunlukla orta düzeyde uygulamalar (%24,2) yönündeki seçenekte toplanmıştır.

Genel olarak Tablo 5'te görüldüğü gibi işyerlerinde düzenli olarak eğitim programlarının yapılmasına ilişkin olarak iyi ve üst düzeyde uygulamalar olduğunu ifade eden katılımcıların oranı dikkate alındığında (%38,3), işçilerin mesleki gelişimlerini sağlamaya yönelik hizmet içi eğitim etkinliklerinin yetersiz bulunduğu ifade edilebilecektir. İşçilerin sendikal haklarını özgürce kullanabilmelerine dair görüşler, "*İşyerinde sendikaları temsil edenlerin de bulunması gerekmektedir (Madde 16)*" görüşü ile birlikte görece olarak iyi ve üst düzeyde uygulamalar bulunduğu yönündeki seçeneklerde yoğunlaştığı söylenebilecektir. Bu durum işçilerin karar verme süreçlerine katılımları ile ilişkin olarak özellikle sendikal uygulamaların diğer boyutlara göre daha iyi işletildiği biçiminde yorumlanabilecektir.

Sonuç

Çalışma yaşamındaki demokratik ilkelerin varlığı, politik yaşamdaki kadar önem arz etmektedir. İşçiler ile işverenlerin, çalışma koşulları üzerinde fikir alışverişinde bulunması veya yeri geldiğinde işçilerin işyeri ve çalışma koşulları üzerinde alınacak kararlara kendileri veya seçtikleri temsilciler vasıtasıyla katılım göstermesi endüstriyel demokrasinin bir gereğidir. Dolayısıyla işçilerin bilgilendirilme hakkı, danışılma hakkı ve dinlenilme hakkı veya alınacak kararları veto edebilme hakkı yahut karar önerme hakkının bulunması gerektiği gözler önündedir.

İşçilerin yönetime katılması alanlarından bir tanesini iş sağlığı ve güvenliği oluşturmaktadır. İşyerinde, iş kazası ve meslek hastalıklarına neden olabilecek risklerin önlenmesi, önlenemiyorsa da etkisinin en aza indirgenmesi için bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerekli kıldığı tüm teknik ve tıbbi önlemlerin alınması elzemdir. Söz konusu tedbirlerin en iyi şekilde alınabilmesi için de işyeri ve/veya işletmelerde sosyal diyalog mekanizmaları kurulmalıdır. Dolayısıyla, özellikle işyerinde meydana gelebilecek riskleri en iyi bilen işçilerin yahut işçileri temsil eden kişilerin veya işyerinde oluşturulacak kurulların, iş sağlığı ve güvenliği konularında işverenle temas halinde bulunması gerekmektedir.

Türk iş hukuku uygulamalarına bakıldığında iş sağlığı ve güvenliği konularında işçilerin yönetime katılma uygulamalarının yeterli düzeyde bulunmadığı söylenebilecektir. Her ne kadar yasa koyucu yaptığı düzenlemelerle, kimi kurulların kurulmasını veya temsilcilerin işyerinde bulunmasını ele almış olsa da getirilen bu düzenlemeler yeterli seviyede değildir. Örneğin 6331 sayılı Kanun md. 22 ile getirilen iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurma yükümlülüğü işçilerin, iş

sağlığı ve güvenliği bakımından yönetime katılmasını şekillendirse de yetersizdir. Sözü edilen madde incelendiğinde işverene ilgili kurulu kurma yükümlülüğü, işyerinde çalışan sayısının elliye geçmesi durumunda yüklenmiştir. Dolayısıyla küçük ve orta ölçekli işletmelerde kurul kurulma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu bakımdan sayısal sınır olan elli kanımızca fazla olup, bu sayının daha makul bir seviye çekilmesi gerekmektedir.

İşçilerin yönetime katılması uygulamalarının başında gelen çalışan temsilciliği kurumu açısından da benzer bir yorum yapılabilecektir. Türk iş hukuku incelendiğinde çalışan temsilciliği kurumunun aslında işyeri sendika temsilciliği kurumu ile iç içe geçirilmek istendiği görülmektedir. Örneğin işyerinde yetkili sendika bulunması hâlinde, işyeri sendika temsilcilerinin çalışan temsilcisi olarak da görev yapması yahut işverenin, görüş alma ve katılımın sağlanması konusunda, önce sendika temsilcilerine, sendika temsilcisi yoksa çalışan temsilcilerine imkân sağlaması gösterilebilir. Kanun koyucu ve/veya sendikalar, işyerinde işçinin sesinin işyeri sendika temsilcileri vasıtasıyla duyurulması istiyor olabilir. Ancak işyeri sendika temsilciliği ile çalışan temsilciliği birbirinin yerine geçmesi gereken değil birbirini tamamlayan kurumlar olarak görülmelidir. Endüstriyel demokrasinin unsuru olan seçimle seçilecek bir çalışan temsilcisi ile işyerinde yetki belgesi almış bulunan sendikanın atamış olduğu işyeri sendika temsilcisinin birlikte çalışması, işçileri işyeri veya işletmelerde daha çok söz sahibi yapacaktır. Dolayısıyla her iki kurumu birbirine bağlamaktan vazgeçilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Türk iş hukukunda işçilerin yönetime katılımı açısından düşünülmesi gereken bir diğer kurum ise işçi temsilciliğidir. Kanun koyucu işyeri sendika temsilcileri aracılığı ile işçilerin yönetime katılımının çerçevesini çizmiş olsa da her işyerinde işyeri sendika temsilcisi bulunmamaktadır. Bir işyerinde işyeri sendika temsilcisinin bulunabilmesi için işyerinde toplu iş sözleşmesi yapmak üzere yetkisi kesinleşen sendika bulunmalıdır. Bu bağlamda toplu iş sözleşmesi yapabilmek için de ilgili sendikanın, kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birinin ve toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde başvuru tarihinde çalışan işçilerin yarıdan fazlasının, işletmede ise yüzde kırkının kendi üyesi olması lâzımdır. Görüldüğü gibi her işyerinde işçilerin sesi olacak bir işyeri sendika temsilcisi bulunmayacaktır. Ancak işçi temsilciliği kurumunun ilgili yasal düzenlemeler yapıldıktan sonra kabul edilmesiyle, işçiler işyerlerinde bilgilendirme seviyesinde de olsa yönetime katılma imkânı elde edebilecektir.

Çalışma hayatında işçilerin yönetime katılma olasılıklarının ne kadar az olduğu, Anadolu Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projeleri Koordinasyon Birimi kapsamında 2024 yılında yürütülen bu proje sonuçlarında da görülmektedir. Söz konusu projeden çıkarılacak sonuçlar, Yaylı'nın (2012) "Türk Belediye Sisteminde Personelin Yönetime Katılması Üzerine Bir Araştırma" isimli çalışmasında elde ettiği sonuçlarla benzerlik taşımaktadır. Bu durum, Türkiye'de farklı alanlarında çalışanların yönetime katılamamasının ortak bir sorun olduğunu göstermektedir. Proje kapsamında işçilerin, çalıştıkları işyerlerinde görüş ve eleştirilerini ifade edebilmelerine; kendilerine danışılmasına; kendilerini temsil eden kurul ya da kişilerin bulunmasına; karar verme süreçlerine katılım uygulamalarına ve hizmet içi eğitim programlarının düzenlenmesiyle sendikal hakların kullanılabilmesine ilişkin görüşleri öğrenilmeye çalışılmıştır.

Proje kapsamında alınan görüşlerin ortak noktası, işyerlerinde yeterli düzeyde yönetime katılım uygulamalarının bulunmamasıdır. Örneğin işçilerin çoğunluğu, görüş ve eleştirilerini ifade edebilmelerine yönelik işyerlerinde hiç uygulama bulunmadığını veya az veya yetersiz düzeyde uygulama bulunduğunu ifade etmiştir. Keza işçilerin yaklaşık yarısına yakını, belirli konularda kendilerine danışılmadığını ve kendilerinin fikirlerinin alınmadığını ya da az düzeyde uygulamalara sahip olduğu yönünde görüş belirtmiştir.

Projeden çıkarılacak bir diğer sonuç, işçilerin disiplin kurulunda temsil edilmesine yönelik yetersizliklerin yaşandığıdır. Ancak işçilerin izin alma, insan kaynaklarını planlama, sözleşme, işyerinde görünen eksikliklerin ifade edilmesi veya işyeri sendika temsilcilerinin ilgili birimlerde yer alması gibi yönetsel süreçlerde orta ve iyi düzeyde ifade edilebilecek uygulamalara yer verilmektedir. Yine, işçilerin karar verme süreçlerine dair katılımlarına ilişkin uygulamaların hiç bulunmadığını veya az ya da orta düzeyde uygulamaların yer aldığı, işçilerin bu boyuta ilişkin uygulamaları yetersiz düzeyde buldukları söylenebilecektir. Öte yandan işyerlerinde düzenli olarak eğitim programlarının yapılmasına ilişkin olarak iyi ve üst düzeyde uygulamalar olduğunu ifade eden katılımcıların oranı dikkate alındığında, işçilerin mesleki gelişimlerini sağlamaya yönelik hizmet içi eğitim etkinliklerinin de yetersiz olduğu sonucuna varılmaktadır. Son olarak, işçilerin sendikal haklarını özgürce kullanabilmesi, görece daha iyi bir noktada olduğu yapılan araştırmada görülmektedir.

Kaynakça

- Akçaylı N, *Yönetime Katılma ve Özyönetim* (Uludağ Üniversitesi Basımevi 1986)
- Akı E, '6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve Çalışma Yaşamına Etkileri' (2014) 15 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3-24
- Akın L, 'İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşyerinin Örgütlenmesi' (2004) 54 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-60
- Akın L, 'Sendikaların İş Sağlığı ve Güvenliğinin Sağlanmasına Katkısı' (2012) 3 Çalışma ve Toplum 101-124
- Arıcı K, *Türk İş Hukuku-II Toplu İş İlişkileri Hukuku* (Gazi Kitabevi 2022)
- Aydın U, *Bireysel İş Hukuku* (7th Edn, Nisan 2023)
- Ayhan A, 'Çalışma Hayatımız Bakımından İşyerlerinde İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Kurullarının Oluşturulması ve Önemi' (2003) 7 (2) Kamu-İş 1-13
- Başbuğ A and Yücel Bodur M, *İş Hukuku* (5th Edn, Beta 2018)
- Başterzi S, 'Avukatla Bağtlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekâlet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması' (2010) 17 Sicil 175-198
- Bayram F, *Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliği Denetimi* (Beta 2008)
- Bedir E, Uyanık Y, Demirci S and Karaman N, *Türkiye'de Sosyal Diyalog Mekanizmalarının Değerlendirilmesi ve Analiz* (International Labour Office 2018)
- Blanpain, R, 'İşçilerin İşletme Yönetimi Karar Sürecine Etkisi: Yönetime Katılma Konusuna Genel Bir Bakış' (Toker Dereli tr, 2011) 30 Journal of Social Policy Conferences 57-75
- Boz Eravcı D, '6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve İlgili Yönetmelikleri Çerçevesinde İşverenin Yükümlülükleri' (2019) 8 (22) HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi 330-358
- Cam E, *İşyerinde Sosyal Diyalog ve Demokrasi* (Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi Yayınları 2013)
- Cengiz (Urhanoglu) İ, 'Toplu İş Sözleşmesinde Öngörölmüş Olan Tenkiset Kuralına Uyulmaması, Toplu İşçi Çıkarma Kapsamında Gerçekleştirilen Münferit Fesihleri Geçersiz Kılar (Karar İncelemesi)' (2008) 9 (4) Kamu-İş 1-11
- Çavuş ÖH, 'Occupational Health and Safety Practises in the Industry 4.0 Process' (2022) 9 (2) Pamukkale Journal of Eurasian Socioeconomic Studies 147-169
- Çelik N, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukukunda Endüstri 4.0 Problemleri ve Çözümleri* (On İki Levha 2019)
- Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T and Özkaraca E, *İş Hukuku Dersleri* (Yenilenmiş 36th Edn, Beta 2023)
- Dicle İA, *Endüstriyel Demokrasi ve Yönetime Katılma* (Ortadoğu Teknik Üniversitesi 1980)

- Doğan S, *İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru-Atipik İş İlişkileri Açısından Değerlendirilmesi* (Seçkin 2016)
- Eker D, *İş Sağlığı ve Güvenliğinde Kamusal Yaptırımlar* (On İki Levha 2021)
- Ekin N, *Endüstriyel Demokrasi Kavramı* (Milli Prodüktivite Yayınları: 91 1970)
- Ekmekçi Ö, *Toplu İş Hukuku* (4th Edn, On İki Levha 2023)
- Engin EM, *İşgücünün Temsili ve İşyerinde Sosyal Diyalog* (Beta 2012)
- Erbaş CG, *Türk ve Alman İş Hukukunda İşçinin Yönetime Katılması* (Seçkin 2013)
- Erdoğan C, 'Geçici İş İlişkisinde İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü' (2017) 2 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 127-158
- Erol A, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukuku'nda İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru* (Seçkin 2020)
- Esener T and Demir E, *Toplu İş Hukuku -Toplu İş Sözleşmesi-* (Vedat Kitapçılık 2019)
- Eyrenci Ö, *Sendikalar Hukuku* (BANKSIS Yayınları No. 3 1984)
- Fişek K, *Yönetime Katılma* (Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları 1977)
- Hekimler A, *Avrupa Birliği ve Birlik Üyesi Ülkelerde Yönetime Katılım -Birlik Adayı Türkiye İçin Perspektifler-* (Legal 2006)
- Heron R, Macdonald D and Vandenabeele C, *Workplace Cooperation: An Introductory Guide* (International Labour Office 1997)
- İşığöçer Ö, *Yönetime Katılma* (Ekin 2012)
- İşık M and Kolay R, *Endüstriyel Demokrasi: Türkiye-Avrupa Birliği Karşılaştırması* (Hyperlink 2020)
- Kağnıcıoğlu D, 'Avrupa Sosyal Modelini Oluşturma Sürecinde Bir Endüstriyel Demokrasi Aracı Olan Yönetime Katılmanın Rolü' (2011) 55 (1) İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası 271-296
- Kar B, 'İş Yargılamasına Hâkim Olan İlkeler' (2014) 15 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 869-882
- Kaya PA, 'Karşılaştırmalı Çalışma Hukukunda Toplu İşten Çıkarma' (2006) 55 (1) İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası (Prof. Dr. Toker Dereli'ye Armağan) 511-532
- , 'Liability of Employers to Protect Workers (Responsibility for Occupational Health and Safety Measures) and the Binding Legal and Criminal Liabilities in Turkish Labour Law' (2014) 4 Çalışma ve Toplum 33-52
- Kılıç L, *İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Yükümlülüğü ve Sorumluluğu* (Yetkin 2006)
- Kılış İ, 'İş Sağlığı ve Güvenliği'nde Yeni Dönem: 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK)' (2013) 15 (1) "İş, Güç" Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi 19-42
- , *İş Sağlığı ve Güvenliği* (4th Edn, Dora 2022)

- Kolay R, 'Endüstriyel Demokrasi: Türkiye-AB Karşılaştırması' (Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi 2019)
- Korkusuz R and Korkusuz TN, 'İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerini Almayan İşverenlerin İdari Sorumluluğu' (2016) 1 (1) İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 200-225
- Milli Prodüktivite Merkezi, *İşçinin Yönetime Katılması* (MPM Endüstri Şubesi 1970)
- Mollamahmutoğlu H, Astarlı M and Baysal U, *İş Hukuku* (Güncellenmiş 7. Baskı, Lykeion 2022)
- Müller-Jentsch W, 'Industrial Democracy: Historical Development and Current Challenges' (2008) 19 (4) Management Revue 260-273
- Odaman S, 'Üçlü Danışma Kurulu' (2005) 19 (1) Çimento İşveren Dergisi 3-17
- Oğuz Ö, *AB Direktifleri ve Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenlerin Yükümlülükleri ve İşçilerin Hakları* (Legal 2011)
- Özer HD, 'İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu Oluşturma Yükümlülüğü' (2018) XXII (3-4) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 489-546
- Senyen Kaplan ET, *Bireysel İş Hukuku* (Yenilenmiş 10th Edn, Gazi Kitapevi 2019).
- Simon HA, 'What Is Industrial Democracy?' (1983) 25 (6) Challenge 30-39
- Sur M, 'İşverenin Yönetim Sınırlarının Çağdaş Sınırlamaları ve Sosyal Diyalog' (2019) 21 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan 2281-2308
- , *İş Hukuku Toplu İlişkiler* (Gözden Geçirilmiş-Güncelleştirilmiş 8th Edn, Turan Kitapevi 2022)
- Sümer HH, 'İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru' (2010) 19 Sicil 63-73
- , *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (6th Edn, Seçkin 2022)
- Süzek S, 'İş Hukukunda Amaca Uygun Yorum' (2015) 34 Sicil 9-25
- , *İş Hukuku* (Yenilenmiş 19th Edn, Beta 2020)
- Şahlanan F, *Toplu İş Hukuku* (On İki Levha 2020)
- Şen M, 'Toplu İşçi Çıkarma Prosedürüne Aykırılık' (2005) 19 (4) TÜHİS 45-72
- Talas C, 'Endüstriyel Demokrasi ve Türkiye'de Uygulanma Olanakları' (1970) 25 (2) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi 191-234
- Taşkent S, 'Toplu İşçi Çıkarmalar Üzerine' (2016) 74 Journal of Istanbul University Law Faculty 717-724
- Terzioğlu A and Baykuş FB, 'Çırak ve Stajyerlerin İş Sağlığı ve Güvenliği' (2023) 3 (2) Uluslararası Sosyal Siyasal ve Mali Araştırmalar Dergisi 111-121
- Tuğ A, *Sendikalar Hukuku* (Yetkin Yayınları 1992)

- Tuncay AC, 'Avrupa Birliği ile Görüşme Sürecinde Türkiye'de Üçlü Sosyal Diyalog' (2006) 1 (1) Sicil 205-214
- , Savaş Kutsal B and Bozkurt Gümrükçüoğlu Y, *Toplu İş Hukuku* (8th Edn, Beta 2023)
- Uçak G, *Çalışanların Yönetime Katılması Alanı Olarak İş Sağlığı ve Güvenliği* (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2011)
- Ünsal E, *Kapitalist ve Sosyalist Ülkelerde Endüstriyel Demokrasi* (Türkiye Milli Gençlik Teşkilâtı Yayınları 19-?)
- Yaylı H, 'Türk Belediye Sisteminde Personelin Yönetime Katılması Üzerine Bir Araştırma' (2012) 35 Karadeniz Araştırmaları 61-80
- Yazıcı Ç, 'Özyönetim Modelinin Güncelliğinin Değerlendirilmesi' (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2008)
- Yücesan Özdemir G, '21. Yüzyılda Özyönetim: Kökler, Kuraklıklar, Ufuklar' (2024) 19 (42) Memleket Siyaset Yönetim 61-80

4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Dezavantajlı Gruplara Yönelik Düzenlemeler ve Dezavantajlı Grupların İşgücü Piyasasındaki Görünümü^(*)

Öğr. Gör. Dilek ŞENEL^(**)

Öz

Çalışmanın amacı, İş Kanunu'nda dezavantajlı gruplara yönelik düzenlemelerin neleri içerdiğini ve bu düzenlemelerin işgücü piyasasına nasıl yansıdığını tespit etmektir. Bu amaçtan hareketle, öncelikle ulusal ve uluslararası yazında dezavantajlı grupların kimleri kapsadığı ve İş Kanunu'nda bu gruplara ilişkin hangi düzenlemelerin yer aldığı ortaya konmakta; sonrasında ilgili hükümlerin işgücü piyasasını nasıl biçimlendirdiği Türkiye İstatistik Kurumu 2020 yılı Hanehalkı İşgücü Anketi Mikro Veri Seti (HİAMVS) aracılığıyla saptanmaya çalışılmaktadır. İlgili kanunda dezavantajlı bireyler; kadın, çocuk/genç, yaşlı, engelli/eski hükümlü/terör mağdurları olarak gruplandırılabilir. Nicel araştırma deseni üzerine kurgulanan çalışmada, araştırma konusu ile ilgili değişkenler arasında istatistiksel olarak anlamlı bir farklılık olup olmadığı bağımsız iki örneklem t-testi ve ki-kare analizleriyle sınanmıştır. Analiz sonuçlarına göre kadınların, kanuni düzenlemelere aykırı biçimde, erkeklerden daha düşük düzeyde ücret geliri elde ettikleri; ancak, kanuna uygun olarak yeraltında ve sualtında sınırlı düzeyde istihdam edildikleri belirlenmiştir. Çocuk çalışanların yaklaşık %40'ı mevzuata aykırı biçimde haftada 45 saatin üzerinde çalışmaktadır. Atmışbeş yaş üstü bireylerin ise önemli kısmının tarım sektöründe, kendi hesabına ve kayıt dışı olarak faaliyet gösterdikleri belirlenmiştir. Bir diğer dezavantajlı grup ise engelli, eski

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 27.12.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 06.04.2025.

Atıf Şekli: Dilek Şenel, '4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Dezavantajlı Gruplara Yönelik Düzenlemeler ve Dezavantajlı Grupların İşgücü Piyasasındaki Görünümü' (2025) 15(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 647, 699.

DOI: 10.52273/sduhfd..1608375.

^(**) Pamukkale Üniversitesi, Kale Meslek Yüksekokulu, Yönetim ve Organizasyon Bölümü, İşletme Yönetimi Programı, Denizli, Türkiye.

E-posta: dsenel@pau.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6604-1989>.

hükümlü ve terör mağdurlarıdır; ancak HİAMVS’de bu grubun istihdamına ilişkin sınırlı veri bulunduğundan istatistiksel analiz gerçekleştirilememiş; ilgili grup, yalnızca kanunda yer alan hükümler çerçevesinde değerlendirilebilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Dezavantajlı Gruplar, 4857 Sayılı İş Kanunu, Çalışma Koşulları, Türkiye İstatistik Kurumu.

Regulations on Disadvantaged Groups in Labour Law No. 4857 and an Outlook of Disadvantaged Groups in the Labour Market

Abstract

This study aims to determine what regulations on disadvantaged groups include in the Labour Law and how these regulations are reflected in the labour market and to identify whom the disadvantaged groups include under the national and international literature, which regulations regarding them are included in the Labour Law, and how relevant provisions shape labour market through the 2020 Household Labour Force Survey Micro Data Set (HLFSMDS) published by the Turkish Statistical Institute. The disadvantaged individuals can be grouped as women, children/youth, elderly, disabled people/ex-convicts/terror victims. This study with quantitative research method tested whether there was a statistically significant difference between the variables using independent samples t-test and chi-square analyses. The analysis results indicated that women earned less wage income than men in violation of legal regulations; however, they were employed at underground and underwater jobs to a limited extent. Approximately 40% of child labourers were working over 45 hours per week in violation of the legislation. Most of individuals aged over 65 were self-employed and working unregistered in the agricultural sector. Another disadvantaged group was the disabled people, ex-convicts, and terrorism victims; however, due to the limited data on the employment of this group in HLFSMDS, it was not possible to conduct a statistical analysis, and the relevant group could only be evaluated based on this law.

Keywords

Disadvantaged Groups, Labour Law No. 4857, Working Conditions, Turkish Statistical Institute.

Extended Summary

International and national literature categorises disadvantaged groups based on different variables such as gender, age, income level, nationality, migration, and illness. However, Labour Law No. 4857, which aims to protect workers and accordingly set forth working conditions, lists disadvantaged groups as women, children, elderly, and disabled people/terror victims/ex-convicts. This study aims to determine what the regulations are for disadvantaged groups in Labour Law No. 4857 and how these regulations are reflected in the labour market. Based on this aim, this study first presents the legal regulations on disadvantaged groups in the Labour Law, then examines the working conditions of these people in the labour market with the 2020 HLFMSDS published by the Turkish Statistical Institute (TurkStat) and compares how the relevant legal regulations are reflected in the labour market.

The study was conducted with quantitative research design. The quantitative data were gathered through the 2020 HLFMSDS by TurkStat. The extent of the study consisted of employed individuals, those who are excluded from the labour force, and women, children/ youth and the elderly, which are classified as disadvantaged groups under the Labour Law. The major limitation of the study is that the study was conducted with data from a single year and HLFMSDS lacks data on the working conditions of disabled people/ex-convicts/terror victims.

According to the 2020 data from TurkStat, 69% of employed ones were male and 31% were female. The participation of women in the labour force is low in Türkiye, similar to the labour markets of developing countries. The findings of the study revealed that women were working at lower wage levels than men. The Constitution Act 1982 and the Labour Law stipulate that individuals who do similar work and hold similar qualifications shall never be subject to discrimination based on gender. However, according to TurkStat data, women were working at lower wage levels in the private sectors. Besides the said discrimination in wages, the Labour Law restricts women from working in underground and underwater jobs, on night shifts and in cases of maternity leave, and sets forth provisions on unpaid leave for mothers after childbirth, which increases in proportion to the number of children, and paid breastfeeding leave of 1.5 hours a day for women workers until their child reaches the age of one. The legal regulation on the employment of women workers underground and underwater has directly shaped the labour market. According to TurkStat data, the majority of workers in the mining and construction sectors are men. Similarly, the regulation on women's right to work part-time after childbirth has also affected the structure of employment, although it is not known whether part-time work is related to maternity leave. When the reasons for part-time work of those employed in 2020 were analysed and the group that the nature of the job requires part-time work was disregarded, it was determined that women preferred to or had to work part-time on the grounds of caring for children and adults and men preferred to or have to work part-time on the grounds of inability to find a full-time job.

The Labour Law also includes regulations on child employment. According to the Labour Law, the age of employment is set at 15, with exceptions. According to TurkStat

data, 1.9% of those employed were aged between 15 and 18. Approximately 65% of them were continuing their education. The Labour Law limits the weekly working hours of children. While children who have completed their compulsory education and continue their formal education are prohibited from working more than 35 hours per week, data indicated that around 40% of those under the age of 18 were working more than 45 hours per week. The Labour Law also prohibits children from working in underground/underwater jobs and on night shifts. An analysis of the sectoral distribution of children employed indicated that there are a limited number of child workers in the mining and construction sectors, in accordance with the legal regulation.

The elderly is another disadvantaged group. According to TurkStat data, 2.8% of those employed were aged over 65. The majority of the elderly employed were working in the agricultural sector and working less than 30 hours a week. Labour Law No. 4857 has limited provisions for the elderly. The law stipulates that the annual leave of individuals aged 50 and over shall not be less than 20 days. However, since HLFMSMDS lacks data on the duration and use of annual leave by those employed, it was not possible to determine how the use of annual leave by elderly workers is reflected in the labour market.

Disabled people/terror victims/ex-convicts are the individuals who stand the least chance of employment in the labour market. While the Law mandates employers in the private sector to employ only disabled workers, it mandates employers in the public sector to employ both disabled workers and terror victims and ex-convicts. Furthermore, the Labour Law restricts the employment of disabled workers in underground and underwater jobs.

Consequently, it can be asserted that legal regulations designed to protect disadvantaged groups play an important but limited role in shaping the labour market. In particular, the law contains limited regulations on the employment of the elderly. Moreover, the HLFMSMDS by TurkStat lacks data on the number of children of female employees, the duration of maternity leave, breastfeeding leave, and unpaid leave after childbirth, the employment of workers under the age of 15, the duration of annual leave of those employed, and the employment of disabled people. Therefore, it is not possible to determine how the regulations in the Labour Law are reflected in the labour market by considering these criteria.

Giriş

Dezavantajlı gruplar içerisinde yer alan bireyler, diğer bireylerden farklı olarak, çalışma yaşamında iş bulma, istihdamda kalma ve işten ayrılma süreçlerinde farklı sorun ve uygulamalar ile karşı karşıya kalabilmektedirler. İstihdam şansı zayıf olan bu bireylerin işgücü piyasasına kazandırılması ve tutundurulması, birtakım yasal düzenlemeleri zorunlu kılmaktadır. Bu kapsamda, 4857 sayılı mevcut İş Kanunu da dezavantajlı bireylerin istihdama kazandırılmasına ve korunmasına yönelik önemli düzenlemeler içermektedir. Yasal düzenlemelere ilişkin hükümlerin işgücü piyasasında nasıl karşılık bulduğu ve istenilen toplumsal kabulün sağlanıp sağlanamadığı konusu, araştırmacılar tarafından yazında sıklıkla ele alınmaktadır.

Bu çalışma, 4857 sayılı İş Kanunu çerçevesinde dezavantajlı gruplar içerisinde yer alan bireylere ilişkin yasal düzenlemelerin neler olduğunu ve yasal düzenlemelerin işgücü piyasasına nasıl yansıdığını ortaya çıkarmayı amaçlamaktadır. Mevcut İş Kanunu, savunmasız/kırılgan gruplar içerisinde yer alan, kadın, çocuk/genç, yaşlı ve engelli/eski hükümlü/terör mağdurlarının çalışma yaşamındaki dezavantajlılık durumunu gidermeyi ve korumayı hedefleyen pek çok düzenleme barındırmaktadır. Bu noktadan hareketle, çalışmada öncelikle 4857 sayılı İş Kanunu'nda dezavantajlı gruplar içerisinde yer alan kişilere özgü düzenlemelerin neler olduğu belirlenmiş; sonrasında bahsi geçen kişilerin işgücü piyasasındaki çalışma koşulları TÜİK 2020 yılı HİAMVS ile incelenmiş ve ilgili yasal düzenlemelerin işgücü piyasasına nasıl yansıdığı karşılaştırılmıştır. HİAMVS kadın, çocuk/genç ve yaşlı istihdamının yapısal özelliklerine ilişkin bilgi sunmaktayken, ilgili veri setinde engelli/eski hükümlü/terör mağdurlarının istihdamına ilişkin veriler bulunmamaktadır. Bu nedenle, araştırmada engelli/eski hükümlü/terör mağdurlarına ilişkin verilere, Türkiye İş Kurumu İstatistik Yıllıkları ve Türkiye İstatistik Kurumu Engelli Araştırmaları Raporu yolu ile ulaşılmıştır.

Yazında dezavantajlı grupların istihdamını artırmaya yönelik politikalara ışık tutmayı hedefleyen ve dezavantajlı grupların karşılaştıkları engelleri ve eşitsizlikleri ortaya çıkarmayı amaçlayan çalışmalar bulunmaktadır. Bu çalışma, 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer alan dezavantajlı bireylere yönelik düzenlemelerin neler olduğunu bütüncül bir yaklaşımla ele almayı ve bu kişilerin istihdamdaki durumlarını TÜİK verileri ile karşılaştırmalı olarak belirlemeyi amaçlamaktadır. Başka bir ifade ile, kanuni düzenlemelerin işgücü piyasasına nasıl yansıdığını, kurumsal veriler ışığında değerlendirmeyi

hedeflemektedir. Yazında, mevzuata ilişkin düzenlemelerin işgücü piyasasına etkisini bütüncül bir bakış açısıyla ele alan bir çalışmaya rastlanmamıştır. Bu noktadan hareketle çalışmanın, yazındaki boşluğun doldurulmasına ve güncel istihdam politikalarının düzenlenmesine yardımcı olabileceği öngörülmektedir.

Çalışma üç ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde dezavantajlı gruplar kavramının teorik çerçevesi incelenmiş; ikinci bölümde dezavantajlı grupların istihdamına yönelik yapılan ulusal ve uluslararası çalışmalar yazın taraması yöntemi ile açıklanmıştır. Üçüncü bölümde ise 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki dezavantajlı gruplara yönelik yasal düzenlemeler ve ilgili kişilerin işgücü piyasasındaki durumları ve çalışma koşulları TÜİK 2020 yılı HİAMVS verileri ile test edilerek karşılaştırılmıştır.

I. Dezavantajlı Grup Kavramı

Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre dezavantaj *“avantajlı olmama durumu”* grup ise *“birbirine benzer veya aynı cinsten olan şeylerin oluşturduğu bütün”* olarak tanımlanmaktadır.¹ Dolayısıyla dezavantajlı olma hali, bireylerin kendilerine yetebilmek için gerekli araçlara erişememe durumu olarak ifade edilebilmektedir. Dezavantajlı kişiler/gruplar, sağlık, eğitim, çalışma gibi temel insan haklarına erişim noktasında engeller ile karşılaşabilen ve hayatlarını idame ettirebilmeleri diğer bireylere göre daha zor olan bireylerdir.²

Dezavantajlı grup kavramı yazında ekonomi, hukuk, sosyoloji ve psikoloji disiplinlerince farklı boyutları ile ele alınmaktadır. Ekonomi yazınına göre dezavantajlı gruplar, genellikle bireylerin yoksulluğu ile ilişkilendirilerek, bireylerin gıda maddelerine ve asgari geçim standartlarına sınırlı erişimini ifade etmekteyken; hukuk yazınına göre, yasalar çerçevesinde dezavantajlı grupların hak ve menfaatlerinin korunması bağlamında değerlendirilerek kadın, hasta, engelli ve yaşlıları kapsamaktadır. Sosyoloji disiplini dezavantajlı grupları, düşük

¹ Türk Dil Kurumu (2024). Türkçe sözlük <<https://sozluk.tdk.gov.tr/>> Erişim Tarihi: 25 Nisan 2024.

² İrfan İhsan Aksoy, 'Dezavantajlı Grupların İstihdamına Yönelik Politikalar: Gelişmiş Ülke Örnekleri ve Türkiye İçin Politika Önerileri' (Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi, 2019) 28; Leyla Alp, 'Dezavantajlı Grupların İstihdamına Katılmaları: G20 Ülkelerindeki Başarılı Uygulamalar' (Uzmanlık Tezi, T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Dış İlişkiler ve Yurtdışı İşçi Hizmetleri Genel Müdürlüğü, 2014) 4; Francoise Caillods, 'Education Strategies for Disadvantaged Groups: Some Basic Issues' (1998) UNESCO, International Institute for Educational Planning, 7, 10; Steven Mayer, 'What is a "Disadvantaged Group?" (2003) Effective Communities Project, 1, 2.

gelir düzeyine ve refah seviyesine sahip ve rekabet avantajı yakalamakta zorlanan bireyler olarak ele almaktadır. Psikolojiye göre ise dezavantajlı bireyler, sosyal dışlanmaya maruz kalan, stres, endişe ve özgüven eksikliği yaşayan kişilerdir.³

Dünya Sağlık Örgütü dezavantajlı grupları, üç farklı sınıflama çerçevesinde değerlendirmektedir. Bunlar, sosyo-ekonomik, sosyo-kültürel ve sosyo-coğrafik sınıflama olarak isimlendirilmektedir. Sosyo-ekonomik sınıflama, bireylerin gelir düzeyi ile istihdama ve eğitime erişimini; sosyo-ekonomik sınıflama; cinsiyet, etnik köken, din, kültür, göçmenlik statüsü ve sosyal sermaye gibi unsurları; sosyo-coğrafik sınıflama ise yaş ve yoksulluk değişkenleri ile açıklanabilmektedir.⁴ Avrupa Cinsiyet Eşitliği Enstitüsüne göre (2024) dezavantajlı gruplar, etnik azınlıklar, göçmenler, engelliler, izole edilmiş yaşlılar, çocuklar, yoksullar ile sosyal dışlanma, ayrımcılık ve şiddet riskiyle karşı karşıya olan kişilerden oluşmaktadır.⁵

Dezavantajlı kişilerin profilleri, ülkeden ülkeye değişebilmekle birlikte, bireylerin fiziksel engellerinden ve toplumsal değer yargılarından kaynaklanan dezavantajlı olma hali, bulunulan coğrafyaya, zamana, sosyal, kültürel, ekonomik ve politik koşullara göre biçimlenebilmektedir.⁶ Dezavantajlı gruplar, ırk, din, cinsiyet, ulus bilinci, engellilik, yaş, uyruk, medeni ve aile durumu, cinsel yönelim, sağlık durumu, ikamet yeri, ekonomik durum gibi unsurlardan

³ İsmail Durak Ünlü, 'Yerel Yönetimlerin Hayat Boyu Öğrenmedeki Yeri ve Dezavantajlı Gruplar Açısından Değerlendirilmesi: İSMEK Örneği' (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2019) 17-18.

⁴ Guenael Rodier and Gauden Galea, 'Physical Activity Promotion in Socially Disadvantaged Groups: Principles For Action' (2013) World Health Organization Regional Office For Europe <[https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/344859/9789289000079eng.pdf?sequence=1](https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/344859/9789289000079eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y)&isAllowed=y> Date of Access 12 December 2024.

⁵ European Institute for Gender Equality, Disadvantage Groups, 2024, <https://eige.europa.eu/taxonomy/term/1174?language_content_entity=en> Date of Access 14 August 2024.

⁶ Alp (n 2) 4,5; Burcu Sağlam, 'Türkiye'de Engelli Bireylerin Dezavantajlı Konumlarına Engellilik Sosyolojisinin Eleştirel Tavırla Bakmak' (2017) 11 (24) Toplum ve Demokrasi 107, 111; Cailods (n 2) 11; Gülferah Ertürkmen 'Türkiye'de Dezavantajlı Gruplar ve İstihdam' (2023) 6 (4), R&S-Research Studies Anatolia Journal 388, 388; Olcay Tosun 'Avrupa Birliği Eğitim Politikalarında Dezavantajlı Gruplar' (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2019) 5; Abdullah Tamer Yılmaz, 'Türkiye İş Kurumu Tarafından Dezavantajlı Gruplara Yönelik Uygulanan Mesleki Eğitim Kurslarının Etkilerinin İncelenmesi ve Faaliyetlerin Çeşitlendirilmesine Yönelik Öneriler' (2016) Ankara. T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü, 5.

etkilenebilmektedir⁷. Ayrıca Endüstri 5.0'ın yaşandığı günümüzde, ileri yaştaki çalışanlar, HIV ve AIDS gibi hastalık taşıyanlar, farklı cinsel yönelimi olanlar, farklı bir yaşam tarzı sürenler dezavantajlı olarak görülebilmektedir.⁸

Dezavantajlı gruplar, toplumsal ve kültürel hayatta, istihdama ve eğitime erişim noktasında pek çok zorlukla karşı karşıya kalmaktadırlar.⁹ Savunmasız ve kırılgan gruplar olarak da yazında ifade edilen dezavantajlı gruplar, genellikle refah düzeyi düşük ve gelişim imkânlarından yoksun kişilerden oluşmakta ve ayrımcılığa maruz kalmaktadır.¹⁰ Bu ayrımcılık, işgücü piyasasında ise farklı şekillenebilmektedir. Dezavantajlı bireyler, işgücü piyasasında, işe girişlerde ve kalıplarda sorun yaşayabilmekte, daha sınırlı istihdam fırsatına erişebilmekte ve dolayısıyla yüksek işsizlik riski ile karşı karşıya kalabilmekte, bu durumun yanı sıra düşük ücret ve kötü çalışma koşullarında çalışabilmektedirler.¹¹ İşgücü piyasasında temel olarak dezavantajlı kişiler, kadınlar, çocuklar/gençler, yaşlılar, engelliler ve eski hükümlüler olarak sayılabilmektedir.¹²

II. Yazın Taraması

Ulusal ve uluslararası yazında dezavantajlı bireylerin çalışma yaşamında karşılaştıkları engeller, farklı boyutları ile ele alınarak sıklıkla tartışılmıştır. Bu araştırmalardan biri Kino tarafından 2019 yılında gerçekleştirilmiştir. Nitel araştırma deseni üzerine kurulu araştırmanın amacı, dezavantajlı bireylere yönelik kamu hizmetlerinin neler olduğunun belirlenmesidir. Araştırma neticesinde dezavantajlı bireylerin ihtiyaç ve beklentilerinin günümüzde kamu otoritesi ve kanun yapıcılar tarafından daha fazla dikkate alındığı ancak yeterli düzeye ulaşamadığı belirlenmektedir.¹³ Bir diğer çalışma Aracı ve Koçak

⁷ Audrey R. Chapman and Benjamin Carbonetti, 'Human Rights Protections for Vulnerable and Disadvantaged Groups: The Contributions of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights' (2011) 33 (3) Human Rights Quarterly, 682, 692; Ertürkmen (n 6) 388; Tosun (n 6) 5.

⁸ Alp (n 2) 4-5; Sağlam (n 6) 111; Caillods (n 2) 11; Tosun (n 6) 5.

⁹ Aksoy (n 2) 28.

¹⁰ Aksoy (n 2) 26; Tuncay Güloğlu ve Gülhan Güven Çepni 'Dezavantajlı Gruplar Açısından Yoksulluk Profilleri' (2022) 2 (1) Journal of Economics and Political Sciences, 80, 83.

¹¹ Aksoy (n 2) 28; Alp (n 2) 4-5; Katharine L. Bradbury 'Rising Tide in the Labor Market: To What Degree do Expansions Benefit the Disadvantaged?' (2000) 3 (34) New England Economic Review, 3, 3.

¹² Alp (n 2) 4-5; Ertürkmen (n 6) 388.

¹³ Hatice Kino 'Kamu Hizmetlerinin Değişen Yüzü ve Seçilmiş Dezavantajlı Gruplar' (2019) 6 (6) Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, 55, 55 vd.

tarafından 2014 yılında gerçekleştirilmiştir. Nitel araştırma deseni üzerine kurgulanan ve İzmir ilinde beş yıldızlı otellerde görev yapan insan kaynakları yöneticileri ile gerçekleştirilen çalışmada, dezavantajlı bireylerin istihdamına yönelik tutum ve deneyimlerin neler olduğunun tespit edilmesi amaçlanmıştır. Araştırmanın bulgularına göre katılımcıların, dezavantajlı bireyleri engelli bireyler kapsamında değerlendirdikleri ve bu bireylerin turizm sektöründe istihdam edilmesinde pozitif ayrımcılık yapılmaması gerektiği belirlenmiştir. Ancak yazarlar, katılımcıların pozitif ayrımcılık noktasında kavram karmaşası yaşadıklarını ve negatif ayrımcılıkla karıştırabildiklerini tespit etmişlerdir.¹⁴

Yazında, kadın çalışanlar ve kadınların çalışma hayatına ilişkin durumları da sıklıkla ele alınmıştır. Sönmez ve Gülçiçek tarafından 2021 yılında yapılan çalışma da bu araştırmalardan biridir. Araştırmacılar, Konya ilinde gündelikçi olarak çalışan kadınlarla yarı yapılandırılmış soru formu aracılığı ile derinlemesine mülakat gerçekleştirmişlerdir. Nitel araştırma yöntemi üzerine kurulan araştırmanın amacı, ev hizmetlerinde gündelikçi olarak çalışan kadınların çalışma ve çalışmama şartlarının neler olduğunun ve pandemi sürecinin bu koşulları nasıl değiştirdiğinin belirlenmesidir. Araştırma bulgularına göre özellikle aile bütçesine katkı sağlamak ve çocukların eğitim masraflarını karşılamak üzere çalışan gündelikçi kadınların önemli kısmının pandemi sürecinde işleri azalmış, kimileri tamamen işsiz kalmıştır. Araştırmada ayrıca, eşleri de işsiz kalan gündelikçi kadınların ekonomik olarak daha büyük bir sıkıntı yaşadıkları belirlenmiştir. Katılımcıların %60'ı pandemi sürecinin sona ermesini beklerken; %40'ı yeni bir iş aramaya yönelmiştir. Pandemi sürecinde gündelikçi kadınların yoksulluğu belirgin biçimde artmıştır. Katılımcıların tamamının iş güvencesinin olmadığı ve sigortalı olarak çalışmadıkları belirlenmiştir.¹⁵ Köseoğlu tarafından çalışan kadınların analık hallerindeki koruyucu hükümlerin neler olduğunun belirlenmesi üzerine bir araştırma gerçekleştirilmiştir. Çalışmada, Türk İş Kanunu'nda ebeveyn iznine ilişkin düzenlemelerin olmamasının ve işyerinde oda ve yurt açma yükümlülüğünün toplam işçi sayısı yerine kadın işçi sayısına göre belirlenmesinin uluslararası mevzuat ile çelişen hükümler olduğu; ancak bu hükümlerin 4857 sayılı İş

¹⁴ Ülker Erdoğan Aracı ve Nilüfer Koçak 'Dezavantajlı Bireylerin Turizmde İstihdamı: İnsan Kaynakları Yöneticilerinin Algı, Görüş ve Deneyimlerinin İncelenmesi' (2014) (2) Gazi Üniversitesi Turizm Fakültesi Dergisi, 191, 191 vd.

¹⁵ Özlem Altunsu Sönmez ve Yağmur Gülçek 'Pandemi Sürecinde Evlerimizin Hizmetkârları Gündelikçi Kadınlar'ın Emrah Başaran ve Ruhi Can Alkın (eds) *Pandemi Sürecinde Dezavantajlı Gruplar* (NEU Yayınları 2021) 225-274.

Kanunu'nda yapılan düzenlemeler ile giderildiği belirtilmektedir. İlgili kanun ile birlikte çocukların ilköğretime başlama yaşına gelene kadar, anne veya babadan biri kısmi süreli olarak çalışabileceği hükme bağlanmıştır. Ancak kısmi süreli çalışma hakkının kullanımında, işyerinde aksamalara neden olabileceği durumu göz önüne alınarak işverenin onayının alınması da uygun görülmüştür.¹⁶ Coffey, Coufopoulos ve Kinghorn, tarafından İngiltere'de engelli kadınların istihdamına ilişkin bir çalışma gerçekleştirilmiştir. Araştırma bulgularına göre görme engelli kadınların istihdam edilebilirliklerini etkileyen sorunlar, işverenlerin olumsuz algıları, işyerinde gerekli ekipmanların sağlanmaması, sınırlı hareket kabiliyetleri ve ek bir engele/sağlık sorununa sahip olmak olarak sıralanabilmektedir. Araştırmada kadınların iş yaşamında karşılaştıkları engellerin özgüvenlerini düşürdüğü ve 16 yaşından küçük bakıma muhtaç çocuğu olan kadınların ise olmayanlara göre daha fazla engele maruz kalabildiği saptanmıştır.¹⁷ Rahman ve Tassmeen, kırsal ve kentsel bölgede dezavantajlı kadın çalışanların durumunu karşılaştırmalı olarak incelemiştir. Karma yöntem araştırmasına dayalı olarak kurgulanan çalışmanın bulgularına göre gelir, kırsal bölgede yaşayan kadınlar için daha fazla önem arz etmektedir. Kırsal alandaki dezavantajlı kadınlar, kentte yaşayanlara göre daha fazla oranda gelirlerinin üzerinde harcama yapmaktadır. Her iki alanda da kadınlar sınırlı tasarruf imkânına sahiptir. Katılımcıların çok az kısmı tasarruf için para ayırabilmektedir. Orta yaşın üzerindeki kadınlar daha dezavantajlıdır ve geçimlerini sağlamak için daha çok çalışmak durumundadır. Kırsal alanda kadınların önemli kısmı tarım sektöründe; kentsel bölgedeki kadınlar ise hizmet sektöründe çalışmaktadır.¹⁸

Kadınların çalışma yaşamında karşılaştıkları zorlukları belirlemeye çalışan araştırmalara benzer biçimde, gençlerin istihdamına yönelik araştırmalar da hem ulusal hem de uluslararası yazında sıklıkla araştırmalara konu olmuştur. Taş ve Köse 2024 yılında bazı OECD ülkeleri ve Türkiye'deki gençlere yönelik düzenlenen sosyal politikaların geçmişten günümüze nasıl geliştiğini inceleyen bir çalışma ele almışlardır. Çalışmada gerek dünya genelinde gerekse Türkiye'de genç işsizliği ve istihdamını artırmaya yönelik çözüm üreten sosyal politi-

¹⁶ Ali Cengiz Köseoğlu, 'Türk İş Hukukunda Analık' (2016) 2 (4) İş ve Hayat Dergisi, 97, 97 vd.

¹⁷ Margaret Coffey, Anne Coufopoulos, and Karen Kinghorn 'Barriers to Employment for Visually Impaired Women' (2014) 7 (3) International Journal of Workplace Health Management, 171, 171 vd.

¹⁸ Moududur Rahman and Sadia Tasneem, 'Employment and Income Status of Disadvantaged Women-A Comparative Analysis between Some Selected Urban and Rural Areas of Khulna District' (2016) 5 East West Journal of Business and Social Studies 15, 15 vd.

kalara ihtiyaç duyulduğu belirtilmektedir. Çalışmada, Türkiye'deki aktif ve pasif istihdam politikalarının, gençlerin sorunlarını çözmede yeterli olmadığı; daha bütüncül bir yaklaşımla ve etkin kurumlar arası iş birliği içerisinde eşgüdümlü politikaların üretilmesinin önemi vurgulanmaktadır. Bu noktada Çin, Japonya ve Güney Kore örneği üzerinden *vasıflı işçi okulları* projesi, kırsal bölgelerde ikamet eden gençlerin eğitim düzeyini artıracak gençlik projeleri, istihdam destek tedbirleri ve deneme istihdam politikalarının devlet eli ile finanse edilmesi önerilmektedir. Çalışmada ayrıca Avrupa Birliği ile yapılan anlaşma ve protokollerin etkinleştirilmesinin altı çizilmektedir.¹⁹

Genç/çocuk istihdamına yönelik bir diğer araştırma da Edmond ve Shrestha tarafından 2012 yılında gerçekleştirilmiştir. Bu çalışmada, 59 ülkenin verileri incelenmiş ve çocuk istihdamındaki değişimin ne kadarının yaş değişkeni ile açıklanabileceği sorgulanmıştır. Araştırma bulguları, ücretli çocuk ve genç istihdamında gözlemlenen değişimlerin %1'den daha azının yaş faktörüyle açıklanabildiğini ortaya koymaktadır. Bu bulgu, yaşa ilişkin yasal düzenlemelerin sınırlı öneme sahip olduğuna işaret etmektedir. Araştırmada ücretli çocuk istihdamındaki değişimin %63'ü, çocuğun yaşadığı hanehalkı özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Hanehalkına ilişkin bir işletme sermayesinin veya işin varlığı halinde çocuk, aile çiftliğinde veya işinde çalışabilmektedir. Araştırmada, çocuk işçiliği ile mücadelede asgari istihdam yaşına ilişkin düzenlemelerin sınırlı katkısı olduğu vurgulanmakla beraber, çocuk istihdamı ve zorunlu eğitimi koordine etmenin fayda getirebileceği ifade edilmektedir.²⁰

Bir diğer dezavantajlı grup ise eski hükümlülerdir. Eski hükümlülerin sosyal hayata kazandırılması önemli bir sosyal politika aracıdır. Ancak 2008 yılında İş Kanunu'nda yapılan düzenleme ile eski hükümlülerin özel sektörde istihdam edilme zorunluluğu kaldırılmıştır. Göçoğlu tarafından 2015 yılında gerçekleştirilen çalışma da İş Kanunu'nda kaldırılan bu hükmün sonuçlarının yansımaları incelenmiştir. Araştırma bulgularına göre, kanun maddesindeki değişiklik, işgücü piyasasını doğrudan biçimlendirmiş ve özel sektörde eski hükümlü sayısı ciddi biçimde düşmüştür. Eski hükümlülerin sınırlı istihdam fırsatlarının elinden alınması, onların sosyal yaşama uyum sağlamalarını zorlaştırmış, iş bulamayan-

¹⁹ Hacı Yunus Taş ve Abdulhalik Köse, 'Türkiye'de Gençlerin İstihdama Kazandırılmasına Yönelik Uygulanan Sosyal Politikalar' (2024) 13 (35) Hak İş Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi, 89, 89 vd.

²⁰ Eric V. Edmonds and Maheshwor Shrestha, 'The Impact of Minimum Age of Employment Regulation on Child Labor and Schooling' (2012) 1 (14) IZA Journal of Labor Policy 1, 1 vd.

lar kendilerinin ve ailelerinin geçimini sağlamakta ciddi sorunlar yaşamış ve tekrar suç işleme eğilimleri artmıştır. Eski hükümlülere ilişkin güçlü bir Sivil Toplum Kuruluşunun olmayışı da araştırmanın önemli bulguları arasındadır.²¹ Göçoğlu'nun çalışmasına benzer biçimde Kala'da 2020 yılında bir araştırma gerçekleştirmiştir. Çalışmada dezavantajlı gruplara ilişkin yasal düzenlemeler sektörler göz önüne alınarak incelenmiştir. Araştırmada, 2008 yılında yapılan düzenleme ile eski hükümlü çalışma zorunluluğunun sadece kamu sektörüne özgülendiği ve önceden sadece eski hükümlü olarak belirtilen kotanın, eski hükümlü ve terör olaylarında yaralananlar şeklinde düzenlendiği vurgulanmaktadır. Daha açık bir ifade ile zorunlu istihdam kapsamında, eski hükümlü/terör mağdurları sadece kamu işyerlerinde çalışabilecektir. Kamu işverenlerine, toplam çalışan işçi sayısının %2'si oranında eski hükümlü veya terör mağduru istihdam etme zorunluluğu getirilmiştir. Bu oranın, iki grup arasında nasıl paylaşılacağına sınırları ise belirlenmemiştir.²²

Eski hükümlülerin işgücü piyasasına katılımının önündeki engellerin belirlenmesi, etkin politikaların oluşturulması bakımından önem arz etmektedir. Bu kapsamda 2020 yılında İslamoğlu ve Yıldırımaltı tarafından bir çalışma kaleme alınmıştır. Nitel araştırma deseni üzerine kurgulanan çalışmada, İŞKUR'a kayıtlı olan 12 eski hükümlü ile derinlemesine mülakat yapılmıştır. İçerik analizi yöntemine göre ele alınan çalışmada, işe giriş aşamasında eski hükümlü olmanın işveren tarafından olumlu karşılanmadığı; işe girebilenlerin de hem çalışma arkadaşları hem de işverenlerinin olumsuz tavırlarına maruz kaldıkları, bu tavırların psikolojilerini etkilediği ve işi bırakmaya kadar giden sonuçlara vesile olduğu belirlenmiştir.²³ Benzer biçimde, Namal, Berke ve Çetinay tarafından 2021 yılında, eski hükümlülerin çalışma hayatında karşı karşıya kaldıkları sorunlar ve eski hükümlülerin istihdamını artırmaya yönelik çözüm önerilerinin neler olduğu araştırılmıştır. Çalışmada eski hükümlülerin istihdam olanaklarının genişletilmesinin toplumsal entegrasyon ve psikolojik dayanım bağlamında önemli

²¹ Volkan Göçoğlu, 'Dezavantajlı Gruplar Üzerinde Yapılan Bir Kamu Politikası Sonlandırmasının Analizi: Eski Hükümlülerin Özel Sektördeki İstihdam Zorunluluğunun Kaldırılması' (2015) 8 (36) Journal of International Social Research 846, 846 vd.

²² Eyüp Sabri Kala 'Türk Hukukunda Engelli Eski Hükümlü ve Terörle Mücadelede Yaralananların İstihdamı Hakkında Düzenlemeler' (2020) 19 (38) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 38, 38 vd.

²³ Emel İslamoğlu ve Sinem Yıldırımaltı, 'Çalışma Hayatında Eski Hükümlü Olmak: Sakarya İlinde Bir Araştırma'ın Emel İslamoğlu ve Elif Alp (eds), *Sosyal Bilimlerde Yeni Araştırmalar IV* (Berikan Yayınevi 2020) 389-403.

olduğu ve bu yönde eski hükümlü kotasının sadece kamu sektöründe değil, özel sektörde de uygulanmasının etkin olabileceği vurgulanmaktadır. Araştırma neticesinde işsizliğin, eski hükümlülerin baş etmekte zorlandıkları en önemli sorun olduğu belirlenmiştir. Eski hükümlüler gerek çalışma gerekse sosyal yaşama girmedeki engellerin başında sabıka kayıtlarının olmasını ileri sürmektedir. Araştırmacılar ayrıca eski hükümlülerin istihdama kazandırılmasının, suç eğilimin önüne geçebileceğine vurgu yapmaktadır.²⁴ Bir diğer araştırma ise 2016 yılında Verbruggen tarafından kaleme alınmıştır. Hollanda'da ve 540 kişiden oluşan örneklem ile gerçekleştirilen çalışmanın amacı, eski hükümlülerin istihdamına yönelik sorunların neler olduğunun belirlenmesidir. Araştırma bulgularına göre erkeklerin suç geçmişi istihdam beklentilerine zarar vermezken; kadınların suç kaydının olması istihdam şansını daraltmaktadır.²⁵

Çalışma hayatında kendilerine yer edinme noktasında önemli sorunlar yaşayan grupların bir diğeri ise engelli bireylerdir. Gerek *İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi*'nde gerekse *Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme*'de engelli bireylerin haklarının, devlet tarafından koruma altına alınması vurgulanmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun²⁶ 30. maddesi de işverene, engelli işçi çalıştırma zorunluluğu getirmektedir. Bahsi geçen maddeye göre 50 ve daha fazla işçi çalıştıran özel sektör işverenleri %3; kamu sektörü işverenleri %4 engelli işçiyi, mesleklerine, fiziki ve ruhsal durumlarına uygun işlerde çalıştırmalıdır. Yazında, engelli bireylerin istihdamını farklı boyutları ile ele alan çalışmalar bulunmaktadır. Bu çalışmalardan biri Akpulat tarafından 2019 yılında gerçekleştirilmiştir. Çalışmanın amacı, engelli bireylere ilişkin yasal düzenlemeleri incelemektir. Araştırmaya göre engellilere yönelik yeni iş alanları açmak, işverene zorunlu istihdam kotası getirme ve teşvik sistemleri engelli bireylerin istihdamını artırmada önemli mekanizmalardır ancak bu mekanizmalar sınırlı destek sağlamaktadır. Bunlara ek olarak, engellilerin eğitim, sağlık, ulaşım, sosyal ve kültürel hizmetlerden engelsiz şekilde yararlanabilmelerinin sağlanması, engelli istihdamını artırma noktasında önem arz etmektedir.²⁷ Bir diğer çalışma

²⁴ Mete Kaan Namal, Mustafa Berke ve Hilal Aslıhan Çetinay 'Eski Hükümlü İstihdamında Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri' (2021) 16 (63) Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 1338, 1338 vd.

²⁵ Janna Verbruggen, 'Effects of Unemployment, Conviction and Incarceration on Employment: A Longitudinal Study on the Employment Prospects of Disadvantaged Youths' (2016) 56 (4) British Journal of Criminology, 729, 729 vd.

²⁶ İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.05.2003, RG 10.06.2003/25134.

²⁷ Ayşe Köme Akpulat, 'İşverenin Engelli İşçi Çalıştırma Yükümlülüğü' (2019) 77 (2) İstanbul Hukuk Mecmuası 523, 523 vd.

da Genç ve Çat tarafından 2013 yılında kaleme alınmıştır. Kocaeli ilinde *Engelliler Mesleki Rehabilitasyon ve İş Merkezi*'nde gerçekleştirilen çalışma, sosyal dışlanma riski ile karşı karşıya kalan engelli bireylerin, toplumla bütünleşmelerinin sağlanmasına yönelik öneriler sunmaktadır. Karma araştırma deseni üzerine kurgulanan çalışmada, mesleki rehabilitasyon merkezlerinin, engellilerin gelir sağlama, aile kurma, sosyal dışlanmayı önleme ve topluma entegre olma noktasında önemli bir fonksiyonu icra ettiği vurgulanmaktadır.²⁸ Engelli bireylere ilişkin birden fazla dezavantaja sahip olma hali ise daha büyük problemlere neden olabilmektedir. Emmett ve Alant tarafından 2006 yılında engelli kadın istihdamına yönelik bir araştırma gerçekleştirilmiştir. Araştırma bulgularına göre engelli kadınlar, engelli erkeklere göre daha fazla ayrımcılığa maruz kalmaktadır. Engelli kadınlar, fiziksel, ruhsal ve cinsel istismara daha açıktır. Evlenme ihtimalleri daha düşüktür ve engelli/kronik hastalığı olan çocuklara sahip olma durumunda ise daha muazzam zorluklarla karşı karşıya kalmaktadır.²⁹

Günümüzde, insan ömrünün uzaması, doğum oranlarının düşmesi ve dolaşısıyla çalışabilir nüfusun azalması ve yaşlı nüfusun artması, çalışma yaşamında farklı sorunları beraberinde getirmiş ve bu sorun yazında çözüm arayan araştırmalara konu olmuştur.³⁰ Oğlak tarafından 2019 yılında uluslararası kuruluşlarca sunulan veriler ve belgelere dayanarak, yaşlı bireylerin sosyal refahını etkileyen temel göstergeler belirlenmeye çalışılmıştır. Araştırmada, *Küresel Yaşam İzlem Endeksi* verilerine göre yaşlı bireylerin sosyal refah artışının sağlanmasında sadece ekonomik büyümenin yeterli olamayacağı, ek olarak sağlık, eğitim, istihdam ve çevre koşullarının da etkili olabileceği öngörülmektedir. Bahsi geçen endekse göre İsveç, Norveç, İzlanda, Almanya, Hollanda, İsviçre, ABD, Kanada, Japonya ve Yeni Zelanda gibi ülkeler, sağlık, eğitim, istihdam ve çevresel koşullar bağlamında en üst sıralarda yer almaktadır. Öte yandan pek çok Afrika ve Batı Asya ülkeleri, Ürdün, Pakistan, Afganistan, Tanzanya gibi ülkeler son sıraların başını çekmektedir. Yazar, Türkiye'nin ise yaşlı refahı bakımından Afrika ve Asya ülkeleri ile benzer düzeyde olduğunu, yaşlı refahını artırmaya yönelik sosyal refah politikalarının istenilen seviyenin altında olduğunu

²⁸ Yusuf Genç ve Güldane Çat, 'Engellilerin İstihdamı ve Sosyal İçerme İlişkisi' (2013) 8 (1) Akademik İncelemeler Dergisi 363, 363 vd.

²⁹ Tony Emmett and Erna Alant, 'Women and Disability: Exploring the Interface of Multiple Disadvantage' (2006) 23 (4) Development Southern Africa 445, 445 vd.

³⁰ Arzu Yıldırım, 'Sosyal Politika Kapsamında Türkiye'de Yaşlanmaya İlişkin Ulusal Düzeydeki Düzenlemeler' (2021) 10 (3) MANAS Sosyal Araştırmalar Dergisi 1889, 1889 vd.

vurgulamaktadır.³¹ Yaşlı istihdamına yönelik bir diğer çalışma da 2021 yılında Doğmuş ve Yıldırım tarafından gerçekleştirilmiştir. Yaşlı bireylerin çalışma hayatında karşılaştıkları sorunların belirlenmesini amaçlayan ve yazın taramasına dayanan çalışmaya göre yaşlı bireylerin yaşadıkları en temel sorun, bedensel değişimlerin neden olduğu fiziksel gücün yetersizliğidir. Yaşlı bireyler, iş kazalarına daha yatkın olmaları gerekçesiyle fiziksel güç gerektiren işlerde çalıştırılmamaktadır. Yaşlı bireylerin düşük ücret düzeyi ile kayıt dışı olarak çalışmaları, önemli bir sosyo-ekonomik problemdir. Çalışmada yaşlı istihdamına yönelik çözümci politikalar üretilmesinin, yaşlıların sosyal hizmete erişimlerinin sağlanmasının önemine vurgu yapılmaktadır.³² Yaşlı istihdamına ilişkin bir diğer çalışma da Korkut ve Bulduk (2021) tarafından gerçekleştirilmiştir. Nitel araştırma deseni üzerine kurgulanan çalışmanın amacı, işverenlerin yaşlı istihdamına ilişkin tutumlarının neler olduğunun incelenmesidir. Bu kapsamda, Burdur ilinde faaliyet gösteren 18 işveren ile görüşülmüştür. Verimlilik, yeniliklere uyum, stres yönetimi ve işe devamsızlık kategorileri göz önüne alınarak, işverenlerin yaşlı istihdamına ilişkin tutumları saptanmaya çalışılmıştır. Araştırma, işverenlerin yaşlı çalışanın fiziksel güç yetersizliği nedeniyle verimsiz çalışacaklarını, yeniliklere direnç gösterebileceklerini, daha genç çalışanlara göre daha düşük stres düzeyine sahip olduklarını ve işe devam noktasında sık izin kullanmadıklarını tespit etmiştir.³³

III. Araştırmanın İçeriği

A. Araştırmanın Amacı, Yöntemi, Kapsamı ve Sınırlılıkları

Araştırmanın iki temel amacı bulunmaktadır. İlki, 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki dezavantajlı gruplara yönelik yasal düzenlemelerin neler olduğunun belirlenmesidir. Bu amaçtan hareketle dezavantajlı grup olarak nitelendirilen bireylere ilişkin yasal düzenlemeler yazın taraması yöntemi ile ortaya konulmuştur. Araştırmanın ikinci amacı ise yasal düzenlemelerin işgücü piyasasını ne yönde şekillendirdiğini gözler önüne sermektir.

³¹ Sema Oğlak, 'Yaşlı Sosyal Refahının Küresel Yaşlanma İzlem Endeksi Yönünden Değerlendirilmesi ve Türkiye Yaşlı Sosyal Refahının Görünümü' (2019) 12 (2) Yaşlı Sorunları Araştırma Dergisi, 84, 84 vd.

³² Işıl Doğmuş ve Sait Yıldırım, 'Çalışma Hayatında Yaşlı Olmak' (2021) 15 Anasay 107, 107 vd.

³³ Gülsüm Korkut ve Mehmet Fahri Bulduk, 'Sektörler İtibarıyla İşverenlerin Yaşlı İstihdamına İlişkin Tutumlarının Belirlenmesine Yönelik Bir Araştırma' (2021) 26 (1) Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 51, 51 vd.

Araştırma yöntemi nicel araştırma deseni üzerine kurgulanmıştır. Verilere TÜİK, 2020 yılı HİAMVS aracılığıyla ulaşılmıştır. Verilerin değerlendirilmesinde SPSS 22 istatistik programı kullanılmıştır. Araştırmanın kapsamını işgücü piyasası içerisinde faaliyet gösteren/göstermeyen, başka bir ifade ile istihdamda bulunan/işgücüne dâhil olmayanlar ve İş Kanunu'nun dezavantajlı gruplar içerisinde sınıflandırdığı, kadın, çocuk/genç ve yaşlılar oluşturmaktadır. Bahsi geçen kapsam çerçevesinde, ilgili grupların çalışma koşullarına ilişkin verilere ulaşılmıştır. Araştırma kapsamında verilerin çarpıklık ve basıklık katsayıları incelenmiş ve normal dağılım göstermedikleri belirlenmiştir. Ancak, gözlem sayısının yüksekliği nedeniyle merkezi limit teoremine göre verilerin normal dağıldığı varsayımı altında, değişkenler bağımsız iki örneklem t-testi ve ki-kare analizi ile sınanmıştır. Araştırmanın en önemli sınırlılığını tek bir yıla ilişkin veriler ile çalışılması ve engelli/eski hükümlü/terör mağdurlarının çalışma koşullarının HİAMVS'de bulunmaması oluşturmaktadır.

B. Araştırmanın Bulguları

1. 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Dezavantajlı Gruplara Yönelik Düzenlemeler ve İşgücü Piyasasının Genel Görünümü

4857 sayılı İş Kanunu'nda dezavantajlı gruplar içerisinde yer alan kadınlara, çocuklara/gençlere, yaşlılara ve engelli/eski hükümlü/terör mağdurlarına yönelik pek çok düzenleme bulunmaktadır. Bahsi geçen grupların istihdama ilişkin durumları ise TÜİK HİAMVS ile derlenmektedir. HİAMVS, Türkiye'de ferdin işgücü durumunu, istihdamda bulunanlar; işsizler ve işgücüne dâhil olmayanlar şeklinde gruplandırmaktadır. Buna göre TÜİK 2020 yılı ağırlıklandırılmış HİAMVS'ye göre 15 yaş üzeri çalışabilir nüfus 62.578.977 kişiden oluşmaktadır. Çalışabilir nüfusun %6,5'i işsiz; %50,7'si işgücüne dâhil olmayan; %42,8'i ise istihdamdadır (Tablo 1).

Tablo 1. Ferdin İşgücü Durumu

Ferdin İşgücü Durumu	n	Yüzde (%)
İstihdam	26.812.183	42,8
İşsiz	4.061.282	6,5
İşgücüne dâhil olmayan	31.705.512	50,7
Toplam	62.578.977	100,0

Kaynak: TÜİK, 2020 Yılı HİAMVS ile yazar tarafından oluşturulmuştur.

Çalışabilir nüfusun yaklaşık %51'inin işgücüne katılmaması, ekonomilerin potansiyel insan kaynağını etkin kullanamadığının göstergesi olarak değerlendirilebilmektedir. Öte yandan, işgücüne katılımın düşük olması, ekonomik büyüme ve sürdürülebilir kalkınmanın önündeki en önemli engellerden biridir. TÜİK HİAMVS, bireylerin işgücüne dâhil olmama nedenlerini dokuz kategoride ele almaktadır. Buna göre işgücüne katılmama nedeninin en yüksek olduğu kategori *ev kadını* kategorisidir. Türkiye'de 2020 yılında işgücüne katılmayanların %32,5'i ev kadınıdır. İlgili veri, kadınların istihdamdaki dezavantajlılık durumunu da izah etmektedir. Ek olarak, HİAMVS, engellilerin çalışma koşullarına ilişkin bilgiler sunmamakla beraber, engelli bireyleri işgücüne dâhil olmama kapsamında gruplandırmaktadır. TÜİK'e göre işgücüne dâhil olmayanların %15,4'ü özürlü/engelli, yaşlı ve hastalardan oluşmaktadır (Tablo 2). Özürlü/engelli, yaşlı ve hastalardan oluşan grubun önemli kısmı kadın (3.312.780 kişi %68,1'i kadın; 1.555.372 kişi %31,9'u erkek), eğitim seviyesi düşük (4.577.378 kişi %94'ü ilköğretim ve altında eğitim düzeyinde) ve 65 yaş üzeri kişilerden (2.906.080 kişi %59,7'si 65 yaş üzerinde) oluşmaktadır.

Tablo 2. Ferdin İşgücüne Dâhil Olmama Nedenleri

İşgücüne Dâhil Olmama Nedeni	n	Yüzde (%)
İş aramayıp, çalışmaya hazır olan, iş bulma ümidi yok	1.368.823	4,3
İş aramayıp, çalışmaya hazır olan	2.850.477	9,0
Mevsimlik çalışan	107.309	0,3
Ev kadını	10.308.527	32,5
Öğrenci	4.512.586	14,2
Emekli	4.886.261	15,4
Özürlü, yaşlı, hasta	4.868.152	15,4
Ailevi ve kişisel nedenler	2.157.913	6,8
Diğer	645.464	2,0
Toplam	31.705.512	100,0

Kaynak: TÜİK, 2020 Yılı HİAMVS ile yazar tarafından oluşturulmuştur.

TÜİK verileri, işgücüne dâhil olmayanların, yaklaşık yarısının ev kadını ve engelli/yaşlı/hasta olma gerekçesi ile istihdamda yer almadıklarına işaret etmektedir. Veriler, potansiyel insan kaynağının optimal yönetimi hususunda,

yazında sıklıkla tekrarlanan dezavantajlı grupların işgücü piyasasına girmelerinde sorun yaşadıklarını doğrular niteliktedir.

4857 sayılı İş Kanunu, kadın, çocuk/genç, yaşlı, engelli/eski hükümlü/terör mağdurlarına yönelik olarak, koruyucu düzenlemeler barındırmaktadır. Çalışmanın sonraki bölümlerinde İş Kanunu'ndaki dezavantajlı gruplara yönelik düzenlemeler, TÜİK HİAMVS ile bir arada ele alınarak değerlendirilecektir.

2. 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Kadınlara Yönelik Düzenlemeler ve Türkiye İşgücü Piyasasında Kadınlar

Mevcut İş Kanunu'nda, cinsiyete yönelik ayrımcılığı ortadan kaldırmak amacıyla, Anayasaya ve uluslararası sözleşmelere uygun biçimde düzenlemeler yer almaktadır. 1982 Anayasası'nın³⁴ kanun önünde eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesine göre, *"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir."* hükmü yer almaktadır. Anayasanın 10. maddesine 2004 yılında 5170 sayılı Kanun³⁵ ile *"Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür."* hükmü eklenmiştir. İş Kanunu'nun 5. maddesi, iş ilişkisinde, çalışma şartlarının oluşturulmasında ve uygulanmasında cinsiyete dayalı bir ayrımcılık yapılamayacağını, benzer niteliklere sahip işlerde kadın ve erkeğe farklı ücret verilemeyeceğini ifade ederek, istihdamda bulunma şansı erkeklere göre daha sınırlı olan kadını korumaya yönelik bir düzenleme getirmektedir. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ile imzalanan ve Türkiye'de 1967 yılında yürürlüğe giren 100 No'lu Eşit Ücret Sözleşmesi'nin³⁶ 2. maddesi uyarınca da eşit değerdeki iş bakımından kadın ve erkek çalışanlar arasında ücret eşitliğinin temin edilmesi gerekmektedir.

Cinsiyet temelli ücret ayrımcılığının önlenmesine ilişkin hükümlere ek olarak İş Kanunu'nun 18. maddesinde iş ilişkisinin sona ermesinde cinsiyetin belirleyici olamayacağı ve kadınların çalıştırılmalarının yasak olduğu analık ve süt izni hallerinde işe gelmemelerinin geçerli bir fesih nedeni olarak gösterilemeyeceği vurgulanmaktadır. İş ilişkisinin sona ermesinde yukarıda belirtilen hü-

³⁴ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863.

³⁵ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5170, Kabul Tarihi: 07.05.2024 RG 22.05.2024/25469.

³⁶ 100 No'lu Eşit Ücret Sözleşmesi, Kabul Tarihi: 06.06.1951, RG 13.06.1967/12620.

kümlere aykırı hareket edilmesi sonucunda işçi, dört aylık ücreti tutarında bir tazminata ek olarak, yoksun kaldığı diğer haklarını da talep edebilecektir.

Türk Ceza Kanunu'nun³⁷ 122. maddesi, bir kişinin işe alınmasını cinsiyetten kaynaklanan nefret nedeniyle engelleyen kimseyi bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmasını hükme bağlamaktadır. Öte yandan, 25 Mayıs 2010 Tarihli Kadın İstihdamının Artırılması ve Fırsat Eşitliğinin Sağlanması Başbakanlık Genelgesi³⁸, kadın istihdamına yönelik sorunların belirlenmesi ve işgücü piyasasında kadın- erkek fırsat eşitliğinin sağlanması noktasında önemli düzenlemeler içermektedir. Bahsi geçen genelgede hem kamu hem de özel sektör işyerlerinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan eşit davranma ilkesine atıfta bulunularak, cinsiyet eşitliğine aykırı bir durumun tespitine yönelik denetimlerin yapılmasını ve raporlanmasını belirtmektedir. Ek olarak, Türkiye'nin taraf olduğu Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme'nin³⁹ (CEDAW) 11. maddesi çalışma hakkını tanımlamaktadır. İlgili madde, her ferdin çalışma hakkına sahip olduğunu, kadın ve erkeğe eşit istihdam imkânı yaratılmasını, bireylerin mesleklerini ve işlerini serbestçe seçebilmelerini, bireylerin cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin iş güvenliği ve sosyal güvenlik hakkına sahip olduğunu, eşit değerdeki işin eşit ücretlendirilmesi gerektiğini ve çalışma şartlarında güvenlik hakkının sağlanmasını teminat altına almaktadır. CEDAW ayrıca evlilik ve annelik sebebiyle kadına ayrımcılık yapılmasını önlemek amacıyla hamilelik, annelik izni ve evlilik gibi nedenlerle işten çıkarmalarda ayrımcılık yapılmamasını; kadının işini, kıdemini ve sosyal haklarını kaybetmeden annelik izninin kullanımının sağlanmasını; çocuk bakımına ilişkin kurumların kurulması ve geliştirilmesine yönelik sosyal politikalar oluşturulmasını; kadınların hamilelik sırasında sağlığını tehdit eden işlerde özel olarak korunmasını ifade etmektedir.

TÜİK verileri 2020 yılında istihdamda 26.812.183 kişinin yer aldığını ve bu kişilerin %31'inin kadınlardan; %69'unun ise erkeklerden oluştuğunu göstermektedir (Tablo 3). Türkiye'de kadınlar, gelişmekte olan ülke ekonomilerinin işgücü piyasası yapılarına benzer biçimde istihdamda daha az yer almaktadır.

³⁷ Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG 12.10.2004/25611.

³⁸ Kadın İstihdamının Artırılması ve Fırsat Eşitliğinin Sağlanması Başbakanlık Genelgesi, RG 25.05.2010/27591

³⁹ Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Sözleşme. Karar Sayısı: 85/9722. Sözleşme Tarihi: 14.10.1985. RG Sayı: 18898

Tablo 3. Cinsiyete Göre İstihdamdakilerin Dağılımı

Cinsiyet	n	Yüzde (%)
Erkek	18.505.993	69,0
Kadın	8.306.190	31,0
Toplam	26.812.183	100,0

Kaynak: TÜİK, 2020 Yılı HİAMVS ile yazar tarafından oluşturulmuştur.

İş Kanunu’nda cinsiyete dayalı ücret ayrımcılığının yapılamayacağı net bir biçimde vurgulansa da Türkiye işgücü piyasasında kadınlar, erkeklerden daha düşük düzeyde ücret ile çalışmaktadır (Tablo 4). TÜİK HİAMVS anketinde, kişilerin gelirleri, “Geçen ay içerisinde esas işinizden elde ettiğiniz net nakdi gelir nedir?” sorusu ile belirlenmekte ve gelir bilgisi sadece ücretli, maaşlı, yevmiyeli çalışanlar için verilmektedir. Ek olarak, anketin yapıldığı hafta yeni işe başlayanlar ve gelir beyan etmeyenler için, bu soru “sıfır” olarak kodlanmaktadır. Dolayısıyla, araştırmada, istihdamda geliri “sıfır” olarak beyan edilen kişiler, grup ortalamalarını etkilememeleri adına analiz dışı bırakılmıştır.

Araştırmada, özel sektörde ortalama ücret düzeyinin cinsiyete göre farklılık oluşturup oluşturmadığı incelenmiştir. HİAMVS’ye göre 2020 yılında, özel sektörde istihdamda bulunanların ortalama geliri 2.974,92 TL’dir. Türkiye’de 2020 yılında asgari ücretin 2.324,71 TL olduğu kabulünden hareketle, HİAMVS’ye göre özel sektörde ortalama ücretin, asgari ücretin üzerinde olduğu söylenebilir. Özel sektörde erkekler, kadınlardan yaklaşık %10 daha fazla ücret geliri elde etmektedir (Tablo 4).

Tablo 4. Cinsiyete Göre Gelir Ortalamaları Arasındaki Farkın Analizi

ÖZEL SEKTÖR					
Cinsiyet	n	$\bar{x}$	ss	t	p
Erkek	8.936.454	3.060,76	2227,850	239,914	.000
Kadın	3.482.183	2.754,64	1932,667		
Toplam	12.418.637	2.974,92	2153,569		

Kaynak: TÜİK, 2020 Yılı HİAMVS ile yazar tarafından oluşturulmuştur.

Özel sektörde çalışan ve geliri sıfırdan büyük olan kişilerin cinsiyetleri ile gelir ortalamaları arasında anlamlı bir farklılık olup olmadığı bağımsız iki örneklem t-testi ile sınanmış ve değişkenler arasında anlamlı bir fark olduğu belir-

lenmiştir ($t_{0,05}$; 7263000,114= 239,914). Anlamlı farklılığın hangi grup lehine olduğunu belirlemek amacıyla grup ortalamaları incelenmiş ve özel sektörde erkeklerin ($\bar{x}_{\text{erkek}}=3060,76$) kadınlardan ($\bar{x}_{\text{kadın}}= 2754,64$) daha yüksek ücret geliri elde ettiği saptanmıştır (Tablo 4).

Araştırma bulguları, Türkiye işgücü piyasasında özel sektör bağlamında kadınların erkeklerden daha düşük ücret düzeyi ile çalıştıklarını göstermektedir. Dayıoğlu ve Kasnakoğlu (1997: 334) tarafından kaleme alınan çalışma da bu araştırma bulgularını desteklemektedir. Bahsi geçen araştırmacıların yaptığı çalışmada, kadın çalışanların ücretleri erkeklerden daha düşüktür.⁴⁰ Benzer bulgular, Halaçlı ve Karaalp Orhan tarafından 2022 yılında yayınlanan çalışmada da görülmektedir. 2018 yılı Türkiye İş Kurumu açık iş ilanlarına dayalı olarak hazırlanan veri setinden elde edilen bulgulara göre özel sektörde erkeklerin ortalama ücretleri kadınlardan daha yüksektir.⁴¹

İş Kanunu'nun 72. maddesi yeraltında ve sualtında çalışanlara yönelik düzenlemeler içermektedir. İlgili madde maden ocağı, kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı faaliyetlerinde kadınların istihdamını sınırlandırmaktadır. Benzer biçimde, Yeraltı İşlerine (Kadınlar) ilişkin 45 No'lu⁴² ILO Sözleşmesinin 2. maddesinde de istisnaları⁴³ olmak ile birlikte her yaştaki kadının çalışması yasaklanmaktadır. Anayasa'nın 50. maddesinde de "*Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar.*" hükmü yer almaktadır. Bu hüküm, İş Kanunu'nda kadın çalışanların fiziki güç gerektiren işlerde özellikle de gebelik ve analık hallerinde özel olarak korunmasına yönelik düzenlemelerin temel dayanağı olarak değerlendirilebilmektedir.⁴⁴ Öte yandan,

⁴⁰ Meltem Dayıoğlu Tayfur ve Zehra Kasnakoğlu, 'Kentsel Kesimde Kadın ve Erkeklerin İşgücüne Katılımları ve Kazanç Farklılıkları' (1997) 24 (3) ODTÜ Gelişme Dergisi, 329-329 vd.

⁴¹ Bekirhan Halaçlı ve Hacer Simay Karaalp Orhan, 'Cinsiyete Dayalı Ücret Eşitsizliği: İşveren Yönlü Bir Analiz' (2022) 61 Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 65, 65.

⁴² 45 No'lu Yeraltı İşleri (Kadınlar) Sözleşmesi, Kabul Tarihi: 04.06.1935, RG 23.06.1937/3638.

⁴³ İstisnalar: a. Sevki idare vazifesi ile mükellef olup, bedenlen çalışmayanlar, b. Sıhhi ve sosyal hizmetlerde çalışanlar, c. Mesleki bilgilerini tamamlamak maksadıyla bir maden ocağında yeraltı işlerinde staj görmelerine müsaade edilenler, d. Bedenen çalışma mahiyetinde olmayan bir sanatın icrası için bir maden ocağının yeraltı kısımlarına tesadüfi olarak inmesine lüzum görülen diğer bütün kişiler.

⁴⁴ Şebnem Gökçeoğlu Balcı. 'Koruma mı Dışlama mı? Çalışma Mevzuatımızda Kadını Koruyucu Kimi Düzenlemelerin Kadın İstihdamı ve AB Normları Açısından Değerlendirilmesi' (2017) 3 (54) Çalışma ve Toplum 1263, 1270.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun⁴⁵ 10. maddesi, işverenin iş sağlığı ve güvenliği yönünden genç, yaşlı, engelli, gebe veya emziren çalışanlar ile kadın çalışanların durumunu dikkate alarak risk değerlendirmesi yapmasını hüküm altına almaktadır.

Kadınları, çalışma hayatında korumaya yönelik düzenlemeler içeren mevzuatta yer alan bu sınırlamalar, Türkiye işgücü piyasasının biçimlenmesinde de etkili olabilmektedir. Bireylerin yer altında ve su altında çalışma faaliyetleri, TÜİK HİAMVS'de verilen *Avrupa Topluluğunda Ekonomik Faaliyetlerin İstatistikî Sınıflaması* (NACE Rev.2) kapsamında maden ve inşaat sektöründe görülmektedir. NACE Rev.2 sınıflamasında 99 ekonomik faaliyet bulunmaktadır. Çalışmada ekonomik faaliyetler, maden ve inşaat sektörünün görünümünü ortaya çıkarmak amacıyla "tarım", "madencilik", "imalat", "tekstil", "inşaat" ve "hizmet" olarak altı grupta sınıflandırılmıştır. İstihdam edilenlerin cinsiyetleri ile faaliyet gösterdikleri sektörler arasında anlamlı bir ilişki olup olmadığı ki-kare analizi ile test edilmiştir ($\chi^2_5=1216858,618$; $p<0,05$). Test sonuçlarına göre istihdamdakilerin cinsiyetleri ile çalıştıkları sektörler arasında istatistiksel olarak anlamlı bir farklılık bulunmaktadır. TÜİK 2020 yılı verilerine göre istihdamdaki kadınlar en düşük oranda madencilik ve inşaat sektöründe çalışmaktadır. Madencilik sektöründe çalışanların yaklaşık %95'i; inşaat sektöründe çalışanların ise yaklaşık %96'sı erkektir (Tablo 5). Bu belirgin farklılıkta, İş Kanunu'nun 72. maddesinde yer alan düzenlemenin etkili olabileceği öngörülmektedir.

Tablo 5. İstihdamdakilerin Cinsiyete Göre Sektörel Dağılımı

Sektör		Erkek	Kadın	Toplam	X2	SD	p
Tarım	Sıklık	2.824.702	1.891.422	4.716.124	1216858,618	5	.000
	%Sektör	59,9%	40,1%	100,0%			
	%Cinsiyet	15,3%	22,8%	17,6%			
	%Toplam	10,5%	7,1%	17,6%			
Madencilik	Sıklık	126.564	7.080	133.644	1216858,618	5	.000
	%Sektör	94,7%	5,3%	100,0%			
	%Cinsiyet	0,7%	0,1%	0,5%			
	%Toplam	0,5%	0,0%	0,5%			

⁴⁵ İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, Kanun Numarası: 6331, Kabul Tarihi: 22.06.2012, RG 30.06.2012/28339.

Sektör		Erkek	Kadın	Toplam	X2	SD	p
İmalat	Sıklık	3.162.725	651.891	3.814.616			
	%Sektör	82,9%	17,1%	100,0%			
	%Cinsiyet	17,1%	7,8%	14,2%			
	%Toplam	11,8%	2,4%	14,2%			
Tekstil	Sıklık	883.380	665.816	1.549.196			
	%Sektör	57,0%	43,0%	100,0%			
	%Cinsiyet	4,8%	8,0%	5,8%			
	%Toplam	3,3%	2,5%	5,8%			
İnşaat	Sıklık	1.468.982	69.285	1.538.267			
	%Sektör	95,5%	4,5%	100,0%			
	%Cinsiyet	7,9%	0,8%	5,7%			
	%Toplam	5,5%	0,3%	5,7%			
Hizmet	Sıklık	10.039.640	5.020.696	15.060.336			
	%Sektör	66,7%	33,3%	100,0%			
	%Cinsiyet	54,3%	60,4%	56,2%			
	%Toplam	37,4%	18,7%	56,2%			
Toplam	Sıklık	18.505.993	8.306.190	26.812.183			
	%Sektör	69,0%	31,0%	100,0%			
	%Cinsiyet	100,0%	100,0%	100,0%			
	%Toplam	69,0%	31,0%	100,0%			

Kaynak: TÜİK, 2020 Yılı HİAMVS ile yazar tarafından oluşturulmuştur.

İş Kanunu'nun 73. maddesi gece çalıştırma yasağı ile ilgilidir. İlgili maddeye göre 18 yaşından küçüklerin gece çalıştırılmaması genel kabuldür. 18 yaşından büyük kadınların ise gece çalıştırılmaları, *Kadınların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik*⁴⁶ ile düzenlenmiştir. Gece çalışması, İş Kanunu 69. maddeye göre saat 20:00 ile 06:00 arasını kapsamaktadır. *Kadınların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik*'in 5.maddesine göre kadın işçilerin bu saat aralığında yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmaları yasaklanmıştır. Ancak turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmetlerinde faaliyet gösteren işverenler, kadın işçinin yazılı onayının alınması şartıyla, yedi buçuk saatin üzerinde gece çalıştırması yapabilmektedir. Yönetmeliğin 9. maddesine göre gebe kadınlar doğuma kadar; emziren kadınlar ise

⁴⁶ Kadınların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik, RG 24.07.2013/28717

doğum tarihinden itibaren bir yıl süre ile gece postalarında çalışamazlar. Ancak bu bir yıllık süre, doktor raporu ile gerekli görülmesi halinde altı ay uzatılabilmektedir. *Kadınların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik* ile örtüşen hükümler *Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik*⁴⁷’te de yer almaktadır. Bahsi geçen yönetmeliğin 8. maddesine göre gebe kadınların gebelikleri süresince; yeni doğum yapmış kadınların ise doğumdan itibaren bir yıl süre ile gece postalarında çalışmaları yasaklanmaktadır. Ayrıca gebe kadınların günde yedi buçuk saatten fazla gece çalışamayacağı (madde 9) analık ve süt izni konusunda İş Kanunu’nun 74. maddesinin uygulanacağı (madde 10); kadınlara periyodik doktor kontrolleri için ücretli izin verileceği (madde 11) ve emziren kadın işçinin doğum izninin bitiminde ve işe başlamalarında, çalışmalarına engel teşkil edecek bir durumlarının olmadığı bir rapor ile belgelenmesi gerektiği (Madde 12) belirtilmektedir.

Kamuda görev yapan kadınlara yönelik bir diğer düzenleme de Torba Kanun olarak ifade edilen, *Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*’da yer almaktadır.⁴⁸ Torba Kanun’dan önce kadın memurların gebeliklerinin 26. haftasından doğumu izleyen bir yıllık süre içerisinde gece çalıştırılmaları yasaktı. Torba Kanun’un 105. maddesi 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun⁴⁹ 101. maddesi uyarınca değiştirilmiştir. Bahsi geçen maddeye göre “*Günün yirmi dört saatinde devamlılık gösteren hizmetlerde çalışan devlet memurlarının çalışma saat ve şekilleri kurumlarınca düzenlenir. Ancak, kadın memurlara; tabip raporunda belirtilmesi hâlinde hamileliğin yirmi dördüncü haftasından önce ve her hâlde hamileliğin yirmi dördüncü haftasından itibaren ve doğumdan sonraki iki yıl süreyle gece nöbeti ve gece vardiyası görevi verilemez. Engelli memurlara da isteği dışında gece nöbeti ve gece vardiyası görevi verilemez.*” hükmü yer almaktadır. Bu kapsamda gerek İş Kanunu’na gerek 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na tabi çalışan kadınların gece çalışmalarının sınırlandırıldığı ve kadınları koruyucu nitelikte hükümlerin yer aldığı söylenebilmektedir. Ancak, HiAMVS,

⁴⁷ Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik, RG 16.08.2013/28737.

⁴⁸ Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6111, Kabul Tarihi: 13.02.2011, RG 25.02.2011/27857 (mükerrer).

⁴⁹ Devlet Memurları Kanunu, Kanun Numarası: 657, Kabul Tarihi: 14.07.1965, RG 23.07.1965/12056.

istihdamdakilerin gece çalışmalarına ilişkin veri sunmadığı için, İş Kanunu'nun 73. maddesinin işgücü piyasasına nasıl yansıdığı belirlenememiştir.

İş Kanunu'nun 74. maddesi de analık halinde çalışma ve annelerin süt iznine yönelik düzenlemeleri içermektedir. İlgili madde kadın işçinin tekil gebelik halinde doğumdan sekiz hafta önce ve sekiz hafta sonra; çoğul gebelik halinde ise doğumdan on hafta önce ve doğumdan sekiz hafta sonra çalıştırılmasını yasaklamaktadır. Ancak kadın işçinin sağlık durumu işini yapmaya engel teşkil etmemekte ise, kadın işçi doğumuna üç hafta kalana kadar çalışabilir, sekiz haftalık doğum öncesi süresinden artan süreler doğum sonrası iznine eklenir. Benzer durum, kadın işçinin erken doğum yapması halinde de geçerlidir. Kadın işçi erken doğum yaparsa, sekiz haftalık doğum öncesi izninden kalan süreler, doğum sonrasına eklenebilmektedir. Torba Kanun'dan önce, kadın çalışanın erken doğum yapması halinde, erken doğum nedeniyle kullanamadığı doğum izni süresi, doğum sonrasına eklenememekte idi. Bu durum Torba Kanunun 76. maddesi ile 4857 sayılı İş Kanunu 74. maddesine eklenerek giderilmiştir. Bu düzenleme 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 18. maddesi iş göremezlik ödeneği kapsamında *“sigortalı kadının isteği ve hekimin onayı ile doğuma üç hafta kalıncaya kadar çalışması halinde,”* ibaresini *“sigortalı kadının, erken doğum yapması halinde doğumdan önce kullanamadığı çalıştırılmayacak süreler ile isteği ve hekimin onayıyla doğuma üç hafta kalıncaya kadar çalışması halinde,”* şeklinde değiştirilmiştir. İlgili düzenleme ile kadın çalışanın erken doğum yapması sebebiyle, doğum sonrasına eklenen izin süreleri için de geçici iş göremezlik ödeneği alması sağlanmıştır.⁵⁰

İş Kanunu'nda kadın çalışanları gebelik sürecinde korumayı amaçlayan ek düzenlemeler de yer almaktadır. Bunlardan ilki, gebelik sürecinde kadın işçiye periyodik doktor kontrolleri için ücretinden kesinti olmaksızın izin verilmesidir. İkincisi, hekim tarafından gereklilik arz ettiğini doktor raporu ile belgeleyen kadın işçinin, işveren tarafından hafif işlerde ve ücretinden herhangi bir indirim yapılmadan çalıştırılmasıdır. Üçüncüsü ise kadın çalışanlara, çocukları bir yaşına gelinceye kadar, günde bir buçuk saat ücret kesintisi yapılmaksızın süt izni verilmesidir. Kadın işçiler, süt izinleri ile ilgili sürelerini, kendileri belirleyebilmektedir.⁵¹ Ayrıca kullanılan süt izni süreleri, İş Kanunu 66. maddesinde yer alan çalışılmış gibi sayılan süreler kapsamında değerlendirilmektedir.

⁵⁰ Nurhan Süral, 'Türkiye'de Kadın İstihdamı: Fırsatlar, Engeller ve Hukuki Çerçeve' (2014) 15. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 279, 289-290.

⁵¹ Madde 74. Analık halinde çalışma ve süt izni. Ek fıkra: 29/1/2016-6663/22 Md.

İş Kanunu 74. maddeye göre kadın işçinin doğumda veya sonrasında vefatı halinde, kullanılmayan süreler, babaya kullandırılabilen ve bu süreler, hekim raporu ile arttırılabilmektedir. Kadın işçinin doğumdan önce ve sonra çalıştırılmadıkları süreler İş Kanunu'nun 55. maddesi uyarınca yıllık izin bakımından çalışılmış süreler kapsamında değerlendirilmektedir.

İş Kanunu 74. maddeye göre doğum sonrasında kadın işçinin analık izninin bitiminden itibaren, çocuğun hayatta olması kaydıyla ve kadın işçinin talebi halinde, kadın işçi ilk çocuğunun doğumunda 60 gün; ikinci çocuğunun doğumunda 120 gün; üçüncü ve diğer çocuklarında ise 180 gün süresince haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin kullanabilmektedir. Çoğul doğum halinde birinci doğumda 90; ikinci doğumda 150; üç ve üzeri doğumlarda 210 gün; çocuğun engelli olması halinde ise 360 gün haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkı bulunmaktadır.⁵²

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu⁵³ da analık halini 15. maddede tanımlamaktadır. Bahsi geçen madde "5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamındaki sigortalı kadının veya sigortalı erkeğin sigortalı olmayan eşinin, kendi çalışmalarından dolayı gelir veya aylık alan kadının ya da gelir veya aylık alan erkeğin sigortalı olmayan eşinin gebeliğinin başladığı tarihten itibaren doğumdan sonraki ilk sekiz haftalık, çoğul gebelik halinde ise ilk on haftalık süreye kadar olan gebelik ve analık haliyle ilgili rahatsızlık ve engellilik halleri analık hali kabul edilir." şeklinde ifade edilmektedir. 5510 sayılı Kanun'un 16. maddesi ise sigortalının kendisine, analık haline bağlı olarak ortaya çıkan iş göremezlik süresince, günlük iş göremezlik ödeneği verilmesini hükme bağlamaktadır. Ayrıca, sigortalı kadının kendisine veya sigortalı olmayan karısının doğum yapması halinde erkeğe, emzirme ödeneği verilebileceği ifade edilmektedir. 5510 sayılı Kanun'un 41. maddesine göre kadın sigortalı, ücretsiz izin ve analık izin sürelerini üç defaya mahsus olmak üzere doğum tarihinden sonra iki yıllık süreyi geçmemek kaydıyla borçlanabilecektir.⁵⁴

İş Kanunu 63. maddeye göre haftalık çalışma süresi 45 saattir ve haftada 45 saat şeklinde yapılan çalışmalar tam zamanlı çalışma olarak isimlendirilmek-

⁵² Madde 74. Analık halinde çalışma ve süt izni. Ek fıkra: 29/1/2016-6663/22 Md.

⁵³ Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Kanun Numarası: 5510, Kabul Tarihi: 31.05.2006, RG 16.06.2006/26200.

⁵⁴ Madde 41 Sigortalıların Borçlanabileceği Süreler. Değişik: 10/09/2014-6552/43 Md.

tedir. Kısmi süreli çalışma, başka bir ifade ile yarı zamanlı çalışma ise ilgili kanunun 13. maddesinde belirtilmekte ve emsal işçiye oranla işçinin önemli ölçüde az çalışması durumunu ifade etmektedir. Bu maddeye göre, işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın 2/3 oranına kadar yapılan çalışmalar, kısmi süreli çalışma olarak değerlendirilmektedir.

TÜİK verilerine göre istihdamdakilerin %87,6'sı tam; %12,4'ü yarı zamanlı çalışmaktadır. Ancak bu genel durum, cinsiyete göre farklılaşabilmektedir. İstihdam edilenlerin cinsiyetleri ile çalışma şekilleri arasında anlamlı bir ilişki olup olmadığı ki-kare analizi ile test edilmiştir ($\chi^2_1=552717,374$; $p<0,05$). Test sonuçlarına göre istihdamdakilerin cinsiyetleri ile çalışma şekilleri arasında istatistiksel olarak anlamlı bir farklılık bulunmaktadır. İstihdamdaki erkeklerin %9,3'ü; kadınların ise %19,5'i yarı zamanlı çalışmaktadır (Tablo 6). Bulgular, istihdamdaki kadınların erkeklerden daha yüksek oranda yarı zamanlı çalıştıklarına işaret etmektedir.

Tablo 6. İstihdamdakilerin Cinsiyete Göre Çalışma Şekilleri Arasındaki Farkın Analizi

Çalışma Şekli		Erkek	Kadın	Toplam	X2	SD	p
Tam Zamanlı	Sıklık	16.793.681	6.686.868	23.480.549	552717,374	1	.000
	%Çalışma Şekli	71,5%	28,5%	100,0%			
	%Cinsiyet	90,7%	80,5%	87,6%			
	%Toplam	62,6%	24,9%	87,6%			
Yarı Zamanlı	Sıklık	1.712.312	1.619.322	3.331.634			
	%Çalışma Şekli	51,4%	48,6%	100,0%			
	%Cinsiyet	9,3%	19,5%	12,4%			
	Toplam	6,4%	6,0%	12,4%			
Toplam	Sıklık	18.505.993	8.306.190	26.812.183			
	%Çalışma Şekli	69,0%	31,0%	100,0%			
	%Cinsiyet	100,0%	100,0%	100,0%			
	Toplam	69,0%	31,0%	100,0%			

Kaynak: TÜİK, 2020 Yılı HİAMVS ile yazar tarafından oluşturulmuştur.

Bursal ve Şentürk⁵⁵ tarafından 2024 yılında ve Akgeyik⁵⁶ tarafından 2017 yılında yayınlanan çalışmalarda da cinsiyet ile yarı zamanlı çalışma tercihleri arasındaki ilişki incelenmiş ve bu araştırmanın bulguları ile örtüşen sonuçlara ulaşılmıştır. Bahsi geçen çalışmalara göre kadınların erkeklere göre yarı zamanlı çalışma olasılıklarının daha yüksek olduğu belirlenmiştir.

Araştırmada istihdamda yer alanların yarı zamanlı çalışma nedenleri incelenmiştir. Cinsiyet gözetilmeksizin bakıldığında *işin niteliği*, yarı zamanlı çalışmanın en sık tekrarlanan nedenidir. Türkiye’de 2020 yılında istihdamda 3.331.633 kişi yarı zamanlı çalışmaktadır. İşin niteliği göz ardı edildiğinde, erkekler en yüksek oranda, *tam zamanlı iş bulamadığı* (%21,1); kadınlar ise *çocuk bakımı* (%9,4) nedeni ile yarı zamanlı çalışmaktadır. Cinsiyet ile yarı zamanlı çalışma nedeni arasındaki fark ki-kare analizi ile test edilmiştir ($\chi^2_8 = 315490,740$; $p < 0,05$). Test sonuçları yarı zamanlı çalışma nedeninin cinsiyete göre farklılaşabildiğine işaret etmektedir (Tablo 7).

Tablo 7. Cinsiyete Göre Yarı Zamanlı Çalışma Nedenleri Arasındaki Farkın Analizi

Yarı Zaman Nedeni		Erkek	Kadın	Toplam	X2	SD	p
Eğitime Devam Ettiği İçin	Sıklık	156.543	96.676	253.219	315490,740	8	.000
	%Neden	61,8%	38,2%	100,0%			
	%Cinsiyet	9,1%	6,0%	7,6%			
	Toplam	4,7%	2,9%	7,6%			
Kendi Hastalığı veya Engellilik	Sıklık	71.520	65.290	136.810			
	%Neden	52,3%	47,7%	100,0%			
	%Cinsiyet	4,2%	4,0%	4,1%			
	Toplam	2,1%	2,0%	4,1%			
Diğer Ailevi ve Kişisel Nedenler	Sıklık	84.419	116.417	200.836			
	%Neden	42,0%	58,0%	100,0%			
	%Cinsiyet	4,9%	7,2%	6,0%			
	Toplam	2,5%	3,5%	6,0%			

⁵⁵ Mücella Bursal ve İsmail Şentürk, ‘Evli Kadınların Yarı Zamanlı ve Tam Zamanlı Çalışma Şekillerinin Belirleyicileri: Türkiye Örneği’ (2024) 7 (1) Akdeniz Kadın Çalışmaları ve Toplumsal Cinsiyet Dergisi 123-123.

⁵⁶ Tekin Akgeyik, ‘Ülke Örnekleri ile Türkiye’de Yarı Zamanlı Çalışmanın Görünümü’ (2017) 7 (2) Sosyal Güvenlik Dergisi 33-62

Yarı Zaman Nedeni		Erkek	Kadın	Toplam	X2	SD	p
Tam Zamanlı İş Bulamadığı İçin	Sıklık	361.150	117.468	478.618			
	%Neden	75,5%	24,5%	100,0%			
	%Cinsiyet	21,1%	7,3%	14,4%			
	Toplam	10,8%	3,5%	14,4%			
İşin Niteliği Gereği	Sıklık	1.017.341	1.027.237	2.044.578			
	%Neden	49,8%	50,2%	100,0%			
	%Cinsiyet	59,4%	63,4%	61,4%			
	Toplam	30,5%	30,8%	61,4%			
Ailedeki Çocuklara Baktığı İçin	Sıklık	2.076	152.412	154.488			
	%Neden	1,3%	98,7%	100,0%			
	%Cinsiyet	0,1%	9,4%	4,6%			
	Toplam	0,1%	4,6%	4,6%			
Ailedeki Bakıma Muhtaç Yetişkinlere Baktığı İçin	Sıklık	2.166	10.440	12.606			
	%Neden	17,2%	82,8%	100,0%			
	%Cinsiyet	0,1%	0,6%	0,4%			
	Toplam	0,1%	0,3%	0,4%			
Hem Çocuklara Hem Yetişkinlere Baktığı İçin	Sıklık	1.368	24.421	25.789			
	%Neden	5,3%	94,7%	100,0%			
	%Cinsiyet	0,1%	1,5%	0,8%			
	Toplam	0,0%	0,7%	0,8%			
Diğer	Sıklık	15.729	8.960	24.689			
	%Neden	63,7%	36,3%	100,0%			
	%Cinsiyet	0,9%	0,6%	0,7%			
	Toplam	0,5%	0,3%	0,7%			
Toplam	Sıklık	1.712.312	1.619.321	3.331.633			
	%Neden	51,4%	48,6%	100,0%			
	%Cinsiyet	100,0%	100,0%	100,0%			
	Toplam	51,4%	48,6%	100,0%			

Kaynak: TÜİK, 2020 Yılı HİAMVS ile yazar tarafından oluşturulmuştur.

Çocuk bakımına ek olarak ailede çocuk ve yetişkin bakımını üstlenme görevi de önemli ölçüde kadına kalmaktadır. Öyle ki, ailedeki çocuklara bakım görevi atfedilmesi nedeni ile yarı zamanlı çalışmak durumunda kalanların %98,7'si; ailedeki bakıma muhtaç yetişkinlere bakanların %82,8'i ve ailedeki hem çocuk hem de yetişkinlere bakanların %94,7'si kadındır (Tablo 7). Veriler, öğrenilmiş toplumsal cinsiyet algısının, işgücü piyasasına nasıl yansıdığını gözler önüne sermektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi, 1475 sayılı eski İş Kanunu'nun 14. maddesi haricindeki diğer maddelerin yürürlükten kaldırıldığını ifade etmektedir. 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde kadın işçilerin evlenme tarihinden itibaren bir yıl içerisinde kendi isteği ile iş sözleşmesini sona erdirmesi durumunda kıdem tazminatına hak kazanacağı hükmedilmektedir. İlgili madde-nin, işverenlerin, işe alım kararlarında bekâr kadın çalışanları tercih etmemesi-ne neden olabileceğinden, kadın istihdamını sınırlayan bir düzenleme olarak görülmektedir.⁵⁷

3. 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Çocuklara Yönelik Düzenlemeler ve Türkiye İşgücü Piyasasında Çocuklar

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'na⁵⁸ göre çocuk, 18 yaşını doldurmamış bireylerdir. İş Kanunu 71. maddeye göre 15 yaşını doldurmamış bireylerin çalıştırılması yasaklanmaktadır. Ancak kanun bu yasağa bazı istisnalar getirmektedir. Öyle ki İş Kanunu zorunlu eğitimi tamamlamış ve 14 yaşını doldurmuş bireylerin, eğitimlerine, zihinsel, fiziksel, bedensel, sosyal ve ahlaki gelişimlerine engel olmayacak tarzda hafif işlerde çalıştırılmalarına ve 14 yaşını doldurmamış olan bireylerin ise eğitimlerine, zihinsel, fiziksel, bedensel, sosyal ve ahlaki gelişimlerine engel olmayacak işlerde sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalışmalarına olanak tanımaktadır. ILO 59 No'lu Asgari Yaş (Sanayi) Sözleşmesi'nin (Revize)⁵⁹ 2. maddesine göre ise 15 yaşın altındaki çocukların, kamu veya özel sektör sanayi işletmelerinde ya da bu işletmelerin alt birimlerinde çalıştırılmaları yasaklanmaktadır.

⁵⁷ Balcı (n 44) 1271.

⁵⁸ Çocuk Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 5395, Kabul Tarihi: 03.07.2005, RG 15.07.2005/25876.

⁵⁹ 59 No'lu Asgari Yaş (Sanayi) Sözleşmesi (Revize), Sözleşme Kabul Tarihi: 03.06.1937, RG 25.02.1993/21507.

TÜİK, İş Kanunu yaş sınırlamalarını gözeterek 15 yaşından büyük kişilerin istihdamda bulunma durumlarına ilişkin veriler sunmaktadır. TÜİK 2020 yılı HİAMVS'ye göre istihdamdakilerin ortalama yaşı 39'dur. İstihdamda bulunan 26.812.183 kişinin %1,9'u (500.546 kişi) 18 yaşın altında; %98,1'i (26.311.637 kişi) 18 yaş ve üzerindedir. 18 yaşın altında çalışanların %23,1'i 15 yaş; %30,2'si 16 yaş ve %46,7'si 17 yaşındadır. 15-17 yaş aralığında istihdamda bulunanların %73,3'ü erkek, diğerleri kadındır. Çocuk çalışanların %59'u ücretli/maaşlı/yevmiyeli; %40,2'si ücretsiz aile işçisi olarak çalışmaktadır. Çocuk istihdamının önemli kısmı kayıt dışı (%73,8) ve tam zamanlı (%61,2) olarak çalışmaktadır (Tablo 8).

Tablo 8. 15-17 Yaş Aralığındakilerin Sosyo-Demografik Özellikleri ve Çalışma Koşulları

Yaş Dağılımları		
Yaş Aralığı	n	Yüzde (%)
15 Yaş	115.600	23,1
16 Yaş	151.297	30,2
17 Yaş	233.649	46,7
Toplam	500.546	100,0
Cinsiyet		
Erkek	366.790	73,3
Kadın	133.756	26,7
Toplam	500.546	100,0
İşteki Durum		
Ücretli, maaşlı veya yevmiyeli	295.481	59,0
İşveren	68	,0
Kendi hesabına çalışan	3.692	,7
Ücretsiz aile işçisi	201.306	40,2
Toplam	500.546	100,0
Kayıtlı Çalışma Durumu		
Kayıtlı	131.173	26,2
Kayıt dışı	369.373	73,8
Toplam	500.546	100,0

Çalışma Şekli		
Tam zamanlı	306.165	61,2
Yarı zamanlı	194.381	38,8
Toplam	500.546	100,0

Kaynak: TÜİK, 2020 Yılı HİAMVS ile yazar tarafından oluşturulmuştur.

İş Kanunu 71. madde çalıştırma yaşı ve çocuk çalıştırma yasağına ilişkin hükümleri ifade ederken, çocukların eğitime devam edip etmediklerini dikkate almaktadır.⁶⁰ Buna göre Türkiye işgücü piyasasında yer alan çocukların eğitime devam etmeme durumları incelenmiştir. TÜİK HİAMVS'ye göre 500.546 kişi çocuk çalışan olarak istihdamda yer almaktadır. Bunların %64,9'u eğitimlerine devam etmekte; %35,1'si ise devam etmemektedir. Yaş değişkeni ile eğitimlerine devam etme durumları arasındaki ilişki ki-kare analizi ile sınanmış ve anlamlı bir fark olduğu belirlenmiştir ($\chi^2_1=1934970,152$; $p<0,05$). Analiz bulgularına göre 18 yaşın altındaki bireylerin eğitime devam etme durumları, 18 yaş üzerindeki bireylere göre daha yüksektir. 18 yaşın altındakilerin yaklaşık %65'i eğitime devam etmekteyken; 18 yaşın üzerinde olanlarda bu oran %8 düzeyindedir (Tablo 9).

Tablo 9. Yaş Grupları ile Eğitime Devam Etme Durumları Arasındaki Farkın Analizi

		15-17 Yaş	18 Yaş ve Üstü	Toplam	X2	SD	p
Eğitime Devam Ediyor	Sıklık	325.090	2.102.695	2.427.785	1934970,152	1	.000
	%Eğitim	13,4%	86,6%	100,0%			
	%Yaş	64,9%	8,0%	9,1%			
	Toplam	1,2%	7,8%	9,1%			
Eğitime Devam Etmiyor	Sıklık	175.456	24.208.942	24.384.398	1934970,152	1	.000
	%Eğitim	0,7%	99,3%	100,0%			
	%Yaş	35,1%	92,0%	90,9%			
	Toplam	0,7%	90,3%	90,9%			

⁶⁰ Madde 71 Çalıştırma Yaşı ve Çocukları Çalıştırma Yasağı. Değişik dördüncü fıkra: 4/4/2015-6645/38 Md.

		15-17 Yaş	18 Yaş ve Üstü	Toplam	X2	SD	p
Toplam	Sıklık	500.546	26.311.637	26.812.183			
	%Eğitim	1,9%	98,1%	100,0%			
	%Yaş	100,0%	100,0%	100,0%			
	Toplam	1,9%	98,1%	100,0%			

Kaynak: TÜİK, 2020 Yılı HİAMVS ile yazar tarafından oluşturulmuştur.

Geliri sıfırdan büyük olan istihdamda yer alan çocukların ortalama gelirleri, 18 yaşından büyük istihdamda yer alan bireylerle karşılaştırılmıştır. Tablo 10'da yer alan veriler ışığında, çocuk çalışanların gelirlerinin 2020 yılı asgari ücret tutarı olan 2.324,70TL'nin yaklaşık yarısı kadar olduğunu; ayrıca 18 yaşından büyüklerin ortalama gelirlerinin yaklaşık üçte birine denk gelen bir gelire sahip olduklarını söylemek mümkündür. İstihdamda bulunanların yaşlarına göre gelir ortalamaları arasında anlamlı bir fark olup olmadığı bağımsız iki örneklem t-testi ile sınanmıştır. Analiz sonuçlarına göre yaş ile gelir ortalamaları arasında istatistiksel olarak anlamlı bir farklılık tespit edilmiştir ($t_{0,05}$; 285429,181 = -1362,204). Grup ortalamaları incelendiğinde ise 18 yaşını doldurmamayanlar ($\bar{x}_{18\text{yaşaltı}}$ = 1.210,94), 18 yaşından büyük çalışanlara göre ($\bar{x}_{18\text{yaşüstü}}$ = 3.480,44) daha düşük ücret düzeyi ile çalışmaktadır (Tablo 10).

Tablo 10. Yaş Grupları ile Gelir Ortalamaları Arasındaki Farkın Analizi

Yaş Aralığı	n	$\bar{x}$	ss	t	p
15-17 Yaş	223341	1210,94	740,482	-1362,204	.000
18 Yaş ve üzeri	17043878	3480,44	2337,819		

Kaynak: TÜİK, 2020 Yılı HİAMVS ile yazar tarafından oluşturulmuştur.

İş Kanunu 71. maddeye göre, çocuk çalışanların haftalık çalışma süreleri sınırlandırılmaktadır. Okul öncesi eğitimi alan veya eğitimlerine devam eden çocukların eğitim öğretim saatleri içerisinde çalışmaları sınırlandırılmakla beraber; bu saatler dışında ise günde 2; haftada 10 saatten fazla çalışmaları yasaklanmaktadır. Zorunlu eğitimi tamamlamış ve örgün eğitime devam etmeyen çocukların ise günde 7; haftada 35 saatten; sanat, kültür ve reklam işlerinde çalışan çocukların ise günde 5;

haftada 30 saatten fazla çalıştırılmaları yasaklanmıştır. Bu süreler, 15 yaşını doldurmuş çocuklar için günde 8 haftada 40 saate kadar artırılabilir. ⁶¹

Araştırmada yaş aralığı ile haftalık çalışma süresi arasındaki ilişki, çocuk çalışanların yaş sınırı gözetilerek ki-kare analizi ile sınanmış ve 0,05 anlamlılık düzeyinde istatistiksel olarak anlamlı bir farklılık belirlenmiştir ($\chi^2=262684,090$; $p<0,05$). Çocuk çalışanların önemli kısmı (%41,4), İş Kanunu'na uygun biçimde haftada 30 saate kadar çalışmaktadır. Ancak, haftada 45 saatin üzerinde çalışan çocukların oranı da (%39,7) azımsanmayacak düzeydedir (Tablo 11).

Tablo 11. Yaş Gruplarına Göre İstihdamdakilerin Haftalık Çalışma Süreleri Arasındaki Farkın Analizi

		15-17 Yaş	18 Yaş ve Üstü	Toplam	X2	SD	p
0-30 Saat	Sıklık	207.210	4.068.659	4.275.869	262684,090	2	.000
	%Saat	4,8%	95,2%	100,0%			
	%Yaş	41,4%	15,5%	15,9%			
	Toplam	0,8%	15,2%	15,9%			
31-45 Saat	Sıklık	94.484	10.299.526	10.394.010			
	%Saat	0,9%	99,1%	100,0%			
	%Yaş	18,9%	39,1%	38,8%			
	Toplam	0,4%	38,4%	38,8%			
45 Saatten fazla	Sıklık	198.853	11.943.451	12.142.304			
	%Saat	1,6%	98,4%	100,0%			
	%Yaş	39,7%	45,4%	45,3%			
	Toplam	0,7%	44,5%	45,3%			
Toplam	Sıklık	500.547	26.311.636	26.812.183			
	%Saat	1,9%	98,1%	100,0%			
	%Yaş	100,0%	100,0%	100,0%			
	Toplam	1,9%	98,1%	100,0%			

Kaynak: TÜİK, 2020 Yılı HİAMVS ile yazar tarafından oluşturulmuştur.

⁶¹ Madde 71 Çalıştırma Yaşı ve Çocukları Çalıştırma Yasağı. Değişik dördüncü fıkra: 4/4/2015-6645/38 Md.

Berigel ve Eroğlu tarafından 2019 yılında yayımlanan araştırmada da benzer sonuçlara ulaşılmıştır. Araştırma bulgularına göre çocuk çalışanların yaklaşık %47'si, haftada 40 saatten fazla çalışmaktadır. Araştırmada, haftalık çalışma sürelerinin uzunluğunun, çocukların bedensel ve zihinsel performanslarını etkileyerek meslek hastalığına yakalanma ve iş kazası riskini artırabileceği vurgulanmaktadır.⁶²

Çocuk istihdamına yönelik bir diğer düzenleme ise İş Kanunu'nun 72. maddesinde yer almaktadır. İlgili maddeye göre 18 yaşından küçüklerin, maden ocaklarında, kablo döşeme işlerinde, kanalizasyon işlerinde ve tünel inşaatlarında çalıştırılmaları yasaklanmıştır. Benzer bir düzenleme de ILO 123 No'lu Yer Altı Madenlerinde İşe Almada Asgari Yaş Hakkında Sözleşme⁶³'de yer almaktadır. Sözleşmenin 2. maddesinde yer altı maden işletmelerinde istihdam edilenlerin yaş sınırının hiçbir şekilde on altıdan aşağı olamayacağı belirtilmektedir. Gerek İş Kanunu gerekse ILO 123 No'lu Sözleşme uyarınca bahsi geçen düzenlemelerin işgücü piyasasına nasıl yansıdığını belirlemek amacıyla çocuk ve erişkinlerin çalıştıkları sektörler incelenmiş ve ilgili değişkenler arasında istatistiksel olarak anlamlı bir farklılık olup olmadığı ki-kare analizi ile test edilmiştir. Analiz sonuçlarına göre yaş değişkeni ile çalışılan sektörler arasında anlamlı bir fark olduğu belirlenmiştir ($\chi^2=187737,104$; $p<0,05$). TÜİK HİAMVS'ye göre 18 yaşın altında çalışanların %40,3'ü tarımda; %36,9'u hizmet sektöründe faaliyet göstermektedir. Ancak, yapmakta oldukları işin niteliği bilinmemekle birlikte, sınırlı da olsa, maden sektöründe de inşaat sektöründe de 18 yaş altı çocukların çalıştığı görülmektedir (Tablo 12).

Tablo 12. Yaş Gruplarına Göre İstihdamdakilerin Faaliyet Gösterdikleri Sektörler Arasındaki Farkın Analizi

		15-17 Yaş	18 Yaş ve Üstü	Toplam	X2	SD	p
Tarım	Sıklık	201.594	4.514.530	4.716.124	187737,104	5	.000
	%Sektör	4,3%	95,7%	100,0%			
	%Yaş	40,3%	17,2%	17,6%			
	Toplam	0,8%	16,8%	17,6%			

⁶² Sevda Berigel ve İlhan Eroğlu, 'Türkiye'de Çocuk İşçiliğinin Dinamikleri' (2019) Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi 39, 52.

⁶³ 123 No'lu ILO Yer Altı Madenlerinde İşe Almada Asgari Yaş Hakkında Sözleşmesi, Sözleşme Kabul Tarihi: 22.06.1965, RG 21.05.1991/20877.

		15-17 Yaş	18 Yaş ve Üstü	Toplam	X2	SD	p
Madencilik	Sıklık	382	133.262	133.644			
	% Sektör	0,3%	99,7%	100,0%			
	%Yaş	0,1%	0,5%	0,5%			
	Toplam	0,0%	0,5%	0,5%			
İmalat	Sıklık	59.842	3.754.775	3.814.617			
	% Sektör	1,6%	98,4%	100,0%			
	%Yaş	12,0%	14,3%	14,2%			
	Toplam	0,2%	14,0%	14,2%			
Tekstil	Sıklık	30.733	1.518.462	1.549.195			
	% Sektör	2,0%	98,0%	100,0%			
	%Yaş	6,1%	5,8%	5,8%			
	Toplam	0,1%	5,7%	5,8%			
İnşaat	Sıklık	23.135	1.515.132	1.538.267			
	% Sektör	1,5%	98,5%	100,0%			
	%Yaş	4,6%	5,8%	5,7%			
	Toplam	0,1%	5,7%	5,7%			
Hizmet	Sıklık	184.860	14.875.476	15.060.336			
	% Sektör	1,2%	98,8%	100,0%			
	%Yaş	36,9%	56,5%	56,2%			
	Toplam	0,7%	55,5%	56,2%			
Toplam	Sıklık	500.546	26.311.637	26.812.183			
	% Sektör	1,9%	98,1%	100,0%			
	%Yaş	100,0%	100,0%	100,0%			
	Toplam	1,9%	98,1%	100,0%			

Kaynak: TÜİK, 2020 Yılı HİAMVS ile yazar tarafından oluşturulmuştur.

Taş ve Abbasigil (2016) tarafından kaleme alınan çalışma kapsamında da çocuk çalışanların en yüksek düzeyde tarım sektöründe istihdam edildikleri saptan-

miştir.⁶⁴ Özdemir, Albayrak ve Korkutan (2024) tarafından yapılan araştırmada ise çocuk çalışanların en yüksek düzeyde hizmet sektöründe çalıştıkları belirlenmiştir.⁶⁵ Benzer biçimde Ersoy (2023) tarafından yapılan araştırmada da TÜİK 2019 yılı Çocuk İşgücü Araştırması verilerine göre çocukların önemli kısmı hizmet sektöründe çalışmaktadır. Hizmet sektörünü sırasıyla tarım ve sanayi sektörü izlemektedir.⁶⁶

İş Kanunu 73. madde uyarınca ise çocukların sanayiden sayılan işlerde gece postalarında çalıştırılması yasaklanmaktadır. İlgili maddeye aykırı hareket eden işverene 2024 yılı için 14.740 TL idari para cezası öngörülmektedir. Ayrıca İş Kanunu'nda çocuk işçilerin yıllık izin hakları da düzenlenmektedir. İş Kanunu 53. maddeye göre 18 yaşından küçüklerin yıllık izin sürelerinin 20 günden az olamayacağı vurgulanmaktadır. Ancak, çocukların gece saatlerinde çalıştırılmaları ve yıllık izin sürelerine ilişkin veriler HİAMVS'de bulunmadığı için, işgücü piyasasına dönük analizler gerçekleştirilememiştir.

4. 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Yaşlılara Yönelik Düzenlemeler ve Türkiye İşgücü Piyasasında Yaşlılar

Yaşlanma, bireylerin fiziki ve ruhsal becerilerinde zamanla azalmaya sebebiyet veren fizyolojik bir süreçtir. Bireyin çevreye uyum sağlama gücünün azalması olarak ifade edilen ve çevresel ve toplumsal pek çok kritere bağlı olarak değişen yaşlanma kavramında Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) yaş aralıklarını kategorize etmektedir. DSÖ'ye göre 65 yaş ve üzeri bireyler yaşlı kategorisinde değerlendirilmektedir. DSÖ yaşlı bireyleri “genç yaşlı”; “yaşlı” ve “ileri yaşlı” olmak üzere üç grupta toplayarak; 65 ile 74 yaş aralığında bulunanları “genç yaşlı”; 75-84 yaş aralığındakileri “yaşlı” ve 85 yaşın üzerindeki “ileri yaşlı” olarak sınıflandırmaktadır.⁶⁷

⁶⁴ Hacı Yunus Taş ve Serkan Ömer Abbasigil, ‘Dünya'da Çocuk İşçiliği Sorunu: Türkiye-Almanya-Pakistan Karşılaştırması’ (2016) 6 (14) Hak İş Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi 25, 31.

⁶⁵ Nurten Ebru Özdemir, Elif Akyiğit Albayrak ve Mümtaz Korkutan, ‘Çocuk İşçiliği: Sağlık ve Sosyal Yaşam Koşulları Bağlamında Bir Değerlendirme’ (2024) 7 (1) Sosyal Bilimler Akademik Dergisi 44, 51.

⁶⁶ Hatice Hilal Tiritoğlu Ersoy ‘Türk İş Hukukunda Asgari Çalışma Yaşı’ (2023) 13 (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1583, 1587.

⁶⁷ Esra Akan ‘Toplumsal Yaşlanma ve Yaşlılıkta Barınma Problemi Bağlamında Kurumsal Yaşlı Yaşam Alanları Tasarımı’ (2023) 1 (2) Senectus, 145, 149; Adem Kuzu, Cihan Aydın, Mücahit Yıldız, Hanife Ece Erik, Gökçe Keskinkılıç, Dilek Aslan ve Meltem Şengelen, ‘Dünya Sağlık Örgütü Avrupa Bölgesi’nde Yaşlanma ile İlgili Seçilmiş Bazı Ölçütlerin Değerlendirilmesi’ (2019) 28 (1) STED 17,18.

TÜİK 2020 yılı HİAMVS'ye göre Türkiye işgücü piyasasında istihdamda bulunanların %79,7'si 50 yaşını doldurmamıştır. DSÖ tanımlamasına göre Türkiye'de istihdamın yaklaşık %97,2'si yaşlı grubunda yer almamaktadır. Başka bir ifade ile, Türkiye işgücü piyasasında istihdamda bulunanların %2,8'i yaşlı kategorisindedir. Genç yaşlı olarak çalışanların oranı %2,4; yaşlıların oranı %0,3; 85 yaş ve üzerinde çalışanlar ise oldukça sınırlı sayıdadır (Tablo 13).

Tablo 13. İstihdamda Yer Alan Bireylerin Yaş Dağılımları

Yaş Aralığı	n	Yüzde (%)
49 Yaş ve altı	21.362.462	79,7
50-64 Yaş arası	4.695.958	17,5
65-74 Yaş arası	654.734	2,4
75-84 yaş arası	93.247	0,3
85 yaş ve üzeri	5.781	0,0
Toplam	26.812.183	100,0

Kaynak: TÜİK, 2020 Yılı HİAMVS ile yazar tarafından oluşturulmuştur.

TÜİK verilerine göre istihdamda 65 yaş üzerinde 753.763 kişi yer almaktadır. Bu kişilerin önemli kısmı erkektir (%73,8). HİAMVS, istihdamda bulunan bireylerin işteki durumunu, ücretli/maaşlı/yevmiyeli, işveren, kendi hesabına çalışan ve ücretsiz aile işçisi olarak gruplandırmaktadır. Buna göre 65 yaş üzerinde istihdamda yer alan bireylerin %57,6'sı kendi hesabına çalışmaktadır. Ayrıca veriler, bahsi geçen kişilerin %87,7'sinin kayıt dışı ve %67,6'sının ise tam zamanlı çalıştığına işaret etmektedir (Tablo 14).

Tablo 14. 65 Yaş ve Üzeri Bireylerin Sosyo-Demografik Özellikleri ve Çalışma Koşulları

Cinsiyet		
	n	Yüzde (%)
Erkek	556.460	73,8
Kadın	197.302	26,2
Toplam	753.763	100,0

İşteki Durum		
Ücretli, maaşlı veya yevmiyeli	124.437	16,5
İşveren	59.095	7,8
Kendi hesabına çalışan	434.498	57,6
Ücretsiz aile işçisi	135.734	18,0
Toplam	753.763	100,0
Kayıtlı Çalışma Durumu		
Kayıtlı	92.661	12,3
Kayıt dışı	661.102	87,7
Toplam	753.763	100,0
Çalışma Şekli		
Tam zamanlı	509.686	67,6
Yarı zamanlı	244.077	32,4
Toplam	753.763	100,0

Kaynak: TÜİK, 2020 Yılı HİAMVS ile yazar tarafından oluşturulmuştur.

İstihdamda 65 yaşın altında ve üstünde çalışanların gelir ortalamaları arasında farklılık olup olmadığı 0,05 anlamlılık düzeyinde bağımsız iki örneklem t-testi ile analiz edilmiştir. Analiz sonuçlarına göre 65 yaşın altında çalışanlar ile üstünde çalışanların gelir ortalamaları arasında istatistiksel olarak anlamlı bir farklılık tespit edilmiştir ($t_{0,05;114660,181}=59,526$). Yaş aralığı ve gelir ortalamalarına göre yapılan analiz sonucunda 65 yaşın üzerindeki bireylerin gelirleri ($\bar{x}_{65\text{yaşüstü}}=2865,89$), 65 yaşın altındaki bireylerin ($\bar{x}_{65\text{yaşaltı}}=3454,97$) elde ettiği gelirden daha düşük olduğu bulgulanmıştır (Tablo 15).

Tablo 15. Yaş Grupları ile Gelir Ortalamaları Arasındaki Farkın Analizi

Yaş Aralığı	n	$\bar{x}$	ss	t	p
15-64 Yaş	17153297	3454,97	2329,748	59,526	.000
65 Yaş ve üzeri	113921	2865,89	3334,779		

Kaynak: TÜİK, 2020 Yılı HİAMVS ile yazar tarafından oluşturulmuştur.

Yaş grupları ile çalışılan sektörler arasında bir ilişki olup olmadığı ki-kare analizi ile test edilmiştir. Analiz sonuçlarına göre yaş grupları ile çalışılan sektörler arasında istatistiksel olarak anlamlı bir fark bulunmaktadır ($\chi^2_{20}=2319071,620$; $p<0,05$).

Tablo 16. Yaş Grupları ile Faaliyet Gösterilen Sektörler Arasındaki Farkın Analizi⁶⁸

		Tarım	Maden	İmalat	Tekstil	İnşaat	Hizmet	Toplam
15-49 Yaş	Sıklık	2.684.994	113.470	3.344.686	1.363.780	1.270.792	12.584.739	21.362.461
	Yaş	12,6%	0,5%	15,7%	6,4%	5,9%	58,9%	100,0%
	Sektör	56,9%	84,9%	87,7%	88,0%	82,6%	83,6%	79,7%
	Toplam	10,0%	0,4%	12,5%	5,1%	4,7%	46,9%	79,7%
50-64 Yaş	Sıklık	1.546.653	19.132	439.433	171.399	252.314	2.267.027	4.695.958
	Yaş	32,9%	0,4%	9,4%	3,6%	5,4%	48,3%	100,0%
	Sektör	32,8%	14,3%	11,5%	11,1%	16,4%	15,1%	17,5%
	Toplam	5,8%	0,1%	1,6%	0,6%	0,9%	8,5%	17,5%
65-74 Yaş	Sıklık	417.223	1.043	28.728	13.029	14.574	180.138	654.735
	Yaş	63,7%	0,2%	4,4%	2,0%	2,2%	27,5%	100,0%
	Sektör	8,8%	0,8%	0,8%	0,8%	0,9%	1,2%	2,4%
	Toplam	1,6%	0,0%	0,1%	0,0%	0,1%	0,7%	2,4%
75-84 Yaş	Sıklık	63.661	0	1.607	986	588	26.405	93.247
	Yaş	68,3%	0,0%	1,7%	1,1%	0,6%	28,3%	100,0%
	Sektör	1,3%	0,0%	0,0%	0,1%	0,0%	0,2%	0,3%
	Toplam	0,2%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,1%	0,3%
85 Yaş ve üzeri	Sıklık	3.593	0	162	0	0	2.027	5.782
	Yaş	62,1%	0,0%	2,8%	0,0%	0,0%	35,1%	100,0%
	Sektör	0,1%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
	Toplam	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
Toplam	Sıklık	4.716.124	133.645	3.814.616	1.549.194	1.538.268	15.060.336	26.812.183
	Yaş	17,6%	0,5%	14,2%	5,8%	5,7%	56,2%	100,0%
	Sektör	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%
	Toplam	17,6%	0,5%	14,2%	5,8%	5,7%	56,2%	100,0%

Kaynak: TÜİK, 2020 Yılı HİAMVS ile yazar tarafından oluşturulmuştur.

⁶⁸ Ki-kare analiz sonuçları tabloya sığdırılamadığı için metin içerisinde verilmiştir. ($\chi^2_{20}=2319071,620$; $p<0,05$).

Araştırmaya göre yaşlı olarak gruplandırılan 65 yaş üzerindeki bireylerin önemli kısmı tarım sektöründe çalışmaktayken; 65 yaşın altındaki bireyler hizmet sektöründe faaliyet göstermektedir. Madencilik sektöründe ise 65 yaşın üzerinde oldukça sınırlı oranda bir istihdam görülmektedir (Tablo 16).

Yaş aralığı ile haftalık çalışma süreleri arasındaki ilişkiyi test etmek üzere ki-kare analizi uygulanmış ve değişkenler arasında istatistiksel olarak anlamlı bir farklılık olduğu belirlenmiştir ($\chi^2_8=546852,156$; $p<0,05$). 65 yaşın üzerinde çalışanların önemli kısmı haftada 30 saatin altında çalışmaktadır. 50 yaş ve altı istihdamdakilerin %83; 50-64 yaş aralığındakilerin %39,5'i haftada 45 saatten fazla çalışmaktadır. İstihdamda bulunan 65-74 yaş aralığında olanların %37,4'ü; 75-84 yaş aralığındakilerin % 44,1'i; 85 yaş ve üzerindekiilerin ise 53,5'i haftada 30 saatten az çalışmaktadır (Tablo 17).

Tablo 17. Yaş Grupları ile Haftalık Çalışma Süreleri Arasındaki Farkın Analizi

		0-30 Saat	31-45 Saat	45 Saat üzeri	Toplam	X ²	SD	p
15-49 Yaş	Sıklık	2.926.328	8.363.164	10.072.970	21.362.462	546852,156	8	.000
	% Yaş	13,7%	39,1%	47,2%	100,0%			
	% Saat	68,4%	80,5%	83,0%	79,7%			
	Toplam	10,9%	31,2%	37,6%	79,7%			
50-64 Yaş	Sıklık	1.060.121	1.780.658	1.855.179	4.695.958			
	% Yaş	22,6%	37,9%	39,5%	100,0%			
	% Saat	24,8%	17,1%	15,3%	17,5%			
	Toplam	4,0%	6,6%	6,9%	17,5%			
65-74 Yaş	Sıklık	245.194	214.758	194.782	654.734			
	% Yaş	37,4%	32,8%	29,7%	100,0%			
	% Saat	5,7%	2,1%	1,6%	2,4%			
	Toplam	0,9%	0,8%	0,7%	2,4%			
75-84 Yaş	Sıklık	41.133	33.757	18.357	93.247			
	% Yaş	44,1%	36,2%	19,7%	100,0%			
	% Saat	1,0%	0,3%	0,2%	0,3%			
	Toplam	0,2%	0,1%	0,1%	0,3%			

		0-30 Saat	31-45 Saat	45 Saat üzeri	Toplam	X2	SD	p
85 Yaş ve üzeri	Sıklık	3.093	1.672	1.016	5.781			
	% Yaş	53,5%	28,9%	17,6%	100,0%			
	% Saat	0,1%	0,0%	0,0%	0,0%			
	Toplam	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%			
Toplam	Sıklık	4.275.869	10.394.009	12.142.304	26.812.182			
	% Yaş	15,9%	38,8%	45,3%	100,0%			
	% Saat	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%			
	Toplam	15,9%	38,8%	45,3%	100,0%			

Kaynak: TÜİK, 2020 Yılı HİAMVS ile yazar tarafından oluşturulmuştur.

4857 sayılı İş Kanunu'nda yaşlı bireylere yönelik sınırlı düzenleme bulunmaktadır. Bu sınırlamalarda ise 65 yaş ve üzeri şeklinde belirtilmemekle birlikte ilgili kanunun 53. maddesinde yıllık ücretli izin hakları yönü ile pozitif bir ayrımcılık dikkat çekmektedir. Buna göre 50 ve üzeri yaşta olup çalışanların yıllık izinlerinin 20 günden az olamayacağı belirtilmektedir. Ancak yıllık izin kullanımına ilişkin veriler, TÜİK HİAMVS'de sunulmadığı için, işgücü piyasasında yaşa göre yıllık izin kullanımının nasıl gerçekleştiğine yönelik analizler yapılamamıştır.

5. 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Engelli, Eski Hükümlü ve Terör Mağdurlarına Yönelik Düzenlemeler

5378 sayılı Engelliler Hakkındaki Kanun'a⁶⁹ göre engelli "*doğuştan veya sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duyuşsal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılama güçlükleri olan ve korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan kişi*" olarak tanımlanmaktadır. 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu'na⁷⁰ göre ise engelli "*doğuştan veya sonradan herhangi bir hastalık veya kaza sonucu bedensel, zihinsel, ruhsal, duyuşsal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi*

⁶⁹ Engelliler Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5378, Kabul Tarihi: 01.07.2005, RG 07.07.2005/25868.

⁷⁰ Sosyal Hizmetler Kanunu, Kanun Numarası: 2828, Kabul Tarihi: 24.05.1983, RG 27.05.1983/18059.

nedeniyle normal yaşamın gereklerine uymama durumunda olup; korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyacı olan kişi”dir. Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik⁷¹ ise engelli, Sosyal Hizmet Kanunu’na benzer biçimde, doğumdan veya sonradan gelişen bir sebeple, kişinin bedensel, zihinsel, duyuşsal ve sosyal becerilerini kaybetmesi sonucu günlük ihtiyaçlarını gidermekte zorlanan, çalışma gücünün %40’ını yitirdiğini sağlık raporu ile belgeleyen, korunmaya ve/veya bakıma muhtaç kişi olarak tanımlamaktadır. Bahsi geçen yönetmeliğe göre eski hükümlü “kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezası alan ya da ceza süresine bakılmaksızın devlet memuru olmaya engel bir suçtan hüküm giyenlerden cezasını tamamlayanlar, cezası ertelenenler, koşullu salıverilenler, denetimli serbestlikten yararlananlardan eski hükümlü belgesi ile durumlarını belgeledirenler” olarak tanımlanmaktadır. Terör olaylarında malul sayılmayacak şekilde yaralananlar ise aynı yönetmelik, askerlik hizmeti yaparken, terör olayları nedeniyle malul sayılmayacak şekilde yaralandığını askeri hastane ve ilgili komutanlık yazısı ile belgeleyenleri ifade etmektedir.

TÜİK, HİAMVS engelli çalışanların istihdamına yönelik veri sunmamaktadır. Ancak, TÜİK, *Türkiye Engelliler Araştırması*, engellilere yönelik veriler içermektedir. TÜİK *Türkiye Engelliler Araştırması* 2002 yılı verilerine göre toplam nüfusun %12,3’ü engellidir. Engellilerin %2,6’sı ortopedik, görme, işitme, konuşma ve zihinsel engelli iken; %9,7’si süregelen hastalığa sahiptir. Engellilerin %71,5’i ücretli/maaşlı/yevmiyeli olarak çalışmaktadır. Ortopedik, görme, işitme ve zihinsel engelli nüfusun %52,5’i; süregelen hastalığa sahip nüfusun ise %36,3’nün sosyal güvencesi bulunmamaktadır.⁷²

Engellilik, işgücü piyasasındaki en önemli dezavantajlardan biri olarak kabul edilmekte ve bireyin görüşünü, hareketini, iletişimini, yaşam kalitesini, sosyal ilişkilerini etkileyebilmektedir. DSÖ’ye göre engelliliğin üç ana boyutu vardır. İlki, hafıza ve uzuv kaybı gibi bireylerin bedensel ve zihinsel işlevlerinde bozulma; ikincisi görme, işitme, problem çözmede zorluk gibi aktivitelerin sınırlı olması; üçüncüsü ise çalışma ve sosyal hayata ilişkin normal günlük aktivitelere katılımda sınırlılık olarak değerlendirilebilmektedir.⁷³

⁷¹ Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik, RG 25.04.2009/ 27210.

⁷² Türkiye İstatistik Kurumu ‘Türkiye Engelliler Araştırması’ (2002).

⁷³ Noémi Meisznerné Kuklek, Máté Cséplő, Eszter Pozsonyi and Henriette Pusztalvi, ‘Raising Employment and Quality of Life Among People With Disadvantages-Results of a Hungarian Project’ (2021) 21 BMC Public Health, 1, 2.

4857 sayılı İş Kanunu'nda engelli/terör mağduru/eski hükümlülere yönelik düzenlemeler 30. maddede yer almaktadır. İşverenlere, istihdam şansı zayıf olan bu kişilere yönelik, birtakım zorunluluklar getirilmektedir. Bahsi geçen maddeye göre özel sektör işyerlerinde elli ve daha fazla sayıda işçi çalıştıran işverenler %3 engelli; kamu sektöründe ise %4 engelli ve %2 terör mağduru/eski hükümlü çalıştırmak durumundadır. Ayrıca çalışan, işyerinde çalışmakta iken engelli hale geldiyse, işveren bu kişileri istihdam etme noktasında öncelik vermelidir. Türkiye İş Kurumu (İŞKUR), engelli/terör mağduru/eski hükümlü olan bireylerin iş bulmasına ve istihdam etme zorunluluğu bulunan işverenlerin işçi bulmasına aracılık etmektedir. İŞKUR, *Mart 2024 İstatistik Bülteni* verilerine göre, 2024 yılı Ocak ve Mart döneminde 9.401 engelli birey işe yerleştirilmiştir. İŞKUR *İstatistik Yıllıkları* verilerine göre 2023 yılı sonu itibarıyla, toplam 35.177 engelli ile 168 eski hükümlü İŞKUR kanalı ile işe yerleştirilmişlerdir. Engelli istihdamının yaklaşık %98'i özel sektörde (34.622 kişi); %2'si kamu da (555 kişi) işe girmişlerdir.

Öte yandan, İş Kanunu'nun 72. maddesinde çocuk işçilere ve her yaştaki kadına tanınan bir ayrıcalık olan yer altında ve su altında çalıştırma yasağı, engelliler için de geçerlidir. Engelli/terör mağduru/eski hükümlü çalıştırma zorunluluğuna aykırı hareket eden işverene her ay için 2024 yılı itibarı ile 20.901TL idari para cezası öngörülmektedir.

Tartışma, Sonuç ve Öneriler

Ulusal ve uluslararası yazın, dezavantajlı grupları, cinsiyet, yaş, gelir düzeyi, uyruk, göç, hastalık vb. gibi farklı değişkenler gözeterek gruplandırmaktadır. Ancak, 4857 sayılı İş Kanunu dezavantajlı gruplar içerisinde yer alan bireylerden, kadın, çocuk, yaşlı ve engelli/terör mağduru/eski hükümlülere ilişkin koruyucu düzenlemeler içermektedir. Çalışmada, bahsi geçen gruplara yönelik yasal düzenlemelerin neler olduğu ve ilgili düzenlemelerin işgücü piyasasına nasıl yansıdığı saptanmaya çalışılmıştır.

TÜİK HİAMVS 2020 yılı verilerine göre çalışabilir nüfusun yaklaşık %51'i işgücüne dâhil değildir. Potansiyel işgücü olarak nitelendirilebilen bu grubun %32,5'i ev kadını; %15,4'ü ise özürlü/yaşlı ve hasta oldukları için işgücünde değildirler. Veriler, kadınların, engellilerin ve yaşlıların, işgücü piyasasına girme ve tutunma noktasında dezavantajlı olduklarını gösterir niteliktedir.

TÜİK 2020 yılı HİAMVS'ye göre Türkiye'de istihdamda bulunanların %69'unu erkekler; %31'ini kadınlar oluşturmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nda

istihdama sınırlı katılım sağlayan kadınları korumaya yönelik pek çok düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan ilki hem Anayasa’da hem İş Kanunu’nda benzer işi yapan ve benzer niteliklere sahip bireylere, cinsiyet gözetilerek ayrımcılık yapılamayacağıdır. Araştırma bulgularına göre, özel sektörde faaliyet gösteren kadınların ortalama ücret düzeyi erkeklerden daha düşüktür. Ek olarak, İş Kanunu’nda kadınların yeraltında ve sualtında çalışmaları, gece postalarında çalıştırılmaları, analık halinde çalıştırılmaları sınırlandırılmakta ve doğum sonrasında annenin çocuk sayısı ile orantılı olarak değişecek biçimde ücretsiz izin ve süt izni verilmesine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Bu noktada, yeraltında ve su altında kadın işçi çalıştırma yasağına ilişkin düzenlemelerin işgücü piyasasını doğrudan şekillendirdiği söylenebilmektedir. Araştırma bulgularına göre madencilik ve inşaat sektöründe çalışanların önemli kısmının erkek olduğu belirlenmiştir. Benzer biçimde kadınların doğum sonrası yarı zamanlı çalışma hakkı da, yarı zamanlı çalışmanın doğum izni ile ilgili olup olmadığı bilinmemekle birlikte, istihdamı şekillendirmiştir. 2020 yılında istihdamda bulunanların yarı zamanlı çalışma nedenleri incelendiğinde ve *işin niteliğinin* yarı zamanlı çalışmayı gerektirmesi grubu göz ardı edildiğinde, kadınların *çocuk ve yetişkin bakımını*; erkekler ise *tam zamanlı iş bulamadıkları* gerekçesi ile yarı zamanlı çalışmayı tercih ettikleri ya da yarı zamanlı çalışmak zorunda kaldıkları belirlenmiştir.

İş Kanunu çocuk istihdamının da biçimlenmesini sağlayan düzenlemeler içermektedir. İş Kanunu’na göre, istisnaları olmak ile birlikte çalışma yaşı 15’tir. Araştırma bulgularına göre istihdamda bulunanların %1,9’u 15-17 yaş aralığındadır. Çocuk çalışanların yaklaşık %65’i eğitimlerine devam etmektedir. İş Kanunu, çocukların haftalık çalışma sürelerini de sınırlandırmaktadır. Zorunlu eğitimi tamamlamış ve örgün eğitime devam eden çocukların haftada 35 saatten fazla çalıştırılması yasaklanmış olmakla beraber, veriler, 18 yaşın altında çalışanların yaklaşık %40’ının haftada 45 saatten fazla çalıştıklarını göstermektedir. Ek olarak, İş Kanunu’na göre çocukların yeraltında/sualtında ve gece postalarında çalıştırılmaları yasaktır. İstihdamdaki çocukların sektörel dağılımları incelendiğinde ise bahsi geçen kanun maddesi ile uyumlu biçimde madencilik ve inşaat sektöründe sınırlı çocuk çalışan olduğu belirlenmiştir. Çocuk çalışanlar 2020 yılı verilerine göre en yüksek oranda tarım ve hizmet sektöründe çalışmaktadır.

Yaşlılar ise bir diğer dezavantajlı gruptur. Araştırma bulgularına göre istihdamdakilerin %2,8’i 65 yaşın üzerindedir. İstihdamdaki yaşlıların önemli kısmı tarım sektöründe ve haftada 30 saatten az çalışmaktadır. 4857 sayılı İş Kanu-

nu'nda yaşlılara yönelik sınırlı düzenleme bulunmaktadır. Kanun, 50 yaş ve üzerinde çalışan bireylerin yıllık izin sürelerinin 20 günden az olamayacağına ilişkin hüküm bildirmektedir. Ancak, ortalama insan ömrünün uzaması, emekli maaşlarının düşük olması, emeklilik yaşının düşürülmesi ve erken emeklilik uygulamaları, işgücü piyasalarında yaşlı istihdamını günden güne arttıracak unsurlar olarak değerlendirilmektedir. Bu bağlamda, ilerleyen dönemlerde İş Kanunu'nda yaşlı çalışanları korumaya yönelik yasal düzenlemeler üzerine çalışılması önemli bir sosyal politika aracı olarak karşımıza çıkabilmektedir.

Engelli/terör mağduru/eski hükümlüler ise işgücü piyasasında istihdam şansı en zor olan bireylerdir. İş Kanunu bahsi geçen bireylere yönelik yaptırımlar içeren düzenlemeler getirmiştir. Bu düzenlemeler, kamu ve özel sektör işverenleri bakımından farklılaşmaktadır. Kanun, özel sektör işverenlerine sadece engelli işçi çalıştırma zorunluluğu getirmekteyken; kamu işyerlerine hem engelli hem de terör mağduru/eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu getirmektedir. Ayrıca, İş Kanunu'na göre engellilerin yeraltında ve sualtında çalıştırılmaları yasaklanmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu, istihdam fırsatı yakalama ve istihdamda kalma durumları, diğer bireylere göre daha düşük olan dezavantajlı kişilere yönelik yaptırımlar içeren düzenlemeler de getirmektedir. Bu düzenlemelere aykırı hareket edenlere idari para cezası verilmektedir. İş Kanunu 5. maddeye göre eşit davranma ilkesine aykırı hareket eden işverene, her bir işçi için 2024 yılı itibari ile 1.402 TL; çalışma sürelerine uymayan, çalışanları gece postalarında 7,5 saatten fazla çalıştıran, çocuk işçi çalıştırma yaşına ve yasağına aykırı hareket eden, yeraltı ve su altında çalışma yasağına uymayan, çocuk ve genç işçileri gece postalarında çalıştıran, doğum öncesi ve sonrasında kadın işçiyi çalıştıran veya ücretsiz izin hakkını kullandırmayan işverene 14.740 TL; engelli ve eski hükümlü istihdam etme şartlarını sağladığı halde istihdam etmeyen işverene, her bir engelli ve eski hükümlü ve çalıştırılmayan her ay için 20.901 TL idari para cezası kesilmesi öngörülmektedir.

Sonuç olarak, dezavantajlı grupları korumaya yönelik hazırlanan yasal düzenlemelerin, işgücü piyasasının şekillenmesinde önemli ancak sınırlı bir rol oynadığı söylenebilmektedir. Özellikle kanunda yaşlı istihdamına ilişkin sınırlı düzenleme yer almaktadır. Ayrıca, TÜİK HİAMVS'de, kadın çalışanların çocuk sayısı, doğum izni, süt izni ve doğum sonrası ücretsiz izin süreleri, 15 yaş altında çalışanların istihdam durumları, istihdamdakilerin yıllık izin süreleri ve engelli istihdamına ilişkin veriler bulunmamaktadır. Dolayısıyla İş Kanunu'nda yer alan

düzenlemelerin işgücü piyasasına bu kriterler gözetilerek nasıl yansıdığı belirle-
nememiştir. TÜİK'in yukarıda bahsi geçen yasal düzenlemeleri de içeren kapsa-
yıcı bir araştırma yapması ve kamuoyu ile paylaşması, araştırmacılara işgücü
piyasası hakkında daha doğru karşılaştırmalar yapma imkânı sunabilecektir. Ek
olarak, bundan sonraki çalışmaların nitel araştırma deseni üzerine kurgulanma-
sı, yazına derinlik katabilecek önemli bulgulara erişilebilmesine ve bulguların
karşılaştırılabilmesine olanak tanıyacaktır.

Kaynakça

- Akan E, 'Toplumun Yaşlanması ve Yaşlılıkta Barınma Problemi Bağlamında Kurumsal Yaşlı Yaşam Alanları Tasarımı' (2023) 1 (2) Senectus 145-184
- Akgeyik T, 'Ülke Örnekleri ile Türkiye'de Yarı Zamanlı Çalışmanın Görünümü' (2017) 7 (2) Sosyal Güvenlik Dergisi 33-62
- Akputat A K, 'İşverenin Engelli İşçi Çalıştırma Yükümlülüğü' (2019) 77 (2) İstanbul Hukuk Mecmuası 523-553
- Aksoy İ İ, 'Dezavantajlı Grupların İstihdamına Yönelik Politikalar: Gelişmiş Ülke Örnekleri ve Türkiye İçin Politika Önerileri' (Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi, 2019)
- Alp L, 'Dezavantajlı Grupların İstihdama Katılmaları: G20 Ülkelerindeki Başarılı Uygulamalar' (Uzmanlık Tezi, T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Dış İlişkiler ve Yurtdışı İşçi Hizmetleri Genel Müdürlüğü, 2014)
- Al-Qudsi S S, 'Return to Education, Sectoral Pay Differentials and Determinants in Kuwait' (1989) 8 (3) Economics of Education Review 263-276
- Aracı Ü E ve Koçak N, 'Dezavantajlı Bireylerin Turizmde İstihdamı: İnsan Kaynakları Yöneticilerinin Algı, Görüş ve Deneyimlerinin İncelenmesi' (2014) (2) Gazi Üniversitesi Turizm Fakültesi Dergisi 191-205
- Berigel S ve Eroğlu İ, 'Türkiye'de Çocuk İşçiliğinin Dinamikleri' (2019) Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi 39-56
- Bradbury K L, 'Rising Tide in the Labor Market: To What Degree Do Expansions Benefit the Disadvantaged?' (2000) New England Economic Review 3-34
- Bursal M ve Şentürk İ, 'Evli Kadınların Yarı Zamanlı ve Tam Zamanlı Çalışma Şekillerinin Belirleyicileri: Türkiye Örneği' (2024) 7 (1) Akdeniz Kadın Çalışmaları ve Toplumsal Cinsiyet Dergisi 123-141
- Caillods F, 'Education Strategies for Disadvantaged Groups: Some Basic Issues' (1998) UNESCO, International Institute for Educational Planning
- Chapman A R and Carbonetti B, 'Human Rights Protections for Vulnerable and Disadvantaged Groups: The Contributions of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights' (2011) 33 Human Rights Quarterly 682-732
- Coffey M, Coufopoulos A and Kinghorn K, 'Barriers to Employment for Visually Impaired Women' (2014) 7 (3) International Journal of Workplace Health Management 171-185
- Çelik O ve Selim S, 'Türkiye'de Kamu ve Özel Sektör Ücret Farklılıklarının Kantil Regresyon Yaklaşımı ile Analizi' (2014) 21 (1) Yönetim ve Ekonomi Dergisi 205-232
- Dayıoğlu Tayfur M ve Kasnakoğlu Z, 'Kentsel Kesimde Kadın ve Erkeklerin İşgücüne Katılımları ve Kazanç Farklılıkları' (1997) 24 (3) ODTÜ Gelişme Dergisi, 1997, 329-361

- Doğmuş I ve Yıldırım S, 'Çalışma Hayatında Yaşlı Olmak' (2021) (15) Anasay 107-124
- Dustmann C and Soest A V, 'Wage Structures in the Private and Public Sectors in West Germany' (1997) 18 (3) Fiscal Studies 225-247
- Edmonds E V and Shrestha M, 'The Impact of Minimum Age of Employment Regulation on Child Labor and Schooling' (2012) 1 IZA Journal of Labor Policy 1-28
- Emmett T and Alant E, 'Women and Disability: Exploring the Interface of Multiple Disadvantage' (2006) 23 (4) Development Southern Africa 445-460
- Ertürkmen G, 'Türkiye'de Dezavantajlı Gruplar ve İstihdam' (2023) 6 (4) R&S-Research Studies Anatolia Journal 388-411
- Fisher M, Lewin P A and Pilgeram R, 'Farmworkers and the Gender Wage Gap: An Empirical Analysis of Wage Inequality in US Agriculture' (2022) 44 (4) Applied Economic Perspectives and Policy 2145-2163
- Genç Y ve Çat G, 'Engellilerin İstihdamı ve Sosyal İçerme İlişkisi' (2013) 8 (1) Akademik İncelemeler Dergisi 363-394
- Göçoğlu V, 'Dezavantajlı Gruplar Üzerinde Yapılan Bir Kamu Politikası Sonlandırmasının Analizi: Eski Hükümlülerin Özel Sektördeki İstihdam Zorunluluğunun Kaldırılması' (2015) 8 (36) Journal of International Social Research 846-863
- Gökçeoğlu Balcı Ş, 'Koruma mı Dışlama mı? Çalışma Mevzuatımızda Kadını Koruyucu Kimi Düzenlemelerin Kadın İstihdamı ve AB Normları Açısından Değerlendirilmesi' (2017) 3 (54) Çalışma ve Toplum 1263-1298
- Güloğlu T ve Güven Çepni G, 'Dezavantajlı Gruplar Açısından Yoksulluk Profilleri' (2022) 2 (1) Journal of Economics and Political Sciences 80-101
- Halaçlı B ve Karaalp Orhan H S, 'Cinsiyete Dayalı Ücret Eşitsizliği: İşveren Yönlü Bir Analiz' (2022) 61 Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 65-90
- Hyder A and Reilly B, 'The Public and Private Sector Pay Gap in Pakistan: A Quantile Regression Analysis' (2005) 44 (3) The Pakistan Development Review 271-306
- İlkkaracan İ ve Selim R, 'The Gender Wage Gap in the Turkish Labor Market' (2007) 21 (3) Labour 563-593
- İslamoğlu E ve Yıldırım S, 'Çalışma Hayatında Eski Hükümlü Olmak: Sakarya İlinde Bir Araştırma'ın Emel İslamoğlu ve Elif Alp (eds), Sosyal Bilimlerde Yeni Araştırmalar IV (Berikan Yayınevi 2020)
- Jovanovic B and Lokshin M M, 'Wage Differentials Between the State and Private Sectors in Moscow' (2004) 50 (1) Review of Income and Wealth 107-123
- Kala E S, 'Türk Hukukunda Engelli Eski Hükümlü ve Terörle Mücadelede Yaralananların İstihdamı Hakkında Düzenlemeler' (2020) 19 (38) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 56-73
- Kapsos S, 'The Gender Wage Gap in Bangladesh' (2008). ILO Asia-Pacific Working Paper Series, 1-29

- Kara O, 'Occupational Gender Wage Discrimination in Turkey' (2006) 33 (2) Journal of Economic Studies 130 - 143
- Kino H, 'Kamu Hizmetlerinin Değişen Yüzü ve Seçilmiş Dezavantajlı Gruplar' (2019) 6 (6) Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi 55-69
- Korkut G ve Bulduk M F, 'Sektörler İtibariyle İşverenlerin Yaşlı İstihdamına İlişkin Tutumlarının Belirlenmesine Yönelik Bir Araştırma' (2021) 26 (1) Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 51-63
- Köseoğlu A C, 'Türk İş Hukukunda Analık' (2016) 2 (4) İş ve Hayat 97-124
- Kuklek N M, Cséplő M, Pozsonyi E and Pusztafalvi H, 'Raising Employment and Quality of Life Among People With Disadvantages-Results of a Hungarian Project' (2021) 21 BMC Public Health 1-7
- Kuzu A, Aydın C, Yıldız M, Erik H E, Keskinçilic H G, Aslan D ve Şengelen M, 'Dünya Sağlık Örgütü Avrupa Bölgesi'nde Yaşlanma ile İlgili Seçilmiş Bazı Ölçütlerin Değerlendirilmesi' (2019) 28 (1) STED 17-27
- Mayer S E, 'What is a "Disadvantaged group?" (2003) Effective Communities Project, 1-5
- Namal M K, Berke M ve Çetinay H A, 'Eski Hükümlü İstihdamında Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri' (2021) 6 (63) Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 1338-1354
- Nasir Z M, 'Earnings Differential Between Public and Private Sectors in Pakistan' (2000) 39 (2) The Pakistan Development Review 111-130
- Oğlak S, 'Yaşlı Sosyal Refahının Küresel Yaşlanma İzlem Endeksi Yönünden Değerlendirilmesi ve Türkiye Yaşlı Sosyal Refahının Görünümü' (2019) 12 (2) Yaşlı Sorunları Araştırma Dergisi 84-96
- Onuk P, 'Ücret Eşitsizliği ve Ücretin Sosyoekonomik Belirleyenleri: İstanbul Örneği' (2017) 53 (2) Çalışma ve Toplum 703-720
- Özdemir N E, Albayrak E A ve Korkutan M, 'Türkiye'de Çocuk İşçiliği: Sağlık ve Sosyal Yaşam Koşulları Bağlamında Bir Değerlendirme' (2024) 7 (1) Sosyal Bilimler Akademi Dergisi 44-66
- Rahman M M and Tasneem S, 'Employment and Income Status of Disadvantaged Women-A Comparative Analysis Between Some Selected Urban and Rural Areas of Khulna District' (2016) 5 (2) East West Journal of Business and Social Studies 15-37
- Rodier G and Galea G, 'Physical Activity Promotion in Socially Disadvantaged Groups: Principles For Action' (2013) World Health Organization Regional Office For Europe <<https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/344859/9789289000079eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2024
- Sağlam B, 'Türkiye'de Engelli Bireylerin Dezavantajlı Konumlarına Engellilik Sosyolojisinin Eleştirel Tavrıyla Bakmak' (2017) 11 (24) Toplum ve Demokrasi 107-125

- Sönmez Ö A ve Gülçek Y, 'Pandemi Sürecinde Evlerimizin Hizmetkârları Gündelikçi Kadınlar'ın Emrah Başaran ve Ruhi Can Alkın (eds) Pandemi Sürecinde Dezavantajlı Gruplar (NEU Yayınları 2021)
- Süral N, 'Türkiye'de Kadın İstihdamı: Fırsatlar, Engeller ve Hukuki Çerçeve' (2014) 15 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 279-309
- Tansel A, 'Public-Private Employment Choice, Wage Differentials and Gender in Turkey' (2005) 53 (2) Economic Development and Cultural Change 453-477
- Taş H Y ve Abbasgil S Ö, 'Dünya'da Çocuk İşçiliği Sorunu: Türkiye-Almanya-Pakistan Karşılaştırması' (2016) 6 (14) Hak İş Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi 25-46
- Taş H Y ve Köse A, 'Türkiye'de Gençlerin İstihdama Kazandırılmasına Yönelik Uygulanan Sosyal Politikalar' (2024) 13 (35) Hak İş Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi 89-112
- Tiritoğlu Ersoy H H, 'Türk İş Hukukunda Asgari Çalışma Yaşı' (2023) 13 (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1583-1621
- Toksöz G, Dedeoğlu S, Memiş P E ve Kaya B S, 'Türkiye'de Kadın İşgücü Profili ve İstatistiklerinin Analizi' (Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Ankara 2014)
- Tosun O, 'Avrupa Birliği Eğitim Politikalarında Dezavantajlı Gruplar' (Yüksek Lisans Tezi Dokuz Eylül Üniversitesi 2019)
- Ünlü İ D, 'Yerel Yönetimlerin Hayat Boyu Öğrenmedeki Yeri ve Dezavantajlı Gruplar Açısından Değerlendirilmesi: İSMEK Örneği' (Yüksek Lisans Tezi Marmara Üniversitesi 2019)
- Verbruggen J, 'Effects of Unemployment, Conviction and Incarceration on Employment: A Longitudinal Study on the Employment Prospects of Disadvantaged Youths' (2016) 56 (4) British Journal of Criminology 729-749
- Yıldırım A, 'Sosyal Politika Kapsamında Türkiye'de Yaşlanmaya İlişkin Ulusal Düzeydeki Düzenlemeler' (2021) 10 (3) MANAS Sosyal Araştırmalar Dergisi 1889-1909
- Yılmaz A T, 'Türkiye İş Kurumu Tarafından Dezavantajlı Gruplara Yönelik Uygulanan Mesleki Eğitim Kurslarının Etkilerinin İncelenmesi Ve Faaliyetlerin Çeşitlendirilmesine Yönelik Öneriler' (T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü, Ankara 2016)

İnternet Kaynakları

- European Institute for Gender Equality, Disadvantage Groups, 2024, <https://eige.europa.eu/taxonomy/term/1174?language_content_entity=en> Date of Access 14 August 2024
- International Labour Organization, Global Wage Report 2016/17 Wage Inequality in the Workplace, <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_537846.pdf> Date of Access 10 October 2024

Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, <<https://sozluk.tdk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 25 Nisan 2024

Türkiye İstatistik Kurumu, Türkiye Engelliler Araştırması, 2002, <<https://data.tuik.gov.tr/Search/Search?text=engellilik>> Erişim Tarihi 10 Ekim 2024

Türkiye İş Kurumu, İstatistik Yılları, 2023 Yıllık Tabloları, <<https://iskur.gov.tr/kurumsal-bilgi/istatistikler/>> Erişim Tarihi 12 Eylül 2024

Türkiye İş Kurumu, Mart 2024 İstatistik Bülteni, <<https://media.iskur.gov.tr/88063/03-mart-2024-aylik-istatistik-bulteni.pdf>> Erişim Tarihi 12 Eylül 2024

İşyerinde Gerçekleşen Psikolojik Taciz Nedeniyle İşçilerin Başvuracakları Hukuki Çareler^(*)

Öğr. Gör. Selçuk CENGİZ^(**)

Öz

Psikolojik taciz bütün işyerlerinde ve iş kollarında çalışanların maruz kalabileceği bir davranış şeklini ifade eden bir terimdir. Günümüzde adını sıklıkla duyduğumuz bu terimin ortaya çıkışı iş yaşamının başladığı eski dönemlere dayanmaktadır. Bununla beraber psikolojik tacizin “*işyerinde psikolojik taciz*” terimi olarak gündeme gelip, hukuki alanda mücadele edilen bir terime evrilmesi ve pozitif düzenlemelerde yer alması ise yenidir. Yeni bir terim olan işyerinde psikolojik taciz son dönemlerde çok sayıda bilimsel esere konu olmuştur. Öğretide işyerinde psikolojik taciz terimine ilişkin çok sayıda eser üretilmesine karşın ne yazık ki psikolojik taciz terimi kanuni düzenlemelerde yeterince yer bulamamıştır. Bu nedenle psikolojik tacize maruz kalan bir işçinin başvurabileceği kanuni yollar mevcut hukuk düzenimizde sınırlı kalmaktadır. Bu kanuni eksiklikler, öğretideki çeşitli görüşler ve Yargıtay’ın içtihatları ile giderilmeye çalışılmaktadır.

Bu çalışma işçilerin iş yaşamında çok yaygın karşılaştığı psikolojik taciz eylemlerini öğreti görüşleri ve Yargıtay kararları ışığında ele almaktadır. Bu bağlamda çalışmada işçilerin İş Hukuku açısından başvurabilecekleri hukuki çareler incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler

Psikolojik Taciz, Türk Borçlar Kanunu, İşçilerin Hakları, Yıldırma, İş Yaşamı.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 16.03.2025 - Kabul Edildiği Tarih: 17.05.2025.

Atıf Şekli: Selçuk Cengiz, ‘İşyerinde Gerçekleşen Psikolojik Taciz Nedeniyle İşçilerin Başvuracakları Hukuki Çareler’ (2025) 15(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 701, 770.

DOI: 10.52273/sduhfd..1659071.

^(**) Hatay Mustafa Kemal Üniversitesi, Antakya Meslek Yüksekokulu, Hukuk Bölümü, Hatay, Türkiye.

E-posta: selcuk.cengiz@mku.edu.tr.

Orcid: https://orcid.org/0000-0003-2304-7699.

Legal Remedies Available to Workers due to Psychological Harassment Occurring in the Workplace

Abstract

Psychological harassment is a term that refers to a form of behavior that employees can be subjected to in all workplaces and sectors. The emergence of this term, which we frequently hear today, dates back to the early periods of working life. However, the evolution of psychological harassment into the concept of “*workplace psychological harassment*” which has come to the forefront and is fought against in the legal field, is relatively new. The new term workplace psychological harassment has recently been the subject of numerous scientific works. Despite the production of many works related to the term workplace psychological harassment in the literature, unfortunately, the term psychological harassment has not found sufficient place in legal regulations. Therefore, the legal avenues available for an employee subjected to psychological harassment remain limited within our current legal system. These legal deficiencies are being addressed through various opinions in the literature and the case law of the Court of Cassation.

This study addresses the actions of psychological harassment that workers frequently encounter in their work life, in light of expert opinions and Supreme Court decisions. In this context, the legal remedies that workers can resort to from the perspective of Labor Law are examined.

Keywords

Psychological Harassment, Turkish Code of Obligations, Workers Rights, Bullying, Work Life.

Extended Summary

Since the 1980s, psychological harassment has gained attention in scientific research with increasing interest in different countries. In the 1990s, this term began to appear in various legal regulations. In the ongoing process, some countries have enacted specific laws regarding psychological harassment, while in others, despite the absence of direct legal regulation, the term has been recognized in practice, and certain rights have been granted to workers in cases of psychological harassment.

Psychological harassment encompasses behaviors that leave negative effects on the worker's mental world, exhaust the worker, belittle them, and evoke feelings of worthlessness. These behaviors can deeply undermine the motivation and performance of workers in the workplace. While there are many causes and manifestations of psychological harassment in the workplace, not every incident can be deemed as psychological harassment. As will be explained below, it appears that certain elements must coexist for the existence of psychological harassment in a workplace.

People working in the same environment exhibit systematic intimidating behaviors towards each other because they have different characters, are very successful, or hold higher positions. This process, referred to as psychological harassment in the workplace, exhibits different characteristics from the usual stress and physical violence found in the workplace.

It is observed that workplace psychological harassment is often confused with similar concepts such as workplace stress, leading individuals to believe they are victims of psychological harassment. This situation has resulted in the dismissal of lawsuits filed by plaintiffs claiming they have been subjected to psychological harassment at work. In today's conditions, the speed at which individuals are informed about developments, along with the undeniable power of news sources in the internet environment and social media, has made the concept of workplace psychological harassment known in society.

It is seen that employees often claim to have been subjected to psychological harassment in order to create a basis for unjust demands, and that the concept is being attempted to be turned into a basis for claims. Therefore, it is evident that the concept is prone to misuse. It is also important to prevent employers from facing unfounded accusations of psychological harassment, as well as to prevent workers from being subjected to psychological harassment.

Furthermore, when a victim seeks their rights through legal means, even if a decision is made in their favor, the lack of deterrent sanctions, the low amounts involved, and the expenses incurred by the victim for hospital, doctor, and treatment costs to regain their health are other aspects that need to be considered in the evaluation of the issue.

Our state has recently become acquainted with the term "psychological harassment" in the realm of positive law. It struggles to define and name the detrimental, exhausting, demoralizing, demeaning, and cruel behaviors that negatively impact the

mental world of the victimized worker, leaving them feeling worthless. Consequently, the victim may hesitate to label the behaviors experienced in the workplace as psychological harassment and is also uncertain about its place in the Turkish legal system. Therefore, there are currently no legal provisions containing direct regulations to prevent acts of psychological harassment or to specify what sanctions would be applied in the presence of psychological harassment. Due to this gap, decisions are generally made by interpreting whether specific incidents can be assessed within the framework of psychological harassment based on general regulations.

In our country and around the world, the primary aim in previous years has been to protect employees from workplace accidents and occupational diseases. However, this situation has aimed to protect only the physical health of employees while leaving their psychological health vulnerable. Psychological harassment in the workplace, which expresses violence in a psychological sense, is preferred more by perpetrators because it is carried out insidiously and is difficult to prove. With the recent increase in criminal sanctions for physical violence and insults, as well as the growing awareness among people, psychological harassment has become a silent weapon. Therefore, both in our country and around the world, there is a rapid awareness process against psychological harassment in the workplace.

As mentioned above, when examining the legal studies conducted in Turkey on this topic so far, it is observed that the issue is generally addressed from the perspective of labor law; one of these aspects is the right to work. Additionally, it is seen that the dimensions of civil law and criminal law regarding the protection of personal rights have been attempted to be outlined within a certain framework. This situation arises from the interference of psychological harassment with individuals' personal rights, health rights, and labor rights. Therefore, acts of psychological harassment violate many areas of law. However, it is observed that employees do not fully understand the concept of psychological harassment, nor can victims evaluate the legal avenues available to them.

On the other hand, it should not be forgotten that a significant part of professional life takes place in the workplace, that employees are the primary actors in these relationships, that our legislation regarding psychological harassment is insufficient, and that addressing this deficiency with positive regulations would be more appropriate. Measures to prevent psychological harassment will contribute to the establishment of workplace peace and the creation of a more efficient working environment. With the hope of a civilized work life free from pressure, intimidation, humiliation, disregard, and psychosocial negatives, we believe that concrete steps must be taken in this regard.

Giriş

Psikolojik taciz terimi ilk defa Türk Borçlar Kanunu (TBK)¹ madde (m.) 417'de düzenleme altına alınarak mevzuatımıza açıkça girmiştir. Ancak kanun koyucu sözü geçen maddede psikolojik taciz teriminin tanımına yer vermemiştir².

İş Kanunu'nda (İK)³ ise psikolojik taciz terimi, ne pozitif düzenleme olarak ne de tanım olarak kendine yer bulabilmiştir. Fakat İK'daki bu eksiklik, Türk Medeni Kanunu (TMK)⁴ m.5'te yer alan *"Bu Kanun ve TBK'nın genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır."* ifadesi ile giderilebilecektir. Zira sözü geçen düzenlemeden İK'da hüküm bulunmayan hallerde, TBK ve TMK hükümlerinin uygulanacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Dolayısıyla her ne kadar İK'da aleni bir şekilde psikolojik taciz terimi ve tanımı yer almasa da işyerinde gerçekleşen psikolojik taciz niteliğindeki eylemlere TBK ve TMK hükümleri uygulanacaktır. Ayrıca sözü geçen TMK'daki bu hüküm olmasa dahi İK'nın ruhundan doğan *"işverenin işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğü"*, *"işçilere karşı eşit davranma borcu"* vs. temel ilkeleri uyarınca işçiler, işyerinde gerçekleşen psikolojik taciz davranışları karşısında korumasız bırakılamazlar.

Bu çalışmamızda öncelikle psikolojik taciz terimi ve psikolojik tacizin unsurları incelenecektir. Ardından İK'da hüküm bulunan ve hüküm bulunmayan hallerde işçilerin başvurabilecekleri hukuki çareler açıklanacaktır. Bu doğrultuda TBK, TMK, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK)⁵, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu (TİHEKK)⁶, Anayasa Mahkemesi (AYM) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) uyarınca mağdur işçilerin başvurabilecekleri hukuki çareler topluca ele alınacaktır.

¹ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

² Murat Demircioğlu, Tankut Centel ve Hasan Ali Kaplan, *İş Hukuku* (21. Baskı, Beta Yayınları 2021), 125; Ayça İzmirlioğlu, 'İşyerinde Psikolojik Tacizin Eşit Davranma İlkesi Bağlamında İncelenmesi' (2020) 5(1) ÇÜHFD 1799, 1802; Banu Özden, 'Türk İş Hukuku Kapsamında Psikolojik Taciz (Mobbing)' (2018) 5(8) ASEAD 22, 24.

³ İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.05.2003, RG 10.06.2003/25134.

⁴ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.

⁵ İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, Kanun Numarası:6331, Kabul Tarihi: 20.06.2012, RG 30.06.2012/28339.

⁶ Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, Kanun Numarası: 6701, Kabul Tarihi: 06.04.2016, RG 20.04.2016/29690.

I. Psikolojik Taciz Terimi

A. Terminoloji Sorunu

İşyerinde psikolojik taciz terimi uluslararası ve ulusal literatürde çeşitli şekilde adlandırılmaktadır⁷. Bu nedenle uluslararası ve ulusal literatürde psikolojik taciz terimine ilişkin bir terminoloji sorunu mevcuttur.

Uluslararası literatürde psikolojik taciz terimi yerine en çok tercih edilen adlandırmalar şu şekilde sıralanabilir: İskandinav ülkeleri ve Almanya’da “*mobbing*”, Anglo-Sakson ülkelerinde, “*bullying*” ve Fransa’da “*le harcèlement moral*” şeklindedir. Sözü geçen bu uluslararası literatürdeki kullanımların Türkçe çevirisine bakıldığında; “*işyerinde zorbalık*”, “*duygusal taciz*”, “*işyeri terörü*”, “*şiddet*” ve “*kötü muamele*” gibi anlamlar içerdiği görülmektedir⁸. Uluslararası literatürdeki psikolojik tacizi adlandırmada yaşanan bu terim karmaşası ulusal literatürümüzde de görülmektedir⁹. Mesela, “*işyerinde ruhsal taciz*”, “*duygusal linç*”, “*işyerinde manevi taciz*”, “*psikolojik terör*”¹⁰, “*işyerinde duygusal saldırı*”, “*duygusal şiddet*”¹¹, “*işyerinde yıldırma*”, “*bezdiri*”¹², “*yıldırkaçır*”¹³ gibi çok farklı adlandırmalara yer verilmiştir¹⁴. Bununla birlikte söz konusu terimin parantez

⁷ Pınar Tınaz, Fuat Bayram ve Hediye Ergin, *Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)* (Beta Yayınları 2008) 3; Hüseyin Gün, *Çalışma Ortamında Psikolojik Taciz: Mobbing/Bullying* (Lazer Yayınları 2010) 25; Noa Zanolli Davenport, Ruth Distler Schwartz ve Gail Pursell Elliott, *Mobbing İşyerinde Psikolojik Taciz* (Osman Cem Öneroy çev. Ray 2014) 19 vd.; Aslı Beyhan Acar ve Gönen Dündar, ‘İşyerinde Psikolojik Yıldırma (Mobbing) Maruz Kalma Sıklığı ile Demografik Özellikler Arasındaki İlişkinin İncelenmesi’ (2008) 37(2) İÜİFD 111, 112.

⁸ İrep Bayat (Kıroğlu) ve Beril Baykal, ‘Ulusal ve Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Olgusu ve Hukuki Sonuçları’ (2015) 17(3) GÜİFD 196, 209; Selahattin Samet Bilge, ‘Mobbing Terimi ve Türk Hukuk Düzeninde İncelenmesi’ (2016) 65(4) AÜHFD 1245, 1250; Tınaz, Bayram ve Ergin (n 7) 177 vd.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Burcu Savaş Kutsal, ‘Yargıtay Kararları Işığında İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)’ (2016) 74 İÜHFD (Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan) 617, 618; Canan Ünal, ‘Karşılaştırmalı hukuk Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Eşit Davranma Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi’ (2013) 10(37) İHSGD 15, 22.

¹⁰ Ali Güzel ve Emre Ertan, ‘İşyeri Sendika Temsilcisine Yönelik Psikolojik Taciz ve Kötüniyet Tazminatı (Karar İncelemesi)’ (2008) 1 Çalışma ve Toplum Dergisi 149, 151.

¹¹ Yargıtay 21 HD, 19479/1235, 21.02.2017.

¹² Türk Dil Kurumu’nun tercih ettiği ifade için bkz. <<https://sozluk.gov.tr>> Erişim Tarihi 1 Ocak 2025.

¹³ Tınaz, Bayram ve Ergin (n 7) 11.

¹⁴ Kapsamlı adlandırmalar için bkz. Güzel ve Ertan (n 10) 153.

içerisinde “*mobbing*” ifadesiyle birlikte kullanılması da sıklıkla görülmektedir¹⁵. Yargıtay ise kararlarında psikolojik taciz terimi yerine “*yıldırma*” terimini kullanmayı tercih etmiştir¹⁶. Benzer şekilde, AYM de işyerinde psikolojik tacizi tanımlarken “*yıldırma*” terimini kullanmayı tercih etmiştir¹⁷. Kanun koyucunun ve idarenin yaptığı düzenlemelerde de “*psikolojik taciz*” ve “*mobbing*” terimlerine beraber yer verildiği görülmektedir¹⁸.

Ulusal literatürümüzde psikolojik tacizle ilgili yaşanan terminoloji sorunu, yakın zamanda TBK Tasarısı’nda aleni bir şekilde “*psikolojik taciz*” terimine yer verilerek giderilmeye çalışılmıştır. Aynı şekilde 2011 yılında yayımlanan TBK m.417’de de doğrudan “*psikolojik taciz*” terimi kullanımı tercih edilmiştir¹⁹. Öğretide de bu düzenleme sonrasında terminoloji birliği sağlandığı düşüncesiyle üretilen bilimsel eserlerde “*psikolojik taciz*” terimi sıklıkla kullanılmaya başlamıştır. Fakat TBK’den daha sonra yayımlanan TİHEKK’da, “*Tanımlar*” başlıklı m.2-j’de “*taciz*” terimi tanımlanırken “*psikolojik ve cinsel türleri de dâhil olmak üzere...*” ifadesine ve m.2-g’de “*işyerinde yıldırma*” terimine özellikle yer verilmiştir. Kanun koyucu TİHEKK’daki sözü geçen maddelerle “*psikolojik taciz*” ve “*yıldırma*” terimlerini iki ayrı terim olarak ele almıştır. Kanun koyucunun bu tercihi öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere terminoloji birliğini bozmuştur²⁰. Kanaatimizce de TİHEKK m.2-g’deki “*işyerinde yıldırma*” terimi psikolojik taciz mahiyetinde olup, TİHEKK’da bu iki terimin ayrı ayrı tanımlanması terminolojik açıdan problem yaratmıştır. Ancak TBK m.417’deki düzenleme literatürümüzdeki terminoloji tartışmaları bitirecek mahiyete sahiptir²¹. Bu nedenle çalışmamızda “*psikolojik taciz*” terimi kullanımı tercih edilmiştir. Hemen belirtelim ki işyerinde psikolojik tacizle alakalı terminoloji karmaşasının sonlandırılması ve işyerinde psikolojik tacizle etkin mücadele yapılabilmesi bakımından özel kanun düzenlemesi yapılması isabetli olacaktır²².

¹⁵ Yargıtay 9 HD, 15976/13513, 02.10.2023; Yargıtay 9 HD, 3342/7399, 29.04.2024.

¹⁶ Yargıtay 9 HD, 35500/44486, 27.12.2012.

¹⁷ AYM, Fecir Ergün Turan, Başvuru No. 2014/10590, 05/12/2017, para. 48.

¹⁸ S. Alp Limoncuoğlu, ‘İş Hukuku Kapsamında Psikolojik Tacizin Değerlendirilmesi ve Mağdurların Kullanabilecekleri Haklar’ (2013) 105 TBBD 51, 54.

¹⁹ Aynı kullanım için bkz. ‘İşyerlerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Bilgilendirme Rehberi-2017’ <<https://www.csgb.gov.tr/tr/yayinlar/raporlar/calisma-hayati>> Erişim Tarihi 1 Ocak 2025.

²⁰ Zeynep Tuğba Aslan, ‘6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Bağlamında İşyerinde Psikolojik Taciz’, (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2023) 11.

²¹ Aynı yönde: Osman Uyaroğlu, ‘Türk Borçlar Kanunu Madde 417 Bağlamında İşçinin Kişiliğinin Korunması’ (2023) 54 TAAD 315, 324; Savaş Kutsal (n 9) 620.

²² Aynı yönde: Namık Hüseyinli ve Hatice Aslan Atabay, ‘Psikolojik Tacizin İçtihatlar Işığında Uygulamadaki Yeri’ (2017) 8(2) İÜHFD 603, 607.

B. Psikolojik Tacizin Tanımı

İşyerindeki psikolojik tacizin karşılaştırmalı hukuktaki karşılığı olan “*mobbing*” teriminin kökeni, Latince “*mobile vulgus*” ifadesine dayanmaktadır. “*Mobile vulgus*”, kararsız kalabalık veya kanun dışı şiddet uygulayan topluluk manasına gelmektedir²³. “*Mobbing*” ise bir fiil olarak, kaba kuvvetle tedirgin etme, bir kişinin çevresini kuşatma yahut kişiye üzüntü ve rahatsızlık verme anlamlarında kullanılmaktadır²⁴.

Uluslararası öğreti ve belgelerde psikolojik tacize dair pek çok tanım yapılmıştır. Bu bağlamda ifade etmek gerekirse, “*işyerinde psikolojik taciz*” tanımı, ilk kez Alman “*Heinz Leymann*” tarafından yapılmıştır. Leymann’a göre, “*Psikolojik taciz, iş yaşamında sistematik bir şekilde bir kişi veya birden fazla kişi tarafından ağırlıklı olarak çaresiz ve savunmasız bir halde olan bir kişiye karşı düşmanca ve etik dışı olan davranışlardır*”²⁵.

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ‘ne göre psikolojik taciz, “*İntikamcı, acımasız, şeytanca ve onur kırıcı eylemler aracılığıyla bir işçiye veya bir grup işçiye zarar vermeyi amaçlayan saldırgan davranış*”²⁶ yahut “*Bir veya bir grup işçiye*

²³ Arzu Arslan Ertürk, ‘İş Hukuku Boyutuyla Türkiye’de Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Dünyadan Örnekler’ (2014) 20(1) MÜHFHAD 285, 287, Fatma Burcu Savaş, *İşyerinde Manevi Taciz* (Beta Yayınları, 2007) 5; Alptekin Burak Boydak, ‘İşçinin İş Sözleşmesini Mobbing Nedeniyle Fesih Hakkı’ (2024) 171 TBBD 355, 356, 357; İzmirlioğlu (n 2) 1801; Bayat (Kıroğlu) ve Baykal (n 8) 197; Gün (n 7) 15.

²⁴ Selçuk Cengiz, ‘İşyerinde Psikolojik Tacize Maruz Kalan İşçilerin İş Hukuku Kapsamında Kullanabilecekleri Haklar’, (Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi 2019) 8; Gül Büyükkılıç, ‘İş Hukuku Çerçevesinde İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Olgusunun Değerlendirilmesi’ (2012) 9(33) İHSGHD 71, 76; Savaş (n 23) 5; Savaş Kutsal (n 9) 618.

²⁵ Pınar Tınaz, ‘İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)’ (2006) 4 Çalışma ve Toplum Dergisi 13, 14; Yusuf Erdem Tunç ve Oğuzhan Aslantürk, ‘Mobbing ile Mücadelede İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku’ (2024) 50 Yasama Dergisi 39, 41; Arkin Günay, ‘Yargıtay İçtihatları ve İş Hukuku Öğretisi Işığında Türk Hukukunda Psikolojik Taciz (Mobbing)’ (2021) 9(17) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 213, 215; Limoncuoğlu (n 18) 53; Uyaroğlu (n 21) 324, 325; Aslan (n 20) 4; İzmirlioğlu (n 2) 1801; Büyükkılıç (n 24) 78; Acar ve DüNDAR (n 7) 112; Bilge (n 8) 1247; Davenport, Schwartz ve Elliott (n 7) 21; Güzel ve Ertan (n 10) 152. Yabancı literatürdeki diğer tanımlar şu şekildedir: Brown göre, “*Psikolojik taciz, basit veya aniden gelişen bir personel arası çatışma olarak algılanmamalıdır. Aksine doğrudan bir çalışana yönelik, sistemli ve uzun süreli, sonuçları psikolojik ve fizyolojik zararlara sebep olabilecek bir davranış biçimidir*”. Bkz. Aktaran, Şükran Ertürk, ‘Mobbing’in Hakan Tokbaş (ed), *İş Hukukunda Güncel Meseleler 2023* (Aristo Yayınevi 2023) 59; Zapf göre, “*Psikolojik tacizi bir kişinin işyerinde ısrarlı şekilde tacize maruz bırakılarak, yok sayılarak, hastalanması ile sonuçlanacak işler verilerek eşit konumda olan, üst ya da ast çalışan tarafından müdahale edilerek yapılan bir çeşit saldırdır*”. Bkz. Aktaran, Gizem Nihan Kantarcı, *Türk İş Hukukunda Mobbing* (Adalet Yayınevi 2016) 14.

²⁶ Cengiz (n 24) 5; Büyükkılıç (n 24) 79; Güzel ve Ertan (n 10) 152.

sabote etmek için yapılan, zalimce, kötünuyetli, intikamcı, aşağılayıcı ve eleştirci tavırlarla kendini gösteren davranış biçimi”²⁷dir²⁸.

Uluslararası belgelerde işyerinde psikolojik taciz terimi doğrudan yer almasa da dolaylı olarak kendine yer bulmaktadır. Nitekim uluslararası belgelerde, işyerinde psikolojik taciz genellikle insan hakları ve onur çerçevesinde ele alınmıştır. Bu bağlamda bu konuyla ilgili uluslararası alan önem arz eden belgelere kısaca değinmek faydalı olacaktır.

1948’de kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (İHEB)²⁹ psikolojik taciz hakkında doğrudan bir düzenleme içermese de kişinin onuru, fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve adil çalışma hakkına dair hükümlere yer vererek psikolojik taciz bakımından dolaylı koruma sağlayan uluslararası alanda önemli arz eden belgelerden bir tanesidir. İHEB m.1, m.2 ve m.7 uyarınca, tüm insanların eşit olduğu ve herkesin eşit hak ve özgürlüklere sahip olduğu düzenlenerek kişilerin ayrımcılığa karşı korunması amaçlanmıştır. İşyerinde psikolojik taciz eylemleri gerçekleştirildiğinde, işçinin fiziksel ve psikolojik alanına müdahale ederek mağdurun bedensel ve ruhsal sağlığı olumsuz etkilenmekte ve bu durumlar da mağdurun insan hakları kapsamında maddi ve manevi bütünlüğünü ihlal etmektedir. Ayrıca işverence işyerinde psikolojik tacizin bir veya daha fazla işçiye yönelik gerçekleştirildiği yahut işçiye diğer işçilerden farklı muamele yapıldığı hallerde de işçiye karşı ayrımcılık yasağı da ihlal edilmiş sayılacaktır. Bunun yanında İHEB m.5, işkence niteliğindeki davranışları yasaklamıştır. İşkence olarak nitelendirilebilecek eylemlerin kişinin fiziksel ve zihinsel bütünlüğünü hedef aldığı bilinmektedir. İşkence bir veya birden fazla kişi tarafından sürekli olarak acı çektirmek amacıyla yapılan eylemlerdir. İHEB m.5 işkencenin yanında onur kırıcı davranışların yapılmasını da yasaklamaktadır. İşyerinde psikolojik

²⁷ Yargıtay 22 HD, 9918/6568, 13.03.2018.

²⁸ Diğer uluslararası belgelerde yapılan tanımlar şu şekildedir: “Dünya Sağlık Teşkilatı”nın hazırladığı “Dünya Şiddet ve Sağlık” isimli raporda psikolojik taciz, “Kişi veya gruplara karşı güç kullanarak, söz konusu kişi veya grupların fiziksel, psikolojik, ahlaki ve sosyal gelişimlerine zarar veren tutum ve davranışlar” biçiminde tanımlanmıştır. Bkz. Aktaran, Senem Ermumcu, ‘İşyerinde Psikolojik Taciz’ (Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2011) 8; Aslan (n 20) 5; “İşte Güvenlik, Hijyen ve Sağlığın Korunması Danışma Komitesi” tarafından yayımlanan raporda psikolojik taciz, “İşyerinde psikolojik tacize maruz kalan kişinin bir veya bir grup tarafından defaten aşağılanması, küçük düşürülmesi ve doğrudan veya dolaylı bir şekilde psikolojik saldırıya uğraması” şeklinde tanımlanmıştır. Aktaran, Ermumcu (n 28) 8,9; Aslan (n 20) 5.

²⁹ <<https://paylasim.ombudsman.gov.tr/dokuman/document/mevzuat/688B1--Insan-Haklari-Evrensel-Beyannamesi.pdf>> Erişim Tarihi 12 Mayıs 2025. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ertürk (n 25) 80-81.

taciz davranışları işçinin küçük düşmesine, saygınlığını ve öz saygısını kaybetmesine neden olduğundan İHEB m.5'in ihlali anlamını taşımaktadır. İHEB m.12'ye göre, *"Kimsenin özel yaşamına, ailesine konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak karışamaz, şeref ve adına saldırılamaz. Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır."* Dolayısıyla işyerinde gerçekleştirilen psikolojik taciz eylemlerinin İHEB m.12'ye aykırı da olduğu açıktır. İHEB m.23 ve m.24'de de, kişilerin çalışma koşullarına dair düzenlemeler yer almaktadır. Bu düzenlemelerde işçilerin işlerini seçme, tatil yapma ve makul sürelerle çalışma haklarına sahip oldukları belirtilmektedir. İşyerindeki psikolojik taciz eylemleri mesela, işçinin sürekli fazla mesai yapmaya zorlanması, görev tanımına uymayan işlerde çalıştırılması veya işçiye yıllık izin verilmemesi gibi davranışlar failler tarafından işçi üzerinde işyeri ve iş ile ilgili konularda yapılmaktadır. Bu tür davranışlarla yapılan işyerindeki psikolojik taciz, İHEB m.23 ve m.24'e aykırılık oluşturmaktadır.

Avrupa Konseyi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)³⁰'i desteklemek ve sosyal ve ekonomik hakları korumak amacıyla 1961 yılında *"Avrupa Sosyal Şartı"*(ASŞ)'ı kabul etmiştir³¹. Uluslararası bir anlaşma niteliğinde olan ASŞ daha sonra 1996 yılında *"Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı"* (GGASŞ) olarak yeniden oluşturulmuştur. GGASŞ, 1961 tarihli ASŞ'ı ortadan kaldırmamış Avrupa Sosyal Şartı'nda garanti altına alınan haklara 8 yeni hak daha eklemiştir. Ülkemiz, GGASŞ'ı 2007 tarihinde onaylanmıştır. GGASŞ'ın ekinde belirtildiği gibi m.26/2 cinsel tacizi kapsamamaktadır. Ancak m.26/2'de her ne kadar cinsel taciz açıkça zikredilmesede psikolojik taciz terimi düzenlenmiş ve insan onuru ile bağdaşmayan bir nitelikte olduğu vurgulanmıştır. Bu bağlamda, düzenlemede yer alan *"yınelenen eylemler"* ifadesi bu görüşü destekler biçimdedir. Öte yandan GGASŞ'ın bireylere sübjektif haklar vermediği, aksine ülkelere bazı yükümlülükler yüklediği dolayısıyla bireylerin Sözleşme'deki şartların yerine getirilmesini mahkemelerden talep edemeyeceği belirtilmektedir. Sonuç olarak, GGASŞ özellikle m.26, psikolojik tacizin önlenmesi amacıyla taraf ülkelere yükümlülükler getirmektedir.

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), uzun yıllar cinsel taciz konusunda düzenlemeler yaparken yakın zamanda işyerinde psikolojik zorbalık/psikolojik taciz

³⁰ <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur.> Erişim Tarihi 12 Mayıs 2025.

³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Cengiz (n 24) 41; Ertürk (n 25) 81-82.

konusuna eğilim göstermiştir³². Psikolojik taciz konusunu İLO, ilk kez 1998 yılında yayımlanan *“İşyerinde Şiddet”* başlıklı raporunda gündeme getirmiştir. Bu raporda, psikolojik tacize örnek teşkil edebilecek davranışlar; bireyin izole edilmesi, sürekli eleştirilmesi ve hakkında dedikodular yapılması şeklinde sınıflandırılmıştır. 2003 yılında ise İLO, *“Hizmet Sektöründe İşyeri Şiddeti Üzerine Davranış Kodu”*nu kabul etmiştir. Bu belge işyerindeki şiddet sorunlarına dikkat çekerek çözüm arayışlarını teşvik etmeyi amaçlamaktadır. Hem özel hem de kamu sektörlerinde uygulama bulan bu kod zorlayıcı bir nitelik taşımamakla birlikte ülkeleri işverenleri ve çalışanları işyerinde şiddeti önleme konusunda ortak eyleme davet etmektedir. Bunun yanında İLO’nun 111 ve 161 sayılı Sözleşme’lerinde de dolaylı olarak psikolojik taciz konusuna ilişkin hükümler getirilmiştir. Nitekim 111 No’lu *“Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi”* her türde ayrımcılığı yasaklamakta, 161 sayılı *“Sağlık Hizmetlerine İlişkin Sözleşme”* ise iş sağlığı hizmetlerinin hem fiziksel hem de psikolojik koşulları kapsadığını vurgulamaktadır. 2019 yılında İLO’nun kuruluşunun 100. yılına özel olarak hazırlanan 190 sayılı *“Çalışma Yaşamında Şiddet ve Tacizin Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme”* ile şiddet ve taciz tanımlandıktan sonra çalışanların statüsünden bağımsız olarak tüm çalışanlar, stajyerler, çıraklar, iş akdi feshedilenler, gönüllü çalışanlar, iş arayanlar ve başvuru yapanlar bu Sözleşme’nin kapsamına alınarak şiddet ve taciz vakalarında üçüncü kişilerin de taraf olabileceği belirtilmiştir. Ayrıca Sözleşme üye ülkeler için çözüm önerileri ve tavsiyeler de içermektedir.

Avrupa Birliği (AB), işyerinde psikolojik tacize karşı çeşitli stratejiler yürütmektedir. Ancak bu konuda doğrudan düzenlemeler içeren bir düzenleme hayata geçirilememiştir³³. Bununla beraber AB’de, işyerindeki psikolojik tacizi kapsadığı kabul edilen 1989 tarihinde *“İşte Çalışanların Sağlık ve Güvenliklerini İyileştirmeye Yönelik Tedbirler Alınmasına İlişkin”* belge ve 89/391/EEC sayılı Yönerge hazırlanmıştır. 89/391/EEC sayılı Yönerge’nin amacı işçilerin güvenlik ve sağlık koşullarını iyileştirmek için önlemler belirlemektir. İşverenlerin, çalışanların güvenliğinden sorumlu oldukları vurgulanmaktadır. Yönerge çerçeve niteliğinde olduğundan işyerinde psikolojik tacizi kapsadığı kabul edilse de daha çok fiziksel risklere odaklanıldığı söylemek daha doğru olacaktır. Avrupa Parlamentosu (AP), 2001 yılında işyerinde psikolojik tacizin nedenleri ve etkilerini inceleyen *“İşyerinde Taciz”* konulu bir rapor yayımlamıştır. Raporun sonuç bölümünde üye ülkelerin psikolojik tacizi önlemek için önlemler alması gerektiğine dikkat çekilmiştir. AP

³² Ayrıntılı bilgi için bkz. Cengiz (n 24) 48-49; Ertürk (n 25) 82-83.

³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Cengiz (n 24) 47-48; Ertürk (n 25) 84 vd.

raporunun bağlayıcılığı olmamakla birlikte, AP'nin bu konudaki bakış açısını üye ülkelere gösteren, rehberlik etmeyi amaçlayan bir belge niteliğine sahiptir. Bir diğer önemli düzenleme ise *"Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı"*dır. Bu Şart'ta, kişilerin sağlık ve güvenlik haklarına saygı duyulması gerektiğine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bunun yanında AB, işyerinde ayrımcılık yasağı ve çalışanlar arasındaki eşitlik çerçevesinde birçok direktif çıkarmıştır. Mesela; 1975, 1976, 1986 ve 1997 yıllarında çıkarılmıştır. Ancak bu direktifler 2006 yılında birleştirilerek 2006/54/EEC sayılı *"İstihdam ve İş Yaşamında Kadınlar ve Erkekler Arasında Fırsat Eşitliği ve Eşit Davranma"* direktifi adıyla değiştirilmiştir. Birleştirilme sonucu oluşan direktifte, taciz ve cinsel tacizin kadın ve erkek eşitliğine aykırı olduğu ve cinsiyetçi ayrımcılık olduğu belirtilmiştir. Ayrıca *"taciz"* terimi bu belgede tanımlanmıştır. Bu düzenlemelerin işyerinde psikolojik tacizle dolaylı bir bağlantısı bulunmaktadır. Bu nedenle psikolojik taciz davranışları eşitlik, cinsel taciz ve ayrımcılık içeren durumlarla gerçekleştirilmesi halinde bu düzenlemelere başvurulabilmek mümkün olabilecektir.

Ulusal öğretimiz ve belgelerimizde psikolojik taciz birçok yazar tarafından tanımlanmıştır. Mesela, Tınaz'a göre psikolojik taciz *"İşyerinde duygusal taciz ya da bireyi işyerinden etme amacıyla uygulanan psikolojik baskılardır"*³⁴. Savaş'a göre psikolojik taciz *"Çok genel olarak amaç ne olursa olsun işyerinde bir çalışana uygulanan psiko-sosyal bir saldırıdır"*³⁵. Yuvalı'ya göre, işyerinde psikolojik taciz *"İşyerindeki bir işçiye, hem işveren hem de işyerinde çalışan diğer işçiler tarafından sistemli ve planlı bir şekilde kötü muamele, onur kırıcı, yıldırıcı davranışlarla temelinde sadece can sıkıntısı, ayrıcalıklı hak sahibi olduğuna inanma, zevk arayışı, bencillik gibi nedenlerin yattığı ama esas nedeninin işçinin iş ortamını çekilmez bir duruma getirerek işçiyi işinden yıldırma ve onu kendi inisiyatifiyle işten ayrılmasını sağlamayı amaçlayan bir tür psikolojik terördür"*³⁶.

³⁴ Pınar Tınaz, 'İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing): Kavram, Süreç, Tanı ve Çözüm Önerileri' (2009) 4(11) Ceza Hukuku Dergisi 11, 20.

³⁵ Savaş (n 23) 132.

³⁶ Ertuğrul Yuvalı, *İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu* (Turhan Kitabevi 2012) 115. Diğer tanımlar şu şekildedir: Süzek'e göre psikolojik taciz, *"işçinin manevi kişiliğine karşı işveren, işveren vekili veya diğer işçiler tarafından gerçekleştirilen, sürekli olarak göstererek sistematik hale gelen kötü muamele, aşağılama, dışlama vb. biçimde ortaya çıkan, onur kırıcı, küçültücü, yıldırıcı, bezdirici kaygı verici, genellikle işçinin istifasını sağlama amacını taşıyan davranışlardır."* Bkz. Sarper Süzek, *İş Hukuku* (23. Baskı, Beta Yayınları 2023) 416; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca'ya göre psikolojik taciz, *"İşyerinde bir kişiye yönelik olarak onun onurunu zedeleyici, aşağılayıcı, düşmanca, küçük düşürücü veya rencide edici bir ortam yaratan, tekrarlanan ve hukuka aykırı fiillerden oluşan bir süreçtir."* Bkz. Nuri

Ülkemizde psikolojik taciz terimi, ilk defa 2006 yılında Ankara 8. İş Mahkemesi'nde gerçekleştirilen yargılamada kullanılarak resmi bir belgede yer almıştır³⁷. Daha sonra verilen yargı kararlarında psikolojik taciz terimi içerik bakımından farklı biçimlerde açıklanarak gelişimini devam ettirmiştir³⁸. Mesela, AYM'ye göre, *"Psikolojik taciz olarak tabir edilen ve çalışanlara yönelik iş yerlerinde gerçekleştirilen, belirli bir süre sistematik biçimde devam eden, yıldırma, dışlama, pasifize etme veya işten uzaklaştırmayı amaçlayan, mağdurların kişilik değerlerine, mesleki durumlarına, sosyal ilişkilerine ve özellikle ruh sağlıklarına zarar veren, bireylerin yaşamlarına etkisi bakımından çekilmez bir ağırlık ve yoğunluk derecesine ulaşan, kasıtlı biçimdeki olumsuz tutum ve davranışlar bütünü olarak"*³⁹, Danıştay ise *"...alışanın süreklilik arz edecek şekilde ve sistematik olarak hedef alınarak psikolojik tacize maruz bırakılması olarak tanımlanabilecek olan mobbing eylemi..."*⁴⁰ olarak ifade etmektedir.

Psikolojik taciz terimi mevzuatımızda ilk defa TBK m.417'de düzenleme altına alınmıştır. Buna karşın sözü geçen maddede psikolojik taciz teriminin tanıma yer verilmemiştir. Benzer şekilde TİHEKK'da da psikolojik taciz terimine yer verilmiş fakat psikolojik taciz terimi tanımlanmamıştır. Buna karşın TİHEKK'da psikolojik tacizle yakından ilişkili *"işyerinde yıldırma"*⁴¹ ve *"taciz"*⁴² te-

Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri* (36. Baskı, Beta Yayınları 2023) 374.

³⁷ Bkz. Bu mahkeme kararına göre işyerinde psikolojik taciz: *"Psikolojik taciz kavramı, işyerinde bireylere üstleri, eşit düzeyde çalışanlar ya da astları tarafından sistematik biçimde uygulanan her tür kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama vb. davranışları içermektedir."*, Ankara 8. İş Mahkemesi, 19/625, 20.12.2006. Yakın tarihli bir yargı kararında yer alan psikolojik taciz tanımı için bkz: *"aynı çalışma ortamında yer alan veya aynı organizasyona bağlı olan bir veya birden çok kişinin, belirli bir kişiye belli bir amaç güdülerek, sistemli bir biçimde, korku, yılgınlık, bunalım, tedirginlik, sıkıntı, endişe veya kaygıya neden olacak söz, tutum ve eylemlerle psikolojik ve duygusal baskı kurarak kişiyi değersizleştirmeye, belirli bir şekilde davranmaya ya da davranmamaya, güçsüzleştirmeye, pasifize etmeye, küçük düşürmeye ve ortak alandan uzaklaştırmaya yönelik çabaları"* Ankara 7 BAM, 2005/2166, 22.06.2022.

³⁸ Yargıtay kararlarında *"Psikolojik taciz (mobbing); işyerinde diğer çalışanlar veya işverenler tarafından tekrarlanan saldırılar şeklinde uygulanan bir çeşit psikolojik terördür."* şeklinde tanımlanmaktadır. Yargıtay 4 HD, 1136/4695, 17.10.2019; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK), 1208/590, 15.09.2020; Yargıtay 9 HD, 12218/16601, 15.12.2021.

³⁹ Ertürk (n 25) 60; Bkz. (n 17).

⁴⁰ Danıştay 12 HD, 986/ 3088, 13.06.2024.

⁴¹ Bkz: (n 6), TİHEKK m.2/1-g: *"İşyerinde yıldırma: Bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, bıkırtmak amacıyla kasıtlı olarak yapılan eylemleri"*ni ifade etmektedir.

rimi açıklanarak bu eksikliğe çözüm getirilmeye çalışılmıştır. Bu düzenlemelerin yanında Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu (KEFEK)'da 2010 yılında hazırlanan “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri” başlıklı raporda “... sistemli bir şekilde, süreklilik arzeden bir sıklıkta çalışanı sindirme maksadı ile kişinin özgüvenine uygulanan psikolojik ve hatta fiziksel saldırgan davranışları ifade etmektedir. Başka bir ifade ile işyerinde bir kişinin veya birkaç kişinin, istenmeyen kişi olarak ilan ettikleri bir kişiyi, dışlayarak, sözlü ya da fiziksel tacizde bulunarak mutlak itaate zorlamak, yıldırma ve bezdirmektir.” şeklinde tanımlanmıştır⁴³. Bununla birlikte 2011/2 sayılı “İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi” konulu Başbakanlık Genelgesi’nde⁴⁴ psikoloji taciz doğrudan tanımlanmamakta ve psikolojik tacizle ilgili “Kasıtlı ve sistematik olarak belirli bir süre çalışanın aşağılanması, küçüm-senmesi, dışlanması, kişiliğinin ve saygınlığının zedelenmesi, kötü muameleye tabi tutulması, yıldırılması ve benzeri şekillerde ortaya çıkan psikolojik taciz” ifadesine yer verilmekteydi. Fakat, 2011/2 sayılı Genelge, 2025/3 sayılı “İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi” konulu Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile yürürlükten kaldırılmıştır⁴⁵. Yeni Genelge’de 2011/2 sayılı eski Genelge’de olduğu gibi psikolojik taciz terimi doğrudan tanımlanmayıp, psikolojik tacizle ilgili “çalışanların iş yerlerinde kasıtlı ve sistematik olarak belirli bir süre aşağılanması, küçüm-senmesi, dışlanması, kişiliğinin ve saygınlığının zedelenmesi, kötü muameleye tabi tutulması, yıldırılması ve benzeri şekillerde ortaya çıkan psikolojik taciz” ifadesine yer verilmiştir.

Yukarıda açıklandığı gibi, psikolojik taciz terimini kesin ve net bir tanımının bulunmaması ve psikolojik taciz teriminin sınırının belirlenmesini olanaksız kılmaktadır⁴⁶. Kanaatimce iş yaşamında psikolojik taciz; işverenin bizatihi ya da

⁴² Bkz: (n 6), TİHEKK m.2/1-j: “Taciz: Psikolojik ve cinsel türleri de dâhil olmak üzere bu Kanunda sayılan temellerden birisine dayanılarak, insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranışı”nı ifade etmektedir.

⁴³ TBMM KEFEK, ‘İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri’ <<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/server/api/core/bitstreams/be7dd3d9f5f846ecbb221e48d65cabba/cotent>> Erişim Tarihi 1 Ocak 2025.

⁴⁴ 2011/2 sayılı Başbakanlık Genelgesi, ‘İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi’ <<https://teftis.ktb.gov.tr/TR-264332/20112-sayili-isyerlerinde-psikolojik-tacizin-mobbing-onlenmesi-konulu-basbakanlik-genelgesi.html>> Erişim Tarihi 1 Ocak 2025.

⁴⁵ 2025/3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi, İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2025/03/20250306-5.pdf>> Erişim Tarihi 15 Mart 2025.

⁴⁶ İzmirlioğlu (n 2) 1802; Cengiz (n 24) 6.

işyerinde iş gören diğer işçiler tarafından işçiye kasıtlı biçimde, işçi hedef alınarak, işçiyi yıldırma gayesiyle sistematik, düşmanca, ahlak dışı davranışlarla gerçekleştirilen ve genellikle işçiyi işinden soğutma amacı güden süreklilik gösteren her tür olumsuz davranışlar (tehdit, şiddet, aşağılama, hor görme vb.)dır⁴⁷.

C. Psikolojik Tacizin Unsurları

1. İşyeri Unsuru

Bir eylemin psikolojik taciz sayılabilmesi için ilk koşul eylemin bir işyerinde gerçekleşmesidir⁴⁸. İşyeri kavramı tespit edilirken İK m.2 hükmü dikkate alınmalıdır⁴⁹. Bu hüküm incelendiğinde işyeri dışında mesela; eşler, arkadaşlar, öğrenciler, akrabalar, komşular arasında gerçekleşen olumsuz eylemlerin işyerinde psikolojik taciz olarak ele alınamayacağı görülmektedir. Ancak psikolojik tacize maruz kalan mağdurla failin aynı iş ilişkisi içerisinde bulunmaları gereklidir⁵⁰.

Öğretide Kantarcı, psikolojik tacizin iş akdinin devamı süresi içinde meydana gelmesi gerektiğini⁵¹ belirtmekle beraber, psikolojik tacizin işyerinde veya iş yaşamıyla alakalı bağlantı kurulabilecek her yerde meydana gelebileceğini ileri sürmektedir⁵². Bu görüşe göre işyerinde oluşan her çatışma ya da her anlaşmaz-

⁴⁷ Aynı yönde: Salim Yunus Lokmanoğlu, 'İşyerinde Psikolojik Taciz' (2017) 1(30) TAAD 377, 381.

⁴⁸ Bkz. YHGK, 2274/1428, 04.10.2018; Yargıtay 9 HD, 27812/21106, 21.11.2018; Yargıtay 9 HD, 29146/3776, 13.03.2017; Ahmet Taşkın, 'İşyerinde Mobbingin Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi' (2015) 1(44) Çalışma ve Toplum Dergisi 221, 226; Tınaz (n 34) 19; Özden (n 2) 28; Hüseyinli ve Aslan Atabay (n 22) 611; Büyükkılıç (n 24) 79; Bilge (n 8) 1247.

⁴⁹ Bkz. (n 3), İK m.2/1: "...İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir." İK m.2/2: "İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır." İK m.2/3: "İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür."; Arslan Ertürk (n 23) 294; Kantarcı (n 25) 17; Cengiz (n 24) 30. İşyeri tanımı konusunda geniş bilgi için bkz. Süzek (n 36) 196 vd.; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 36) 140 vd.

⁵⁰ Bkz. "...İşyerinde mobbing, belirli kişi ya da kişilerin zarar verici söz, tutum ve davranışlarına maruz kalınmasıyla başlayan yıldırma, yıpratma, sindirme, biktırma ve belli şekilde davranmaya mecbur bırakma sürecini içermektedir. Bu sürecin başından sonuna kadar hedef alınan kişi veya kişilere sistemli bir şekilde psikolojik, duygusal ve sosyal saldırı gerçekleştirilmektedir." Yargıtay 22 HD, 24622/23339, 12.12.2019; Kantarcı (n 25) 22; Günay (n 25) 217.

⁵¹ Kantarcı (n 25) 20.

⁵² Kantarcı (n 25) 19; Özden (n 2) 29.

lık psikolojik taciz olmayacak olup, eylemlerin yalnızca işyerinde, iş yaşamıyla bağlantılı biçimde, yalnızca iş ilişkisinin devam ettiği süre zarfındaki iş süresinde ya da iş süresinden kabul edilen zamanlarda oluşacağı yönünde mutlak ve sınırlayıcı yorum yapılmaması gerekir. Mesela işyerinden ayrılarak evine dönen bir işçiye, işverence telefon ile hakaret edilmesi ya da benzer biçimde evinde dinlenmekte olan bir işçinin gece geç saatlerde işyerinden telefonla aranarak sürekli rahatsız edilmesi⁵³ diğer koşulları da bünyesinde barındırıyorsa psikolojik tacizdir. Benzer yönde düşünen Arslan Ertürk ise, psikolojik taciz biçimindeki eylemlerin işyerinde oluşabileceği gibi işyeri dışında da oluşabileceği fikrini savunmaktadır⁵⁴. Bu görüşe göre mesela; iş saatleri dışında, işçi evindeyken işverence telefon ya da e-mail yoluyla kendisine ulaşılarak gerçekleştirilen eylemler diğer unsurları da bünyesinde barındırıyorsa psikolojik tacizdir.

2. Düşmanca ve Ahlak Dışı Davranışlar

Bir eylemin psikolojik taciz sayılabilmesi için bir diğer unsur, fail tarafından gerçekleştirilen eylemlerin (işçinin ruhsal yönden elem duymasına neden olan ve işteki verimini azaltan; dışlama, hor görme, korkutma, eziyet, alay etme, cinsiyet ayrımı, taciz vs.) düşmanca ve ahlak dışı davranış şeklinde yapılmasıdır⁵⁵.

Düşmanca ve ahlak dışı davranışlar mağdur işçinin onuruna, şerefine, kişiliğine, inanış şekline, tecrübesine, bilgisine, düşüncelerine, ırkına, yaşam tarzına, kültür ve benzeri hallerine saldırılarak gerçekleştirilebilir.

Leymann 5 gruba ayırdığı 45 davranış şeklinden⁵⁶ oluşan düşmanca ve ahlak dışı davranışları; mağdur hakkında dedikodu yapılması, küçük düşürme niyetli konuşmalar yapılması yahut bedensel olarak yerine getiremeyeceği ağır iş yaptırılması⁵⁷, mağdura cinsel taciz uygulanması vs. fiiller olarak ifade etmiştir.

⁵³ İşçinin ulaşılabilir olmama hakkı içerisinde yer aldığı hakkında bkz: Uyaroglu (n 21) 322.

⁵⁴ Ertürk (n 25) 61.

⁵⁵ Yargıtay 9 HD, 15826/35247, 27.12.2013; Yargıtay 22 HD, 28981/2087, 10.02.2020; Yargıtay 4 HD, 79/6696, 12.10.2021; Murat Özveri, 'İşçinin İş İlişkisinde Kişilik Haklarının Korunması: Mobbing ve Yargı Kararları' (2023) 4 Çalışma ve Toplum Dergisi 3255, 3257; Cengiz (n 24) 32; Tınaz (n 34) 19; Özden (n 2) 29; Taşkın (n 48) 229; Davenport, Schwartz ve Elliott (n 7) 187.

⁵⁶ Ahmet Taşkın, *İş Hukuku Açısından İşyeri ve İşletmelerde Mobbing* (Yetkin Yayınları 2016) 31; Savaş Bozbel ve Serap Palaz, 'İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Sonuçları' (2007) 2(3) Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu Akademi 66, 69; Cengiz (n 24) 33; Tınaz (n 34) 19; Büyükkılıç (n 24) 83; Davenport, Schwartz ve Elliott (n 7) 34; Tınaz (n 25) 16; Bilge (n 8) 1257.

⁵⁷ Bkz. "...tecrübesine ve işyerindeki pozisyonuna uygun şekilde görev vermeyerek sırf sıkıntı vermek, onu rencide ve pasifize etmek kastıyla binanın bodrum katında kurum şoförlerinin

Psikolojik taciz, düşmanca ve ahlak dışı davranışlar icra edildiği için, gerek etik ve dürüstlük ilkelerine aykırılık gerekse de hukuka aykırı davranış biçimi olarak haksız fiil niteliği taşımaktadır. Fakat psikolojik taciz eylemlerinde haksızlık unsuru zorunlu bir şekilde varlık göstermekle beraber, iş yaşamında karşılaşılan her olumsuz davranış psikolojik taciz sonucunu doğurmaz. Zira psikolojik taciz nedeniyle mağdurun iş ortamının kötüleşme riskini ortaya çıkaran bir zarar da olmalıdır⁵⁸. Bu zararın doğduğundan söz etmek için mağdurun kendine yönelik söz ve davranışlardan incinmesi, hoşnut olmaması yeterlidir.

3. Süreklilik Unsuru

Bir eylemin psikolojik taciz sayılabilmesi için gerekli olan bir diğer unsur psikolojik taciz davranışının, sürekli ve ısrarlı şekilde tekrarlanması gerekliliğidir⁵⁹. Psikolojik tacizi; “psikolojik baskı”, “hakaret”, “tehdit”, “cinsel taciz”, “işyerinde kabalık”, “işçiyi istifaya veya emekliliğe zorlamak” vs. davranışlardan ayıran temel kriter, bu davranışların süreklilik unsurudur⁶⁰.

Süreklilik arz etmeyen, anlık mahiyetteki haksızlıklar, kaba davranışlar yahut hukuk dışı eylemler, her ne kadar ahlaka ve hukuka aykırı olup mağdur işçiye ciddi zararlar verebilse de, psikolojik taciz kapsamında değerlendirilemez⁶¹. Bu nedenle bir veya birkaç kez gerçekleşen eylemler cezai sorumluluk doğurabilecek mahiyette olsa bile bu kapsamın dışında kalmaktadır⁶². Benzer şekilde, işverenin haklı nedenle fesih hakkını kullanabileceği bir durumda, işçiye “istifa etmesi” yahut “ikale akdi” yapması yönünde öneride bulunarak, bu alternatiflerden birini tercih etmeye zorlaması, psikolojik baskı mahiyetinde olsa da psikolojik taciz olarak adlandırılmayacaktır. Yine uygulamada bazı durum-

kullandığı telefon ve bilgisayar gibi gereçlerin bulunmadığı odada mesai yaptırmaya zorlamak suretiyle belirli bir süre sistematik biçimde devam eden, değersizleştirme, yıldırma ve işten uzaklaştırmayı amaçlayan psikolojik saldırıya konu eylemler...” düşmanca ve ahlak dışı davranışlara örnek verilebilir. Yargıtay 8 CD, 6124/10419, 04.10.2018.

⁵⁸ Aynı yönde: Boydak (n 23) 361; Taşkın (n 48), 232; Bilge (n 8) 1249.

⁵⁹ Huriye Reyhan Demircioğlu, ‘Kişilik Hakkı İhlalinin ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)’ (2007) 11(1) GÜHFD 113, 117; Kantarcı (n 25) 31; İzmirlioğlu (n 2) 1804; Tınaz (n 34) 19; Büyükkılıç (n 24) 81; Özveri (n 55) 3257.

⁶⁰ Sümeyye Kara, ‘İnsan Hakları Bağlamında İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)’ (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi 2022) 11; Sultan Metin Üzümlü, ‘İşyerinde Psikolojik Taciz’ (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2019) 14; Ertürk (n 25) 61, 63; Savaş Kutsal (n 9) 623.

⁶¹ Ayşegül Dalgaldere, ‘Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Psikolojik Taciz (Mobbing)’ (Yüksek Lisans Tezi, Kırklareli Üniversitesi 2019) 148; Tınaz (n 25) 18; Taşkın (n 48) 228,229.

⁶² Yargıtay 22 HD, 16925/10963, 07.10.2020.

larda, süreklilik unsuru göz ardı edilerek aslında psikolojik taciz kapsamına girmemesi gereken etik dışı davranışlar, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilecek ifadeler veya kaba davranışlar, yanlış bir şekilde psikolojik taciz olarak adlandırılabilir. Ancak bu tür adlandırmalar, psikolojik tacizin İş Hukuku kapsamındaki tanımına uygun düşmemektedir.

Öğretide, psikolojik taciz eylemlerinin sürmesi gereken zaman dilimi miktarı ve bu davranışların işçi üzerindeki etkisinin hangi ölçüde olacağı konusunda kabul gören bir kriter bulunmamaktadır. Bu nedenle bu konuda öğretide çeşitli görüşler öne sürülmüştür. Bir görüşe göre, psikolojik tacizden söz edilebilmesi için eylemlerin *“en az 6 ay boyunca devam etmiş olması”* gerekir⁶³. Başka bir görüş ise *“3 ay ile 3 yıl arasında değişen bir süre boyunca devam eden eylemler”* olarak ele alınması gerektiğini savunmaktadır⁶⁴. Diğer bir görüş ise, *“saldırgan davranışların şiddeti, ağırlığı, sayısı ve mağdurda yarattığı etkiler gibi faktörlere dayanarak sürenin daha kısa tutulabileceğini”* ileri sürerek⁶⁵ sadece 3 ay boyunca devam eden eylemlerin de belirli bir yoğunluğa ulaşması halinde psikolojik taciz olarak değerlendirileceğini belirtmektedir. Buna karşılık, alternatif başka bir görüş ise, *“işçinin uğradığı psikolojik taciz davranışları nedeniyle ruhi yahut fiziki sağlığı, özgüveni, saygınlığı üzerinde, menfi etkiler oluştuğunun tespit edilmesi durumunda, geçen süreye bakılmaksızın, psikolojik tacizden söz edilebileceğini”* savunmaktadır⁶⁶. Bu görüş, süreden ziyade mağdurda oluşan etkilerin belirleyici olduğuna işaret etmektedir. Yargıtay’ göre psikolojik tacizin kabulü için 2-3 aylık süreleri yeterli değildir⁶⁷. Kanaatimizce, Yargıtay her ne kadar kararlarında psikolojik tacizin kabulü için 2-3 aylık süreleri yeterli görmemişse de somut vakianın özelliklerine bağlı olarak bu sürelerin başka vakalar açısından yeterli kabul edilebileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim çalışma serbestisi, şahıs hakları ve bireyin saygınlığı, bazı durumlarda daha kısa bir sürede bazı durumlarda ise daha uzun bir zaman diliminde ihlal edilebilir. Mağdurda oluşan zarar, psikolojik taciz eylemlerinin uygulanma süresi, şiddet seviyesi ve sıklığı gibi faktörlere bağlı olarak, şahıstan şahısa farklılık göster-

⁶³ Ertürk (n 25) 62; Kantarcı (n 25) 31; Metin Üzümlü (n 60) 15; Hüseyinli ve Aslan Atabay (n 22) 611; Demircioğlu (n 59) 119; Büyükkılıç (n 24) 81; Taşkın (n 48) 227; Bilge (n 8) 1248.

⁶⁴ Cengiz (n 24) 34; Özden (n 2) 30; Demircioğlu (n 59) 119.

⁶⁵ Tınaz, Bayram ve Ergin (n 7) 65; Kara (n 60) 11.

⁶⁶ Taşkın (n 56) 503; Ertürk (n 25) 63; Kantarcı (n 25) 32.

⁶⁷ Yargıtay 9 HD, 2103/10581, 12.04.2016; Yargıtay 22 HD, 3426/4165, 27.02.2014; Kantarcı (n 25) 32.

mektedir⁶⁸. Bu nedenle, psikolojik taciz eylemlerinin süresi hakkında kesin bir zaman dilimi belirlemek doğru olmayacaktır. Bu bağlamda, bir davranışın psikolojik taciz sayılmasında süre tek başına belirleyici bir kriter olmamalıdır. Bunun yerine eylemlerin neticeleri yani mağdurda doğurduğu fiziksel ve psiko-sosyal etkiler esas alınmalıdır⁶⁹.

4. Kast Unsuru⁷⁰

Bir eylemin psikolojik taciz sayılabilmesi için bulunması gereken diğer bir unsur, eylemlerin psikolojik taciz uygulayıcısı tarafından mağdura kasıtlı⁷¹ olarak yapılmasıdır. Bir hareketin kasıtlı yapılması ise, o hareketin bilerek ve istenerek yapılması demektir⁷².

Psikolojik tacizde kast unsuru⁷³, çoğunlukla iş yaşamının mağdur işçi açısından katlanılmaz duruma getirilmesini amaçlamaktadır. Böylece mağdur işçinin yılması, korkması, endişe duyması, bunalıma girmesi, bıkmaması ve nihayetinde işten ayrılmasının sağlanacaktır⁷⁴. Bu bağlamda kasıt unsuru psikolojik tacizin belirleyici bir özelliği olarak öne çıkmaktadır. Kast unsuru olması psikolojik tacizi; çatışma, şiddet, kabalık veya işyeri stresi gibi terimlerden ayırmaktadır. Dolayısıyla kast unsuru olmadan meydana gelen bir olumsuz davranış taksirle işlenirse psikolojik taciz sayılmayacaktır⁷⁵. Yargıtay da önüne gelen dosyalarda psikolojik taciz olgusunun kabul edilebilmesi için psikolojik taciz uygulayıcısı tarafından mağdura yönelik eylemlerde kasıtlı hareketin bulunması gerektiğini ifade etmektedir⁷⁶. Ancak TBK'da psikolojik taciz teriminin yer aldığı m.417'de kast ifadesine yer verilmediği görülmektedir. TBK'da kast unsuruna bilinçli mi yer verilmediği yoksa kanun boşluğu mu olduğu hususu ele alınması önem arz eden bir konudur.

⁶⁸ Taşkın (n 56) 532; Kantarcı (n 25) 33; Özden (n 2) 31; Demircioğlu (n 59) 119; Büyükkılıç (n 24) 82.

⁶⁹ Aynı yönde: Kantarcı (n 25) 32; Ertürk (n 25) 63; Metin Üzümlü (n 60) 15; Özden (n 2) 31; Günay (n 25) 218.

⁷⁰ 'Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı (ÇSGB) İşyerlerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Bilgilendirme Rehberi' <<https://www.csqb.gov.tr/Media/iylwlqimb/i%C5%9Fyerlerinde-psikolojik-taciz-mobbing-bilgilendirme-rehberi-2017.pdf>> Erişim Tarihi 3 Ocak 2025.

⁷¹ Yargıtay 9 HD, 3401/7437, 29.04.2024.

⁷² Taşkın (n 48) 230; Ertürk (n 25) 61; Hüseyinli ve Aslan Atabay (n 22) 612.

⁷³ Yargıtay 9 HD, 33818/22160, 27.12.2017; YHGK, 1433/49, 17.01.2018.

⁷⁴ Cengiz (n 24) 34.

⁷⁵ Taşkın (n 56) 524 vd.; Kara (n 60) 13.

⁷⁶ Yargıtay 22 HD, 6932/31060, 28.12.2017.

Öğretide bir görüş, kanun koyucu psikolojik taciz teriminin kapsamını dar tutmayarak mağdurun haklarına ulaşmasını zorlaştırmamak için kast unsurunu alenen ifade etmediğini ileri sürmektedir⁷⁷. Zira psikolojik taciz eylemlerinde kastın varlığı aranacaksa kast derecesinin ne ölçüde olacağının da ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda işverenin, işçiyi objektif iyi niyet ve dürüstlük kuralları çerçevesinde koruma yükümlülüğü bulunduğu dikkate alındığında işverenin kasıtlı bir eylemi olmasa dahi ihmalkâr⁷⁸ davranışları nedeniyle psikolojik tacize zemin hazırlayabileceği veya gerekli önlemleri almamasından dolayı işçinin zarar görmesine neden olabileceği söylenebilir. Öğretide bir başka görüş, benzer düşünceleri TİHEKK bağlamında ortaya koyarak, TİHEKK m.2/g'nin her ne kadar psikolojik tacizle ilgili müdahalelerin kasti gerçekleştirilen fiillerle yapılacağını düzenlemiş olsa da bu tür saldırıların ihmal nedeniyle de meydana gelebileceğini savunmaktadır⁷⁹. Bu görüşe göre, psikolojik taciz yalnızca kasıtlı hareketlerle değil aynı zamanda işverenin gözetim yükümlülüğüne aykırı davranarak gerekli önlemleri almaması veya bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi gibi ihmalkârlık gösterilmesi hallerinde de ortaya çıkabilir. Mesela; işverenin, işyerinde ahlaka uygun ve huzurlu bir çalışma düzeni sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri almaması, dolaylı olarak bir işçinin huzursuz olmasına veya psikolojik baskıya maruz kalmasına neden olabilir. Kanaatimizce, psikolojik tacizin meydana gelebilmesi için olumsuz davranışlarda kast unsuru aranmalıdır. Kastın varlığı aranmaksızın işverenin sorumlu tutulması, işverenin sorumluluk sınırlarının belirsiz hale gelmesine yol açacak ve işyerinde yaşanan her olumsuzluk nedeniyle işverenin sorumlu tutulması gibi hukuka aykırı bir sonuç doğurabilecektir. Bir davranışın psikolojik taciz olarak nitelendirilebilmesi için kastın varlığı temel bir gereklilik olsa da “işverenin kastının derecesi”, “tecürbesi”, “hayatın olağan akışı”, “objektif iyi niyet” ve “dürüstlük kuralları” çerçevesinde değerlendirilmelidir⁸⁰.

5. Sistematiiklik Unsuru

Bir eylemin psikolojik taciz sayılabilmesi için aranan temel unsurlardan biri de eylemlerin sistematiik bir şekilde gerçekleştirilmesidir. Davranışların sistematiik olmasından kastedilen, psikolojik tacize konu eylemlerin birbiriyle ilişkili

⁷⁷ Metin Üzüm (n 60) 17.

⁷⁸ Özden (n 2) 41; Taşkın (n 48) 230.

⁷⁹ Atıla Erkal, *İdare Hukukunda Mobbing* (Adalet Yayınevi 2015) 128-129.

⁸⁰ Aynı yönde: Metin Üzüm (n 60) 17.

olacak biçimde ve aynı gayeye varmak için birbirini takip edecek biçimde devamlılık gösterecek biçimde meydana gelmesidir⁸¹. Ancak psikolojik taciz eylemlerinin belirli bir süre ve sistematik bir şekilde gerçekleştirilmesi, bu davranışların hiçbir kesintiye uğramayacağı manasına gelmez. Kesinti olsa bile birden fazla gerçekleştirilen davranışlar arasında bir bağlantı varsa psikolojik tacizin gerçekleştiğinden söz edilebilir. Bu bağlamda aralıklı yahut çok uzun zaman zarflarında oluşan çatışma ve sürtüşmeler, sistematiklik unsurunu taşımadığı sürece psikolojik taciz olarak nitelendirilemez⁸².

Psikolojik tacizin ne zaman sistematik olarak uygulandığı hususunda herhangi kesin ölçüt bulunmamaktadır. Yargıtay'ın yaklaşımına göre de psikolojik tacizden bahsedilebilmesi için fiillerin yalnızca 1 kez gerçekleşmiş olması yeterli olmayıp, belirli bir düzen ve süreklilik arz edecek şekilde yapılması gerekmektedir⁸³. Nitekim Yargıtay önüne gelen vakılarda, failin mağdurdan 1 yıl içinde 5 kez savunma istemesi⁸⁴ veya aynı süre içinde 3 kez kınama cezası vermesi⁸⁵ gibi davranışları, belirli bir sıklıkla ve sistematik uygulama olarak kabul etmektedir. Bununla birlikte Yargıtay, her somut vakıanın kendi özellikleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁸⁶. Kanaatimizce öğreti yazarların ve Yargıtay'ın haklı olarak ifade ettiği üzere, psikolojik taciz oluşturan eylemlerin sistematiklik unsuru her somut vakaya özgü olarak ayrı ayrı değerlendirilmelidir⁸⁷.

6. Belli Bir Kişinin Hedef Alınması Unsuru

Bir eylemin psikolojik taciz sayılabilmesi için psikolojik taciz davranışlarının belli bir kişi hedefe konularak sosyal bir saldırı biçiminde gerçekleştirilmesi gerekli olan bir diğer unsurdur⁸⁸. Bu bağlamda gerçekleşen olumsuz eylemlerin, psikolojik taciz sayılabilmesi için, bir kişinin hedef alınması zorunludur. Bu nedenle genel uygulama şeklindeki herkese karşı gerçekleştirilen olumsuz davran-

⁸¹ Demircioğlu (n 59) 117; Ertürk (n 25) 63; Erkal (n 79) 45; Tınaz (n 34) 20; Özveri (n 55) 3263.

⁸² Gün (n 7) 17; Kara (n 60) 12; Özden (n 2) 29; Bilge (n 8) 1248.

⁸³ Yargıtay 9 HD, 17931/14104, 02.11.2020.

⁸⁴ Yargıtay 9 HD, 9154/13307, 30.05.2008.

⁸⁵ Yargıtay 9 HD, 42976/17137, 23.06.2008.

⁸⁶ Yargıtay 7 HD, 36983/6330, 15.03.2016.

⁸⁷ Yargıtay 22 HD, 293/30811, 27.12.2013. Aynı yönde. Kantarcı (n 25) 34; Cengiz (n 24) 34.

⁸⁸ Ertürk (n 25) 64; Kara (n 60) 14; Uyaroğlu (n 21) 325; Tınaz (n 34) 20; Taşkın (n 48) 229; Özveri (n 55) 3273.

nışlar psikolojik taciz kabul edilmeyecektir. Yargıtay kararlarında da fail tarafından bir kişi hedef alınarak psikolojik taciz eyleminin gerçekleştirileceği kabul edilmektedir⁸⁹.

7. Taraflar Arasındaki Güç Eşitsizliğinin Bulunması Unsuru

Bir davranışın psikolojik taciz kabulünde gerekli unsurlardan bir diğeri, psikolojik taciz faili ile psikolojik taciz mağduru arasında güç eşitsizliğinin bulunmasıdır.

Psikolojik taciz uygulayıcısı daha çok işveren-yönetici-üst pozisyonunda bulunanlardır⁹⁰. Ancak istisnai olarak eşit koşullar içinde bulunan işçiler arasında ya da astlarca üstlere karşı da yöneltilebilmektedir⁹¹. Genellikle psikolojik taciz mağduru işçi olmakla beraber her zaman işçi olmak zorunda değildir. Kimiz zaman işveren, işveren vekili ve hatta alt işveren de psikolojik taciz mağduru olabilir. Buna karşın 3. şahıslar psikolojik taciz mağduru olmaz. Psikolojik tacizi gerçekleştiren ise bir tek şahıs yahut bir grup olabilir⁹².

Psikolojik tacizin unsuru olarak güç eşitsizliği, sadece hiyerarşik anlamda veya statü anlamında bir eşitsizlik değildir. Zira güç eşitsizliği, psikolojik taciz mağduruyla aynı konumda hatta daha alt konumda bulunan kişi tarafından da gerçekleştirilebilir⁹³. Eğer her iki taraf da kendine özgü silahlara sahip olup bu argümanları korunmak şartıyla kullanırsa psikolojik tacizden söz edilemez. Bu tür vakıalar taraflar arasındaki bir rekabet olarak değerlendirilebilir⁹⁴. Benzer şekilde, eğer tarafların eşit bir güç dengesine sahip oldukları tespit edilirse, aralarında yaşanan durum, bir çatışma ya da fikir ayrılığı olarak nitelendirilebilir ve psikolojik taciz kapsamına girmez⁹⁵. Yargıtay'ın yaklaşımına göre de tarafla-

⁸⁹ Bkz. "...Dosya kapsamındaki tanık anlatımları, sağlık raporları ve e-posta içerikleri birlikte değerlendirildiğinde; davacı işçinin hedef alınarak uzun bir süreye yayılan ve sistematik hâl alan psikolojik taciz niteliğindeki davranışlara maruz kaldığı sonucuna varılmaktadır. Davacı işçiye yönelik bu baskıların varlığına ilişkin güçlü olgular karşısında, davalı işveren davacıya psikolojik baskı uygulanmadığını ispat edememiştir..."Yargıtay 9 HD, 12218/16601, 15.12.2021; Yargıtay 9 HD, 3401/7437, 29.04.2024; Yargıtay 4 HD, 24236/13482, 31.10.2022.

⁹⁰ Yargıtay 9 HD, 33818/22160, 27.12.2017.

⁹¹ Yargıtay 4 HD, 1136/4695, 17.10.2019; Bilge (n 8) 1262.

⁹² Yargıtay 22 HD, 28981/2087, 10.02.2020; Özveri (n 55) 3263.

⁹³ Ertürk (n 25) 64; Tınaz (n 34) 20; Demircioğlu (n 59) 118; Taşkın (n 48) 235; Davenport, Schwartz ve Elliott (n 7) 128.

⁹⁴ Tınaz (n 34) 20; Bozbel ve Palaz (n 56) 69.

⁹⁵ Yargıtay 9 HD, 12642/25859, 16.09.2015.

rın her ikisinin, kendine özgü güç ve araçlara (silahlara) sahip olduğu ve bu araçları kendilerini koruma amacıyla kullanabilecek durumda olduğu bir durumda, bu tür bir ilişki psikolojik taciz olarak nitelendirilemez⁹⁶.

8. Amaç Unsuru

Bir eylemin psikolojik taciz olarak değerlendirilebilmesi için aranan son unsur, failin iş ilişkisi içinde bulunduğu mağdur karşısında belirli bir amaca yönelik hareket etmesidir. Bu amaç, mağduru yıldırma⁹⁷, ona zarar vermek veya mağdurdan kurtulmak⁹⁸ şeklinde tezahür edebilir⁹⁹. Bu bağlamda işçiye iş yaşamından dışlamayı amaçlamayan, kasıt unsuru taşımayan ve süreklilik göstermeyen davranışlar, mesela şahsi darılmalar, küslükler, tenkitler veya öç alma vs. eylemler, psikolojik taciz olarak nitelendirilemez.

Hemen ifade etmek gerekir ki psikolojik tacizin temel amacı, genellikle mağdurun kendi iradesiyle işini terk etmesini sağlamak ve çalışma ortamını onun için katlanılamaz bir hale getirmek olsa da bu amacın her durumda geçerli olduğunu söylemek mümkün değildir¹⁰⁰. Mesela, üst kadroya geçiş için gerekli niteliklere ve şartlara sahip bir işçinin, kasıtlı olarak alt kademedeki çalıştırılmaya devam edilmesi durumunda, bu davranışın işverenin veya amirinin kişisel duygularından kaynaklanması mümkündür. Söz konusu davranışlar, işyerinde otoritesini göstermek, egosunu tatmin etmek ya da kıskançlık gibi kişisel motivasyonlarla gerçekleştirilebilir. Bu tür durumlarda, eğer psikolojik tacizin diğer unsurları da mevcut ise, kanaatimizce işverenin veya amirin bu tür davranışları psikolojik taciz olarak nitelendirilebilecektir¹⁰¹.

⁹⁶ Bkz. “*Mobbingde, işçiye karşı taciz psikolojik olmalı, işçinin özgüvenini ve özsaygısını kaybettirmeli, sistematik olarak tekrarlanmalı, uzun bir zamandan beri devam ediyor olmalı ve en önemlisi işçinin buna karşı silahı olmamalı, olsa bile kullanamamalıdır.*” Yargıtay 9 HD, 485/16921, 29.09.2016. Benzer yönde: Yargıtay 9 HD, 17859/17644, 11.10.2016.

⁹⁷ Bkz: “*Mobbingi; stres, tükenmişlik sendromu, işyeri kabalığı, iş tatminsizliği ya da doyumsuzluğu gibi olgulardan ayıran husus, belli kişinin belli bir amaca yönelik olarak hedef alınması, yapılan haksızlığın sürekli, sistematik ve sık oluşudur.*” Yargıtay 22 HD, 6719/9153, 08.07.2020.

⁹⁸ YHGK, 571/23, 16.01.2020.

⁹⁹ Yargıtay 9 HD, 14587/16048, 06.12.2022; Taşkın (n 48) 229; Davenport, Schwartz ve Elliott (n 7) 186.

¹⁰⁰ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 36) 376; İzmirlioğlu (n 2) 1804; Büyükkılıç (n 24) 82.

¹⁰¹ Aynı yönde: Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 36) 376; Büyükkılıç (n 24) 82; Günay (n 25) 219.

II. İşyerinde Gerçekleşen Psikolojik Taciz Nedeniyle İşçilerin Başvuracakları Hukuki Çareler

A. Ayrımcılık Davası Açma Hakkı ve Ayrımcılık Nedeniyle İdari Yaptırım Uygulanmasını İsteme Hakkı

1. Ayrımcılık Tazminatı Davası Açma Hakkı¹⁰²

İş Kanunu m.5 “eşit davranma ilkesi” başlığını taşıyor olmasına rağmen içerdiği düzenlemelerle yalnızca eşit davranma yükümlülüğünü değil, aynı zamanda ayrımcılık yasağını da kapsamlı bir biçimde ele almaktadır. Bu nedenle ayrımcılık kavramı, eşit davranma prensibi ile yakından ilişkili bir kavramdır. Zira, eşit davranma prensibi, işverenin haklı bir nedeni olmadan işçiler arasında farklı muamele yapması, hukuk dışı ayrımcılık yapmaması ve keyfi eylemlerden kaçınmasını ifade etmektedir¹⁰³. Bu prensip, Anayasa (AY.) m.10, İK m.5 ve TİHEKK m.3 hükümlerinde aleni bir şekilde düzenlenmiştir. Ayrıca, TBK m.417 uyarınca, işverenin yalnızca işçisine karşı psikolojik taciz niteliğindeki davranışlarda bulunmaktan kaçınmakla değil, aynı zamanda işçisini diğer işçilerden gelebilecek her türlü psikolojik tacize karşı korumakla da yükümlü olduğu düzenlenmiştir¹⁰⁴. Bunun yanı sıra işverenin işyerinde TMK m.2 uyarınca, “dürüstlük prensibine ve ahlaka” uygun bir düzen sağlaması gerekmektedir¹⁰⁵.

Ayrımcılık nedenleri İK m.5’te düzenlenmiştir. Ancak ayrımcılık nedenleri sözü geçen maddede “ve benzeri” şeklinde ifade kullanılarak sınırlı sayıda düzenlenmemiştir¹⁰⁶. Bu nedenle, işverenin bir işçiye ya da işçi grubuna yönelik psikolojik taciz niteliğindeki eylemleri, eşit davranma yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilmelidir. Zira böyle bir taciz; işçinin ücret, sosyal haklar veya benzeri hususlarda farklı bir muameleye maruz kalmamasına rağmen, doğrudan kişilik haklarına, özellikle de onur ve saygınlığına yönelik ciddi bir saldırıyı

¹⁰² Ayrıntılı bilgi için bkz. Ertuğrul Yuvalı ve Hakan Albayrak, ‘İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davrandığı İddialarının İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi’ (2012) 9(34) İHSGHD 73, 87 vd.

¹⁰³ Yargıtay 9 HD, 2879/14777, 04.07.2018; Yargıtay 22 HD, 9247/23571, 31.10.2017.

¹⁰⁴ Selçuk Cengiz, *İşyerinde Psikolojik Tacize Maruz Kalan İşçilerin İş Hukuku Kapsamında Kullanabilecekleri Haklar* (Aristo Yayınevi, 2023), 79; Yuvalı (n 36) 116.

¹⁰⁵ Ertuğrul Yuvalı, ‘Mobbingin Psiko-Sosyal Sağlık ve İş Sağlığı Bakımından Sonuçları ve Mobbing Mağdurunun Başvurabileceği Hukuki Çareler’ (2015) 6(4) İÜHFD 723, 733.

¹⁰⁶ Yuvalı (n 105) 733; İzmirlioğlu (n 2) 1809; Süzek (n 36) 470; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 36) 424.

teşkil etmektedir. İşverenin, diğer işçilerden ayırtırarak belirli bir işçiye hedef alması ve bu işçiye sistematik şekilde saldırıların odağı haline getirmesi açıkça eşit davranma borcunun ihlali anlamına gelir. Bu bağlamda, psikolojik tacize maruz kalan işçinin, İK m.5'te düzenlenen "*ayrımcılık tazminatı*"nı talep etme hakkının bulunduğu kabul edilmelidir¹⁰⁷. Bu bağlamda işverenin bir işçiye veya işçi grubuna yönelik psikolojik taciz mahiyetindeki davranışları, doğrudan eşit davranma prensibinin ihlali anlamına gelir¹⁰⁸. Kanaatimizce ilgili hükme daha etkin korumanın sağlanması için "*ve benzeri*" şeklindeki ifadede önce "*psikolojik taciz sebebiyle ayrımcılık*" ifadesi de eklenmelidir¹⁰⁹.

Ayrımcılık tazminatı çıplak ücret üzerinden hesaplanacaktır.

Ayrımcılık nedenlerine bağlı olarak işyerinde psikolojik tacizle karşılaşan mağdur için, İK m.5'te belirtilen bir diğer yaptırım, yoksun kalınan hakların talep edilebilmesi olanağıdır. İşçi, bu haklarını hem ayrımcılığa uğraması hem de genel anlamda eşitlik ilkesine uyulmaması gerekçesiyle talep etme olanağına sahiptir.

Psikolojik tacizin ispatı oldukça zordur. Zira her psikolojik taciz vakasında ayrımcılık oluştuğunu söylemek mümkün değildir¹¹⁰. Ancak psikolojik taciz davranışlarının, aynı zamanda eşitlik prensibini ihlal eden eylemlerle birlikte gerçekleşmesi durumunda, mağdur işçi, İK m.5/7'de¹¹¹ yer alan özel ispat düzenlemesinden faydalanabilecektir. Öğretide, İK m.5/7'de yer alan "*ihmalin ihtimalini güçlü bir biçimde ortaya koymak*" ifadesinin, ispat yükünü hafiflettiği ve ilk görünüş ispatı kapsamında bir delilin kafi olduğu ileri sürülmektedir¹¹². Bu yaklaşım, ayrımcılık iddiasında bulunan işçiye, ispat yükünün daha düşük bir standartta değerlendirilmesi imkânını tanımakta ve mağdurun hak arama sürecini kolaylaştırmaktadır.

¹⁰⁷ Bkz. (n 3), İK m.5/6: "*İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır.*"; Gülnur Erdoğan, 'Mobbing (İşyerinde Psikolojik Taciz)' (2009) 83 TBBD 318, 331; İzmirlioğlu (n 2) 1813; Özden (n 2) 45; Günay (n 25) 230; Hüseyinli ve Aslan Atabay (n 22) 622; Büyükkılıç (n 24) 109; Ünal (n 9) 62.

¹⁰⁸ Yuvalı (n 36) 117; Uyaroğlu (n 21) 331; İzmirlioğlu (n 2) 1814.

¹⁰⁹ Aynı yönde bkz. Güzel ve Ertan (n 10) 167; Özveri (n 55) 3291.

¹¹⁰ İzmirlioğlu (n 2) 1812.

¹¹¹ Bkz. (n 3), İK m.5/7: "*...işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.*"

¹¹² Burak Buğra Palabıyık, 'Türk İş Hukukunda Mobbing' (Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi 2018) 193; Yuvalı ve Albayrak (n 102) 90.

2. Ayrımcılık Nedeniyle İdari Yaptırım Uygulanmasını İsteme Hakkı

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu m.1/1 uyarınca, *“Bu Kanun’un amacı; insan onurunu temel alarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi...”*dir. TİHEKK uyarınca, işyerinde gerçekleşen psikolojik tacizden yahut işyerinde yıldırımdan bahsetmek için, m.3/2’de belirtilen ayrımcılık hallerinin bulunması gerekmektedir. Bu ayrımcılık halleri sınırlı sayıda¹¹³ olup, m.3/2’de sayılmayan haller, bu kanun kapsamında psikolojik taciz olarak kabul görmeyecektir¹¹⁴. Bahsi geçen haller *“cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu, engellilik ve yaş”*tır¹¹⁵.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu m.6 uyarınca, *“İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi; işverenin çalışanı veya bu amaçla başvuran kişi, uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere bir işyerinde bulunan veya bu amaçla başvuran kişi ve herhangi bir sıfatla çalışmak ya da uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere işyeri veya iş ile ilgili olarak bilgi edinmek isteyen kişi aleyhine, bilgilendirme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz.”*

Konuyu psikolojik taciz açısından değerlendirdiğimizde, işyerindeki psikolojik taciz bu kanun kapsamındaki ayrımcılık esaslarına göre gerçekleştirilirse, işçi *“Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu”na (TİHEK) başvurarak TİHEKK m.25’te “idari yaptırımlar” başlığı¹¹⁶ altında kabul edilen çeşitli müeyyidelerin uygulanmasını talep edebilir¹¹⁷. TİHEK tarafından yapılan incelemenin niteliğine bağlı*

¹¹³ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 36) 374; Tunç ve Aslantürk (n 25) 45; Süzek (n 36) 495.

¹¹⁴ Dalgalıdere (n 61) 118; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 36) 374.

¹¹⁵ Bkz. (n 6), TİHEKK m.3/2: *“Bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır.”*

¹¹⁶ Bkz. (n 6), TİHEKK m.25: *“Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, bu ihlalin etki ve sonuçlarının ağırlığı, failin ekonomik durumu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi dikkate alınarak ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında ... idari para cezası uygulanır.”*

¹¹⁷ Bkz. (n 6), TİHEKK m.17/1: *“Ayrımcılık yasağı ihlalden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek ve tüzel kişi Kuruma başvurabilir. Kuruma başvuru, illerde valilikler, ilçelerde kayma-*

olarak, TİHEK Başkanı tarafların görüşlerini aldıktan sonra re'sen veya talep üzerine tarafları uzlaşmaya çağırma yetkisine sahiptir. TİHEKK m.18/5 uyarınca, *“Kurul, konusu suç teşkil eden insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlallerini tespit ettiği takdirde, bunlarla ilgili suç duyurusunda bulunur.”* Ayrıca TİHEK, yalnızca *“idari para cezası”* değil aynı zamanda *“uyarı cezası”* verme yetkisine haizdir. Zira TİHEKK m.25/4 uyarınca, *“Kurul, verdiği idari para cezasını bir defaya mahsus olmak üzere uyarı cezasına dönüştürebilir”*. Bunun yanında TİHEKK m.25/4'te tekerrüre dair özel bir hüküm düzenlenmiştir. Sözü geçen şu şekildedir: *“Hakkında uyarı cezası verilen kişi veya kurumun ayrımcı fiilinin tekrarı hâlinde alacağı ceza yüzde elli oranında artırılır”*.

Belirtilmesi gereken bir husus da ayrımcılık hallerine dayanarak işyerindeki psikolojik taciz nedeniyle işçinin gerek ayrımcılık tazminatı gerekse de TİHEK yoluna giderek *“idari yaptırım”* isteme olanağının bulunmadığı hususudur. Zira ayrımcılığa uğrayan işçiler, İK'daki şikâyet yollarını bitirmiş ve burada ayrımcılık nedeniyle müeyyide kararı neticesi elde edememiş olmak şartıyla TİHEK yoluna gidebilir¹¹⁸. Bu nedenle ayrımcılık tazminatı istemi ve TİHEK yoluna gidilme eş zamanlı yapılamamaktadır. Fakat kanaatimizce bu konuda TİHEKK'da değişikliğe gidilmesi gerekmekte olup değişiklikle beraber her iki yola başvurma imkânı getirilerek ayrımcılığa uğrayan işçilerin hak arayışı daha etkin kılınmalıdır¹¹⁹. Benzer şekilde İK'ya tabi işçilerin İK m.5 uyarınca, işyerindeki psikolojik taciz nedeniyle bir şikâyetleri varsa İş Hukuku kapsamında teftiş yapılır. Yapılan teftiş sonucunda İK m.99 uyarınca işverene müfettişlerce idari para cezası uygulanır. İşverene İK kapsamında müeyyide uygulanması kararı alındığı için işçi aynı sebeple TİHEK'a başvuruda bulunamayacaktır¹²⁰.

B. Şikâyet Hakkı ve Ayrımcılık Nedeniyle İdari Para Cezası Kesilmesi İsteme Hakkı

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.4 uyarınca *“İşveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup”* m.4/1-b gereğince de *“İşyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler*

kamlıklar aracılığıyla da yapılabilir. Başvuru hakkının etkin bir şekilde kullanılmasına hiçbir surette engel olunamaz. Başvurulardan herhangi bir ücret alınmaz.”

¹¹⁸ Bkz. (n 6), TİHEKK m.17/5: *“4857 sayılı Kanunun 5 inci maddesi kapsamına giren ayrımcılık iddialarına ilişkin başvurular, 4857 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatında belirlenen şikâyet usulleri izlendikten sonra herhangi bir yaptırım kararı alınmadığı hâllerde yapılabilir.”*

¹¹⁹ Aslan (n 20) 99; İzmirlioğlu (n 2) 1801.

¹²⁰ Aslan (n 20) 101.

ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar.” Bu bağlamda İSGK m.4 uyarınca işverenin psikolojik taciz mağdurunu olumsuz etkileyen davranışlardan korumak için her türlü önlemi alması gerekir¹²¹. Psikolojik tacize uğrayan işçi, bu yükümlülük çiğnenirse şikâyet hakkına haiz olup¹²² şikâyetini doğrudan doğruya işverene veya işveren vekiline iletebilir¹²³.

Mağdur işçi İK m.108 uyarınca, “Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürü”nce İK m.99’da düzenlenen idari para cezalarının uygulanmasını sağlayabilir¹²⁴. Ayrıca 2025/3 sayılı “İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi” konulu Cumhurbaşkanlığı Genelgesi¹²⁵ ile “...iş yerlerinde psikolojik tacize maruz kalan tüm çalışanlar ilgili mevzuatında yer alan usullere göre çalıştıkları kurum ya da kuruluşa, Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezine, Türkiye Büyük Millet Meclisi Dilekçe Komisyonuna, Çalışma ve Sosyal Güvenlik İletişim Merkezi (ALO 170) aracılığıyla veya doğrudan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına ya da Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumuna ve Kamu Denetçiliği Kurumuna ...” şikâyet yoluyla müracaat edebilir.

C. Kötüniyet Tazminatı Davası Açma Hakkı

Kötüniyet tazminatı, işverenin fesih hakkının kötüye kullanılması durumunda iş güvencesi bulunmayan işçilere¹²⁶ İK m.17 uyarınca ödemesi gereken tazminattır. Bu tanımdan hareketle işyerinde işveren tarafından işçiye karşı psikolojik taciz eylemleri gerçekleştirildiğinde ve iş akdi bu nedenle feshedildiğinde işveren fesih hakkını kötüye kullanmış sayılacaktır. Böylece psikolojik taciz gerçekleştiren işveren işçisine kötüniyet tazminatı ödemekle sorumlu tutulacaktır. Buna karşın iş akdi, işçi tarafından feshedilmişse işçi kötüniyet tazminatı isteyemeyecektir¹²⁷.

¹²¹ Savaş (n 23) 94; Tunç ve Aslantürk (n 25) 49.

¹²² Gaye Baycık, ‘Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler’ (2013) 3 ABD 103,124 vd.; Bozbel ve Palaz (n 56) 76; Ünal (n 9) 62; Dalgaldere (n 61) 114; Tunç ve Aslantürk (n 25) 46; Güzel ve Ertan (n 10) 165.

¹²³ Bkz. (n 5), İSGK m.13/1: “Ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir.”; Bozbel ve Palaz (n 56) 78.

¹²⁴ Bkz. (n 3), İK m.99/a: “Bu Kanunun a) 5 inci maddesinde öngörülen ilke ve yükümlülüklerle aykırı davranan işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için yüz elli Türk lirası uygulanır.”.

¹²⁵ Bkz. n (45).

¹²⁶ Yargıtay 9 HD, 5589/20524, 21.11.2016; Yargıtay 22 HD, 19835/3175, 13.02.2019; Günay (n 25) 232; Davenport, Schwartz ve Elliott (n 7) 129.

¹²⁷ Yargıtay 22 HD, 27636/4689, 10.03.2020.

Güzel ve Ertan'a göre¹²⁸ *“Hukuka aykırı bir eylem olmanın ötesinde işçinin her şeyden önce bir insan olması sıfatıyla sahip olduğu onuruna ve haysiyetine ağır bir tecavüz teşkil eden psikolojik tacizden istediği sonucu elde edemeyen işverence yapılan fesih işleminin kötüniyetli bir fesih olduğundan asla kuşku duymamak gerekmektedir”*. Bu durumda işçi, psikolojik tacize maruz kalması nedeniyle, diğer şartları da taşımak kaydıyla kötüniyet tazminatı isteyebilir¹²⁹.

Psikolojik tacize maruz kalan işçi, kötüniyet tazminatı davası açtığı anda işverenin fesih hakkını kötüniyetle kullandığını ispat etmesi gerekir¹³⁰. İşçi işverenin fesih hakkını kötüye kullandığı ispatlarsa¹³¹ İK m.17/6 uyarınca, *“...fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir. Fesih için bildirim şartına da uyulmaması ayrıca dördüncü fıkra uyarınca tazminat ödenmesini gerektirir”*.

Öğretide, ayrımcılık tazminatı ile kötüniyet tazminatının aynı anda talep edilip edilemeyeceği hususu tartışmalıdır. Bir görüş, işçinin aynı anda gerek ayrımcılık gerekse de kötüniyet tazminatına hak kazanamayacağını savunmaktadır¹³². Bu görüşe göre, kötüniyetli davranışlar aynı zamanda ayrımcılık teşkil eden davranışlar olarak değerlendirildiğinden, aynı mahiyetteki eylem için yalnızca tek bir tazminata hükmedilebilir. Başka bir görüş ise, işverenin fesih hakkını kötüye kullanması durumunda yalnızca İK m.17'de düzenlenen kötüniyet tazminatının talep edilebileceğini savunmaktadır¹³³. Ancak bu görüşe göre, ayrımcılığın kötüniyetin özel bir hali gibi görünmesine rağmen İK m.5'te düzenle-

¹²⁸ Güzel ve Ertan (n 10) 166.

¹²⁹ Yargıtay 9 HD, 32353/18337, 11.06.2007.

¹³⁰ Bkz. *“4857 sayılı Kanun’un 17 nci maddesinde düzenlenen kötüniyet tazminatına hak kazanabilmesi için iş güvencesi hükümlerinin uygulama dışında kalan işçilerin iş sözleşmelerinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirilmesi gerekmekte olup bu durumda yasal düzenleme gereği işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenmesi öngörülmüştür. Bu husustaki tazminat talebi hâlinde kötüniyet iddiasını ileri süren davacı işçi ispat ile yükümlü olup sözleşmenin işverence feshedilmiş olması her zaman kötüniyet tazminatını ödenmesini gerektirmez Başlıca kötüniyet tazminatını gerektiren durumlar; işvereni şikayet etmek, işveren aleyhine dava açmak, işveren aleyhine tanıklık yapmak ve hamilelik halleridir.”*, Yargıtay 9 HD, 5787/6505, 25.05.2022.

¹³¹ *“Kötüniyet tazminatına hükmedilmesi için, hakkın kötüye kullanılması yeterli olup, işçinin zararı olduğunu ya da zarar miktarını ispat etmesine gerek olmadığı”* yönündeki görüş için bkz. Süzek (n 36) 565; Palabıyık (n 112) 193.

¹³² Melda Sur, ‘İş İlişkinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı’ (2017) 37 Sicil İş Hukuku Dergisi 33, 50.

¹³³ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 36) 505.

nen tazminat yalnızca iş akdinin sona ermesiyle ilgili olmayıp, ayrımcılık yasağının ihlal edildiği her durumda uygulanabilir nitelikte daha genel bir düzenlemedir. Katıldığımız diğer bir görüş ise, ayrımcılık tazminatı ile kötüniyet tazminatının hukuki dayanaklarının farklı olması nedeniyle birlikte talep edilebileceğini savunmaktadır¹³⁴. Aynı yönde düşünen Süzek de ayrımcı bir işlemler karşısında kalan işçinin korunması amacıyla tereddüt halinde işçi lehine yorum prensibinin uygulanmasının yerinde olacağını ifade etmektedir¹³⁵. Bu doğrultuda işçinin her iki tazminatı talep edebileceğinin kabul edilmesi hem ayrımcılığın önlenmesi hem de dürüstlük kuralına uygun bir çözüm olacaktır. Ayrıca İK m.5/6'da işçinin 4 aya kadarlık ücret miktarında ayrımcılık tazminatının yanında mahrum konulduğu hakları da talep edebileceği belirtilmiş, yalnızca sendikal tazminatın talep edilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemeden hareketle anılan tazminatın kötüniyet tazminatıyla beraber talep edilebileceği neticesine ulaşılmaktadır¹³⁶.

Ç. İş Akdini Fesih Hakkı

Psikolojik taciz sebebiyle işçi tarafından iş akdinin haklı nedenle feshedilebilmesi için psikolojik tacizin *"bizzat işveren"*¹³⁷, *"işverenin bir başka işçisi yahut 3. bir kişi"*¹³⁸ tarafından gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir¹³⁹. İK m.24'te işçilerin iş akdini haklı nedenlerle derhal fesih hakkını kullanabilecekleri durum-

¹³⁴ Aynı yönde: Artür Karademir, 'İşyerinde Psikolojik Taciz ve İşverenin Fesih Yetkisi Üzerine Bir Değerlendirme' (2016) 11(122) Terazi Hukuk Dergisi 77, 82; Kantarcı (n 25) 200; Yuvalı (n 36) 229.

¹³⁵ Süzek (n 36) 491.

¹³⁶ Aynı yönde: Süzek (n 36) 491; Limoncuoğlu (n 18) 69,70; Taşkın (n 56) 172,173.

¹³⁷ Bkz. (n 3), İK m.24/2-d: *"a) İşveren iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında yanlış vasıflar veya şartlar göstermek yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler vermek veya sözler söylemek suretiyle işçiyi yanıltırsa.*

b) İşveren işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunursa veya işçiye cinsel tacizde bulunursa.

c) İşveren işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı sataşmada bulunur veya gözdağı verirse, yahut işçiyi veya ailesi üyelerinden birini kanuna karşı davranışa özendirir, kışkırtır, sürükler, yahut işçiye ve ailesi üyelerinden birine karşı hapsi gerektiren bir suç işlerse yahut işçi hakkındaki şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnad veya ithamlarda bulunursa.

e) İşveren tarafından işçinin ücreti kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilmez veya ödenmezse."

¹³⁸ Bkz. (n 3), İK m.24/2-d: *"İşçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa."*

¹³⁹ Abbas Bilgili, *İş Hukuku'nda Mobbing* (3. Baskı, Karahan Yayınevi 2015) 61.

lar düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “sağlık sebepleri”, “ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” ile “zorlayıcı sebepler” olmak üzere üç temel halde, işçinin iş akdini haklı nedenle feshedebileceği belirtilmiştir¹⁴⁰.

Sınırlı olarak sayılan sağlık sebeplerinin varlığı halinde, İK m.24/1 uyarınca işçinin haklı nedenle derhal fesih hakkı doğmaktadır. Ancak işyerinde gerçekleşen psikolojik taciz eylemleri sonucunda işçinin psikolojik sağlığı bozulsa dahi, bu durum sözü geçen maddede belirtildiği gibi işin niteliğinden kaynaklanan bir sorun değil, genellikle işverenin ya da iş arkadaşlarının kişisel düşmanlığından doğmaktadır. Dolayısıyla işyerinde psikolojik tacizin varlığı halinde işçi İK m.24/1’e dayanarak iş akdini haklı nedenle feshedemez¹⁴¹. Buna karşılık, İK m.24/2’de, haklı nedenle feshe ilişkin daha genel sebepler düzenlenmiştir. Bu hükümde yer alan fesih nedenleri genellikle işverenin işçiye yönelik gerçekleştirdiği eylemleri kapsamaktadır. Özellikle İK m.24/2-b ve c’ye göre, işçinin şeref ve haysiyetini zedeleyebilecek her türlü söz ve davranışın varlığı halinde, işçinin iş akdini haklı nedenle feshetme hakkı bulunmaktadır¹⁴².

Psikolojik taciz mağduru işçinin, İK m.24/2-d uyarınca iş akdini haklı nedenle feshedebilmesi için cinsel taciz eylemlerinin işverenden değil, başka bir işçi tarafından gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Buna ek olarak mağdur işçinin bu durumu işverene bildirmesi ve işverenin söz konusu bildirimle rağmen gerekli tedbirleri almamış olması şartı aranmaktadır¹⁴³. Her ne kadar İK m.24’te psikolojik tacize ilişkin açık bir düzenleme bulunmasa da mağdur işçinin “ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” başlığında yer alan “ve benzerleri” ibaresine dayanarak haklı nedenle fesih hakkını kullanabileceği kabul edilmektedir¹⁴⁴. Öğretide, İK m.24/2-d’de yer alan “cinsel taciz” ifadesinden sonra “psikolojik taciz” ibaresinin eklenmesi halinde, İK m.24 ile TBK m.417 arasında bir uyum sağlanacağı ileri sürülmektedir¹⁴⁵. Bununla birlikte uygulama-

¹⁴⁰ Arif Kalkan, ‘İş Sözleşmesinde Fesih Halleri’ (2018) 13(1) EÜHFD 281, 307.

¹⁴¹ Özden (n 2) 40; Limoncuoğlu (n 18) 72.

¹⁴² Ermumcu (n 28) 200; Kantarcı (n 25) 203; Özden (n 2) 40; Limoncuoğlu (n 18) 73.

¹⁴³ Yargıtay 9 HD, 4745/4868, 04.02.2011; Öğretide, “gözetme borcunun gereği olarak işverene, işçiyi diğer işçi veya üçüncü kişilerden koruma borcu getirilmiş olması sebebiyle, işyerinde işçiye psikolojik taciz uygulanması durumunda, 24/2-d bendinin kıyasen uygulanarak, mağdur işçinin iş akdini haklı nedenle feshedebileceği” de ifade edilmektedir. Bkz. Savaş (n 23) 113; Ertürk (n 25) 113; Yuvalı (n 105) 735.

¹⁴⁴ Kalkan (140) 304; Metin Üzümlü (n 60) 87; Ermumcu (n 28) 200; Limoncuoğlu (n 18) 79; Özden (n 2) 41; Karademir (n 134) 82; Bilge (n 8) 1270; Dalgaldere (n 61) 123, 124.

¹⁴⁵ Demircioğlu (n 59) 136; Savaş (n 23) 123; Ünal (n 9) 59.

mada Yargıtay, psikolojik tacize maruz kalan işçinin iş akdini haklı nedenle feshetmesini genellikle İK m.24/2 çerçevesinde ele almaktadır¹⁴⁶.

Zorlayıcı sebepler nedeniyle işçinin derhal fesih hakkı ise İK m.24/3'te düzenlenmiştir. Söz geçen hükümde *"İşçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebepler ortaya çıkarsa"* ifadesiyle genel bir tehlike hali kaleme alınmıştır. İşyerinde psikolojik taciz genellikle tek bir bireye yönelik gerçekleştirilmesi nedeniyle bu fıkra uyarınca işçi iş akdini psikolojik taciz nedeniyle haklı nedenle feshedemeyecektir.

Derhal fesih hakkının kullanımı İK m.26 uyarınca hak düşürücü süre niteliğinde düzenlenmiştir¹⁴⁷. Söz konusu maddeye göre işçi haklı nedenle derhal fesih hakkını, feshe sebep olan vakanın öğrenilmesinin ardından 6 iş günü içerisinde kullanmalıdır. Ancak kanaatimizce, psikolojik taciz eylemleri, etki ve sonuçları itibarıyla devamlılık gösteren bir niteliğe sahip olduğundan psikolojik tacize evrilen davranışlar sebebiyle başvurulacak davalarda bu 6 iş günü süresi uygulanmamalıdır. Zira psikolojik taciz, sistematik ve uzun bir zaman dilimine yayılan davranışlar bütününden oluşmakta olup, belirli bir vakıadan ziyade süregiden bir süreç olarak değerlendirilmektedir¹⁴⁸.

Belirtmek gerekir ki TBK m.435¹⁴⁹ ve 417¹⁵⁰ uyarınca mağdur işçinin, işverenin davranışları nedeniyle iş akdini haklı nedenle feshetme hakkı bulunmakta-

¹⁴⁶ Yargıtay 22 HD, 11958/15623, 31.05.2016; Cengiz (n 104) 81; Limoncuoğlu (n 18) 74.

¹⁴⁷ Bkz. (n 3), İK m.26: *"24 ve 25 inci maddelerde gösterilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallerde dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz. Ancak işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde bir yıllık süre uygulanmaz. Bu haller sebebiyle işçi yahut işverenden iş sözleşmesini yukarıdaki fıkra da öngörülen süre içinde feshedenlerin diğer taraftan tazminat hakları saklıdır."*

¹⁴⁸ Aynı yönde: Yargıtay 9 HD, 37500/31544, 04.11.2010; Özden (n 2) 41; Günay (n 25) 232; Hüseyinli ve Aslan Atabay (n 22) 630; Savaş Kutsal (n 9) 637; Bayat (Kıroğlu) ve Baykal (n 8) 213; Savaş (n 23) 115. Aksi yönde: Büyükkılıç (n 24) 140.

¹⁴⁹ Bkz. (n 1), TBK m.435: *"Taraflardan her biri, haklı sebeplerle sözleşmeyi derhâl feshedebilir. Sözleşmeyi fesheden taraf, fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır. Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır."*; Kalkan (140) 292,293.

¹⁵⁰ Bkz. (n 1), TBK m.417/1: *"İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür."*

dır¹⁵¹. TBK m.417, işverenin işçinin şahsiyetini muhafaza etme yükümlülüğünü düzenlemekte ve bu bağlamda işverenin işyerinde sağlıklı bir çalışma ortamı sağlamak zorunda olduğunu açıkça ifade etmektedir. Bunun yanı sıra işveren, yönetim hakkını kullanırken TMK m.2¹⁵²'de düzenlenen dürüstlük kurallarına uygun davranmakla yükümlüdür. İşverenin bu kurallara aykırı hareket etmesi halinde işçi, TMK m.2 uyarınca iş akdini haklı nedenle feshedebilir. Benzer şekilde, iş sağlığı ve güvenliği hakkı işçinin sağlık ve yaşam hakkının iş yaşamındaki yansıması olarak kabul edilmektedir¹⁵³. İşçilerin sağlık ve güvenliğinin korunması söz konusu olduğunda işverenin öncelikli yükümlülüğü, işçinin beden ve ruh bütünlüğünü koruma yükümlülüğüdür¹⁵⁴. Bu bağlamda, işverenin yalnızca fiziksel güvenliği sağlamakla yetinmeyip aynı zamanda işçinin ruhsal sağlığını da koruyacak önlemleri alması gerekmektedir. Bu bağlamda İSGK m.13/4 uyarınca, *“İş sözleşmesiyle çalışanlar, talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda, tabi oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebilir”*. İşçilerin bu yola başvurabilmesi için taleplerine rağmen Kurul/işveren/işveren vekilinden olumsuz yanıt almaları gerekir. Aksi halde işçi tarafından yapılan fesih, haksız fesih olarak değerlendirilecektir. Yine ifade etmek gerekir ki yönetim hakkının kötüye kullanımı işçiye haklı nedenle fesih imkânı verir¹⁵⁵. Bunun yanında işçi, aşağıda açıklayacağımız üzere kötüniyet tazminatı, maddi ve manevi tazminatı isteminde bulunabilir ve iş görmekten kaçınma hakkını kullanabilir¹⁵⁶. Ayrıca işçi, iş güvencesinden yararlanmıyor ve iş akdi işverence çalışma şartlarında yapılan değişikliği kabul etmemesi sebebiyle feshedilmişse bu durumda diğer şartları da taşıyorsa ihbar tazminatı, kıdem tazminatı ve eğer sendikal bir ayrımcılığa uğramışsa sendikal tazminat talebinde de bulunabilecektir¹⁵⁷.

Son olarak ifade edelim ki günümüzde psikolojisi bozuk bir işçinin fiziki açıdan da sağlıklı olduğu söylenemez. TBK m.417/2 ile İSGK m.5/f, m.10/1-c ve

¹⁵¹ Yargıtay 9 HD, 4922/6503, 25.05.2022.

¹⁵² Bkz. (n 4), TMK m.2: *“Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.”*.

¹⁵³ Aydın Başbuğ ve Mehtap Yücel Bodur, *İş Hukuku* (6. Baskı, Beta Yayınları 2021) 394.

¹⁵⁴ Başbuğ ve Yücel Bodur (n 153) 396; Uyaroğlu (n 21) 330.

¹⁵⁵ Süzek (n 36) 89; Sevinç (n 242) 130.

¹⁵⁶ Süzek (n 36) 90,91.

¹⁵⁷ Savaş (n 23) 121; Sevinç (n 242); Bayat (Kiroğlu) ve Baykal (n 8) 215.

m.10/4 göz önünde bulundurulduğunda işverenin öncelikli yükümlülüğünün işyerinde psikolojik tacizin oluşmaması için sağlıklı bir iş görme alanını sağlamak ve bunun için gerekli olan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini almak olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, işveren yalnızca kendisi doğrudan psikolojik taciz uygulamamakla yükümlü olmayıp aynı zamanda diğer işçilerin de iş arkadaşları tarafından psikolojik tacize uğramalarını önleyecek tedbirleri almak zorundadır. İşverenin bu yükümlülükler aykırı davranması, gözetim borcunun ihlali anlamına gelir ve aynı zamanda iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini yerine getirmemesi nedeniyle hukuki sorumluluğunu doğurur. Bu durum, işçinin iş akdini haklı nedenle feshetme hakkını gündeme getirebilir¹⁵⁸.

D. Kıdem Tazminatı Hakkı

Kıdem tazminatı, kanunda öngörülen asgari çalışma süresini doldurmuş olan işçinin, iş akdinin yine kanunda belirtilen nedenlerden biriyle sona ermesi durumunda işveren tarafından işçiye veya mirasçılara ödenmesi gereken bir tutardır¹⁵⁹.

Bir işçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için 1475 sayılı İK m.14/1 uyarınca, iş akdini İK m.24 gereğince haklı bir nedenle feshetmesi ve asgari 1 yıl süreyle o işyerinde iş görmüş olması gerekmektedir¹⁶⁰. Yukarıda açıkladığımız üzere psikolojik tacize maruz kalan işçi de haklı nedenle iş sözleşmesini feshetmiş kabul edileceğinden işyerinde asgari 1 yıl süreyle iş görmüş olmak kaydıyla kıdem tazminatına hak edecektir. Yine İK m.26/2 uyarınca, *“Bu haller sebebiyle işçi yahut işverenden iş sözleşmesini yukarıdaki fıkra da öngörülen süre içinde feshedenlerin diğer taraftan tazminat hakları saklıdır.”* hükmünden yola çıkılarak da psikolojik tacize maruz kalan işçilerin kıdem tazminatına hak kazanabileceği sonucuna varabiliriz. Psikolojik taciz sebebiyle iş akdini haklı nedenle fesheden işçinin kıdem tazminatı isteminde bulunabileceği yönünde Yargıtay’ın da emsal nitelikte kararları¹⁶¹ bulunmaktadır¹⁶². Kanaatimizce psikolojik taciz

¹⁵⁸ Ertürk (n 25) 101, 119; Demircioğlu, Centel ve Kaplan (n 2) 125; Tunç ve Aslantürk (n 25) 50.

¹⁵⁹ Süzek (n 36) 754; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 36) 705.

¹⁶⁰ Süzek (n 36) 754; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 36) 705; Ertürk (n 25) 114; Hüseyinli ve Aslan Atabay (n 22) 627; Bayat (Kiroğlu) ve Baykal (n 8) 215.

¹⁶¹ *“...davacı işçinin psikolojik taciz niteliğindeki davranışlara maruz kaldığı, davalı işveren davacıya psikolojik baskı uygulanmadığını ispat edemediği, davacının iş sözleşmesini haklı nedenle feshederek kıdem tazminatına hak kazandığı...”* Yargıtay 9 HD, 5454/6450, 25.05.2022.

¹⁶² Yargıtay 9 HD, 3342/7399, 29.04.2024.

bilhassa işçiyi akdi feshe (istifa)¹⁶³ veya ikaleye zorlamak gayesiyle gerçekleştirildiği hallerde feshin işverence gerçekleştirildiği kabul edilerek işçinin kıdem tazminatı hak kazanacaktır¹⁶⁴.

Son olarak belirtelim ki işyerinde psikolojik tacize uğrayan işçi, TBK doğrultusunda da iş akdini haklı nedenle feshedebilecek ve işyerinde çalışma süresi 1 yıldan çok ise kıdem tazminatına hak kazanabilecektir¹⁶⁵.

E. İhbar Tazminatı Hakkı

İş Kanunu m.17/4 uyarınca, “*Bildirim şartına uymayan taraf, bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır*”. Bu tazminat, literatürde “*ihbar tazminatı*” olarak adlandırılmaktadır ve yalnızca belirsiz süreli iş akitlerinin usulsüz (veya haksız) feshi durumunda uygulanmaktadır¹⁶⁶. İK m.17/4’te, usulsüz feshi gerçekleştiren hem işverenin hem de işçinin ihbar tazminatı ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. Yargıtay da kararlarında¹⁶⁷ psikolojik tacize maruz kalan işçinin ihbar tazminatına hak kazanacağına hükmetmektedir.

İhbar tazminatı, yalnızca bildirim sürelerine uyulmadan iş akdi feshedilen taraf için istem konusu olur¹⁶⁸. Zira İK m.24/2’e göre, iş akdini haklı sebeple kendisi sonlandıran çalışan, bu fesih sonucunda ihbar tazminatı talep edemez¹⁶⁹. Zira haklı nedenle fesih durumunda iş akdi, işçi tarafından derhal sona erdirildiğinden karşı tarafa herhangi bir bildirim süresi tanınmamaktadır.

¹⁶³ Bkz. “... işten ayrılma belgesi, doktor raporu ve davacı tanığının beyanlarından işyerinde davacı üzerinde psikolojik baskı (mobbing) oluşturulduğu, davacının çıkış belgesinde bu yönde beyan alındığı anlaşılmaktadır, Davacının istifa dilekçesini istifa iradesi ile imzalamadığı psikolojik baskı (mobbing) yolu ile istifaya zorlandığı anlaşılmaktadır. Davacı işçinin iş sözleşmesini feshi haklı olup dava konusu kıdem tazminatı isteğinin kabulü yerine reddi hatalı olmuştur.” Yargıtay 9 HD, 8046/9717, 01.04.2011. Benzer yönde bkz. Yargıtay 22 HD, 29804/28138, 05.12.2013.

¹⁶⁴ Yargıtay 7 HD, 19809/6499, 07.04.2015.

¹⁶⁵ Yargıtay 22 HD, 11958/15623, 31.05.2016.

¹⁶⁶ Süzek (n 36) 555.

¹⁶⁷ Bkz. “davacının işe dönmesinden sonra boş bir odada oturtulduğu, ... verilmeyerek pasifize edildiği, işyerinde davacının işe yaramayan personel algısının oluşturulduğu, davacının psikolojik baskıya maruz kaldığı ve bu tür davranışlardan sonra emekli olmak zorunda kaldığı, bu hâlde işverenin uyguladığı psikolojik baskı sonucu işçinin iradesinin feshe yönlendirildiği anlaşıldığından davacının ihbar tazminatına hak kazanması gerektiği”, Yargıtay 9 HD, 17442/2306, 15.02.2024.

¹⁶⁸ Süzek (n 36) 555.

¹⁶⁹ Yargıtay 22 HD, 15315/1857, 24.01.2019; Yargıtay 9 HD, 17329/1484, 19.01.2021.

Mevzuatımızda kabul edilen akit özgürlüğü sebebiyle işçi ve işveren birlikte karar alarak iş akdini sona erdirmekte ve bu anlaşmaya “*ikale*” denmektedir. Psikolojik tacizin, özellikle işçiyi fesh¹⁷⁰ veya ikaleye zorlamak¹⁷¹ amacıyla yapıldığı durumlarda feshin işveren tarafından yapıldığı kabul edilerek işçinin ihbar tazminatına da hak kazanacağı kabul edilmelidir. Buna karşılık Yargıtay verdiği kararlarda iş akdini fesheden işçinin, “*ihbar süresi içerisinde odasının değiştirilmesinin*”, “*yetkilerinin kısıtlanmasının*”, “*zimmetine verilen cep telefonu, bilgisayar, kredi kartı gibi malzemelerin geri alınmasının*” doğal olduğu ve salt bu davranış şekillerinin psikolojik taciz olgusunu kanıtlamaya yetmeyeceği gerekçesiyle ihbar tazminatı taleplerinin reddine karar vermektedir¹⁷².

F. Arabulucuya Başvurma Hakkı

İş Mahkemeleri Kanunu’nun (İMK)¹⁷³ kabulü ile gelen en önemli yenilik İMK m.3/1’de yer alan iş ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurma dava şartı sayılmasıdır¹⁷⁴. Bu hüküm uyarınca işyerinde tazminat taleplerinde dava açmadan önce arabulucuya başvurma zorunluluğu bulunmaktadır¹⁷⁵. Bu kurala uyulmadığı takdirde açılan dava usulden reddedilecektir.

Arabuluculuk, herhangi bir bağlayıcı karar verme yetkisi veya gücü bulunmayan yalnızca taraflar arasında anlaşmanın sağlanmasını kolaylaştırmayı hedefleyen bir 3. kişinin yer aldığı müzakereye dayalı tüm uyuşmazlık çözüm yöntemlerini tanımlamak için kullanılmaktadır¹⁷⁶.

Mevzuatımızda psikolojik taciz uyuşmazlıklarında arabuluculuğa gidilebileceği yönünde açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu eksiklik uygulamada hukuki açıdan belirsizlik yaratmakta ve tarafların psikolojik taciz gerçekleştikten sonra arabuluculuğa başvurma konusunda tereddüt yaşamasına neden olmaktadır.

¹⁷⁰ Yargıtay 22 HD, 15441399, 07.02.2017.

¹⁷¹ Yargıtay 9 HD, 13178/7772, 11.03.2014.

¹⁷² Yargıtay 9 HD, 27637/159, 11.01.2016; Yargıtay 22 HD, 1858115562, 10.11.2020.

¹⁷³ İş Mahkemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 7036, Kabul Tarihi: 12.10.2017, RG 25.10.2017/30221.

¹⁷⁴ Ertuğrul Yuvalı, ‘Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Zorunlu Arabuluculuk’ (2021) 11(2) AÜHFD 355, 357.

¹⁷⁵ Bkz. (n 173), İMK m.3/1: “*Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.*”; Yuvalı (n 174) 357.

¹⁷⁶ Yuvalı (n 174) 359.

Buna karşın kanaatimizce İMK m.3/1 uyarınca, artık psikolojik tacize bağlı tazminatlarda arabuluculuğa başvurulması da kanuni zemine kavuşmuştur. Ayrıca arabuluculuk, İMK m.3/3'e uyarınca *"İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları hakkında ... uygulanmaz"*. Sözü geçen hükümde, İMK m.3/1'in uygulanmayacağı konular arasında psikolojik taciz sayılmamıştır. Psikolojik taciz mağduru olduğunu iddia eden herkesin ve psikolojik taciz uyguladığı iddia edilen kimse-lerin, dava açmadan önce arabulucuya başvurabilme hakkına sahip olması gerektiği kanaatindeyiz¹⁷⁷. Zira bu alternatif hukuki çözüm yolu, tarafların daha az masrafla ve daha kısa bir sürede sorunlarını çözmelerine olanak tanımaktadır¹⁷⁸. Böylelikle hem mağdurun hak kaybı yaşamasının önüne geçilecek hem de taraflar arasında iş ilişkilerinin daha az zarar görmesi sağlanacaktır.

G. İşe İade Davası Açma Hakkı

İşe iade davası İK m.20 uyarınca, *"İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle"* açacağı davaya verilen addır. Psikolojik taciz açısından sözü geçen hükmü değerlendirdiğimizde işveren yahut diğer işçiler tarafından psikolojik tacize maruz kalan işçi, iş güvencesi¹⁷⁹ kapsamına giriyorsa psikolojik tacize maruz kalması nedeniyle iş akdini bitirirse işe iade davası açabilecektir. Bu bağlamda işçinin iş akdinin feshinin psikolojik taciz sürecinden doğduğu mahkemece sabit olursa hâkim feshin geçersizliğine karar vererek işçinin işe iadesine karar verecektir.

Bir işyerinde diğer bir işçinin yahut işverenin psikolojik tacizine maruz kalan iş güvencesi kapsamındaki işçi, maruz kaldığı bu psikolojik taciz eylemleri karşısında ağır baskı ve psiko-sosyal zedelenme nedeniyle ara sıra tepki niteliğinde hatalı davranışlar gösterebilmektedir. Bu durumda işçinin iş akdi salt bu gerekçe ile feshedilirse geçerli bir sebepten söz edilemeyecektir. Zira psikolojik

¹⁷⁷ Aynı yönde: Resul Kurt, 'İş Yargısında "Arabuluculuk"' (2018) 135 TBBD 405, 427; Cengiz (n 104) 85.

¹⁷⁸ Aksi kanaatte: Selinda Sargın, 'İşyerinde Psikolojik Taciz' (Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi 2020) 112.

¹⁷⁹ Bkz. (n 3), İK m.18/1: *"Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır."*

tacize maruz kalan işçi hem işini yitirme korkusu taşımakta, işsiz kalırsa doğacak negatif neticeler için endişelenmekte hem de sistemli biçimde süren psikolojik taciz eylemleriyle mücadele etmek zorundadır. Bütün bu haller işçiye aşırı baskı oluşturduğu durumlarda elbette işçinin kendini savunma halindeyken gerçekleştirdiği kimi yanlışların geçerli sebep meydana getirmeyeceğinden bahsedilebilecektir. Ancak işçinin somut vakıadaki kusuru orantılı mı değil mi göz önünde bulundurulmalı ve neticeye bu şekilde varılmalıdır. Yine ifade edelim ki psikolojik taciz eylemlerinin gerçekleştirilmesindeki genel amaç, işçinin yıldırılarak işten uzaklaştırılması veya işten çıkarılmasıdır. Dolayısıyla psikolojik taciz eylemleri neticesinde geçerli ve haklı bir sebep olmadan iş akdi fesih edilen, emekliliğe veya istifaya zorlanan işçi işe iade davası açabilir¹⁸⁰. Bazen de işveren psikolojik taciz eylemleri gerçekleştirerek, işe iade davasını kazanarak, işe yeniden başlamak için başvuruda bulunan işçiyi eski konumundan daha kötü şartlarda işe başlatarak işçiyi yıldırma niyetiyle hareket edebilir¹⁸¹. Bu halde de şeklen işe başlatılan işçi, işe iade davası açabilir.

İş Kanunu m.20/2'e göre: *"Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür"*. Nitekim Yargıtay bir kararında, *"...ispat yükü üzerinde olan işverence fesih nedenlerinin somut delillerle ispatlanamadığı, haklı veya geçerli fesih şartlarının oluşmadığı..."* sebebiyle işe iade sine karar vermiştir¹⁸².

Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları İK m.21'de düzenlenmiştir¹⁸³. Bu hüküm uyarınca işverenin işçiyi yeniden işe başlatmak veya işçiyi işe başlatmadan tazminat ödeyerek iş ilişkisini sona erdirmek üzere iki alternatifli hakkı

¹⁸⁰ Yargıtay 7 HD, 2273/14184, 05.05.2014; Yargıtay 7 HD, 469/1578, 05.02.2018; Aksi yönde: Karademir (n 134) 81,82; Taşkın (n 56) 181.

¹⁸¹ Yargıtay 22 HD, 33248/14146, 04.06.2018.

¹⁸² Yargıtay 7 HD, 31457/21707, 20.12.2016.

¹⁸³ Bkz. (n 3), İK m.21: *"1-İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.*

2-Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler.

3-Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir. (Ek fıkra: 12/10/2017-7036/12 md.)"

bulunmaktadır. Psikolojik taciz uygulayan işverenin işçiye işe iade etmemesi halinde ödemesi gereken iş güvencesi tazminatının eylemin ağırlığı dikkate alınarak üst sınır olan işçinin sekiz aylık ücreti olarak belirlenmesi uygun olacaktır¹⁸⁴. Ancak asıl sorun işverenin işe iade seçeneğini tercih etmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Psikolojik tacizin mağduruyla faili arasındaki hukuki ilişkinin büyük ölçüde zedelendiği ve aradaki güven ilişkisinin çöktüğü bilinen bir gerçektir. Psikolojik tacizden etkilenmiş olan işçilerin büyük çoğunluğu, psikolojik taciz vakıalarının yaşandığı ortama dönmek istemeyecektir. Kendisine psikolojik tacizin en ağır türlerini uygulamış olan işverenle veya diğer işçilerle aynı işyerinde tekrar işe başlaması, işçinin ruhsal sağlığı açısından da ciddi sonuçlara yol açabilir. İşçiye yeniden psikolojik taciz uygulanmasa bile söz konusu işyeri kendisine geçmişte yaşananları hatırlatacak ve ruhsal sağlığı bu durumdan zarar görecektir. İşverenin veya işveren vekillerinin işe iade edilen işçiye yeniden psikolojik taciz uygulamaya başlamaları ise olasılık dışı değildir. Benzer biçimde işverenin veya işverenin vekillerinin, işe iade edilen işçiye tekrar psikolojik taciz uygulamaya başlamaları da mümkündür. Ayrıca ayrımcılık yapılarak psikolojik taciz maruz kalan işçi işe iade edilmesine rağmen işe başlatılmazsa hem işe başlatmama tazminatını hem de ayrımcılık tazminatını isteyebilir¹⁸⁵.

Ğ. İş Görme Borcunu İfadan Kaçınma Hakkı

Modern iş yaşamında fizyolojik, sosyolojik ve psikolojik riskler birlikte ele alınmakta böylece işçinin bütün olarak korunması arzulanmaktadır. Çok yakın zamanda yayımlanan 2025/3 sayılı “İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi” konulu Cumhurbaşkanlığı Genelgesi¹⁸⁶ ile işyerlerinde psikolojik tacizle mücadele konusunda öncelikli sorumluluğun işverenler ve yöneticilerde olduğu belirtilmiştir. Sözü geçen Genelge’de işverenlerin ve yöneticilerin işyerlerinde psikolojik taciz olarak değerlendirilebilecek durumları veya bu tacize bağlı oluşabilecek riskleri dikkate alarak önleyici ve koruyucu politikalar geliştirmesi gerektiği açıkça vurgulanmıştır. Bu kapsamda işçinin daha etkili korunması arzusuyla işçiye mevzuatımızda yer alan bazı durumlarda iş görme borcunu ifa etmeden kaçınma hakkı tanınmıştır¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Aynı yönde: Güzel ve Ertan (n 10) 166.

¹⁸⁵ Sur (n 132) 50,51.

¹⁸⁶ Bkz. (n 45).

¹⁸⁷ Gürcan Önel, ‘Çalışmaktan Kaçınma Hakkı’ (2022) 52 TAAD 195, 200.

İş görme borcunu ifadan kaçınma (çalışmaktan kaçınma) hakkı, İSGK'da bir tanımlanmamakla birlikte mevzuatımızda İSGK, TBK ile İK¹⁸⁸'da farklı içerik ve kapsamda düzenlenmiştir. Bu bağlamda psikolojik tacize ilişkin düzenlemeler özellikle İSGK ve TBK'da yer almakta olup, bu durumlarda da işçilerin sağlığını ve güvenliğini koruma amacıyla çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabileceği değerlendirilmektedir.

Psikolojik tacize uğrayan işçi işverence İSGK'da yer alan önlemler alınana kadar iş yapmaktan süresiz kaçınabilir¹⁸⁹. Ancak işçi, işverence gerekli tedbirlerin alındığı anda çalışmakla yükümlüdür¹⁹⁰. Ayrıca işveren, psikolojik tacize maruz kalan işçinin ücret ve çalışma şartlarında aleyhe bir değişiklik yapılmaması şartıyla, işçiye benzer nitelikte bir işte çalışmayı teklif edebilir¹⁹¹. İşverenin bu teklifi, hem işyerindeki iş barışını sağlama hem de mağdur işçiye koruma yükümlülüğünün bir gereği olarak değerlendirilmektedir. Bu durumda, işçinin söz konusu teklifi kabul etmemesi, dürüstlük kuralına aykırı bir davranış olarak nitelendirilebilir. TMK m.2'de düzenlenen dürüstlük ilkesi çerçevesinde, işverenin makul ve hakkaniyete uygun bir çözüm sunması karşısında işçinin bu teklifi reddetmesi, işverenin iş akdini haklı nedenle feshetme hakkını doğurabilecektir¹⁹².

İşçinin, iş görme borcunu ifadan kaçınma imkânını kullanabilmesi için İSGK m.13 uyarınca¹⁹³, öncelikle işyerinde tehlikenin ortaya çıkması gerekmektedir.

¹⁸⁸ Bkz. (n 3), İK m.24/2-f: "...yahut çalışma şartları uygulanmazsa."

¹⁸⁹ Başbuğ ve Yücel Bodur (n 153) 405; Önel (n 187) 216; Baycık (n 122) 117.

¹⁹⁰ Savaş (n 23) 99; Önel (n 187) 216.

¹⁹¹ Aynı yönde: Önel (n 187) 218.

¹⁹² Önel (n 187) 217; Süzek (n 36) 946; Arslan Ertürk (n 23) 310; Metin Üzümlü (n 60) 78. Aksi yönde: Başbuğ ve Yücel Bodur (n 153) 406.

¹⁹³ Bkz. (n 5), İSGK m.13: "(1) Ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul acilen toplanarak, işveren ise derhâl kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar, çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilir.

(2) Kurul veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi hâlinde çalışan, gerekli tedbirler alınincaya kadar çalışmaktan kaçınabilir. Çalışanların çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer hakları saklıdır.

(3) Çalışanlar ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda birinci fıkradaki usule uymak zorunda olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gider. Çalışanların bu hareketlerinden dolayı hakları kısıtlanamaz.

İK m.2 ve İSGK m.3-h uyarınca, işyeri kavramı geniş çerçevede ele alınarak tehlikenin sadece işyerinde değil eklenti, araç vb. yerlerde de doğabileceği kabul edilmiştir. İK'da ve İSGK'da tehlikenin mutlaka işyerinde meydana geleceği kuralının terk edilmesi, kanaatimizce işyeri dışında gerçekleşebilecek cinsel ve psikolojik taciz vakaları bakımından yerinde bir düzenleme olmuştur¹⁹⁴. Artık böylelikle diğer bir işçi tarafından psikolojik tacize maruz kalınma halinde dahi o işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilecektir.

İşçinin, iş görme borcunu ifadan kaçınma imkânını kullanabilmesi için aranacak ikinci şart, İSGK m.13 uyarınca tehlikenin ciddi ve yakın olmasıdır¹⁹⁵. Fakat bir tehlikenin ciddi kabul edilebilmesi için mutlaka hayati olması gerekmez. Zira işçilerin sağlıklarını ve güvenliklerini riske atan tehlikeler de ciddi sayılacaktır. Bu bağlamda bir riskin ciddi olması, işyerinde tehlikenin işçinin sağlığı ve güvenliği bakımından önem arz etmesi; riskin yakın olması ise, bu tehlikenin şu an meydana gelmemiş fakat gerçekleşme ihtimalinin çok yakın olduğu anlamına gelir¹⁹⁶. İfade edelim ki İSGK m.13'te yer alan "*ciddi ve yakın*" ifadesinin anlamlandırılmasında çeşitli görüşler bulunmaktadır¹⁹⁷. Kanaatimce "*ciddi ve yakın*" ifadesinin, psikolojik tacizin, meslek hastalıklarının uzun süreçte meydana gelmesi ve "*pnömokonyoz*", "*silikozis*" vs. tozlarla meydana gelen tehlikelerin yakın zaman diliminde hayati risk oluşturduğunun anlaşılabilmesi hususları göz ardı edilmeksizin, işçiyi koruma düşüncesinden hareketle "*ciddi veya yakın yahut hayati*" tehlike biçiminde anlamak daha isabetli olacaktır. Ayrıca İSGK'da yer alan, "*Ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar*"dan ifadesi, lafzi olarak yorumlandığında sanki herkes için geçerli ve objektif "*ciddi ve yakın*"

(4) İş sözleşmesiyle çalışanlar, talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda, tabi oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebilir. Toplu sözleşme veya toplu iş sözleşmesi ile çalışan kamu personeli, bu maddeye göre çalışmadığı dönemde fiilen çalışmış sayılır.

(5) Bu Kanunun 25 inci maddesine göre işyerinde işin durdurulması hâlinde, bu madde hükümleri uygulanmaz.”.

¹⁹⁴ Aynı yönde: Önel (n 187) 209.

¹⁹⁵ Baycık (n 122) 117; Süzek (n 36) 944; Başbuğ ve Yücel Bodur (n 153) 406; Savaş Kutsal (n 9) 635; Yuvalı (n 105) 733; Büyükkılıç (n 24) 102; Dalgaldere (n 61) 109; Önel (n 187) 207; Cengiz (n 104) 92; Demircioğlu, Centel ve Kaplan (n 2) 163.

¹⁹⁶ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkara (n 36) 377; Limoncuoğlu (n 18) 82; Önel (n 187) 207.

¹⁹⁷ "Tehlikenin ciddi veya yakın olması tek başına yeterli" olmadığı yönünde görüş için bkz. Önel (n 187) 207; "Ciddi ve yakın" ifadesi yerine, "yaşamsal veya acil" ifadesinin daha isabetli olacağı yönünde Baycık (n 122) 117; Tunç ve Aslantürk (n 25) 64. "Ciddi ve yakın" ifadesi yerine, "ciddi ve yakın veya hayati" ifadesinin daha isabetli olacağı yönünde: Süzek (n 36) 945.

tehlikenin meydana gelmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır. Ancak kanaatimizce herkes için geçerli objektif bir tehlikeyi değil, makul gerekçelerle hareket eden bir işçinin sübjektif düşünceleri göz önünde bulundurulmalıdır. Bu doğrultuda ciddi ve yakın tehlike değerlendirmesi yapılırken çalışan işçinin sübjektif durumu da dikkate alınmalıdır. Zira işçinin mesleği, yaşı, kıdemi ve sağlık durumu gibi kişisel özellikleri, tehlikenin algılanma ve etkilenme derecesi üzerinde belirleyici faktörlerdir¹⁹⁸.

İşçinin iş görme borcunu ifadan kaçınma hakkından yararlanabilmesi için İSGK bakımından aranan diğer bir şart ise, kural olarak İSGK m.22 uyarınca işyerinde kurulan Kurulun kararının alınmış olmasıdır. İSGK m.13/1'e göre *"ciddi ve yakın tehlike"* mevcudiyeti yönünde talep geldiğinde *"Kurul acilen toplanarak, işveren ise derhâl kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder"*. Bu durumda iş sağlığı ve güvenliği ile görevli Kurul'un ciddi ve yakın bir tehlikeyi tespit etmiş olması yeterlidir. İşverenin gerekli ve yeterli tedbirleri alıp almadığının ayrıca değerlendirilmesine gerek yoktur¹⁹⁹. Kurul kararı bulunmayan durumlarda işçinin bu hakkını kullanabilmesi için işverenin veya işveren vekilinin kararı gereklidir²⁰⁰.

İstisnai olarak İSGK m.13/3 uyarınca *"işyerinde ciddi ve yakın önlenemez tehlike"* mevcut ise, işçi bu prosedüre uymak mecburiyetinde değildir. Bu bağlamda işçi, tehlikenin niteliği ve aciliyeti dikkate alınarak doğrudan iş görme borcunu ifadan kaçınma hakkını kullanabilecektir. Bu düzenleme doğrultusunda öğretide, Kurul kararı bulunmayan durumlarda işverenin temerrüdüne dair TBK m.408 ile aynı hususta hüküm koyan İSGK m.13 arasında bir çatışma olduğu ve İSGK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, TBK m.408'in geçerliliğini yitirdiği ileri sürülmektedir²⁰¹. Bu görüşe göre, işyerinde ciddi ve yakın tehlike unsurları mevcut olduğunda işçinin Kurul kararı olmaksızın da çalışmaktan kaçınabileceği kabul edilmektedir.

Öğretide bir görüş, psikolojik taciz durumlarında genel itibarıyla çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi güç olduğunu savunmaktadır²⁰². Bu görüş, psikolojik taciz davranışlarının genellikle süreklilik arz ettiğini ve sistematik bir

¹⁹⁸ Süzek (n 36) 947; Önel (n 187) 214.

¹⁹⁹ Süzek (n 36) 946.

²⁰⁰ *"İşveren vekilinin kendi aleyhine karar vermesinin uygulamada beklenemeyeceği gerekçesiyle işçi lehine kanunda düzenleme yapılması gerektiği"* yönünde bkz Limoncuoğlu (n 18) 83.

²⁰¹ Süzek (n 36) 947; Cengiz (n 104) 93; Ünal (n 9) 57; Arslan Ertürk (n 23) 310.

²⁰² Metin Üzümlü (n 60) 78; Palabıyık (n 112) 176; Tunç ve Aslantürk (n 25) 64.

şekilde gerçekleştirildiğini, bu nedenle de psikolojik taciz hallerinde yakın ve acil bir tehlikeden söz edilemeyeceğini savunur. Diğer bir görüş uyarınca, psikolojik tacizin varlığının kabul edilebilmesi için süreklilik gösteren, kasıtlı ve sistematik davranışların bulunması gerektiği, her somut vakanın mahiyetine göre ayrı bir değerlendirme yapılması gerektiği ileri sürülmektedir²⁰³. Bir diğer görüş ise, her psikolojik taciz vakıalarının ciddi ve yakın bir tehlike oluşturmayacağını ifade etmekle birlikte psikolojik taciz davranışlarına katlanılmasının mümkün olmadığı ve bu davranışların işçinin sağlığını olumsuz yönde etkilediği durumlarda işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanabileceğini savunmaktadır²⁰⁴. Bu görüşe göre, işçinin ruhsal ve fiziksel bütünlüğünü tehdit eden psikolojik taciz, uygun koşullarda çalışmaktan kaçınma hakkını doğurabilir. Katıldığımız bir diğer görüş ise, işyerinde işçinin çalışmasının İSGK m.13 manasında ciddi ve yakın bir tehlike oluşturduğu durumlarda çalışanın iş görme borcunu ifadan kaçınma hakkını kullanabileceğini belirtmektedir²⁰⁵. Bu görüşe göre, işçi gerekçelerini ortaya koyarak iş sağlığı ve güvenliği çerçevesinde kendini koruma altına alabilme imkânına sahip olmalıdır.

H. Maddi Tazminat

Maddi tazminat davaları, İK m.26/2'de ve TMK m.25/3'te düzenleme altına alınan, mağdurun vücut bütünlüğü ve ekonomik tamlığı üzerinde oluşan zararın giderilmesini amaçlayan hukuki bir yoldur²⁰⁶. Bu hükümler, psikolojik tacize maruz kalan işçilerin, psikolojik taciz nedeniyle meydana gelen maddi kayıplarının karşılanmasına da imkân tanımaktadır²⁰⁷. Nitekim YHGK, bir kararında psikolojik taciz sebebiyle mağdur olan işçiye maddi tazminat ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir²⁰⁸.

²⁰³ Yuvalı (n 105) 734.

²⁰⁴ Hüseyinli ve Aslan Atabay (n 22) 629.

²⁰⁵ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 36) 379; Yuvalı (n 105) 736; Özden (n 2) 46; Dalgalidere (n 61) 142.

²⁰⁶ Süzek (n 36) 427; Hüseyinli ve Aslan Atabay (n 22) 625; Savaş Kutsal (n 9) 634; Ünal (n 9) 56.

²⁰⁷ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 36) 378; Yuvalı (n 36) 117; Güzel ve Ertan (n 10) 165.

²⁰⁸ Bkz. "davacının yer değiştirmelere bağlı olarak ulaşım, iletişim, konaklama ve yemek giderleri adı altında talep ettiği maddi tazminat yönünden dosya ekindeki klasör içindeki belgeler değerlendirilmeli, psikolojik taciz uygulamalarının doğrudan bir sonucu olan ve varsayımaya dayanmayan gerçek bir zarar olup olmadığı belirlenmeli, davacının görevlendirmelerle ilgili olarak harcırah alıp almadığı da tespit olunarak, bu doğrultuda maddi tazminat yönünden de bir karar verilmelidir.", YHGK, 2012/9-1925/1407, 25.09.2013.

İşçinin uğradığı psikolojik tacizden doğan maddi tazminat istem türü, somut vakanın ve ortaya çıkan zararların niteliğine göre farklılık gösterebilmektedir. TBK m.54 uyarınca, “*Bedensel zararlar özellikle şunlardır: 1. Tedavi giderleri, 2. Kazanç kaybı, 3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitilmesinden doğan kayıplar, 4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar.*” şeklinde sayılmakla beraber bunların dışında da somut vakıda farklı bir maddi zarar nedeniyle talep edilirse hâkimin uygun görmesi, zarar verici davranış ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağı bulunması halinde tazminat ödenebilecektir. Mesela, işçinin psikolojik taciz nedeniyle uğradığı maddi zararlar, işçinin yaşamında farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bu zararlar arasında: tedavi masrafları²⁰⁹, çalışma gücünün kaybı, ekonomik geleceğin sarsılması, psikolojik taciz neticesinde ortaya çıkan dedikodular yahut türlü iddialar nedeniyle çalışanın işe girememesi neticesinde maruz kaldığı ekonomik kayıplar, psikolojik taciz eylemlerine karşı tepki koyması sebebiyle ya da ayrımcı uygulamalara tabi tutulması sonucunda: terfi sürecinin tamamlanmaması, ücret artışından mahrum bırakılması, fazla mesai yapmışına karşın noksan süre iş gördüğü öne sürülerek ücret artırımının kasti biçimde gerçekleştirilmemesi, tacizle ilgili uyuşmazlığın mahkeme yoluna gidilmesi hallerinde yargılama masrafları ve vekâlet ücretlerine katlanma zaruretinde kalınması²¹⁰ gibi kalemler²¹¹ sayılabilir.

Psikolojik taciz davranışları işyerinde başka bir işçi tarafından gerçekleştirildiğinde psikolojik taciz uygulayan işçi ile psikolojik tacize uğrayan işçi arasında herhangi bir akit ilişkisi olmadığı için mağdur işçi, TBK m.49 doğrultusunda psikolojik taciz uygulayan işçiye karşı haksız fiil hükümlerine başvurabilecektir. Zira bir işçiyi değersizleştirerek işçinin kişilik haklarına saldırmaya yönelik bir davranış tarzı geliştirmek, kişilik haklarını çiğneyen, ahlak dışı ve hukuka aykırı saldırdır. Bunun yanında işçi işverenin gözetim borcunu ihlal etmesi nedeniyle işverene de başvurulabilir. Bu durumda psikolojik taciz uygulayan işçi haksız fiil hükümleri, işveren ise hem haksız fiil hem de TBK m.417/3 gereğince akitten doğan hükümler nedeniyle sorumlu olacaktır. Burada akitten kaynaklanan sorumlulukla haksız fiilden kaynaklanan sorumluluk yarışmakta olup mağdur işçi bu iki yoldan bir tanesini seçebilir²¹². Akde aykırılık hâllerinde bu seçimin kanuni

²⁰⁹ Yargıtay 17 HD, 14860/6198, 15.05.2019; Arslan Ertürk (n 23) 317; Lokmanoğlu (n 47) 398; Demircioğlu (n 59) 131.

²¹⁰ Palabıyık (n 112) 181.

²¹¹ Dalgalıdere (n 61) 139; Tınaz (n 25) 26.

²¹² Özden (n 2) 36; Tınaz, Bayram ve Ergin (n 7) 101; Savaş Kutsal (n 9) 632.

dayanağı TBK m.114/2’de yer alan “*Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır.*” hükmü olup mağdur işçi, TBK m.112 uyarınca psikolojik taciz uygulayandan maddî zararlarının tazmin edebilmesini isteyebilir. Bununla birlikte, mağdur işçinin tazminat taleplerinde haksız fiil hükümleri yerine akde aykırılık hükümlerine dayanması, çoğu durumda daha elverişli bir hukuki durum yaratacaktır. Zira akde aykırılıktan doğan tazminat taleplerine ilişkin zamanaşımı süresi, haksız fiilden kaynaklanan taleplere kıyasla daha uzun olduğu için işçinin hak arama sürecini daha geniş bir zaman dilimi içinde gerçekleştirmesine olanak tanımaktadır²¹³.

Psikolojik taciz eylemlerinin, işyerinde çalışan bir başka işçi tarafından gerçekleştirilmesi durumunda, adam çalıştırmanın sorumluluğunu düzenleyen TBK m.66 veya yardımcı şahısların eylemlerinden kaynaklanan sorumluluğa ilişkin TBK m.116 düzenlemelerinin uygulanabileceği öğretide sıklıkla ifade edilmektedir²¹⁴. Bu hükümlerin işyerindeki psikolojik taciz vakalarında uygulanma alanı bulabileceği sorumluluk bağlamında değerlendirilmektedir. Ancak, adam çalıştırmanın sorumluluğu kural olarak zarara uğrayan kişinin 3. kişi olması şartına dayanmaktadır. Psikolojik taciz sürecinde ise mağdur ve failin her ikisi aynı işyerinde iş görmekte olup mağdurla işveren arasında bir akit münasebeti bulunmaktadır. Bu nedenle, söz konusu ilişkiden dolayı TBK m.66’nın doğrudan uygulanmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz²¹⁵. Bu durumda, psikolojik taciz vakalarının değerlendirilmesinde işverenin gözetim borcuna aykırı hareket etmesi ve işyerindeki çalışanları arasındaki tacizi önleyememesi dolayısıyla işçinin uğradığı zararların TBK m.417 kapsamında ele alınması gerekmektedir. Ayrıca psikolojik taciz sebebiyle TBK m.116 hükümlerine de başvurulamamalıdır. Zira işyerinde gerçekleşen her psikolojik taciz vakalarında işverenin gözetim borcuna aykırı hareket ettiği varsayılacağı için bu hallerde özel hüküm olan TBK m.417 uygulanmalıdır²¹⁶.

²¹³ Lokmanoğlu (n 47) 393; Kantarcı (n 25) 226; Palabıyık (n 112) 183; Cengiz (n 104) 95; Limoncuoğlu (n 18) 67; Büyükkılıç (n 24) 101; Ünal (n 9) 53; Taşkın (n 56) 168.

²¹⁴ Ertürk (n 25) 97; Bozbel ve Palaz (n 56) 74; Karademir (n 134) 79,80.

²¹⁵ Aynı yönde: Taşkın (n 56) 166; Ertürk (n 25) 97; Palabıyık (n 112) 132; Büyükkılıç (n 24) 99. Aksi yönde: Ünal (n 9) 55.

²¹⁶ Aynı yönde: Ertürk (n 25) 97; Palabıyık (n 112) 132; Demircioğlu (n 59) 137; Büyükkılıç (n 24) 100. Aksi yönde: Ünal (n 9) 54.

I. Manevi Tazminat

Manevi tazminat, bir kimsenin şahıs haklarında oluşan “acı, elem ve kederin giderilmesi” amacıyla başvurulmuş hukuki yoldur²¹⁷. Manevi tazminat istemenin dayanakları; TMK m.25/3, İK m.26/2 ve TBK m.56’dır.

İşyerinde psikolojik tacize maruz kalmış bir işçinin, maddi zarardan çok manevi bir çöküntü ve kayıp yaşaması kaçınılmazdır. Bu bağlamda psikolojik tacize maruz kalan işçi manevi tazminat talep edebilecektir. Nitekim YHGK, bir kararında psikolojik taciz sebebiyle mağdur olan işçiye manevi tazminat ödemesi gerektiğine hükmetmiştir²¹⁸.

Psikolojik taciz sürecinde mağdura yönelik gerçekleştirilen davranışlar genellikle; işyerinde dedikodu yapılması, iftira atılması, devamlı aşağılama, nazara almama, yokmuş gibi davranma, ağır tenkitlerde bulunma, hakaret, tehdit gibi kişilik haklarını zedeleyen ve mağdurun şeref ve onuruna dokunan eylemler şeklindedir. Bu tür davranışlar, işçinin hem çalışma ortamındaki verimini hem de psikolojik dayanıklılığını olumsuz etkileyerek, mağdur üzerinde onarılamaz bir manevi zarar oluşturabilmektedir. Psikolojik tacizin haksız eylem mahiyetinde olması nedeniyle haksız eylem düzenlemeleri gereğince mağdurun manevi tazminat talep etme hakkı doğabilmektedir. TBK m.58²¹⁹, mağdurun kişilik haklarının ihlali durumunda manevi tazminat isteme hakkını²²⁰ düzenlemektedir. Benzer biçimde psikolojik taciz sonucunda işçinin vücut bütünlüğünün zarar görmesi halinde de TBK m.56²²¹ uyarınca manevi tazminata hükmedilmesi mümkündür. Ancak burada önemli bir hususu vurgulamak gerekir; manevi tazminat talebinde bulunabilmek için, psikolojik taciz davranışları nedeniyle mağdurun hastalanmış olması ya da tedavi görmüş olması şart değildir.

Uygulamada genellikle yerel mahkemeler manevi tazminat talepli psikolojik taciz davalarında, psikolojik tacizin meydana geldiğini kabul ederek işçiye

²¹⁷ Süzek (n 36) 458 vd.; Hüseyinli ve Aslan Atabay (n 22) 626; Savaş Kutsal (n 9) 634; Ünal (n 9) 56.

²¹⁸ Güzel ve Ertan (n 10) 165.

²¹⁹ Bkz: (n 1), TBK m.58: “Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.”.

²²⁰ Demircioğlu, Centel ve Kaplan (n 2) 125.

²²¹ Bkz: (n 1), TBK m.56: “Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.”.

manevi tazminat ödenmesi gerektiğine hükmetmektedir. Buna karşın Yargıtay, yerel mahkemelerin bu tür kararlarını sıklıkla bozarak psikolojik tacizin oluşmadığına karar vermektedir²²². Yargıtay'ın vermiş olduğu bu kararlar da psikolojik tacize maruz kalan işçilerin, adalet arayışında umutsuzluğa kapılmalarına ve adalete olan inançlarının zedelenmesine yol açmaktadır. Yargıtay kimi kararlarında ise psikolojik tacizin işçiye manevi zarar verdiğini kabul etmekte ancak bu sefer de manevi tazminat miktarlarını, mağdurlar tarafından talep edilen tutarların oldukça altında kararlaştırmaktadır²²³. Bu durum da mağdurların yaşadığı manevi üzüntü ve acının telafisi açısından yetersiz kalmaktadır²²⁴. Bu nedenle Yargıtay tarafından uygun bulunan manevi tazminat tutarları, hem mağduru teselli etmekte hem de caydırıcılık işlevi açısından sınırlı bir etki yaratmaktadır. Kanaatimizce, manevi tazminat davalarında karar verilirken psikolojik tacizin, genellikle sistematik, kasıtlı ve birden fazla eylemle gerçekleştirilen bir süreç olduğu dikkate alınmalıdır. Nitekim psikolojik taciz, bir hareket yahut sözle çığnenebilen şahıs hakkı ihlallerinden daha fazla vahim sonuçlara yol açmaktadır. Bu nedenle, psikolojik taciz nedeniyle hükmedilecek manevi tazminat tutarlarının, mağduru uğradığı manevi zararları karşılayacak ve aynı zamanda işverenleri bu tür davranışlara karşı caydıracak bir seviyede belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz²²⁵.

Yargıtay'a göre *"Manevi tazminat talep edebilmek için psikolojik tacizi teşkil eden davranışların kişilik haklarına zarar vermesi gerekir. Psikolojik taciz olarak belirtilen her davranış manevi tazminat sonucunu doğurmaz. Davranışın psikolojik taciz sayılabilmesi için sistematik, sürekli ve kasıtlı olması gerekir. Ayrıca hareketin amacı da doğru tespit edilmelidir. Çünkü psikolojik tacizde*

²²² Yargıtay 22 HD, 27470/6324, 12.03.2018; *"İşyerinde psikolojik taciz iddiasının araçsallığı"* kavramı ve bu sebeple manevi tazminatın reddedildiği görüşü için bkz. Taşkın (n 56) 394, 395.

²²³ Bkz. *"Manevi tazminat davalarında, gelişmiş ülkelerde artık eski kalıplardan çıkılarak caydırıcılık unsuruna da ağırlık verilmektedir. Gelişen hukukta bu yaklaşım, kişilerin bedenine ve ruhuna karşı yöneltilen haksız eylemlerde veya taksirli davranışlarda tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranlarda manevi tazminat takdir edilmesi gerektiğini ortaya koymakta; kişi haklarının her şeyin önünde geldiğini önemle vurgulamaktadır. Bu ilkeler gözetildiğinde; aslanan insan yaşamıdır ve bu yaşamın yitirilmesinin yakınlarında açtığı derin ızdırabı hiçbir değer telafi etmesi olanaklı değildir. Burada amaçlanan sadece bir nebze olsun rahatlama duygusu vermek; öte yandan da zarar veren yanı da dikkat ve özen göstermek konusunda etkileyecek bir yaptırımla, caydırıcı olabilmektir."* Yargıtay 21 HD, 15802/3195, 18.04.2017.

²²⁴ Yargıtay 4 HD, 18184/12151, 24.09.2014; Yargıtay 22 HD, 24895/29215, 20.10.2015.

²²⁵ Kantarcı (n 25) 225; Palabıyık (n 112) 190; Cengiz (n 104) 106; Günay (n 25) 229; Limoncuoğlu (n 18) 67; Savaş Kutsal (n 9) 634.

*amaç, iş ilişkisi içinde bulunduğu mağdurdan kurtulmak veya ona zarar vermek, onu yıldırmaktır. Kişiyi iş yaşamından dışlamak amacıyla kasıtlı olarak yapılır. Kişilik haklarının ihlali boyutuna ulaşmayan psikolojik taciz nedeniyle manevi tazminat talep edilmesine imkân veren yasal bir düzenleme yoktur*²²⁶. Psikolojik taciz durumlarında manevi tazminat talep edilirken kişilik haklarının ağır şekilde ihlal edilmesi şart olmamakla beraber kanaatimizce, somut vakiada psikolojik taciz uygulanmadığı için manevi tazminata hükmedilmemezlik yapılmamalıdır²²⁷. Kişilik haklarına yönelik herhangi bir haksızlık, manevi tazminatın talep edilmesi için yeterli kabul edilmektedir²²⁸.

İ. Vekâletsiz İş Görme Tazminatı

Vekâletsiz iş görme davası, psikolojik taciz davranışları neticesinde İK m.26/2 ve TMK m.25/3 uyarınca²²⁹ saldırıda bulunan işveren/diğer işçilerden malvarlığında saldırıya bağlı gerçekleşen nedensiz artışın müdahaleye maruz kalan işçiye ödenmesini sağlayan davadır²³⁰. Bir işçinin kişilik hakkını ihlal eden eylemler, ihlali gerçekleştiren kişinin aynı zamanda kazanç elde etmesine ve sebepsiz zenginleşmesine yol açabilir²³¹.

Vekâletsiz iş görme davası açabilmek için vekâletsiz iş görenin kusurlu olması aranmaz.

İşverenin işçisine karşı gerçekleştirdiği psikolojik taciz sonucunda, işçinin istifa etmesi ve bu nedenle işçinin kıdem tazminatının ödenmemesi hukuka aykırı bir eylemle işverenin maddi kazanç sağlamasına neden olmaktadır. Bu durum, hukuka aykırı menfaat kapsamında değerlendirilmektedir²³². Benzer şekilde psikolojik taciz sonucunda işçi; daha düşük maaş almaya zorlanabilir, alt mevkide çalıştırılarak hak ettiği pozisyondan mahrum bırakılabilir, terfisinin engellenmesi gibi durumlarla karşı karşıya kalabilir. Bu tür eylemler, mağdur

²²⁶ Yargıtay 9 HD, 8730/1000, 31.01.2017. Aynı yönde: Yargıtay 9 HD, 1911/11638, 05.04.2012; Yargıtay 22 HD, 230/1601, 04.02.2020.

²²⁷ Yargıtay 9 HD, 2140/13742, 19.04.2015.

²²⁸ Boydak (n 23) 364; Günay (n 25) 224; Savaş Kutsal (n 9) 632.

²²⁹ Bkz. (n 4), TMK m.25/3: “Davacının, ... hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır.”.

²³⁰ Taşkın (n 56) 167; Günay (n 25) 228; Demircioğlu (n 59) 133.

²³¹ Büyükkılıç (n 24) 129; Dalgaldere (n 61) 140.

²³² Tınaz, Bayram ve Ergin (n 7) 115.

işçinin ekonomik haklarını ihlal ederken işverenin haksız kazanç elde etmesine neden olmaktadır. Bu bağlamda, TBK'nın vekâletsiz iş görmeye ilişkin hükümleri işverenin haksız kazancının tazmin edilmesi açısından önemli bir hukuki dayanak oluşturmaktadır. İşçinin uğradığı ekonomik kayıpların telafisi için bu tür davalar, hem hukuka aykırı kazançları ortadan kaldırmak hem de işverenin psikolojik taciz gibi davranışlara yönelmesini caydırmak açısından önem arz etmektedir.

J. Saldırının Önlenmesi Davası

Saldırının önlenmesi davası, TMK m.25/1'de yer alan "*Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, ...isteyebilir.*" hükmü uyarınca, kişinin kişilik haklarına saldırılmasına ilişkin tehlike içinde bulunması halinde başvurulabilecek hukuki bir yoldur²³³. Psikolojik taciz eylemleri de kişilik haklarını ihlal eden davranış şeklinde gerçekleştirilebileceği için mağdur işçi tarafından işverene karşı bu yola başvurulabilir. Bu hukuki yola başvurabilmesi için kişilik haklarına yönelik saldırının henüz başlamamış ancak saldırıya uğranılacağının kuvvetle muhtemel olması gerekmektedir²³⁴. Başlamış ve sona ermiş olan saldırılar için bu dava açılamayacaktır.

Öğretideki hâkim görüşe göre, psikolojik tacizin belli bir zamana yayılan ve yenilenen davranışlardan oluşan bir süreç olması nedeniyle işçinin psikolojik tacizin önlenmesi için dava açma imkânının bulunmadığı²³⁵ ileri sürülmektedir. Bununla beraber uygulamada daha çok işe iade davası sonrası yeniden işine başlamış çalışanların psikolojik tacize uğramaları halinde bu davayı açtıkları görülmektedir²³⁶. Kanaatimizce işe iade için yargılama yoluna başvurulmasıyla işveren ve işçi arasında bir husumet meydana geleceği ve somut vakada olduğu gibi ciddi ve yakın tehlike doğmasından bahsedilebileceğinden işçinin işe başlamasının ardından psikolojik taciz eylemlerinin görülmesi olağan sayılacaktır²³⁷.

²³³ Taşkın (n 56) 167; Günay (n 25) 228; Hüseyinli ve Aslan Atabay (n 22) 624; Savaş Kutsal (n 9) 634; Demircioğlu (n 59) 132; Ünal (n 9) 56.

²³⁴ Kantarcı (n 25) 222; Büyükkılıç (n 24) 124.

²³⁵ Arslan Ertürk (n 23) 318; Savaş (n 23) 106; Günay (n 25) 229.

²³⁶ Arslan Ertürk (n 23) 318; Kantarcı (n 25) 222; Sargın (n 178) 122; Dalgaldere (n 61) 130.

²³⁷ Aynı yönde: Palabıyık (n 112) 178; Sargın (n 178) 122; Demircioğlu (n 59) 132; Dalgaldere (n 61) 131.

K. Saldırının Sonlandırılmasını Davası (Durdurma Davası)

Saldırının sonlandırılması davası, TMK m.25/1’de yer alan “*Davacı, ...sürmekte olan saldırıya son verilmesini... isteyebilir.*” hükmü uyarınca saldırıyı gerçekleştiren kişiye karşı başvurulabilecek hukuki yoldur²³⁸. Sözü geçen hüküm ayrık nitelik taşımadığından psikolojik tacize maruz kalan işçi, işveren tarafından psikolojik taciz teşkil eden davranışların gerçekleşmesi ve devam etmesi halinde saldırının sonlandırılması davası açılabilir.

Psikolojik taciz teşkil eden eylemler sona ermiş, saldırı bitmiş veya mağdur işçi işten ayrılmışsa bu hukuki yola başvurulması mümkün değildir. Psikolojik tacizden kaynaklanan haklar, niteliği itibarıyla yalnızca mağdurun şahsına sıkı sıkıya bağlı haklar olduğundan dava açma hakkı yalnızca mağdur tarafından kullanılabilir. Bu doğrultuda, mağdurun dava açma hakkı başka bir kişiye devredilemez, mirasçılara geçmez.

Psikolojik taciz sürecinde birden fazla uygulayıcı mevcutsa, mağdur işçi, dava hakkını yalnızca belirli kişilere karşı değil, tümüne karşı da kullanabilir. Psikolojik taciz davalarında işverenin sorumluluğu, bireysel olduğu kadar işverenin gözetim borcundan ötürü dolaylı sorumluluk olarak da gündeme gelebilmektedir²³⁹. Bu bağlamda mahkeme tarafından davanın kabul edilmesi durumunda psikolojik taciz uygulayıcısı işveren, psikolojik taciz sürecine derhal son vermekle yükümlü olacaktır²⁴⁰. Bu kararlar mahkeme, işyerinde tacize uğrayan işçinin korunmasını ve mağduriyetinin sona erdirilmesini amaçlamaktadır. Bunun yanı sıra, saldırıya son verilmesi davası kapsamında mağdur işçi, TMK m.25/2 uyarınca, “*Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın 3. kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir*”. Bilhassa psikolojik taciz sonucunda toplumda saygınlığı zedelenen mağdur, bu hukuki çareye giderek saygınlığını yeniden kazanmayı hedefleyebilir.

Saldırı sürdükçe zamanaşımı ve hak düşürücü süre işlememektedir.

²³⁸ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 36) 378; Yuvalı (n 36) 118; Günay (n 25) 228; Hüseyinli ve Aslan Atabay (n 22) 624; Savaş Kutsal (n 9) 634; Demircioğlu (n 59) 132; Büyükkılıç (n 24) 124; Ünal (n 9) 56.

²³⁹ Ermumcu (n 28) 172; Erkal (n 79) 257.

²⁴⁰ Tınaz, Bayram ve Ergin (n 7) 105,106,107; Büyükkılıç (n 24) 124; Lokmanoğlu (n 47) 406.

L. Hukuka Aykırı Saldırının Varlığının Tespiti Davası

Saldırının tespiti davası TMK m.25/1’de yer alan “*Davacı, ... sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir.*” hükmü uyarınca başvurabilecek hukuki yoldur²⁴¹. Sözü geçen hüküm ayrık nitelik taşımadığından psikolojik tacize maruz kalan işçi, işveren tarafından gerçekleştirilen psikolojik taciz teşkil eden davranışların tespiti için saldırının tespiti davası açılabilir.

Saldırının hukuka aykırılığının tespiti davasının açılabilmesi için söz konusu saldırının sonlanmasına karşın etkisinin halen sürmesi gerekmektedir. Bu tür davalarda, failin kusurlu olup olmaması veya zararın varlığı bir şart olarak aranmaz²⁴². Saldırının tespiti davası açabilmek için işçinin hukuki yararı da bulunması gerekir.

Saldırının önlenmesi ve saldırıya sonlandırılması davaları, mahiyet olarak eda davasıdır. Öğretide ve Yargıtay içtihatlarında eda davasının açılabilirdiği durumlarda tespit davasının açılmasında hukuki yarar bulunmadığı kabul edilmektedir²⁴³. Hukuki yarar mesela mağdura yönelik psikolojik taciz saldırısı sona ermiş olmasına rağmen mağdur halen psikolojik sorunlar yaşıyorsa, iş yaşamına devam etme konusunda belirgin sıkıntılar çekiyorsa, işe yeni başlayan kişiler mağdura kötü bir gözle bakıyorsa, işyeri veya belli bir çevrede olumsuz tepkiler görüyor ise bu ve buna benzer hallerde bulunmaktadır. Benzer şekilde, saldırı sona ermiş olmasına rağmen mağdur işçinin psikolojik tedavi görmeye devam etmesi²⁴⁴, mağdurun şahıs hakkının çiğnendiğinin 3. kişilerce haber alınması, mağdurun şeref ve onuruna dokunulması sebebiyle toplumda yanlış izlenimlerin oluşması²⁴⁵ veya yalnızca saldırının tarafları arasındaki etkilerin devam etmesi gibi durumlar söz konusu olduğunda mağdurun dava açma konusunda hukuki yararı bulunmaktadır. Ancak, saldırının üzerinden uzun bir zaman geçmişse saldırının etkilerinin artık hukuki bir koruma gerektirmediği değerlendirilebileceğinden, bu tür davaların açılmaması gerekir.

²⁴¹ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 36) 378; Yuvalı (n 36) 118; Günay (n 25) 228; Hüseyinli ve Aslan Atabay (n 22) 624; Ünal (n 9) 56; Taşkın (n 56) 174.

²⁴² Bilgili (n 139) 30; Demircioğlu (n 59) 132; Büyükkılıç (n 24) 123.

²⁴³ Yargıtay 15 HD, 6339/153, 19.01.2009; Bilgili (n 139) 30.

²⁴⁴ Tınaz, Bayram ve Ergin (n 7) 106.

²⁴⁵ Arslan Ertürk (n 23) 318; Büyükkılıç (n 24) 125; Savaş (n 23) 107.

M. İş Kazası Sayılma

İş kazası, “*Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu (SSGSK)*”²⁴⁶ m.13’te ve İSGK m.3/1-g’de tanımlanmıştır.

Bir vakanın iş kazası sayılabilmesi için vakanın sigortalı işçinin bedensel ya da ruhi sağlığına zarar vermesi lazımdır. Bu nedenle işçinin yalnızca fiziksel zarar görmesi değil, aynı zamanda psikolojik yönden olumsuz etkilenmesi durumunda da vaka iş kazası sayılacaktır²⁴⁷. Ayrıca, bedensel veya ruhsal bozukluğun ya da ölümün, vakanın hemen ardından gerçekleşmesi de şart değildir. İşçinin kazadan bir süre sonra sağlık durumunun bozulması ya da bu nedenle yaşamını kaybetmesi hâlinde, vaka ile sağlık bozukluğu arasında bir nedensellik bağının bulunması yeterlidir.

Psikolojik tacize maruz kalan işçi, bu süreçte ciddi moral kaybı ve psiko-sosyal rahatsızlıklar yaşayabilmektedir. Mağdur işçi kendisini işe yaramaz, değersiz ve ailesine yük olarak görme eğilimiyle zamanla sosyal yaşamdan koparak kabuğuna çekilebilir. Bunun sonucunda işçi, agresif, saldırgan ve düşmanca bir tutum sergileyebileceği gibi nihayetinde yorgunluk, moralsizlik ve ruhsal çöküntü durumuna düşebilir. Bu tür etkiler, işyerindeki çalışma performansını ve güvenliğini de doğrudan etkileyebilir. İşçinin bu durumundan haberdar olan işverenin, gerekli tedbir ve önlemleri alması gerekmektedir. Eğer işveren, psikolojik tacizden haberdar olmasına rağmen bu durumu engellemek için gerekli önlemleri almazsa ve bu ihmali nedeniyle işçinin dikkat eksikliği veya bunalım hali işyerinde bir kazaya yol açarsa, bu durumda işveren meydana gelen kazadan sorumlu tutulacaktır.

İşyerinde psikolojik taciz nedeniyle gerçekleşen bir kazanın, “*iş kazası*” kabul edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, psikolojik taciz eylemleri genellikle uzun vadeye yayılmış, sistematik saldırılardan oluştuğu için psikolojik tacizin kabulü için süreklilik unsurunun aranması gerekmektedir. Bu görüşü savunan yazarlar, psikolojik tacizden kaynaklanan kazaların iş kazası olarak nitelendirilmeyeceğini ileri sürmektedir²⁴⁸. Aksi yönde bir görüş ise ruhsal sağlık açısından

²⁴⁶ Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Kanun Numarası: 5510, Kabul Tarihi: 31.05.2006, RG 16.06.2006/26200.

²⁴⁷ Tuncay, A. Can, Ömer Ekmekçi ve Ender Gülver, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri* (22. Baskı, Beta Yayınları 2023) 387; Başbuğ ve Yücel Bodur (n 153) 484; Cengiz (n 104) 100; Tunç ve Aslantürk (n 25) 56.

²⁴⁸ Pınar Sevinç, ‘İş Hukukunda Mobbing’ (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi 2018) 120; Palabıyık (n 112) 168; Özden (n 2) 38; Erdoğan (n 107) 334.

zarar görmenin, iş kazası ve meslek hastalığı tanımları kapsamında yer aldığını belirtmektedir²⁴⁹. Bu görüşe göre, psikolojik taciz nedeniyle işçinin ruhsal sağlık durumunun bozulması, iş görmesini engelleyen bir durum yaratıyorsa ve psikolojik taciz ile meydana gelen vakia arasında illiyet bağı kurulabiliyorsa bu durumda işverenin sorumluluğu doğacaktır. Kanaatimizce, psikolojik taciz neticesinde oluşan kazaların, “*işçi lehine yorum ilkesi*” doğrultusunda iş kazası olarak değerlendirilmesi isabetli olacaktır. Böylece, işçinin bedensel-ruhsal zararlarının tazmin edilmesi sağlanacaktır. Bunun yanında işçi İSGK ile SSGSK kapsamındaki yardımlardan da yararlanabilecektir. Örneğin, işyerinde yöneticisinin sürekli psikolojik tacizine uğrayan bir işçinin, maruz kaldığı baskılar nedeniyle işyerinin 3. katından atlayarak belden aşağı felç kalmasına yol açan bir vakia, iş kazası olarak değerlendirilmelidir²⁵⁰. Zira işçinin işyerinde atlaması gördüğü iş nedeniyle veya iş esnasında gerçekleşen bir durumdan kaynaklanmaktadır.

N. Meslek Hastalığı Sayılma

Meslek hastalığı, SSGSK m.14’te “*sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal engellilik halleri...*” şeklinde tanımlamıştır. İSGK m.3/1-l’de “*Meslek hastalığı: Mesleki riskler²⁵¹e maruziyet sonucu ortaya çıkan hastalığı*” biçiminde tanımlanmıştır. Meslek hastalığı öğretide ise, “*çalışanın, işverenin emir ve talimatları altında çalışırken, çalışmanın mahiyetine göre tekrarlanan bir nedenle yahut işin yürütüm şekliyle alakalı maruz kaldığı bedensel veya ruhsal problem*” olarak tanımlanmıştır²⁵².

Bir hastalığın meslek hastalığı sayılabilmesi için, söz konusu hastalığın sigortalı işçinin yaptığı iş ve çalıştığı işyeriyle doğrudan bir bağlantısının bulun-

²⁴⁹ Lütfi İnciroğlu, ‘İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Konusunda İşverenlerin Sorumluluk ve Yükümlülükler’ (2013) 13(1) Kamu-İş 103, 112; Tunç ve Aslantürk (n 25) 56.

²⁵⁰ Bkz. “*İşyerinde gerçekleşen mobbing olayları sonucunda işçinin maneviyatının çökmesi veya intihara sürüklenmesi Fransız hukukunda iş kazası olarak tanımlanmaktadır. Mobbing mağduru sürekli bir tehlikede bulunma duygusuyla hareket ederek, intihara kadar varabilecek depresyonlar yaşatabilmektedirler. Mağdurun intiharının gerçekleşmesi durumunda, taciz nedeniyle kişide biriken duyguların durumu tetikleyerek onu intihara sürüklediği düşünülmektedir.*” Sevinç (n 248) 117.

²⁵¹ “*Mesleki riskler*” içerisine psikolojik tacizin de girdiği yönünde bkz. Tunç ve Aslantürk (n 25) 57.

²⁵² Tuncay, Ekmekçi ve Gülver (n 247) 390; Cengiz (n 104) 102; Başbuğ ve Yücel Bodur (n 153) 487.

ması ve bu hastalığın mesleki bir nitelik taşıması gerekmektedir. Bu bağlamda, hastalıkla sigortalı işçini gerçekleştirildiği çalışma arasında bir illiyet bağının bulunması şarttır. Ayrıca, “Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği”²⁵³ m.17 ve devamında yer alan meslek hastalığı çizelgesinde bulunması ve çizelgede öngörülen zaman içerisinde meydana gelmesi gerekmektedir²⁵⁴. Bununla birlikte, mevzuatımızda meslek hastalıklarına ilişkin liste, uluslararası standartlarla karşılaştırıldığında daha esnek bir yapıya sahiptir. Yönetmelikte yer alan bir hastalık, sigortalıda tespit edildiği takdirde, bu hastalığın görülen işin niteliğinden veya yürütüm şartlarından kaynaklandığı varsayılmakta ve işçiden bu hastalığın meslek hastalığı olduğuna dair ek bir kanıt sunması talep edilmemektedir²⁵⁵. Ancak, işçinin maruz kaldığı hastalık, meslek hastalıkları çizelgesinde bulunmuyorsa bu hastalığın meslek hastalığı olduğu iddia edilebilir. Böyle bir durumda işçinin, hastalığı ile yaptığı iş arasında illiyet bağını kendisinin kanıtlaması gerekecektir. Ayrıca meslek hastalığına yakalanmış kişilerin daha önce belirtilen şartların yanı sıra, SSGSK m.14/2 uyarınca, kurumca yetki verilmiş sağlık hizmet sunucularınca mevzuata uyularak düzenlenmiş bir sağlık kurulu raporunun ve bu rapora gerekçe oluşturan tıbben düzenlenen belgelerin incelenmesi gerekmektedir.

Meslek hastalıkları, genellikle işçinin belirli bir süre boyunca maruz kaldığı çalışma şartları veya çevresel etkenler nedeniyle ortaya çıkmakta olup süreklilik unsuru ile tanımlanmaktadır. Meslek hastalığı bu yönüyle tıpkı psikolojik taciz gibi bir süreç gerektirir. Farklı bir deyişle meslek hastalığının kanuni tarifindeki “yürütüm şartları” ile psikolojik taciz arasında bağlantı kurulabilir. Buna karşın psikolojik taciz işin mahiyetinden kaynaklanmamaktadır.

Öğretide bir görüş psikolojik tacizin, işçinin sahip olduğu özellikler veya psikolojik taciz uygulayanlarının amacı doğrultusunda ortaya çıkacağı, işçide yarattığı etkileri dikkate alındığında meslek hastalığı olarak nitelendirilemeyeceği düşüncesindedir²⁵⁶. Bir diğer görüşe göre, psikolojik taciz eylemleri sonucunda mağdur işçide oluşan fiziki rahatsızlıkların doğrudan meslek hastalığı

²⁵³ Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği, Kabul Tarihi: 11.10.2008, RG 11.10.2008/27021.

²⁵⁴ Tuncay, Ekmekçi ve Gülver (n 247) 394; Cengiz (n 104) 102.

²⁵⁵ Tuncay, Ekmekçi ve Gülver (n 247) 394.

²⁵⁶ Bkz. Buna karşın Savaş, “olması gereken hukuk bakımından psikolojik taciz neticesinde oluşan fiziki yahut psikolojik zararların meslek hastalığı sayılabileceğini” ifade etmektedir. Savaş (n 23) 127; Tınaz, Bayram ve Ergin (n 7) 102; Büyükkılıç (n 24) 96.

olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Ancak, işyerinde stresin yol açtığı hastalık veya rahatsızlıklar, meslek hastalığı kapsamında değerlendirilebilecek unsurları barındırması halinde meslek hastalığı olarak kabul edilebilir²⁵⁷. Bu görüş, iş yaşamı dâhilinde işyerindeki stresin iş yaşamının mütemmim cüz'ü olduğunu kabul etmekte; fakat meslek hastalığına ilişkin gerekli koşulların varlığı durumunda bu stresin yol açtığı hastalıkların meslek hastalığı sayılabileceğini belirtmektedir²⁵⁸.

Bununla birlikte, işyerindeki her psikolojik taciz vakasının neticesinde oluşan durumların meslek hastalığı olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Mesela, işverenin işçiyi çalışma yaşamından uzaklaştırma amacıyla, işçinin kaldırabileceğinden daha fazla iş yükü vermesi, bu yükün işçide ciddi ve kalıcı fiziksel zararlara yol açması ve neticede iş gücünde azalma yahut yitim meydana gelmesi gibi haller meslek hastalığı olarak değerlendirilebilir. Ancak psikolojik taciz eylemleri sonucunda meslek hastalığının oluşabilmesi için söz konusu eylemlerin meslek hastalığına özgü unsurları taşıması gerekmektedir. Aksi durumda, psikolojik taciz, meslek hastalığı kavramına yol açmaz. Bir başka görüş ise, psikolojik tacizi oluşturan davranışlar işin yürütüm şartlarından kaynaklanan neden niteliği taşır ve bunun sonucunda psikolojik taciz nedeniyle meydana gelen ruhsal engellilik halinin, SSGSK m.14 uyarınca meslek hastalığı kabul edilmesi gerekir²⁵⁹. Diğer bir görüş ise işçinin işyerinde işveren, işveren vekili yahut öbür işçilerce psikolojik tacize maruz kalması neticesinde iş göremez duruma düşmesi halinde psikolojik tacizle meslek hastalığı arasında sebep-sonuç ilişkisi doğması durumunda işverenin sorumluluğuna gidilebileceğini ileri sürmektedir²⁶⁰.

Kanaatimizce psikolojik taciz nedeniyle ortaya çıkan rahatsızlıkların meslek hastalığı olarak değerlendirilmemesi gerektiğini savunan²⁶¹ görüşe katılma olanağı bulunmamaktadır. Zira işveren çalışanlarının hem bedensel hem de ruhsal bütünlüklerini korumakla yükümlüdür. İşverenin yükümlülüğünün ortadan kalk-

²⁵⁷ Sevinç (n 248) 121; Taşkın (n 56) 278-280; Özden (n 2) 38.

²⁵⁸ Savaş (n 23) 129; Taşkın (n 56) 278-280.

²⁵⁹ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 36) 376; Erdoğan (n 107) 334; Tunç ve Aslantürk (n 25) 57.

²⁶⁰ İnciroğlu (n 249) 108-109. Aynı yönde: Palabıyık (n 112) 170. "Psikolojik taciz eylemleri neticesinde oluşan hastalıkların meslek hastalığı açısından direkt illiyet bağı oluşturduğu bu nedenle meslek hastalığı sayılacağı" yönünde: Erdoğan (n 107) 334; Özden (n 2) 39.

²⁶¹ Savaş (n 23) 127; Taşkın (n 56) 280.

ması için, işyerindeki gereken tüm iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri alması, gereken bütün önlemleri sağlaması ve işçilerin çalışma şartlarıyla ilgili gereken tüm araç ve gereçleri eksiksiz bulundurması zorunludur²⁶². Bu çerçevede kanaatimizce, işyerinde meydana gelen psikolojik taciz neticesinde ortaya çıkan hastalıklarla psikolojik taciz davranışları arasında doğrudan bir illiyet bağının kurulması mümkündür²⁶³. Bununla birlikte, İSGK m.19/1'e göre *"Çalışanlar, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili aldıkları eğitim ve işverenin bu konudaki talimatları doğrultusunda, kendilerinin ve hareketlerinden veya yaptıkları işten etkilenen diğer çalışanların sağlık ve güvenliklerini tehlikeye düşürmemekle yükümlüdür"*. Bu bağlamda işçilerin de kusurlarıyla zarara sebep olmamaları da gereklidir. Ayrıca psikolojik taciz davranışlarına maruz kalan işçi, bu süreçte hastalandığında bu hastalığı meslek hastalığı olarak kabul edildiğinde onun SSGSS kapsamında tanınan sosyal haklardan faydalanmasını da sağlayacaktır²⁶⁴. Bu doğrultuda bu tür rahatsızlıklar, meslek hastalığı olarak kabul edilmelidir. Kanaatimizce, SSGSK m.14'te tanımlanan meslek hastalığı kavramı, psikolojik taciz dâhil olmak üzere, bütün taciz eylemlerini kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalıdır. Bu yorumla ve hatta yapılacak bir kanuni düzenlemeyle mağdur işçilerin hukuki yönden korunması daha etkin bir şekilde sağlanacak ve mağdurların maruz kaldıkları zararların telafi edilmesinde yönünde önemli bir adım atılmış olacaktır.

O. Hastalık Sigortasından Yararlanma Hakkı

Hastalık, sigortalı olarak kabul edilen kişinin tıbbi bakım ve tedavi gerektiğinden bedensel veya ruhsal bozukluk durumu şeklinde tanımlanmaktadır²⁶⁵. SSGSK m.15/1'e göre, *"4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamındaki sigortalının, iş kazası ve meslek hastalığı dışında kalan ve iş göremezliğine²⁶⁶ neden olan rahatsızlıklar, hastalık halidir"*.

Kanundaki ve öğretideki tanımlamalara baktığımızda, herhangi bir kısıtlamaya bağlı kalmaksızın tıbben belirlenmiş bütün rahatsızlıklar hastalık kapsa-

²⁶² "Gerekli her türlü önlem" yerine "bilim ve tekniğin gerektiği tüm önlemler" ölçütü esas alınmalı görüşü için bkz. Günay (n 25) 227; Tunç ve Aslantürk (n 25) 49.

²⁶³ Yargıtay 10 HD, 444/903, 16.02.1982; Yargıtay 10 HD, 760/3090, 21.03.2006; Yargıtay 10 HD, 12624/13177, 30.06.2015; Yargıtay 21 HD, 11171/13883, 16.06.2015; Erdoğan (n 107) 334.

²⁶⁴ Erdoğan (n 107) 334; Cengiz (n 104) 103. "İş göremezlik tazminatından psikolojik taciz mağdurunun yararlanması gerektiği" konusunda bkz: Taşkın (n 56) 174,175.

²⁶⁵ Tuncay, Ekmekçi ve Gülver (n 247) 430; Ermumcu (n 28) 211.

²⁶⁶ İş göremezlik tazminatı istenebileceği yönünde bkz. Taşkın (n 56) 174, 175.

mina dâhil edilebilecektir. Kanun ve öğretideki tanımlamalara baktığımızda, tıbben belirlenmiş tüm rahatsızlıkların herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın hastalık kapsamına dâhil edilebileceği görülmektedir. Bu bağlamda, baş ağrısı, duyma kaybı, el uyuşması gibi rahatsızlıklar, iş göremezliğe yol açması durumunda hastalık olarak değerlendirilebilecektir²⁶⁷. Bu tür rahatsızlıkların, kullanılan bir ilacın yan etkisi sonucu ortaya çıkması veya ruhsal nitelikte olması, bunların hastalık sigortası kapsamına alınmasına engel teşkil etmemektedir. Fakat kişinin işini yapmasına engel olmayacak nitelikteki ufak tefek rahatsızlıklar bu kapsama girmez.

Hastalık sigortasının devreye girmesi için sigortalının tıbbi yardıma muhtaç olması ve rahatsızlığın iş göremezliğe de neden olması gerekir.

Konuyu psikolojik taciz açısından değerlendirdiğimizde, psikolojik tacize maruz kalan işçi genellikle işiyle alakalı çalışmaları devam ettiremez duruma düşmekte olup psikolojik taciz eylemleri neticesinde meydana gelen tıbbî bulgular kendini genellikle zihinsel stresten kaynaklanan ruhsal bozukluklar şeklinde göstermektedir. Psikolojik taciz eylemleri neticesinde meydana gelen rahatsızlıklara misal olarak; uyku düzensizlikleri, migren, intihar teşebbüsleri, kendinden şüphe duyma, iştahsızlık, kalp ritim düzensizlikleri, bağırsak ve mide sorunları, düzensiz nefes alma gibi rahatsızlıklar gösterilebilir²⁶⁸. Yine psikolojik taciz davranışlarının eylemleri neticesinde depresif rahatsızlıklar da tanı olarak konulan bozukluklar arasında yer almaktadır.

Hastalık sigortası imkânlarından faydalanabilmek için SSGSK'da sigortalının hastalığa yakalanmış olması koşulu da aranmakta olup sözü geçen koşul tespit edilirken hiçbir kısıtlama öngörülmediğinden işçi işyerinde psikolojik taciz eylemleri neticesinde gerek ruhi gerekse fiziki bir rahatsızlığa tutulduğunda ve bu rahatsızlığın geçici bir süre işini görmesine mani olduğunun doktor raporuyla kanıtlandığında, diğer koşulların da mevcudiyeti durumunda kanaatimizce SSGSK'da yer alan yardımlardan faydalanacağı kabul edilmelidir²⁶⁹. Hemen belirtelim ki bu kabul için iş görememe haline sigortalının yakalandığı hastalık neden olmalı, sigortalının yapmakla mükellef olduğu işin yapılamamasıyla rahatsızlık arasında illiyet bağı bulunmalıdır.

²⁶⁷ Tuncay, Ekmekçi ve Gülver (n 247) 431.

²⁶⁸ Ermumcu (n 28) 213,214; Acar ve Dünder (n 7) 114; Tunç ve Aslantürk (n 25) 47; Tınaz (n 25) 24.

²⁶⁹ Aynı görüşte: Ermumcu (n 28) 214.

Ö. Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik Hükümlerine Başvurma Hakkı: Değişiklik Feshi

Çalışma şartlarında esaslı değişiklik hükümlerine başvurma hakkı yönetim hakkı ile yakından ilişkilidir.

Yönetim hakkı işverenin kanun, toplu iş akdi ve bireysel iş akdine aykırı olmamak kaydıyla işin görülmesi ve işçilerin davranışlarını düzenleme yetkisini ifade eder²⁷⁰. Bu hak, işverenin iş organizasyonunu ve işyerindeki düzeni sağlama amacına hizmet eden bir yetki olarak kabul edilmektedir.

Yönetim hakkı, TBK m.399'da düzenlenmiş olup²⁷¹ işverenin işin niteliği ve işyeri koşullarına uygun talimatlar verebilmesine olanak tanımaktadır. Bu hak, çalışma ilişkileri bünyesine dâhil olan tüm iş şartlarını içermemekte, işçiye davranış yükümlülüğü getiren şartlarla sınırlı tutulmaktadır²⁷².

Konuyu psikolojik taciz açısından değerlendirdiğimizde; işçiye sürekli olarak çalışma arkadaşlarından uzak bir şekilde çalışmaya zorlamak, başka bir işyerine görevlendirmek, işyerindeki belirli imkânlardan mahrum bırakmak, aynı düzeyde ya da daha düşük seviyedeki bir işçisine kıyasla daha geç terfi ettirmek ya da hiç terfi ettirmemek, işçinin devamlı olarak işyerini veya görevini değiştirmek²⁷³, işçiye devamlı eğitim programına bağlı kılmak, işyerinde belirli bölgelere girişini engellemek ya da işçiden devamlı rapor talep etmek vs. davranışlar, yönetim hakkını kötüye kullanımı oluşturan psikolojik taciz misalleridir. Bu örneklerle bakıldığında işveren yönetim hakkı kullanımının ardına sığınarak işçisine psikolojik taciz uyguladığında işçinin kişilik haklarını ihlal etmiş sayılacağından²⁷⁴, işverenin yönetim hakkını dürüst kullanmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim Yargıtay da işverenin yönetim hakkını kötüye kullanmasını psikolojik taciz saymaktadır²⁷⁵. Bununla beraber, işverenin yönetim hakkı kapsamında yaptığı bazı

²⁷⁰ Ertuğrul Yuvalı ve Tuğçe Yaba, 'İşverenin Yönetim Hakkının ve İşçinin Talimatlara Uyma Borcunun Bir Sınırı Olarak Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik' (2022) 2 YBHD (Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı) 1685, 1688; Ertürk (n 25) 107; Süzek (n 36) 85; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 36) 273; Özveri (n 55) 3258.

²⁷¹ Bkz: (n 1), TBK m.399: "İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kuralının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar."

²⁷² Ertürk (n 25) 107; Başbuğ ve Yücel Bodur (n 153) 29; Yuvalı ve Yaba (n 270) 1689,1680.

²⁷³ Yargıtay 7 HD, 8164/9309, 26.04.2016.

²⁷⁴ Tınaz, Bayram ve Ergin (n 7) 129.

²⁷⁵ Yargıtay 9 HD, 12293/13588, 15.10.2024.

eylemler psikolojik taciz olarak kabul edilmeyecektir. Mesela, işçinin yanlışlarını ve noksanlıklarını bildirmek, yanlışlarını yenilememesi için ikaz etmek, vazifesini anımsatmak, makul tenkitler, toplantı esnasında işçisine zor soru sormak, gündelik tartışmalar vs. haller psikolojik taciz kabul edilmez²⁷⁶.

İşyerinde psikolojik tacizin bir diğer biçimi, çalışma şartlarında işverence değişiklik yapılması şeklinde ortaya çıkabilmektedir.

İş ilişkisinden doğan ve işin yerine getirilmesinde bağlı olunan hak ve borçların bütününe “*çalışma şartları*” denir²⁷⁷. İK m.1 uyarınca, İK’nın bir amacı da çalışma şartlarını düzenlemektir. Zira İş Hukukunda zaman içerisinde oluşan değişimler nedeniyle çalışma şartlarında değişiklik gereksinimi doğabilir. Çalışma şartlarında yapılacak bu değişiklik, işverenin yönetim hakkı ile doğrudan alakalıdır. Bu bağlamda yönetim hakkının işçi üzerinde baskı oluşturacak şekilde kullanılması İş Hukuku ilkelerine aykırıdır.

Çalışma şartlarında değişiklik yapılabilmesi İK m.22/2 uyarınca, tarafların karşılıklı anlaşmasına bağlıdır. İşverenin, çalışma şartlarında yapacağı esaslı bir değişikliği işçiye yazılı olarak bildirmemesi veya işçiye yazılı olarak bildirdiği halde işçinin bu değişikliği kabul etmemesi durumunda söz konusu değişiklik işçiye bağlamaz. İşçinin değişikliği zımnen kabulü mümkün değildir²⁷⁸. Bu çerçevede, işverenin çalışma şartlarında esaslı bir değişikliği tek taraflı olarak uygulamaya koyması, yönetim hakkının kötüye kullanılması anlamına gelir.

Psikolojik taciz amacı güdülerek teklif edilen çalışma şartlarındaki değişiklikler, geçerli bir sebep kabul edilemeyeceğinden, iş akdinin feshedilmesi de geçerli sayılmayacaktır. Bu halde, işverenin iş akdini eski şartlarda yürütmekten başka alternatifi bulunmaz²⁷⁹. Bu bağlamda işveren işçinin değişiklik teklifini reddetmesine rağmen, yeni çalışma şartlarını uygulamada ısrar ederse TBK m.408 uyarınca, “*işverenin temerrüdü*”nden bahsedilecektir²⁸⁰. Yargıtay kimi kararlarında, işçinin yapılan değişiklikleri kabul etmeme imkânı mevcutken bu imkânı kullanmaması durumunda, işverenin yeni çalışma şartlarını uygulamakta

²⁷⁶ Yargıtay 9 HD, 8730/1000, 31.01.2017; Yargıtay 7 HD, 4535/7340, 27.04.2015; Arslan Ertürk (n 23) 299; Dalgaldere (n 61) 127.

²⁷⁷ Yargıtay 7 HD, 4483/1116226.05.2014; Yuvalı ve Yaba (n 270) 1692.

²⁷⁸ Yuvalı ve Yaba (n 270) 1698.

²⁷⁹ Savaş (n 23) 121; Sevinç (n 248) 130; Yuvalı ve Yaba (n 270) 1694.

²⁸⁰ Süzek (n 36) 686; Sevinç (n 248) 130.

ısrar etmesinin psikolojik taciz oluşturmadığı yönünde²⁸¹ kimi kararlarında da, bu tür davranışların psikolojik taciz oluşturduğu ancak bu durumun çalışma şartlarında esaslı değişiklik olmadığı²⁸² yönünde karar vermiştir.

Kanaatimizce iş akdinde işçi aleyhine yapılan değişiklikler işçiye, İK m.22 uyarınca haklı fesih imkânı²⁸³ verse de işçi, sadece bu değişikliklere dayanılarak psikolojik tacizin gerçekleştiğini ileri sürülemez. Zira psikolojik taciz yayılan bir süreci gerektiren bir olgudur. Nitekim Yargıtay bir kararında, psikolojik tacizin ayrıca ispat edilmesi gerektiğini, iş akdinde salt esaslı değişiklik yapılmasının işçinin psikolojik tacize uğradığı manası taşımayacağını ifade etmektedir²⁸⁴.

P. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

İşyerinde aşağılama, hakaret etme ve rencide etme gibi davranışlarla ortaya çıkan psikolojik taciz, kişilik hakkı çerçevesinde değerlendirilmektedir. AY.'de psikolojik tacize doğrudan yer verilmesi de, bu tür eylemler onurlu bir yaşam hakkının açık bir ihlali niteliğinde olduğundan ve AY., kişilik haklarının korunmasına dair hükümler içerdiğinden, anayasal düzenlemelerin psikolojik tacize dolaylı bir koruma sağladığını söylemek mümkündür. Örneğin, AY.'nin başlangıç metninin 6. paragrafı ile birlikte m.10, m.12, m.17, m.20, m.25, m.49. ve m.50 psikolojik tacize yönelik dolaylı koruma sağlayan hükümlere işaret etmektedir. Her ne kadar AY.'de psikolojik tacize yönelik doğrudan bir koruma hükmü yer almasa da, bahsi geçen hükümler, ülkemiz hukuk sistemi açısından genel bir çerçeve sunmaktadır.

AY. m.90 uyarınca usulüne uygun şekilde yürürlüğe giren uluslararası anlaşmalar, kanunlarla eşit bir statüye sahiptir. Usulüne uygun kabul edilen uluslararası anlaşmaların AY.ye aykırılığı gerekçe gösterilerek AYM'ye başvuru yapılamaz. Dolayısıyla psikolojik tacizle ilgili olarak ülkemizin taraf olduğu tüm uluslararası anlaşmalar iç hukuk normu niteliği taşımakta olup yürütme ve yargı organlarının tamamını bağlayıcıdır.

Anayasa m.148/3 uyarınca, *"Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki*

²⁸¹ YHGK, 1427/53, 09.02.2021.

²⁸² Yargıtay 7 HD, 4070/25205, 13.11.2012.

²⁸³ Yargıtay 22 HD, 8518/26556, 10.12.2018.

²⁸⁴ Yargıtay 9 HD, 36198/7902, 30.03.2016.

herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır". Ancak AYM, somut bir vakiada psikolojik tacizden söz edilebilmesi, "...her somut olayın kendi bütünlüğü içinde değerlendirilmesi koşuluyla bireylerin çalışma ortamlarında maruz kaldıklarını ileri sürdükleri eylem, işlem ya da ihmallerin psikolojik taciz derecesine ulaşması için birtakım unsurların aranması gerektiğini"²⁸⁵ vurgulamaktadır. Ayrıca AYM, "Yine bu değerlendirmelere göre çalışanların yaşamlarına etkisi bakımından çekilmez bir ağırlık ve yoğunluk derecesine ulaşarak onların manevi bütünlüklerini tehdit eden ve psikolojik taciz olarak nitelendirilen eylem, işlem ya da ihmaller konusunda Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası kapsamında devletin üstlenmesi gereken pozitif yükümlülükler"i olduğunu kabul etmektedir²⁸⁶. Bu açıklamalarımız doğrultusunda kanaatimizce, psikolojik tacize uğrayan bir işçi, tüm yargı yollarını tükettikten sonra olumlu bir sonuç alamaması durumunda AYM'ye bireysel başvuruda bulunabilecektir²⁸⁷. Nitekim AYM bir kararında, "Başvuruya konu şikâyetler başvuruçunun maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik iddialar içerdiğinden ve psikolojik taciz kapsamında kaldığından -Anayasa Mahkemesinin önceki kararları da dikkate alınarak- incelemenin Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında yapılması gerektiği" yönünde karar vermiştir²⁸⁸.

Anayasa Mahkemesi'ne psikolojik taciz iddiası ile yapılan başvurular incelendiğinde, başvuruların genellikle kamu görevlileri ile ilgili olduğu ve bu başvurular neticesinde verilen kararların önemli bir kısmında yetkisizlik gerekçesiyle ya da başvuru yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle "kabul edilemez" yönünde kararlar verildiği görülmektedir. Ayrıca AYM "kabul edilemez" yönündeki kararları dışında somut vakiada kişilik haklarının ihlali tespit edilse dahi, bu ihlalin "asgari eşiği geçmediğine" de hükmetmektedir²⁸⁹. Ancak AYM, yakın zamanlı bir kararında, psikolojik taciz iddiaları ile önüne gelen dosyalarda olumsuz tutumunu yumuşatarak "Kamusal makamlar, psikolojik taciz oluşturan durumları tespitle yetinmemeli" gerekçesiyle "...kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiği"ne karar vermiştir²⁹⁰.

²⁸⁵ AYM, Levent Tütüncü (2), Başvuru No. 2015/7108, 8/9/2020, para. 48.

²⁸⁶ AYM, Zülküf Kılıç, Başvuru No. 2018/27032, 14/09/2022, para. 31.

²⁸⁷ Bilgili (n 139) 72.

²⁸⁸ AYM, Ebru Bilgin, Başvuru No. 2014/7998, 19/07/2018, para. 70.

²⁸⁹ AYM, Mesut Özbezen, Başvuru No. 2013/8175, 15/04/2014, para. 43.

²⁹⁰ AYM, Türkan Aydoğmuş, Başvuru No. 2018/19000, 12/01/2022, para. 37.

R. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Başvuru

Avrupa Konseyi içinde insan hakları belgelerinin oluşturulması sürecinin temelini AİHS atmıştır. Bu Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlükler, esas olarak yaşam hakkı, düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlüğü, dilekçe hakkı gibi birinci kuşak hakları kapsamaktadır. Bunun yanında Konsey tarafından Sözleşme'deki hak listesinin yeni Protokoller aracılığıyla tamamlanması için de çabalar sürdürülmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özünde insan onuru ve özgürlüğü yer almaktadır. Sözleşme'deki hakların tamamı insan onuruna dayanmakta ve Sözleşme'ye taraf ülkelerin yetki alanındaki herkesi korumayı hedeflemektedir. Bu yapıyla, Sözleşme insan onuru ve özgürlüğünü koruma amacını taşımaktadır.²⁹¹ Buna karşın AİHS ve ek protokollerinde işyerinde psikolojik tacize yönelik doğrudan bir hüküm yer almamaktadır. Ancak, Sözleşme'nin bazı maddeleri psikolojik tacize karşı dolaylı koruma sağlamaktadır. Örneğin, AİHS; m.2 yaşam hakkını, m.3 işkence yasağını, m.8 özel ve aile yaşamına saygıyı, m.14 ise ayrımcılık yasağını düzenler. Bu maddeler işyerinde psikolojik taciz vakaları için de koruyucu olmaktadır.

Sözü geçen koruma yolundan (AİHS'i ve Ek Protokolleri kabul eden bir ülkede yaşamak şartıyla) herkes, AİHS'te ve Ek Protokollerde belirtilen haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek yararlanabilme imkânına sahiptir. Ancak bunun için AİHS m.35 uyarınca, başvuru sahibinin iç hukuk yollarını tüketmesi ve kesin karar tarihinden itibaren 4 ay içinde mahkemeye başvurması gerekmektedir.²⁹² Aynı maddeye göre, imzasız başvurular ile daha önce mahkeme veya diğer uluslararası yargı kuruluşları tarafından karara bağlanmış vakalarla aynı ve yeni vakia içermeyen başvurular reddedilir ve başvurunun doğrudan mahkemeye yapılması zorunludur.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.8'de insanların özel yaşamına saygı gösterilmesi gerektiği ve ülke tarafından korunacağı meşru sebepler olmadıkça özel yaşama müdahale edilemeyeceği düzenlenmektedir. Kısaca AİHS m.8'in kapsamı “özel yaşam”, “konut”, “aile hayatı” ve “haberleşme” haklarını içermektedir. İşyerinde psikolojik taciz, özel yaşamın içinde yer alan kişilerin psikolojik ve fiziksel bütünlüklerini ihlal eder. İşyerinde psikolojik taciz, kişinin özel

²⁹¹ Kara (n 60) 91.

²⁹² Bkz. (n 30).

yaşamına fiziksel ve ruhsal bir müdahale niteliğinde taşıması nedeniyle AİHS m.8, bu konuda önemlidir²⁹³.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından ele alınan bir vakıada²⁹⁴, 2013 yılbaşında, erkek gardiyanlardan bazıları kadın cezaevine girmiş ve bu gardiyanlardan biri, içerideki iki mahkûmla fiziksel temas kurmuştur. Bazı kadın gardiyanlar ise bu duruma müdahale etmek yerine göz yummuştur. Başvuran, bu durumu infaz kurumu yönetimine bildirmiş ve vakıadan sorumlu gardiyanlar çeşitli cezalar almıştır. Ancak başvuranın yaptığı bu ihbar sonrasında, kurum personelinin kendisine karşı olumsuz tavır aldığı belirtilmiştir. Başvuran, ceza infaz kurumunda ve kurum dışındaki süreçte çeşitli fiziki ve psikolojik saldırılara maruz kalmış, bu yaşananlar sonucunda sağlık durumunda ciddi bozulmalar meydana gelmiştir. Yaşadığı vakıaları idari ve yargı yollarını kullanarak kamu makamlarına iletmış olsa da aradığı sonuçlara ulaşamamıştır. Yerel mahkemeler, başvuranın işyerinde maruz kaldığı eylemleri tanımış, fakat yaklaşık altı ay içinde gerçekleşen üç vakıanın yeterli sıklıkta ve sistematik olmadığını belirleyerek bunların zorbalık/psikolojik taciz olarak değerlendirilemeyeceği yönünde karar vermiştir. Yerel mahkemenin akademisyenlere dayanarak oluşturduğu kriterlere göre, sistematik bir zorbalığın kabul edilebilmesi için en az altı aylık bir süre boyunca haftada en az bir defa zorbalık/psikolojik taciz olarak değerlendirilebilecek bir eylemin gerçekleşmesi gerekmektedir.

Başvuran, işyerinde sürekli aktif ve pasif zorbalığa maruz kaldığını ve yerel organların kendisini korumadığını ileri sürerek, Sözleşme m.3. ve m.6'nın ihlal edildiğini belirtmiştir. AİHM ise iddiaları m.8 kapsamında değerlendirmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yerel mahkemelerin vakıaların haftalık kanıtının başvurudan beklenmesi yaklaşımını kabul etmemiş ve işyerinde gerçekleştiği ileri sürülen zorbalık/psikolojik taciz eylemlerinin kendine özgü koşullar altında kapsamlı bir şekilde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. AİHM, kimi durumlarda maruz kalınan muamele altı aylık bir süre boyunca haftada bir defadan daha az sıklıkta olmasına rağmen zorbalık/psikolojik taciz anlamına gelebileceği gibi daha sık olmasına rağmen zorbalık/psikolojik taciz olarak nitelendirilemeyecek durumlar da olabileceğini belirtmiştir.

²⁹³ Kara (n 60) 91.

²⁹⁴ Špadijer/Montenegro Kararı, No. 31549/18, 09.11.2021, <<https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-212970>> Erişim Tarihi 12 Mayıs 2025.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuranın meslektaşlarını şikâyet etmesinin ardından zorbalık/psikolojik taciz eylemlerine maruz kalmasına özel önem vermiştir. Başvurayı susturmayı ve cezalandırmayı amaçlayan eylemlere karşı ülkelerin koruma yükümlülüğünün altını çizmiştir.

Sonuç olarak, AİHM, AİHS m.8.'deki pozitif yükümlülüklerin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Sonuç

İşyerinde psikolojik taciz terimi ilk kez Alman “*Heinz Leymann*” tarafından tanımlanmıştır. Bu terim zamanla iş yaşamında da yer edinmiştir.

Psikolojik taciz konusunu uluslararası belgelerde incelediğimizde, bu terimi doğrudan ele alan özel bir kanuni düzenleme olmadığını söyleyebiliriz. Ancak, uluslararası belgeler ve Sözleşme’lerde eşitlik, ayrımcılık ve cinsel taciz konularını kapsayan genel düzenlemelerin, psikolojik tacizle dolaylı bağlantılar kurabileceğini eklemek önemlidir.

Psikolojik tacize dair ilk kanuni düzenlemeyi yapan ülke İsveç olmuştur. Bu düzenleme, işverenlere psikolojik tacizi önleme ve meydana geldiğinde derhal sonlandırma yükümlülükleri getirmiştir. Psikolojik tacizle ilgili en kapsamlı kanuni düzenlemeye sahip Belçika’da ise mağdurlar geniş kapsamlı koruma altına alınmıştır ve mağdur lehine ispata dair özel hükümler bulunmaktadır. Benzer şekilde, Fransa’da da mağdurlara yönelik koruyucu hükümler bulunmakta ve psikolojik tacizin ceza kanunlarında özel bir yeri vardır. Fransa’nın mevcut cezai düzenlemelerine göre, psikolojik taciz suçluları iki yıla kadar hapis cezası ve kanunda belirtilen para cezasına çarptırılabilir.

Psikolojik taciz ülkemizde ilk defa 2006 yılında Ankara 8. İş Mahkemesi’nin verdiği bir karar ile gündeme gelmiştir. Buna karşın psikolojik tacize yönelik hükümler esasen AY. ile başlamaktadır. Psikolojik taciz olarak tanımlanan ve insan hakları ihlali olarak görülen bu eylemler, insan onuru ve çalışma özgürlüğüyle bağdaşmadığından AY’nin birçok maddesini ihlal etmektedir. Özellikle AY’nin m.5, m.12, m.17, m.48 ve m.49 birlikte değerlendirildiğinde ülkenin bu konuda birtakım yükümlülükler üstlendiği görülmektedir. Psikolojik taciz, bireyleri yıldırarak iş yaşamından uzaklaştırmaya yönelik eylemler bütünü olduğundan kişilerin AY. ile güvence altına alınan çalışma hakkını doğrudan ihlal etmektedir. Ülkemizde bu maddeler doğrultusunda bireylerin refahını, mutluluğunu, huzurunu ve hem maddi hem de manevi gelişimini sağlamak amacıyla işyerinde

çalışma sağlığını koruyacak şekilde psikolojik tacizi önlemeye yönelik politikalar oluşturmalıdır. Bu doğrultuda psikolojik taciz uygulayanlarla ilgili gerekli düzenleme yapılmalı, denetleme önlemleri alınmalı, konuyla ilgili şikâyetleri incelenmeli ve yargılama süreci etkili ve hızlı bir şekilde yürütülmelidir.

Dünyada işyerinde psikolojik tacizin sıkça görüldüğü ülkelerden biri Türkiye'dir. Ancak ülkemizde bu konuyu doğrudan ele alan özel bir kanuni düzenleme mevcut değildir. Bununla beraber hukukumuzda TBK m.417'de "*psikolojik taciz*" ifadesi yer almaktadır. Bu düzenleme, psikolojik taciz konusunda mevzuatımızdaki ilk kanuni metni oluşturmaktadır. Fakat ülkemizde psikolojik tacize ilişkin terminoloji bir birlikteliği henüz sağlayamamıştır. Bu noksanlık, işyerinde yaşanan her türden haksız eylemin mağdur işçiler tarafından psikolojik taciz olarak algılanmasına neden olmaktadır. Bu durum, çalışma yaşamının önemli problemlerinde psikolojik tacizin tanımlanmasını ve temel öğelerini aleni şekilde belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Aksi takdirde mağdur işçilerce kasti, sürekli ve sistematik biçimde belirli bir işçiyi hedef gözeterek gerçekleştirilmeyen, düşmanca veya ahlak dışı bir tavır içermeyen eylemler de psikolojik taciz olarak değerlendirilmeye devam edecektir. Bu ise uygulamada bilgi kirliliği ve yargı süreçlerinde artan iş yükü gibi problemleri daha da artıracaktır. Bu nedenle psikolojik tacizin özel olarak tanımlanması ve düzenlenmesi mevcut mevzuatımız için gereklidir. Bu bağlamda, psikolojik tacize karşı sıfır tolerans politikası benimsenmeli ve hangi davranışların psikolojik taciz olarak değerlendirileceği net bir şekilde ortaya konarak İK'ya psikolojik tacizin tanımı eklenmeli ve bu durumun sınırları ile kapsamı belirlenmelidir. Aynı zamanda psikolojik tacizin önlenmesi ve sona erdirilmesi için yükümlülükler getirilmelidir. Mağdurlar ve tanıklar, işten çıkarma, ayrımcılık veya çalışma koşullarının değiştirilmesi gibi durumlara karşı korunmalıdır. Mağdurların uğradığı zararlar için gerekli kanuni düzenlemeler yapılmalı ve psikolojik tacizin ispatı konusunda mağdur lehine özel şartlar oluşturulmalıdır. "*Türk Ceza Kanunu*"muza psikolojik tacizin özel bir suç tipi olarak tanımlanması ve "*Devlet Memurları Kanunu*"nda psikolojik taciz uygulayan memur ve amir için yaptırımların belirtilmesi, psikolojik tacizle mücadelede ve bu durumun yol açtığı zararlı etkileri gidermede oldukça faydalı olacaktır. Bu çerçevede, kanun koyucunun İK'da psikolojik tacizi aleni bir şekilde tanımlayarak mevzuattaki bu boşluğu doldurması önem arz etmektedir.

Psikolojik taciz sürecinde ihlal edilen hak ve sorumlulukları değerlendirmek gerekirse öncelikle TBK m.417 ile İSGK m.5, m.10/1-c ve m.10/4 hükümleri ele alınması gerekir. Zira işverenin ilk görevi, işyerinde psikolojik tacizin oluşmama-

sı için sağlıklı bir çalışma ortamı sağlamaktır. Bunun için gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almalı ve yürürlüğe koymalıdır. Sadece bu önlemleri almak yeterli değildir; aynı zamanda bu önlemlere uyulup uyulmadığını da düzenli olarak denetlemelidir. Ayrıca sürekli risk değerlendirmesi yapma yükümlülüğü vardır. İşveren, işyerinde bir şikâyet mekanizması oluşturmalı, iç yönetmelikte psikolojik tacizi önleyici hükümler ve yaptırımlar belirlemelidir. Bunun yanı sıra, psikolojik taciz konusunda eğitim vermeli ve çalışanlarıyla belirli aralıklarla anketler yapmalıdır.

Türk Borçlar Kanunu m.417, işverenin, işçinin kişiliğini koruması gerektiğini açık bir şekilde belirler. Psikolojik taciz, kişinin kişilik haklarını ihlal eden ve onun fiziksel bütünlüğünü, manevi değerlerini ve ekonomik haklarını doğrudan tehdit eden bir durumdur. Ayrıca bu tür taciz, işverenin eşit davranma yükümlülüğüne de ters düşmektedir. Günümüzde, çalışma koşullarında işçinin aleyhine ciddi değişiklikler yapılarak psikolojik taciz girişimlerinin gerçekleştiği sıkça gözlemlenmektedir. Ancak, işçiler yalnızca bu değişiklikleri gerekçe göstererek psikolojik taciz iddiasında bulunamazlar.

Psikolojik taciz, kişilik haklarını ciddi biçimde ihlal eden davranışlar bütünü olarak kabul edildiğinde, bu tür davranışların hukuka aykırı olduğu ve haksız fiil niteliği taşıdığı açıktır. Bu nedenle mağdur, TBK’da yer alan haksız fiil hükümleri doğrultusunda zararının tazmin edilmesini talep edebilir.

Psikolojik taciz, İK’da doğrudan haklı fesih nedeni olarak belirtilmese de Yargıtay kararlarına göre bu durum söz konusu olduğunda taraflar iş akdini haklı nedenle feshetme hakkına sahiptir. Psikolojik tacizden kaynaklanan haklı feshlerde kanunun öngördüğü 6 iş günlük fesih süresine sıkı sıkıya bağlı kalınmaması ve her yeni taciz hareketiyle sürenin yeniden başlaması gerektiğini düşünüyoruz.

Psikolojik tacizin en yaygın biçimlerinden biri, işverenin yönetim hakkını kullanıyor gibi görünerek çalışanına psikolojik taciz uygulamasıdır. Böyle durumlarda işveren, yönetim hakkının arkasına saklanarak aslında taciz etme niyetini gizleyebilir.

Bir işyerinde çalışanlardan birinin diğerine psikolojik tacizde bulunması, sadakat borcunun ihlali anlamına da gelmektedir.

Psikolojik tacizi iş kazası ve meslek hastalığı kapsamında değerlendirdiğimizde, öncelikle belirtmek gerekir ki öğretilerde bu psikolojik tacizin anlık ya da kısa süreli bir vakıya değil, tekrar eden sistematik davranışlar bütünü olduğu

vurgulanmaktadır. Bu nedenle iş kazası hükümlerinin psikolojik taciz için uygulanmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Kanaatimizce, psikolojik taciz neticesinde oluşan kazaların, “*işçi lehine yorum ilkesi*” doğrultusunda iş kazası olarak değerlendirilmesi isabetli olacaktır. Böylece, işçinin bedensel-ruhsal zararlarının tazmin edilmesi sağlanacaktır. Bunun yanında işçi İSGK ile SSGSK kapsamındaki yardımlardan da yararlanabilecektir. Benzer şekilde meslek hastalığının kanuni tanımındaki “*yürütüm şartları*” ile psikolojik taciz arasında bir ilişki kurulabilir.

Psikolojik tacize maruz kalan işçi, hukuki süreçler doğrultusunda çeşitli davalar açma hakkına sahiptir. Öncelikle mağdur saldırı tehlikesinin önlenmesi, saldırının durdurulması ve hukuka aykırılığının tespiti için koruma davaları açabilir. Ayrıca eğer saldırıdan doğan bir zarar söz konusuysa, mağdur maddi zararlar için maddi tazminat davası ve manevi zararlar için manevi tazminat davası açabilir. Gerekli şartlar sağlandığında vekâletsiz iş görme davası da açılması mümkündür. Psikolojik tacizin ayrımcılık veya eşitlik yükümlülüğünün ihlali nedeniyle gerçekleştirilmesi durumunda ise bu aynı zamanda İK m.5'teki eşitlik ilkesinin ihlaline yol açmaktadır. Mağdur işçi İK m.5'e dayanarak taleplerde bulunabilme hakkına da sahiptir. Eğer işveren işçinin iş akdini psikolojik taciz nedenine dayanarak kötüniyetle feshederse, mağdur kötüniyet tazminatı dâhil diğer haklarını da talep edebilecektir. Ayrıca psikolojik taciz bahanesiyle haksız yere işten çıkarılan çalışan, iş güvencesi hükümlerinin geçerli olduğu durumlarda işe iade davası açarak eski pozisyonuna geri dönebilir.

Psikolojik tacizle ilgili açılan davaların çoğu, ispatın yetersiz kalması nedeniyle reddedilmekte veya taraflar yeterli delil bulamadıkları için yargı yoluna gitmemektedir. Bu sebeple, psikolojik taciz vakıalarında kesin ispat talep etmek adalet ve hakkaniyete aykırı olmanın yanı sıra özellikle işçi lehine yorum ilkesi başta olmak üzere İş Hukuku ilkelerine de ters düşmektedir.

Son olarak belirtelim ki psikolojik tacizle mücadelede sadece kanuni düzenlemeler kafi olmayıp sivil toplum kuruluşları ile işveren ve işçilerin bulunduğu kurumlar arasında iş birliğine dayalı bilinçlendirme çalışmaları gerçekleştirilmelidir. Bu bağlamda, mağdurlar işçilere yönelik bilgilendirici kitapçıklar hazırlanmalı, yargı kararlarının analiz edildiği eğitici etkinlikler düzenlenmeli ve bireylerin sahip oldukları haklar konusunda farkındalıkları sağlanmalıdır. Bunun yanında yöneticilerin kişiler arası anlaşmazlıklar ve bunların sonuçları konusundaki yetenek, beceri ve sorumlulukları geliştirilmelidir. İşle ilgili sorumluluklar, kurallar ve yaklaşımlar açıkça belirlenmelidir. İşçi işveren arasında anlaşmazlıklar ortaya çıktığında erken aşamada ele alınmalıdır.

Kaynakça

- Acar A B ve Dündar G, 'İşyerinde Psikolojik Yıldırma (Mobbing) Maruz Kalma Sıklığı ile Demografik Özellikler Arasındaki İlişkinin İncelenmesi' (2008) 37(2) İÜİFD, 111-120
- Arslan Ertürk A, 'İş Hukuku Boyutuyla Türkiye'de Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Dünyadan Örnekler' (2014) 20(1) MÜHFAD, 285-340
- Aslan Z T, 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Bağlamında İşyerinde Psikolojik Taciz (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2023)
- Başbuğ A ve Yücel Bodur M, *İş Hukuku* (6. Baskı, Beta Yayınları 2021)
- Bayat (Kiroğlu) İ ve Baykal B, 'Ulusal ve Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Olgusu ve Hukuki Sonuçları' (2015) 17(3) GÜİFD, 196-218
- Baycık G, 'Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler' (2013) 3 ABD, 103-170
- Bilge S S, 'Mobbing Terimi ve Türk Hukuk Düzeninde İncelenmesi' (2016) 65(4) AÜHFD, 1245-1290
- Bilgili A, *İş Hukuku'nda Mobbing* (3. Baskı, Karahan Yayınevi 2015)
- Boydak A B, 'İşçinin İş Sözleşmesini Mobbing Nedeniyle Fesih Hakkı' (2024) 171 TBBD, 355-370
- Bozbel S ve Palaz S, 'İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Sonuçları' (2007) 2(3) Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu Akademi, 66-81
- Büyükkılıç G, 'İş Hukuku Çerçevesinde İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Olgusunun Değerlendirilmesi' (2012) 9(33) İHSGHD, 71-160
- Cengiz S, İşyerinde Psikolojik Tacize Maruz Kalan İşçilerin İş Hukuku Kapsamında Kullanabilecekleri Haklar (Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi 2019)
- - *İşyerinde Psikolojik Tacize Maruz Kalan İşçilerin İş Hukuku Kapsamında Kullanabilecekleri Haklar* (Aristo Yayınevi 2023)
- Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T ve Özkaraca E, *İş Hukuku Dersleri* (36. Baskı, Beta Yayınları 2023)
- Dalgaldere A, Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Psikolojik Taciz (Mobbing) (Yüksek Lisans Tezi, Kırklareli Üniversitesi 2019)
- Davenport N Z, Schwartz R S ve Elliott G P, *Mobbing İşyerinde Psikolojik Taciz* (Osman Cem Öner toy çev. Ray 2014)
- Demircioğlu H R, Kişilik Hakkı İhlalinin ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)' (2007) 11(1) GÜHFD, 113-146
- Demircioğlu M, Centel T ve Kaplan H A, *İş Hukuku* (21. Baskı, Beta Yayınları 2021)
- Erdoğan G, 'Mobbing (İşyerinde Psikolojik Taciz)' (2009) 83 TBBD, 318-352
- Erkal A, *İdare Hukukunda Mobbing* (Adalet Yayınevi 2015)

- Ermumcu S, 'İşyerinde Psikolojik Taciz' (Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2011)
- Ertürk Ş, 'Mobbing'in Hakan Tokbaş (ed), *İş Hukukunda Güncel Meseleler 2023* (Aristo Yayınevi 2023)
- Gün H, *Çalışma Ortamında Psikolojik Taciz: Mobbing/Bullying* (Lazer Yayınları 2010)
- Günay A, 'Yargıtay İçtihatları ve İş Hukuku Öğretisi Işığında Türk Hukukunda Psikolojik Taciz (Mobbing)' (2021) 9(17) ABÜHFD, 213-235
- Güzel A ve Ertan E, 'İşyeri Sendika Temsilcisine Yönelik Psikolojik Taciz ve Kötüniyet Tazminatı (Karar İncelemesi)' (2008) 1 Çalışma ve Toplum Dergisi, 149-170
- Hüseyinli N ve Aslan Atabay H, 'Psikolojik Tacizin İçtihatlar Işığında Uygulamadaki Yeri' (2017) 8(2) İÜHFD, 603-636
- İnciroğlu L, 'İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Konusunda İşverenlerin Sorumluluk ve Yükümlülükler' (2013) 13(1) Kamu-İş, 103-113
- İzmirlioğlu A, 'İşyerinde Psikolojik Tacizin Eşit Davranma İlkesi Bağlamında İncelenmesi' (2020) 5(1) ÇÜHFD, 1799-1819
- Kalkan A, 'İş Sözleşmesinde Fesih Halleri' (2018) 13(1) EÜHFD, 281-314
- Kantarci G N, *Türk İş Hukukunda Mobbing* (Adalet Yayınevi 2016)
- Kara S, İnsan Hakları Bağlamında İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi 2022)
- Karademir A, 'İşyerinde Psikolojik Taciz ve İşverenin Fesih Yetkisi Üzerine Bir Değerlendirme' (2016) 11(122) Terazi Hukuk Dergisi, 77-84
- Kurt R, 'İş Yargısında "Arabuluculuk"' (2018) 135 TBBD, 405-444
- Limoncuoğlu S A, 'İş Hukuku Kapsamında Psikolojik Tacizin Değerlendirilmesi ve Mağdurların Kullanabilecekleri Haklar' (2013) 105 TBBD, 51-88
- Lokmanoğlu S Y, 'İşyerinde Psikolojik Taciz' (2017) 1(30) TAAD, 377-422
- Metin Üzümlü S, İşyerinde Psikolojik Taciz (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2019)
- Önol G, 'Çalışmaktan Kaçınma Hakkı' (2022) 52 TAAD, 195-236
- Özden B, 'Türk İş Hukuku Kapsamında Psikolojik Taciz (Mobbing)' (2018) 5(8) ASEAD, 22-49
- Özveri M, 'İşçinin İş İlişkisinde Kişilik Haklarının Korunması: Mobbing ve Yargı Kararları' (2023) 4 Çalışma ve Toplum Dergisi, 3255-3296
- Palabıyık B B, *Türk İş Hukukunda Mobbing* (Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi 2018)
- Sargın S, İşyerinde Psikolojik Taciz (Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi 2020)
- Savaş F B, *İşyerinde Manevi Taciz* (Beta Yayınları 2007)

- Savaş Kutsal B, 'Yargıtay Kararları Işığında İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)' (2016) 74 İÜHFD (Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan), 617-643
- Sevinç P, İş Hukukunda Mobbing (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi 2018)
- Sur M, 'İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı' (2017) 37 Sicil İş Hukuku Dergisi, 33-51
- Süzek S, *İş Hukuku* (23. Baskı, Beta Yayınları 2023)
- Taşkın A, 'İşyerinde Mobbingin Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi' (2015) 1(44) Çalışma ve Toplum Dergisi, 221-258
- - *İş Hukuku Açısından İşyeri ve İşletmelerde Mobbing* (Yetkin Yayınları 2016)
- Tınaz P, 'İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)' (2006) 4 Çalışma ve Toplum Dergisi, 13-28
- - 'İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing): Kavram, Süreç, Tanı ve Çözüm Önerileri' (2009) 4(11) Ceza Hukuku Dergisi, 11-22
- - Bayram F ve Ergin H, *Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)* (Beta Yayınları 2008)
- Tuncay A C, Ekmekçi Ö ve Gülver E, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri* (22. Baskı, Beta Yayınları 2023)
- Tunç Y E ve Aslantürk O, 'Mobbing ile Mücadelede İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku' (2024) 50 Yasama Dergisi, 39-74
- Uyaroglu O, 'Türk Borçlar Kanunu Madde 417 Bağlamında İşçinin Kişiliğinin Korunması' (2023) 54 TAAD, 315-338
- Ünal C, 'Karşılaştırmalı hukuk ışığında İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Eşit Davranma Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi' (2013) 10(37) İHSGD, 15-73
- Yuvalı E, *İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu* (Turhan Kitabevi 2012)
- - 'Mobbingin Psiko-Sosyal Sağlık ve İş Sağlığı Bakımından Sonuçları ve Mobbing Mağdurunun Başvurabileceği Hukuki Çareler' (2015) 6(4) İÜHFD, 723-738
- - 'Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Zorunlu Arabuluculuk' (2021) 11(2) AÜHFD, 355-376
- - ve Albayrak H, 'İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davrandığı İddialarının İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi' (2012) 9(34) İHSGHD, 15-73
- - ve Yaba T, 'İşverenin Yönetim Hakkının ve İşçinin Talimatlara Uyuma Borcunun Bir Sınırı Olarak Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik' (2022) 2 YBHD (Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı), 1685-1714

Kaçınılmazlığın Madenlerde Meydana Gelen İş Kazası ve Meslek Hastalıkları Bakımından Değerlendirilmesi^(*)

Arş. Gör. İlayda YILMAZ^(**)

Prof. Dr. Mehmet Fahrettin ÖNDER^(***)

Öz

Her ne kadar işyerlerinde güvenlik önlemleri en üst seviyeye çıkarılsa da kazaların tamamen ortadan kaldırılması mümkün olmamaktadır. Bu durum insani yahut çevresel faktörlerden kaynaklanabilmektedir. İnsanlar, hata yapma eğiliminde olan varlıklardır ve dikkatsizlik yahut yorgunluk gibi psikolojik faktörler, alınan tedbirlere rağmen kazaların meydana gelmesine neden olabilir. Ayrıca, çalışma ortamındaki dışsal koşullar, örneğin ani hava değişiklikleri veya makinelerdeki beklenmedik arızalar, kazaların önlenmesini zorlaştırabilir. Teknolojik gelişmeler kaza sayılarının azalmasına katkı sağlasa da her zaman her durumda etkin bir şekilde devreye girmeyebilir. Sonuç olarak, risk her zaman var olup, bazı durumlar öngörülemeyen faktörlerle şekillendiğinden, iş kazalarını tamamen engellemek mümkün olmamaktadır. Bu durum ise beraberinde “kaçınılmazlık” kavramını getirmektedir.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 29.08.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 05.02.2025.

Atıf Şekli: İlayda Yılmaz ve Mehmet Fahrettin Önder, ‘Kaçınılmazlığın Madenlerde Meydana Gelen İş Kazası ve Meslek Hastalıkları Bakımından Değerlendirilmesi’ (2025) 15(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 771, 817.

DOI: 10.52273/sduhfd..1540518.

^(**) Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Isparta, Türkiye.

E-posta: ilaydayilmaz@sdu.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5501-1183>.

^(***) Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Isparta, Türkiye.

E-posta: fahrettinonder@sdu.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1808-5378>.

Türk Dil Kurumu tarafından kaçınılmaz; istek ve irade dışında olan olarak, kaçınılmazlık ise kaçınılmaz olma durumu olarak tanımlanmıştır. İş kazası ve meslek hastalığı açısından kaçınılmazlık ise, olayın meydana geldiği tarihte geçerli bilimsel ve teknik kurallar gereğince alınacak tüm önlemlere rağmen, kazanın veya hastalığın hastalığının meydana gelmesi durumudur. Bir diğer deyişle kaçınılmazlık işverence mevzuat çerçevesinde öngörülen bütün önlemler alınsa dahi önlenmesi mümkün olmayan durum ve sonuçları ifade etmektedir.

Maden işçilerinin uğramış olduğu iş kazalarında ve meslek hastalıklarında kaçınılmazlığın rolü önem taşımaktadır. Zira maden sektöründe çalışma koşulları yüksek risk taşır ve bu risklerin tamamen ortadan kaldırılması her zaman mümkün olmamaktadır. Kaçınılmazlık kavramı bu noktada kazanın dışsal ve insani faktörlerinin irdelenmesi açısından kilit bir kavramı izah etmektedir. İş kazaları bakımından kaçınılmazlık olgusunun kabulü için, işveren tarafından alınması gereken tüm tedbirler alındığı halde beklenmedik olaylar nedeniyle kaza meydana gelmesi gerekir. İşveren tarafından alınması gereken önlemler 4857 sayılı İş Kanunu ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve ilgili yönetmeliklerde belirlenmiştir. Yargıtay, kaçınılmazlığı kabul ettiği yerleşik kararlarında, işverenin kaçınılmazlığın yüzde altmışından sorumlu olması gerektiğine hükmetmektedir. Meslek hastalığında ise, Yargıtay'ın yer altı maden işçilerinin yakalandığı meslek hastalıkları açısından kabul ettiği 32 yıl formülü bulunmaktadır. 18 yaşında işe başlayan bir kişinin 32 yıl yer altında çalışması halinde, yer altında çalıştığı işlerin niteliği ekseninde, yüzde sekiz ile yüzde on iki arasında kaçınılmaz iş göremezliğe uğrayacağı kabul edilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Maden İşçisi, İş Kazası, Meslek Hastalığı, Kaçınılmazlık, Tazminat.

Evaluation of Inevitability in Terms of Occupational Accidents and Occupational Diseases Occuring in Mines

Abstract

Inevitability is the occurrence of an occupational accident or occupational disease despite all measures to be taken in accordance with the scientific and technical rules valid at the time of the incident. In other words, inevitability refers to situations and results that cannot be prevented even if all the measures stipulated by the employer within the framework of the legislation are taken. The role of inevitability is important in occupational accidents and occupational diseases suffered by mine workers. In order for the inevitability to be accepted in terms of occupational accidents, all necessary precautions must be taken by the employer and yet the accident must occur due to unexpected events. All measures to be taken by the employer should be explained within the framework of Labour Law No. 4857 and Occupational Health and Safety Law No. 6331. Although there are decisions of the Court of Cassation that do not accept inevitability, in the decisions that accept it, the Court of Cassation ruled that the employer should be responsible for sixty per cent of the inevitability. In the case of occupational diseases, there is a 32-year formula accepted by the Court of Cassation for occupational diseases contracted by underground mine workers. If a person who started work at the age of 18 works underground for 32 years, it is accepted that he/she will suffer inevitable incapacity between eight per cent and twelve per cent, depending on the nature of his/her underground work.

Keywords

Mine Worker, Occupational Accident, Occupational Disease, Inevitability, Compensation.

Extended Summary

At the point of the employer's liability arising from work accidents, the doctrine has adopted the views of fault and strict liability. The authors who are of the same opinion have based their opinions on different grounds. Within the framework of the employer's liability arising from occupational accidents, it is important how the inevitability phenomenon will affect. Especially mining workplaces harbour many internal and external risks. The mining sector is a line of business that requires legal regulations to be made in terms of occupational health and safety, both in terms of private law and criminal law, and to be implemented and supervised on site, both in terms of working conditions and the dangers it harbours. In the occurrence of mining accidents with death and/or injury, legal regulations are of great importance in terms of determining those who are at fault and responsible. At this point, inevitability has a special importance. Inevitability refers to situations and results that cannot be prevented even under conditions where all measures stipulated by the legislation have been taken by the employer. In order for there to be inevitability in work accidents, all precautions to be taken by the employer must have been taken and despite this, the work accident must have occurred due to unexpected and unavoidable reasons. The fact that all precautions to be taken by the employer have been taken should be evaluated in each concrete case. It must take all measures that it can take within the technological possibilities. The employer is required to take 'all kinds' of precautions in the workplace, to prepare a suitable working environment, to install the tools in full, to supervise and monitor the workers effectively and to fulfil all its obligations diligently. In this case, the employer must have taken all necessary measures within the framework of the stage reached by scientific and technological developments. The employer must take many measures such as adapting to technical developments, paying attention to production methods, organising the production tempo in a way that does not harm occupational health and safety. In mining workplaces, there may be sudden pressure differences due to reasons such as complex geological structure, changes in the thickness of the coal seam, sudden faults, insensitivity of the fault zones in the foot, etc. Therefore, it is claimed that it is not always possible to ensure complete ceiling safety, and therefore, there is inevitability in the occurrence of an accident, even if it is a small one. In judicial decisions where inevitability is accepted, the employer is held responsible for sixty per cent of the inevitability.

The concept of inevitability is evaluated differently in occupational diseases than in occupational accidents. An occupational disease is a condition that is repeated according to the nature of the work or arises due to the conditions of execution of the work in the workplace and leaves the insured temporarily or permanently disabled or mentally defective. The difference between an occupational disease and an occupational accident is that the cause of physical or mental impairment arises from a recurring phenomenon due to the nature and execution of the work. Whereas in an occupational accident, the cause of the damage is 'sudden and external'. Occupational disease occurs over time, slowly, as a result of the continuous repetition of a cause arising from work. The most common occupational disease in mine workers is pneumoconiosis. Pneumoconiosis is the general term for a class of interstitial lung

disease where inhalation of dust (for example, ash dust, lead particles, pollen grains etc) has caused interstitial fibrosis. It is in group C in the classification of occupational diseases seen in our country. This group includes 'Pneumoconiosis and other occupational respiratory system diseases'. Pneumoconiosis (lung dust disease) is a disease caused by the accumulation of dust in the lungs of the worker. Some of the materials such as dust inhaled by miners are stored in the lungs after a certain period of exposure. This leads to fibrosis formation. As a result, it causes chronic respiratory system diseases or cancer development. There is a 32-year formula accepted by the Court of Cassation in terms of occupational diseases suffered by underground mine workers. If a person who started work at the age of 18 works underground for 32 years, it is accepted that he/she will suffer inevitable incapacity for work between eight per cent and twelve per cent, depending on the nature of the work he/she works underground. The calculation method called the 32-year formula is only applied in cases where employees working in underground coal works suffer from pneumoconiosis occupational disease. In other occupational diseases, such a calculation method is not acceptable. In other words, it cannot be accepted that inevitability will be effective at a certain rate in the formation of all kinds of occupational diseases. Adoption of such an idea would not be compatible with the developing scientific and technological possibilities and the purpose of social security.

Giriş

Madenler, insanlık tarihinin en eski ve en temel ekonomik faaliyet alanlarından biri olmuştur. Yer altındaki değerli kaynakların çıkarılması, binlerce yıllık bir geleneğe dayansa da modern maden işletmeciliği her geçen gün daha karmaşık hale gelmektedir. Ancak, madenlerin doğasında bulunan zorluklar ve tehlikeler, hala ciddi iş kazaları ve meslek hastalıkları riskini beraberinde getirmektedir. Maden işçileri insan sağlığını ve güvenliğini tehdit eden pek çok faktöre maruz kalmaktadır. Bir iş kazası yahut meslek hastalığı meydana geldiğinde işverenin bu kazadan ne ölçüde sorumlu olacağının irdelenmesi gerekmektedir. Çalışma içerisinde kaçınılmazlık kavramı ve bu kavramın işverenin sorumluluğu ile ilişkisi açıklanacaktır. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası m.21’de yer alan işverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesinin dikkate alınacağı kuralının mutlak kaçınılmazlık olarak mı yorumlanacağı konusunda öğretide yer alan görüşlere yer verilmiştir. Makalede, madenlerde meydana gelen iş kazalarında kaçınılmazlık faktörünün, madenlerin kendine özgü jeolojik yapısı ve barındırdığı tehlike faktörleri çerçevesinde nasıl değerlendirilmesi gerektiği açıklanacaktır.

I. İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Borcunun Hukuki Dayanağı

Sorumluluk, meydana gelen zarardan kimin sorumlu olduğunu gösteren, bu amaçla zarar gören mağdurun, zarar veren kişiye karşı zararın giderilmesi için talep hakkını düzenleyen kurallar bütünüdür¹. Geniş anlamıyla sorumluluk kavramı, bir kişinin başka bir kişiye verdiği zararları giderme yükümlülüğü olarak açıklanmıştır. Hukuki anlamda sorumluluk ise, taraflar arasındaki borç ilişkisinin zedelenmesi sonucu doğan zararların giderilmesi (tazmin edilmesi) yükümlülüğünü içerir². Çalışma içerisinde işverenin iş kazası ve meslek hastalığının

¹ Mustafa Kılıçoğlu, *Sözleşme Dışı Sorumluluk* (C.1 Turhan Kitabevi 2002) s.1; M. Halit Korkusuz, ‘Tehlike Sorumluluğunun Hukukumuzdaki Yeri’ (2010) 15-16 (22 24 24 25) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 89, 89.

² Yargıtay 10 HD, 2437/6095, 30.05.2024 (Legalbank, E.T. 5.02.2025). Borç kavramı ve sorumluluk kavramı birlikte kullanılır. Sorumluluk kavramının iki anlamı bulunmaktadır. Bunlar, “... ile sorumluluk” diğeri ise “...den sorumluluk” şeklindedir. İlki, borcun ifa edilmemesi halinde borçlunun tüm malvarlığına başvurularak cebri icra yolu ile elde edilmesi anlamını taşımaktadır. İkincisi ise kişinin daha önceden yüklendiği bir borca yahut genel davranış kuralına aykırı davranışı sebebiyle doğan zararı tazmin etme yükümlülüğüdür, (detaylı bilgi için bkz. Kemal Oğuzman, Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (12. Bası Vedat) 2023, s. 16; Gökhan Antalya, ‘Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler’ (2008) 14 (4) MÜHFAD 63, 63; Gökhan Antalya, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Beta 2012) 48.

dan doğan sorumluluğu irdelenecektir. Bu sebeple öncelikle işverenin hangi tür sorumluluklarının olduğu ve çalışmanın sınırlandırılacağı tür hakkında bilgi vermenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

İşçi ve işverenin hizmet sözleşmesinden kaynaklanan sıkı iş ilişkisi, işçi yönünden işverene içten bağlılık (sadakat borcu), işveren yönünden işçiyi korumak ve gözetmek borcu şeklinde ortaya çıkar. Gerçekten işçi, işverenin işi ve iş yeri ile ilgili çıkarlarını korumak, çıkarlarına zarar verebilecek davranışlardan kaçınmak, buna karşı işveren de, işçinin kişiliğine saygı göstermek, işçiyi korumak, iş yeri tehlikelerinden zarar görmemesi için iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almak, işçinin özlük hakları ve diğer maddi çıkarlarının gerektirdiği uygun bildirimlerde ve davranışlarda bulunmak, işçinin çıkarına aykırı davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür. Bu kapsamda işverenin, çalışanların iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde meydana gelen iş kazası ve meslek hastalığından doğan zararlardan işverenin hukuki, idari (6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu³ m.25, 25/A, 26) ve cezai (5237 sayılı Türk Ceza Kanunu⁴ m.85, 89) sorumluluğu bulunmaktadır⁵. Çalışma içerisinde işverenin yalnızca hukuki sorumluluğu üzerinde durulacaktır.

İşverenin işçiyi gözetme bir diğer deyişle iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma borcunun hukuki dayanağı İSGK m. 4 ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu⁶ m. 417/2'de yer almaktadır. İşverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğü TBK'nın "İşçinin kişiliğinin korunması" kenar başlıklı 417. maddesinin ikinci fıkrasında yer almaktadır. İlgili fıkra göre, *"İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksatsız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür."* İSGK'nın 4. maddesinin birinci fıkrasında⁷ işve-

³ İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, Kanun Numarası: 6331, Kabul Tarihi: 20.6.2012, RG 30.6.2012/ 28339. Çalışma içerisinde kısaca "İSGK" olarak zikredilecektir.

⁴ Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.9.2001, RG 12.10.2004/25611.

⁵ Ömer Ekmekçi, Ayşe Köme Akpulat ve Ayşe Ledün Akdeniz, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (On İki Levha 2022) 262.

⁶ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 4.2.1011/27836. Çalışma içerisinde kısaca "TBK" olarak zikredilecektir.

⁷ "(1) İşveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede; a) Mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar. b) İşyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denet-

renin genel yükümlülüğün çerçevesi çizilmiştir. TBK'nın 471. maddesinin ikinci fıkrasında hiçbir sınırlamaya yer verilmeksizin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak zorunda oldukları öngörülmüştür. İSGK'nın 4. maddesinin birinci fıkrasının a bendinde de işveren "mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dahil her türlü tedbirin alınması ... için çalışmalar yapar" denildiğinden, İSGK açısından da aynı sonuca varılmaktadır⁸.

İşçiye gözetme borcuna aykırılıktan doğan zararların tazmininin hangi esaslara tabi olacağına ise TBK'nın 417. maddesinin üçüncü fıkrasında yer verilmiştir. Bu fıkra göre, *"İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir."* Bu halde TBK m. 417/3 uyarınca, işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi yahut kişilik haklarına bağlı zararların tazmini sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabi olacaktır⁹. Öte yandan işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almamasından doğan zararların tazmini davasının TBK m. 49 vd. maddelerinde düzenlenen haksız fiil sorumluluğuna dayandırılması da mümkündür¹⁰.

II. İş Kazası ve Meslek Hastalığı Çerçevesinde İşverenin Hukuki Sorumluluğunun Hukuki Niteliği

İş kazası yahut meslek hastalığı halinde işçinin uğramış olduğu zararın tamamı sosyal sigorta tarafından karşılanamamaktadır. Zira iş kazasına veya mes-

ler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar c) Risk değerlendirmesi yapar veya yaptırır. ç) Çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne alır. d) Yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayatı ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri alır. (2) İşyeri dışındaki uzman kişi ve kuruluşlardan hizmet alınması, işverenin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz. (3) Çalışanların iş sağlığı ve güvenliği alanındaki yükümlülükleri, işverenin sorumluluklarını etkilemez. (4) İşveren, iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin maliyetini çalışanlara yansıtamaz."

⁸ Sarper Süzek, Süleyman Başterzi, *İş Hukuku* (24. Bası Beta Yayınevi 2024) 431.

⁹ Ekmekçi, Köme Akpulat, Akdeniz (n 5), 261-262.

¹⁰ Bu durumda öğretide sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğundan doğan dava haklarının yarışacağı kabul edilmektedir, Ekmekçi, Köme Akpulat, Akdeniz (n 5) 264;; Gaye Baycık, *İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Maden İşçileri*, (Yetkin, 2006) 161-162; Huriye Karataş, *İş Kazası ve Meslek Hastalığında İşverenin Hukuki Sorumluluğu* (Seçkin 2019) 53-54; Erşen Gökçe, *İş Davaları* (2. Bası Seçkin 2022) 120-121; İbrahim Aydın, *İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk* (2. Bası Seçkin 2021) 332; Sami Narter, *İş Kazası ve Meslek Hastalığında Hukuki ve Cezai Sorumluluk* (4. Bası Adalet 2021) 567- 570.

lek hastalığına uğrayan sigortalıya 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu¹¹ uyarınca gerekli sağlık yardımları (m. 63) yapılır, geçici ve sürekli iş göremezlik ödenekleri bağlanır (m. 18-19). Aynı şekilde, sigortalının bu nedenler sonucu ölümü halinde hak sahiplerine gelir bağlanır (m.20). Ancak bu yardım ve ödenekler götürü nitelik taşıdıklarından çoğu kez zarara uğrayan işçi veya hak sahiplerinin gerçek zararını karşılamaz¹². Bu halde, işçinin Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmamış olan zararından işverenin sorumlu tutulmasının hangi esasa dayanacağı öğretide tartışmalıdır¹³. Öğretide kimi yazarlarca işverenin sorumluluğunun kusur sorumluluğu esasına dayandığı, kimi yazarlarca da sorumluluğun kusursuz sorumluluk esasına dayandığı öne sürülmüştür¹⁴. Bu konudaki görüşler hakkında alt başlıkta bilgi verilecektir.

¹¹ Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Kanun Numarası: 5510, Kabul Tarihi: 31.5.2006, RG 16.6.2006/26200

¹² Süzek, Başterzi (n 8) 432.

¹³ Bir zarar maddi yahut manevi olabilir. M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.2 (Vedat Kitapçılık 2022) 256. Sorumluluk “borca aykırılıktan doğan sorumluluk” ve “haksız fiil sorumluluğu olarak ikiye ayrılmaktadır. Haksız fiil sorumluluğu ise kendi içerisinde iki bölüme ayrılmaktadır ve bunlar “kusur sorumluluğu” ve “kusursuz sorumluluk”tur, Oğuzman ve Öz (n 1) 6-14. Kusursuz sorumluluk Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde; *hakkaniyet sorumluluğu, özen sorumluluğu, tehlike sorumluluğu* biçiminde üçlü bir ayırım temel alınarak düzenlenmiştir, (bkz. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1 (2. Baskı Seçkin Yayıncılık 2019) 310); Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. Bası Turhan Kitabevi 2016) 415-420. Ayrıca ayırımı olağan sebep sorumluluğu ve ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu ya da diğer bir deyişle tehlike sorumluluğu olarak ikiye ayıran görüş de bulunmaktadır (bkz. Haluk Tandoğan, *Kusur Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku* (Turhan Kitabevi 1981) 22).

¹⁴ İşverenin sorumluluğunun kusur sorumluluğu esasına dayandığı görüşü için bkz. Kemal Oğuzman, ‘İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan İşverenin Sorumluluğu’ (1968) 34 (1-4) 322, 337. Yazar işverenin sorumluluğunun, tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluk olarak nitelenmesini iş hukukunun sahip olduğu amaç ve gereklerine daha uygun olduğunu belirtmekle birlikte, kusursuz sorumluluk esasının benimsenmesine olanak tanıyacak bir kanuni düzenleme olmaması nedeniyle kusur sorumluluğu esasının benimsendiğini öne sürmüştür. (aynı yönde görüş için bkz. Gaye Burcu Yıldız, ‘İşverenin İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğu’, (2010) 86 Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Toprak İşveren Dergisi 8, 10 vd; İstar Cengiz, ‘İşverenin İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğu’ (2018) 9 (24) TAAD 123, 134; Levent Akın, ‘İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğu Kusur Esasına Dayanır (Karar İncelemesi)’ (2014) 28 (3) Çimento İşveren Dergisi 36, 37; Haluk Hadi Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (7. Bası Seçkin 2024) 225. İşverenin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk esasına dayandığı hakkında görüş için ise bkz. İlhan Ulsan, *Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Sorumluluğu* (Kazancı Hukuk Yayınları 1990) 119; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1974) 89; Kemal Tahir Gürsoy, ‘İşverenin Sorumluluğu’ (1974) 31 (1-4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 189, 193.

A. Kusur Sorumluluğuna Dayanan Görüş

Kusur sorumluluğunu savunan yazarların büyük bir çoğunluğu kusur sorumluluğunun asıl, kusursuz sorumluluğun ise istisna olduğu fikrine dayanmaktadır. Bu halde kusursuz sorumluluk ancak kanun ile düzenlenen hallerde mümkündür¹⁵. Bir diğer deyişle asıl olan kusur sorumluluğunun bertaraf edilerek bunun yerine kusursuz sorumluluk ilkesinin getirilebilmesi için, bu hususun mutlaka mevzuatımızda düzenlenen diğer kusursuz sorumluluk hallerinde olduğu gibi yasada özel olarak öngörülmüş olması gerekmektedir¹⁶.

Benzer yönde işverenin sorumluluğunun tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluk olarak nitelendirilmesi iş hukuku ekseninde kabul edilen amaç ve gereklere daha uygun olmakla birlikte yürürlükte olan mevzuat hükümlerinde bu nitelendirmeyi haklı hale getirebilecek bir düzenleme bulunmamaktadır. Kusursuz sorumluluk istisnai sorumluluk türüdür ve bu nedenle kanun hükmü bulunması gerekir. Bu nedenle yürürlükte yer alan hükümler nedeniyle işverenin sorumluluğunun kusur sorumluluğu olduğu kabul edilmelidir¹⁷.

Bir diğer görüş uyarınca İSGK m. 4'te işverenin iş kazasından doğan hukuki sorumluluğunu diğer deyişle işçinin yahut hak sahiplerinin Sosyal Güvenlik Kurumunca karşılanmayan zararının tazmini sorumluluğunu düzenleyen bir hüküm öngörülmemiştir. Bu hüküm *"kamu hukuku karakterli genel koruma normu"* niteliğini haizdir. İlgili hükümlerle özel hukuktan doğan sorumluluk sistemi getirilmemiştir. Özel bir sorumluluk sistemi getirilmemiş olması nedeniyle TBK md. 112 vd. ve 49 vd. hükümlerine başvurulmalıdır. Bu hükümler de kusur sorumluluğu esasını temel almaktadır¹⁸.

¹⁵ Ali Güzel, Deniz Ugan Çatalkaya 'İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları (Karar İncelemesi)' (2012) 3 (34) Çalışma ve Toplum 157, s. 173.

¹⁶ Bu yöndeki görüşler için bkz. Oğuzman (n 13) 337 vd; S. Sulhi Tekinay, 'İş Kazalarından ve Meslek Hastalıklarından Dolayı İşverenin Sorumluluğunun Sınırlaması Meselesi' (1968) (3) MHAD 79, 91; Baycık (n 10) 159; Süzek, Başterzi (n 8) 435; Nurşen Caniklioğlu, 'Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri' (2014) Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012 377, 477; Haluk Hadi Sümer, 'İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Konuya İlişkin Yargıtay Görüşünün Değerlendirilmesi' Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedeni Zararların Tazmini Esasları ve Usulü Kongresi (2013) Ankara Barosu 65, 84-85; Levent Akın, *İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat* (Yetkin 2001) 97-99; Yıldız (n 13) 10.

¹⁷ Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku* (Lykeion Yayınları 2022) 1514; Cengiz (n 14) 134.

¹⁸ Süzek, Başterzi (n 8) 435.

Bir diğer görüş konuya işverenin alması gereken önlemler ve çalışma barışı noktasından yaklaşmaktadır. Kusursuz sorumluluğun kabulü mümkün olmakla birlikte, işveren tarafından tüm önlemlerin alınması halinde yine de zarar verici olayın gerçekleşmesi durumunda, Kurum tarafından işçinin gerçek zararı karşılanmadığında söz konusu zarara işçinin katlanması adil değildir. Olması gereken hukuk bakımından işçi ya da hak sahiplerinin tüm zararı Kurumca karşılanmalı, daha sonra Kurum ile işveren arasındaki ilişkide sorumluk işveren ve Kurum arasında somut olayın özelliklerine dağıtılmalıdır. Nitekim Kurumca işçinin tüm zararının karşılanması gereği sosyal devlette bir zorunluluk arz etmektedir¹⁹. Sanayi alanında zamanla ortaya çıkan gelişmeler, makineleşme, motorlu araçların sıklaşan kullanımı neticesinde önlemlere rağmen önlemeyen tehlikelerin ortaya çıkışı kusur sorumluluğu görüşünün yetersiz kaldığı görüşü yaygınlaşmıştır²⁰. Gerçekten de ekonomik, bilimsel ve teknolojik gelişim süreci insan sağlığını ve yaşamını daha korkutucu boyutlarda tehdit eden yeni tehlikeler ortaya çıkarmaktadır²¹.

B. Kusursuz Sorumluluğa Dayanan Görüş

Sorumluluğun kusursuz sorumluluk esasına dayandığını savunan yazarlar görüşlerini farklı gerekçeler ile açıklamaktadır. Bir görüşe göre kusur sorumluluğunun iş hukukunun işçiyi koruma ilkesi ile bağdaşmadığı öne sürülmüştür. Aksi halde hizmet sözleşmesi ve konusu mal satımı olan sözleşmeler aynı görülmüş olacaktır ve hizmet sözleşmesine asıl niteliğini veren şahsiyet unsuru reddedilmiş olacaktır. Borçlar hukuku sözleşmelerinde geçerli olan eşitlik prensibi bağımlılık unsuru nedeniyle iş sözleşmelerinde bozulmuştur. Bu nedenle kusursuz sorumluluk esas alınmalıdır²².

Bir diğer görüş ise ortada bir yasa boşluğu olduğunu öne sürmüştür. İşverenin gözetme borcuna aykırı davranışı halinde ortaya çıkan zararın tazmini noktasında İSGK'de (görüşün savunulduğu dönemde Mülga İş Kanunu'nda) bir düzenleme yer almamaktadır. O halde TBK md.96 ve m.332'ye (Mülga Borçlar Kanunu m.112 ve m.49) başvurmak gerekecektir. Bu hükümler de iş hukuku-

¹⁹ Ayşe Ledün Akdeniz, 'İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan Sorumluluğunun Niteliği' (2014) 72 (2) İÜHFM 3, 25 vd.

²⁰ Detaylı bilgi için bkz. Nüvit Gerek, '6098 sayılı Borçlar Kanununda Öngörülen Tehlike Sorumluluğu' (2011) (24) Sicil İş Hukuku Dergisi 31, 31.

²¹ Güzel, Ugan Çatalkaya (n 15) 184.

²² Eren (n 2) 89 vd.; Uluşan (n 2) 120.

nun işçiyi koruyucu eksenine uygun düşmemektedir. Gerçek olmayan boşlukta mevcut bir kanun hükmü vardır fakat bu hüküm zamanın gereklerine uymamaktadır. Bu durumda yargıç hukuk yaratma yoluna gidebilir. Diğer bir deyişle gerçek olmayan yasa boşluğu 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu²³ m. 1/2 uyarınca hâkim tarafından işçiyi koruyucu tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluk ilkesi ile doldurulmalıdır²⁴.

Bir diğer görüşe göre ise 4857 sayılı İş Kanunu²⁵ mülga m. 77²⁶ (şimdiki İSGK m. 4 vd. maddeleri) ve TBK m. 417 birlikte değerlendirildiğinde, işverenin “*gerçekli her türlü önlemin alınması*” vurgusu mutlak anlamda bir önlem alma anlamını taşımaktadır. Bununla birlikte hükümde kusurdan bahsedilmemiştir. Bu yüzden işverenin sorumluluğu kusursuz sorumluluk esasına dayanmaktadır²⁷.

Bir diğer görüşe göre, Anayasa m. 17²⁸, İSGK m. 4 vd. maddeleri ile işverene “her türlü önlemi alma yükümlüğü” birlikte değerlendirildiğinde işverene “hata payı bırakılmayan”, “amasız” yükümlülükler getirilmiştir. Bu yükümlülükler işverenin kusursuz sorumlu olduğu görüşünü desteklemektedir. Aksi halin kabulü ile işverenin sorumluluğunun kusur esasına dayandığı kabul edilir ise, işverenin her türlü önlemi alma yükümlülüğü anlamsızlaşacaktır. Kusur esasına dayalı sorumluluk kabul edildiğinde ise kusur dağılımı bilirkişilere bırakılmış olmaktadır. Bu da bir diğer sakıncadır²⁹.

²³ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 8.12.2001/24607.

²⁴ Eren (n 13) 92-93; Ulusan (n 13) 125.

²⁵ İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.5.2003, RG 10.6.2003/25134. Çalışma içerisinde kısaca “İş Kanunu” olarak zikredilecektir.

²⁶ Görüşün yer aldığı eserin yazıldığı dönemde var olmakla birlikte, 4857 sayılı Kanun’un 77. ve devamı bir kısım maddeleri, 30.06.2012 tarih ve 28339 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan ve 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe giren 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 37. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış olup, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, işverenin sağlık ve güvenlik önlemlerini alma yükümünü daha ayrıntılı bir biçimde düzenlemiştir.

²⁷ Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, *İş Hukukunun Esasları* (6. Baskı Beta 2013) 135. Kusursuz sorumluluk görüşünün gerekçeleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Akdeniz, İşverenin Sorumluluğunun Niteliği (n 19) 17 vd.

²⁸ “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.”

²⁹ Murat Özveri, *İşçi Sağlığı İş Güvenliği ve İş Cinayetleri* (Birleşik Metal-İş 2015) 117.

C. Tehlike Sorumluluğu ve Görüşümüz

Kusursuz sorumluluk türü olan tehlike sorumluluğunun ise ayrıca incelenmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Tehlike sorumluluğu çerçevesinde kusur, davranış değerlendirmesi düzeyinde dahi söz konusu değildir. Zira sorumluluğun esas bir davranış olmamaktadır. Kusursuz sorumlulukların diğer hallerinde zarar verenin göstermesi gereken özen belirli bir aşamada dikkate alınmıştır. Tehlike sorumluluğunda asıl olan yasa koyucu tarafından tehlikeli bulunan bir faaliyetten vuku bulacak zararın riskinin bütünüyle zarar verene bırakılmasıdır³⁰. TBK m. 71’de bir zararın önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden doğması halinde, işletme sahibinin ve varsa işletenin, bu zarardan kusursuz sorumlu tutulacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile tehlike sorumluluğu, özel düzenlemelerde yer verilmemiş olsa dahi sınırları kanunla çizilen tehlikeli faaliyetlerden kaynaklanan zararların tazmininde genel ve ikincil bir sorumluluk türü olarak uygulanabilecektir. Bir diğer deyişle, tehlike sorumluluğuna ilişkin özel kanunla bir düzenleme yapılır ise özel nitelikli sonraki düzenleme uygulanır. Fakat genel nitelikli TBK m.71 özel kanunu tamamlamak üzere özel kanunun yanı sıra uygulanabilecektir³¹.

Bizim de katıldığımız görüş uyarınca, TBK m. 71 hükmü ile işverenin iş kazası ve meslek hastalıklarından doğan zarardan sorumluluğunun hangi hallerde kusursuz sorumluluk niteliği taşıdığının çerçevesi çizilmiştir. Bu halde işverenin sorumluluğunun niteliğine ilişkin tartışmayı sınırlamaktadır. Esasen, hukuk sistemimizde kusur sorumluluğu genel kural, kusursuz sorumluluk ise istisna olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucu tarafından açık bir biçimde kusursuz sorumluluk olarak düzenlenmediği hallerde sorumluluğun kusur sorumluluğuna dayandığı kabul edilmektedir. TBK m. 71 ile tehlike sorumluluğunun ayrıca düzenlenmiş olması da işverenin iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan sorumluluğunun hukuki niteliğinin kusur esasına dayandığını göstermektedir³².

³⁰ Ekmekçi, Baysal ve Namlı (n 1) 51-52. Tehlike sorumluluğunun dayandığı esaslar hakkında detaylı bilgi için bkz. Senem Saraç, *Türk Borçlar Kanunu’nda Tehlike Sorumluluğu* (On İki Levha Yayıncılık 2013) 19-22. Andreas Furrer, Markus Müller-Chen ve Bilgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 424.

³¹ Özge Yücel, *Türk Borçlar Kanununa Göre Tehlike Sorumluluğu* (Seçkin 2014) 101-103; Birgül Yiğit, *Genel Tehlike Sorumluluğu* (Seçkin Yayıncılık 2022) 18; Ayça Akkayan Yıldırım, ‘6098 sayılı Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu’ (2012) 70 (1) İÜHF 203, 207.

³² Süzek, Başterzi (n 8) 436; Ekmekçi, Köme Akpulat, Akdeniz (n 5) 298; Akdeniz, *İşverenin Sorumluluğunun Niteliği* (n 17) 20-21; Nurşen Caniklioğlu, ‘İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Çer-

Hukuki sorumluluğun niteliğine ilişkin olarak dayanak gösterilen İSGK m. 4 vd. maddelerinde, işverence “her türlü” önlemin alınması öngörülmüş olsa da bu hükümlerde öngörülen işverenin hukuki sorumluluğu değildir. Bu hükümler genel koruma normudur ve bu yükümlülüğü aykırılığın yaptırımını Kanun’un yine aynı bölümünde idari para cezası olarak belirlenmiştir³³.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bir karara konu olayda, maden işçisinin maden ocağında çalışmakta iken geçirdiği kalp krizi sonucu hayatını kaybetmiştir. Kararda işverenin sorumluluğunun hukuki niteliği tartışılmıştır. Bu çerçevede öncelikle TBK m. 417 ile sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan ölüme ve vücut bütünlüğünün zedelenmesine veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmininde sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerinin uygulanacağını öngörüldüğü ifade edilmiştir. İSGK m.4 vd. maddelerinin “kusur sorumluluğunun sınırlarını kusursuz sorumluluğun sınırlarına yaklaştırdığı” ve bu Kanun ve buna uygun olarak çıkarılan Yönetmelik hükümlerinin işverenin sorumluluğunu “*objektifleştiren ktiterler*” olarak kabul edilmesi gerektiği, bununla birlikte *objektifleştirilen kusur*, kusur sorumluluğunu kusursuz sorumluluğa yaklaştırsa da onu kusursuz sorumluluğa dönüştürmeyeceğine hükmedilmiştir. İşveren mevzuatta yer alan teknik iş kurallarına uymadığında kusurlu kabul edilecektir. Bununla birlikte yalnızca yazılı kurallar değil yazılı olmayan ve teknolojinin gerekli kıldığı önlemlere aykırı davrandığında da kusurlu kabul edilecek ve zararı tazmin etmesi gerekecektir³⁴. Gerçekten de iş sağlığı mevzuatımızda işverene “her türlü önlemi alma” ödevi yüklenmiştir. Bu halde işverenin bilimsel ve teknolojik gelişmeler ışığında tüm tedbirleri alması gerekmektedir. Bu tedbirleri alması gerektiğini bilmediği iddiası geçerli bir savunma oluşturmayacaktır. Zira işverenin sorumluluğu, yalnızca mevcut bilgi ve imkanlar dahilinde değil, aynı zamanda gelişen bilimsel ve teknik standartlara uygun şekilde

çevesinde İşvereni İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğu’ (2016) (Prof. Dr. Turhan Esener Armağanı) I. İş Hukuku Uluslararası Kongresi 35, 48; Kübra Doğan Yenisey, ‘İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Değerlendirilmesi’ 2015 (Yargıtay’ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013 7, 110.

³³ Süzek, Başterzi (n 8) 436-437; Ekmekçi, Köme Akpulat, Akdeniz (n 5) 298-299; Akdeniz, İşverenin Sorumluluğunun Niteliği (n 17) 20.

³⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 10-226/234, 15.5.2024, aynı yönde (bkz. Yargıtay 10 HD, 3823/9886, 10.10.2024; Yargıtay 10 HD, 6918/8349, 10.9.2024; Yargıtay 10 HD, 9016/8348, 10.9.2024; Yargıtay 10 HD, 3008/7885, 9.7.2024; Yargıtay 10 HD, 3441/7517, 2.7.2024; Yargıtay 10 HD, 2269/6654, 11.6.2024; Yargıtay 10 HD, 2437/6095, 30.5.2024; Yargıtay 10 HD, 896/6639, 11.6.2024, (Lexpera, E.T. 5.02.2025).

yerine getirilmelidir³⁵. Fakat bu husus işverenin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk esasına dayandığı anlamına gelmemektedir. Söz konusu hükümde sorumluluğun dayandığı hukuki esas belirtilmemiş, işverence gösterilmesi gereken özenin derecesi, onun tarafından alınması gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin ölçüsü öngörülmüştür. Bu ölçüt göz önünde bulundurularak İSGK'de ve ilgili yönetmeliklerde yer alan kurallara aykırı davranış halinde, işverenin işçiye gözetme borcunu yerine getirmediği diğer bir deyişle kusurlu olduğu kabul edilecektir³⁶.

III. Kaçınılmazlık

İş kazası ve meslek hastalığından doğan zararlardan işverenin sorumluluğunun tartışıldığı yargı kararlarında kaçınılmazlık terimi ile sıklıkla karşılaşılmaktadır. Mevzuatımız çerçevesinde ilgili terime ilişkin açıklama yapılması gerekmektedir.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu³⁷'nin iş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık bakımından işverenin ve üçüncü kişilerin sorumluluğu başlıklı 21. maddesinin birinci fıkrasında ve Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği m.45/3'te "işverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır" cümlesine açıkça yer verilmiştir. Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği m.45/3'te kaçınılmazlık "*olayın meydana geldiği tarihte geçerli bilimsel ve teknik kurallar gereğince alınacak tüm önlemlere rağmen, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesi durumu*" olarak tanımlanmıştır. Yine aynı fıkra uyarınca işveren alınması gerekli herhangi bir önlemi almamış ise olayın kaçınılmazlığından söz edilemez.

³⁵ Özveri (n 25) 117; Güzel, Ugan Çatalkaya (n 15) 171.

³⁶ Süzek, Başterzi (n 8) 436. Fransız hukukunda işçinin iş kazasından doğan zararını önemli ölçüde sosyal güvenlik tarafından karşılanmaktadır. Sosyal sigorta sandığına zararlarının tamamı karşılanmayan işçi ya da hak sahipleri ise, ancak "işverenin bağışlanamaz kusurunu" (faute inexcusable de l'employeur) ileri sürerek tamamlayıcı nitelikte bir tazminat talep edebilmektedir. "Bağışlanamaz kusur", Fransız Yargıtayı tarafından, kişinin, iradesiyle yaptığı bir hareketi ya da bilinçli ihmalden kaynaklanan, hiçbir haklı gerekçeyle açıklanamayan kusuru olarak tanımlanmıştır. "Amiante" kararı ile birlikte Fransız Yargısı Sosyal Dairesinin içtihadı değişmiş ve bağışlanamaz kusurun uygulama alanı genişlemiştir, (detaylı bilgi için bkz. Güzel/Ugan Çatalkaya (n 15) 176-179.

³⁷ Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Kanun Numarası: 5510, Kabul Tarihi: 31.5.2006, RG 16.6.2006/ 26200. Çalışma içerisinde kısaca "5510 sayılı Kanun" olarak zikredilecektir.

Kaçınılmazlıktan bahsedilebilmesi için öncelikle işverenin her türlü önlemi almış olması gerekmektedir. İş sağlığı ve güvenliği anlamında işveren tarafından alınması gereken önlemlerden bir kısmı atlanmışsa ve bunun neticesinde zararlandırıcı olay vuku bulduysa artık sigortalının iş kazasına uğramasının yahut meslek hastalığına tutulmasının kaçınılmaz olduğundan bahsedilemeyecektir. Kaçınılmazlıktan, her türlü önlem alınmasına rağmen önüne geçilmesi imkânsız bir durum ortaya çıkıyorsa bahsedilebilecektir³⁸. Bir diğer deyişle önlenemeyen ve objektif bir kaçınılmazlık durumunun söz konusu olması gerekir. Bu halde umulmadık bir hal kaçınılmazlık olarak nitelendirilemeyecektir³⁹.

Kaçınılmazlık; hukuksal ve teknik manada fennen önlenmesi mümkün olmayan husus anlamını taşımaktadır. Bir diğer deyişle, işverence mevzuatın öngördüğü tüm önlemlerin alınmış olduğu koşullarda dahi önlenmesi mümkün bulunmayan durum ve sonuçları ifade etmektedir⁴⁰. Bir başka yargı kararında⁴¹ kaçınılmazlık genişletilerek tanımlanmıştır. Kaçınılmazlıktan *“işçi sağlığı ve iş güvenliği konusunda geçerli mevzuat hükümleri çerçevesinde, doğabilecek olası zararlı sonuçların önlenmesi yönünde, duruma ve koşullara göre ilgililerden beklenebilecek tüm özenli ve dikkatli çabaya karşın sigortalıyı bedence veya*

³⁸ Ekmekçi, Köme Akpulat, Akdeniz (n 5) 299; A. Murat Demircioğlu, Arzu Şen Kalyon, ‘İşverenin İş Kazalarından Doğan Sorumluluğu ve Kusur Hakkında Karar İncelemesi’, (2013) (15), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 33, 44-45; “Kaçınılmazlıktan ise, işveren tarafından tüm önlemler alındığı ve kazalı da bu önlemlere uyduğu halde kaza/hastalık meydana gelmişse söz edilebilecektir. ‘Kaçınılmazlık sosyal sigortalar uygulamasında, hukuksal ve teknik anlamda, olayın meydana geldiği tarihte geçerli olan bilimsel ve teknik tüm önlemlere rağmen zararın meydana geldiği ve önlenemediği durumları anlatan bir kavram...’, A. Can Tuncay, ‘Kurumun İşverene Rücuu-Olayda Kaçınılmazlık Durumu’, (2006) (4) Sicil İş Hukuku Dergisi 183, 185. Önlenemezlik hakkında bkz. “...Olayın önlenemezliği hususunu açmak gerekirse; buradaki önlenemezlik olayla ilgili değildir. Önlenemezlik unsuru, tamamen davranış normu ve borca aykırılıkla ilgili olup alınabilecek tüm tedbirler alınmış olursa dahi bir davranış normunun veya sözleşmeden doğan bir borcun ihlalinin ifadesidir. Yani olay önlenemez olmasına rağmen bir davranış kuralına ya da sözleşmeden doğan borca aykırılık önlenemiyorsa artık kaçınılmazlıktan söz etme imkanı yoktur. Somut olayda, meydana gelen kazanın önlem alınarak önlenemez nitelikteki bir maden kazası olduğu anlaşıldığından kaçınılmazlık söz konusu olmaz....”, Yargıtay 10 HD, 4213/ 8109, 30.5.2022 (Kazancı E.T. 5.2.2025). Aynı yönde ayrıca bkz. Yargıtay 10 HD, 2436/7942,10.05.2016; Yargıtay 10 HD, 455/6630, 25.04.2016 (Legalbank E.T. 5.2.2025).

³⁹ Gizem Sarıbay Öztürk, *İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları* (Beta 2015) 360.

⁴⁰ Yargıtay 10 HD, 7286/12164, 11.10.2022. Aynı yönde ayrıca bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 21-673/671, 12.11.2003 (Lexpera E.T. 5.2.2025)

⁴¹ Yargıtay 10 HD, 7031/14606, 22.11.2021 (Kazancı 5.2.2025).

ruhça arızaya uğratan iş kazasının meydana gelmesi durumunda söz edilebilecektir”.

Kaçınılmazlığın unsurları, konunun irdelenebilmesi açısından önem taşımaktadır. Kaçınılmazlığın dört unsuru bulunmaktadır. Bunlar; (i) irade dışında meydana gelen olay, (ii) davranış kuralının veya sözleşme borcunun ihlali, (iii) illiyet bağının bulunması, (iv) olayın önlenemezliği hususlarıdır⁴². Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bir karara karşı yazılan karşı oy yazısında da bu unsurlara değinilmiştir⁴³.

İlk unsur olan irade dışı meydana gelen olay, meydana gelen olayın sorumlu ve alacaklı kişini iradesi dışında gerçekleşmesini ifade etmektedir. Kaçınılmaz olayın etkisiyle zararlandırıcı sonuca neden olan kişi ya yazılı veya sözlü hukuk kurallarının ihlal etmektedir. Bu husus da ikinci unsur olan davranış kuralının veya sözleşme borcunun ihlalinin oluşturmaktadır. Kaçınılmazlık sonucu meydana gelen olaydan kaynaklanan zararın, davranış kuralının ihlalinin ya da borca aykırı davranışın sonucu oluşan zarar olması gerektiği ise illiyet bağının bulunması hususunu ifade etmektedir. Diğer bir deyişle kaçınılmazlık sonucu oluşan zarar ile ihlal edilen davranış kuralı yahut ihlal edilen sözleşme hükmü arasında illiyet bağı bulunmalıdır⁴⁴. Son unsur olan olayın önlenemezliği hususu yargı kararında⁴⁵ şu şekilde açıklanmıştır; “...buradaki önlenemezlik olayla ilgili değildir. Önlenemezlik unsuru, tamamen davranış normu ve borca aykırılıkla ilgili olup alınabilinecek tüm tedbirler alınmış olursa dahi bir davranış normunun veya sözleşmeden doğan bir borcun ihlalinin ifadesidir. Yani olay önlenemez olmasına rağmen bir davranış kuralına ya da sözleşmeden doğan borca aykırılık önlenabiliyorsa artık kaçınılmazlıktan söz etme imkânı yoktur...”. Önlenemez olma hali yargı kararında bir örnek ile açıklanmıştır. Örneğin kalıpcı ustasının duvar üzerinde beton çivisi çakarken çivi çakarken çivi başının kırılıp işçinin gözüne isabet etmesinde, çivinin kırılması irade dışı ve önlenemez bir olaydır. Fakat kırılan çivinin işçinin gözüne isabet etmesi önlenemez bir olay değildir. İş

⁴² Ekmekçi, Köme Akpulat, Akdeniz (n 5) 304; Narter (n 10) 577-578.

⁴³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 10-1100/1185, 13.6.2018 (Lexpera E.T. 5.2.2025). Kaçınılmazlığın ayrıca karşı konulamama ve yenilmezlik unsurlarını da barındığı hakkında detaylı bilgi için bkz. Hasan Kayırgan, *Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler* (2. Bası On İki Levha 2021) 24.

⁴⁴ Narter (n 10) 577-578.

⁴⁵ Yargıtay 10 HD, 8282/9143, 30.9.2024 (Lexpera E.T. 5.2.2025), aynı yönde bkz. Yargıtay 10. HD, 7286/12164, 11.10.2022 (Lexpera E.T. 5.2.2025)

gözlüğü kullanımı bu olayı engelleyebilmektedir. Bilimsel ve teknolojik gelişmeler, önlenemez olaylara karşın bir davranış kuralını veya borca aykırılığı önleme olanağı sağlamaktadır. İş sağlığının ve güvenliğinin sağlanmasına dair TBK m. 417, İSGK'nin 4, 5 vd. maddelerinde öngörülen kurallara aykırılık önlenemez olmadığından, kaçınılmazlık olarak nitelendirilemez. Burada önlenemezliğin ölçütünün objektif olması gerektiği tartışmasıdır.

A. Kaçınılmazlığın Niteliğine İlişkin Olarak Nispi Kaçınılmazlık ve Mutlak Kaçınılmazlık Ayrımı

Her ne kadar 5510 sayılı Kanun m. 21/1'in son cümlesinde "...kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır" şeklinde bir ifade yer alsa da kaçınılmazlık bir ilke olmayıp borçluyu borcundan kurtaran yahut borçlunun fiili ile buna bağlanan hukuki sonuç arasındaki uygun illiyet bağıni kesen mücbir sebep ile umulmayan halin (kazanın) en önemli unsurudur⁴⁶. Mücbir sebep, borçlu yahut sorumlunun işletme veya faaliyetine yabancı, dışarıdan gelen bir olayken, umulmayan hal işletme veya faaliyet içi bir olay olabilir⁴⁷. Söz konusu tanımlarda yer alan borçlu kavramı konumuz bakımından işvereni borç kavramı ise gözetme borcunu ifade etmektedir⁴⁸. İki kavram birbirine karıştırılabilmektedir⁴⁹. Mücbir sebep daima illiyet bağıni kesmekteyken, umulmayan hal bazen illiyet bağıni tek başına kesmeyebilir. Mücbir sebep teşkil

⁴⁶ A. Can Tuncay, Ömer Ekmekçi ve Ender Gülver, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri* (22. Baskı Beta 2023) 421; Can Tuncay, 'Kurumun İşverene Rücu- Olayda Kaçınılmazlık Durumu' (2006) 5 (4) 183, 185-186; Orhan Ersun Civan, 'İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Rücu Davalarında Sosyal Güvenlik Kurumu Karşısında Sorumluluğun Kapsamı ve Müttesil Sorumluluk' (2015) 64 (4) AÜHFD 559; Şükran Ertürk, 'Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri', Yargıtay'ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi (On İki Levha 2017) 871; Orhan Ersun Civan, 'Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri', Yargıtay'ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi (On İki Levha 2021) 532; Emin Ataş, Pelin Tuuç Yılmaz, 'İş Kazalarında İşverenin Sorumluluğu' (2022) (2) SGD 307, 317. Yazara göre kaçınılmazlık bir tür kurtuluş beyinesidir, detaylı bilgi için bkz. Can Tuncay, 'Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri', (2014) Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, 536.

⁴⁷ Tuncay (n 46) 187; Civan, 'Sorumluluğun Kapsamı' (n 46) 559. Nihat Seyhun Alp, *Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Kapsamında Rücu Davaları* (Seçkin 2018) 86-87.

⁴⁸ Ataş, Tuuç Yıldırım (n 46) 317-318.

⁴⁹ Mücbir sebep ile umulmayan hal arasındaki farkın tespitinde baskın görüş, meydana gelen olayın edimin ifasının önünde yarattığı engelin "kaçınılmazlık" derecesini esas almaktadır, (detaylı bilgi için bkz. Haluk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2010) 465; Fikret Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1975) 182; Esmâ Elif Şafak Sarıkaya, *Teorik Boyutuyla İfa İmkansızlığı* (On İki Levha 2022) 135).

eden olay umulmayan hale göre daha şiddetli ve mutlak bir kaçınılmazlık arz ederken, umulmayan hal daha sınırlı bir etkiye sahiptir⁵⁰. Umulmayan halde öngörülemezlik, kaçınılmazlık tamamen subjektiftir. Diğer bir deyişle sorumlu yahut borçlu bakımındandır. Mücbir sebepte ise kaçınılmazlık ve öngörülemezlik herkes için geçerlidir ve mutlak bir anlam taşır. Kaçınılmazlığın mutlaklığı ile kastedilmek istenen, teknik ve bilimin verdiği tüm imkanlar dahilinde mevcut her türlü önlem alınsa ve her türlü özen gösterilse dahi zararlı sonucun kimse tarafından önlenememesidir⁵¹. Bu nedenle kaçınılmazlık mücbir sebebin bir unsuru olarak görülürse, mutlak bir nitelik taşıyacaktır. İliyet bağı kesilmiş olacağından işverenin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Ancak mücbir sebebin yanı sıra umulmayan halin de bir unsuru olarak kabul edilecekse, iş kazası ve meslek hastalığının meydana gelmesinde işveren, sigortalı yahut üçüncü kişinin kusuruyla birlikte kaçınılmazlığın da varlığından bahsedilecek ve rücu davasında işverenin sorumluluğu belirlenirken indirim sebebi sayılacaktır⁵².

5510 sayılı Kanun'da yalnızca kaçınılmazlık kavramına yer verilmiştir. Bu kavram ile mücbir sebebin mi umulmayan halin mi kastedildiği açıklanmamıştır. Bu nedenle öğretide farklı görüşler öne sürülmüştür⁵³.

Bir görüş uyarınca, 5510 sayılı Kanun md.21'de yer alan kaçınılmazlık unsuru her somut olayın özelinde ayrı değerlendirilmelidir. Bazen mücbir sebep kapsamında kaçınılmazlık mutlak ve objektif, bazen de beklenmedik hal kapsamında nispi ve subjektif olarak kabul edilmelidir. Bu durum bir yandan kusur sorumluluğunun benimsenmesi bir yandan da hukuk adaletine uygun düşmektedir⁵⁴.

⁵⁰ Tuncay (n 46) 187.

⁵¹ Tuncay (n 46) 187; Civan 'Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri' (n 46) 533; Serdar Cengiz, *Mücbir Sebebin Sözleşmelere Etkisi* (Seçkin 2021) 55; Hasan Kayırgan, *Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler* (2. Bası On İki Levha 2021) 23-25; Şafak Sarıkaya (n 49) 135-136.

⁵² Civan, 'Sorumluluğun Kapsamı' (n 45) 559-560; Ataş, Tunaç Yılmaz (n 46) 318.

⁵³ Nispi Kaçınılmazlığı kabul eden görüş için bkz. Alp, (n 47) 87; kaçınılmazlığın hem mutlak hem nispi olarak kabul edilebileceği görüşü için bkz. Tuncay (n 45) 188; mutlak kaçınılmazlığı kabul eden görüş için ayrıca bkz. Gaye Baycık, 'Sosyal Güvenlik Kurumunun İş Kazası veya Meslek Hastalığından Kaynaklanan Rücu Davalarına Eleştirel Bakış', (2017) 7 (1) Sosyal Güvenlik Dergisi 31, 57-58; Berin Ergin, 'Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İşverene Rücu ya Nasıl Bakıyor?' (2006) (4) Sicil 129, 139; Civan 'Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri' (n 46) 534-535.

⁵⁴ Tuncay (n 46) 188.

Bizim de katıldığımız diğer görüş uyarınca ise, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği m.45/3'te yer alan tanım uyarınca olayın meydana geldiği tarihte geçerli tüm bilimsel ve teknik kurallara uygun şekilde önlem alınsa dahi iş kazası yahut meslek hastalığının meydana gelmesi halinde kaçınılmazlıktan söz edilebilecektir. Bu tanım mutlak kaçınılmazlığa işaret etmektedir. Bu halde illiyet bağı kesileceğinden işverenin sorumluluğuna gidilemeyecektir⁵⁵.

Bir diğer görüş uyarınca, kanun koyucu aksini belirtmediğinden kaçınılmazlık ilkesi mutlak şekilde ele alınmıştır. Eğer nispi olarak düzenlenmek istenseydi kaçınılmazlık ilkesi uyarınca indirim yapılacağına düzenlenmiş olması gerekirdi. Bu çerçevede mutlak kaçınılmazlık kabul edildiğinde, işverenin kusuru ortadan kalkmaktadır ve Kurum tarafından işverene rücu edilemeyecektir. Nitekim mutlak kaçınılmazlık kusuru ortadan kaldırır. Beklenmedik hal kaçınılmazlık şeklinde nitelendirilmemelidir. Bu kabulün aksine olarak, kaçınılmazlık oranı belirleyen bilirkişi raporları ile oluşan yargı kararları adaletli değildir. Yargı kararlarının da mutlak kaçınılmazlığa uygun olarak kusurun oluşmayacağı gözetilerek oluşturulmalıdır⁵⁶.

Gerçekten de İSGK m.4 ve TBK m.417 uyarınca işverenin her türlü önlemi almakla yükümlü olduğu bir durumda, bazı risklerin umulmayan hal olduğunun ileri sürülmesi kabul edilmemelidir. Kaçınılmazlık, mutlak kaçınılmazlık olarak görülmeli ve kaçınılmazlık nedeniyle sigortalının yaptığı iş ile kaza arasındaki uygun illiyet bağının kesildiği için işverenin tazminat ve rücu sorumluluğunun doğmadığı kabul edilmelidir. İşverenin kusuruyla iş kazası ve meslek hastalığına neden olduğu durumda ayrıca kaçınılmazlıktan söz edilmemesi gerekmektedir⁵⁷. Kaçınılmazlık kusuru ve sorumluluğu ortadan kaldırdığı ve bu nedenle işverenin hiç sorumlu tutulmaması gerektiği halde Yargıtay kaçınılmazlık oranında hakkaniyet indirimine gidilmesi yönünde kararlar vermektedir.

B. Kaçınılmazlık Kavramı Çerçevesinde “Gereken Tüm Önlemlerin Alınmış Olması” Hususundan Anlaşılması Gereken

Mevzuatımız incelendiğinde alınması gereken önlemlerin sınırına ilişkin bir ibare bulunmadığı gözlemlenmektedir. İşveren TBK m.417/f.2 uyarınca, “işye-

⁵⁵ Civan, ‘Sorumluluğun Kapsamı’ (n 46) 561-562; Yavuz Selim Koyuncu, ‘Rücu Davalarında Kaçınılmazlık İlkesinin Etkisi ve Uygulaması’ (2022) 47 Sicil İş Hukuku Dergisi 131, 141-142.

⁵⁶ Berin Ergin, ‘Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İşverene Rücuya Nasıl Bakıyor?’ (2006) (4) Sicil 129, 139.

⁵⁷ Baycık, Rücu Davaları (n 53) 58-59.

rinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür". Aynı şekilde İSGK m.4/f.1, a uyarınca, işveren çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamak üzere her türlü tedbiri almalıdır. Yine aynı şekilde Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği uyarınca işveren tarafından "olayın meydana geldiği tarihte bilimsel ve teknik kurallar gereğince alınacak tüm önlemler" alınmalıdır (m.45/3). Mevzuatımızda yer alan hükümler uyarınca, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında yer verilen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde kaçınılmazlıktan söz edilemeyecektir. Bir diğer ifadeyle kaçınılmaz bir nedenden kaynaklanan iş kazası ya da meslek hastalığından ötürü işverenin sorumlu tutulmaması için mevzuat gereği alınması gerekli tüm önlemleri almış olması gerekir. Bunun yanında ayrıca işverenin denetleme, bilgilendirme ve eğitim verme yükümlülüğü de mevcuttur. İşveren tüm bu yükümlülüklerinden birini bile yerine getirmez ise olayın kaçınılmazlığından söz edilemez⁵⁸. Bu noktada İSGK ve ilgili yönetmelikler çerçevesinde yer alan işverenin yükümlülükleri hakkında bilgi vermenin faydalı olacağı kanaatindeyiz. Öncelikli olarak bu yükümlülüklerin dikkate alınması gerekir. Fakat bu yükümlülüklerin dışında bilim, teknik ve teknolojinin ulaştığı son aşamanın beraberinde getirdiği önlemlerin de alınması gerekmektedir. Bir diğer deyişle, mevzuatta öngörülmemiş olsa dahi bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerekli kıldığı iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almak zorundadır. Bilim, teknik ve örgütlenme düşüncesi yönünden alınabilme olanağı bulunan, yapılacak gider ve emek ne olursa olsun bilimin, tekniğin ve örgütlenme düşüncesinin en yeni verileri göz önünde tutulduğunda işçi sakatlanmayacak, hastalanmayacak ve ölmeyecek ya da bu kötü sonuçlar daha da azalacaksa her önlem işverenin koruma önlemi alma borcu içine girer⁵⁹.

İSGK m.4'te 'işverenin genel yükümlülüğü' başlığı altında işverenin bazı yükümlülükleri düzenlenmiştir. Genel yükümlülükler altında sayılan bazı yükümlülüklerin bir kısmı ise arz ettiği önem dolayısıyla ayrı maddelerde daha geniş bir şekilde ele alınmıştır⁶⁰. İşveren çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağla-

⁵⁸ Ali Güzel, Ali Rıza Okur ve Nurşen Caniklioglu, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (20. Baskı Beta 2024) 460.

⁵⁹ Süzek, Başterzi (n 8) 945. Aynı yönde bkz. Yargıtay 10 HD, 2437/ 6095, 30.05.2024 (Legalbank E.T. 5.2.2025).

⁶⁰ Seda Arslan, 'İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na Göre İşverenin Genel Yükümlülükleri' (2014) 20 (1) MÜFHAD Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan 767, 774.

makla yükümlü olup bu çerçevede, mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dahil her türlü tedbirin alınması, organizasyonunun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar; işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzların giderilmesini sağlar, risk değerlendirmesi yapar veya yaptırır, çalışanlara görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden iş uygunluğunu göz önüne alır ve yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri alır⁶¹.

Bu çerçevede işverenin alması gereken önlemler her bir somut olay özelinde değerlendirilmeye muhtaçtır. Nitekim işyeri ve işletmelerin teknolojik ve mali yapıları farklılık arz etmektedir. İşin mahiyeti, ilgili olduğu dönemde teknik ve teknolojik imkanlar, gereklilik vs. gibi unsurlara bağlı olarak borcun sınırları çizilmektedir. Bu halde işverenin bilimsel ve teknolojik gelişmeler çerçevesinde alması gereken tüm önlemleri almış olması gerekmektedir. İşveren teknik gelişmelere uyum sağlamalı, üretim metotlarına özen göstermeli, üretim temposunu iş sağlığı ve güvenliğine zarar vermeyecek biçimde düzenlemek gibi pek çok önlem almalıdır⁶².

Nitekim Yargıtay kararında⁶³ da “...kaçınılmazlık olgusunun var olabilmesi için öncelikle tüm tedbirler alınarak buna rağmen beklenmedik olaylar nedeniyle kaza meydana gelmesi gerektiği/bu nedenle olayın gerçekleştiği iş kolunda iş güvenliği bakımından uzman kişilerden oluşan bilirkişi heyetinden yeniden oluşa uygun bir kusur raporu alınarak varılacak sonuca göre karar verilmesi gerektiği...” yönünde karar vermiştir. Bu noktada işveren tarafından teknolojinin geldiği nokta ve sunduğu imkanlar göz önüne alınarak değerlendirme yapılmalıdır.

İşverenin işçiye sunduğu araç ve gereçlerin de teknolojinin geldiği noktayla uyumlu olması gerekir. Dolayısıyla, işveren sadece iş sağlığı ve güvenliği mevzuatının öngördüğü araç ve gereç ile koruyucu malzemeyi temin etmekle ye-

⁶¹ İşverenin genel yükümlülükleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Süzek (n 8) 944- 973; Nurşen Caniklioğlu, ‘6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri’ Çalışma Mevzuatı Seminer Notları, Türkiye Toprak, Seramik Çimento Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, 26-30 Eylül 2012 Antalya, 35 vd.; Arslan (n 60) 767-807.

⁶² Sarıbay Öztürk (n 39) s.16 vd.

⁶³ Yargıtay 10 HD, 7019/488, 30.01.2019.

tinmemelidir. Hayatın olağan akışı içinde karşılaşılabilecek tehlike giderici yenilikleri takip etmelidir. Aynı zamanda işverenin yalnızca koruyucu malzemeyi vermesi yeterli değildir. Aynı zamanda işveren işçiyi eğitmeli ve denetlemelidir. Örneğin tehlikeli ve çok tehlikeli tehlikeli işlerde, yapacağı işle ilgili mesleki eğitim aldığını belgelemeyenler çalıştırılmazlar (İSGK m. 17/3).

Yüksek mahkeme'ye göre, *"İşverenin mevzuatta yer alması bile, iş sağlığı ve güvenliği yönünden aklın, bilimin, tekniğin gerekli gördüğü her türlü önlemi almak zorunda olduğu Yargıtayın yerleşik içtihatlarındandır. Alınması gereken her türlü tedbir objektif olarak işverenden beklenen makul tedbirler olmalıdır. İş kazası ve meslek hastalığının ortaya çıkmasında kaçınılmazlığın varlığı halinde işveren ve üçüncü kişiler, belirlenen kaçınılmazlık oranında sorumluluktan kurtulacaktır. Meydana gelen iş kazasında; şayet, işveren, tüm önlemleri almış bulunmasına karşın, zararlandırıcı sigorta olayı ortaya çıkmışsa kaçınılmazlıktan söz edilebilir. Bu açıklamalar ışığı altında inceleme konusu dava değerlendirildiğinde; somut olayda artık, kaçınılmazlıktan bahsedilemez. Yani somut olayda alınması gereken tüm tedbirler alınmış değildir. Kaçınılmazlık olgusunun var olabilmesi için öncelikle tüm tedbirler alınmalı, buna rağmen beklenmedik olaylar nedeniyle kaza meydana gelmelidir. Yanılgıya dayalı, yargısal denetime elverişli olmayan raporun hükme dayanak alınması yerinde değildir"*⁶⁴.

IV. Kaçınılmazlık Halinde İşverenin Sorumluluğunun Tespiti

Yargı kararları çerçevesinde işverene işçiye yahut bir üçüncü kişiye kusur yüklenemediği ve kazanın oluşumunda kaçınılmazlığın kabul edildiği durumlarda, zararın nasıl karşılanacağı yahut ne ölçüde karşılanacağı konusunda Türk Borçlar Kanunu m.51 dikkate alınmaktadır. İlgili madde uyarınca; *"...Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler..."* ifadesine rastlanmaktadır.⁶⁴ Bu halde kaçınılmazlık söz konusu olduğunda sorumluluk ne şekilde paylaştırılacaktır?

İş kazası işverenin yahut işçinin kusuru ile meydana gelmemiş ise, bir diğer deyişle, tamamen kaçınılmazlık sonucu meydana gelmiş ise, işverenin bir kusuru olmamasına karşın işçinin maruz kaldığı kötü sonuçla yalnız bırakılmasının hakkaniyete uygun olmadığı düşüncesi ile Yargıtay tarafından işveren bir ölçüde sorumlu tutulmak istenmiştir. Buna karşılık iş kazasının oluşumunda işçi ve/veya işverenin kusuruna ek olarak kaçınılmazlığın da kazaya katkı sağladığı

⁶⁴ Yargıtay 10 HD, 7011/4792, 06.04.2021 (Kazancı E.T. 5.2.2025).

hallerde, yüksek mahkeme sosyal hukuk devleti ilkesi gereği işverene daha fazla sorumluluk yüklemekle beraber, tarafların kusur oranlarını ve hakkaniyeti göz önünde tutarak zararı paylaştırmaktadır⁶⁵. Yargıtay yaklaşımı işverenin yüzde elliden az olmamak üzere sorumlu tutulması gerektiği yönünde olmuştur⁶⁶. Hakim TBK m.51 ve m.52 çerçevesinde işvereni kaçınılmazlığın yüzde altmışı oranında işçiyi ise yüzden kırkı oranında sorumlu olacaktır. Bu içtihat yerleşik bir uygulama olmuştur. Örneğin Yargıtay tarafından verilen bir kararda hesaplamanın ne şekilde yapılacağı açıklanmıştır. Bu çerçevede “*somut uyuşmazlıkta %14,11 oranında kaçınılmazlık olduğu, işverenin kaçınılmazlığın %60'ından sorumlu olacağı ve netice olarak davalı işverenin (%85,89+ %8,47) %94,36 oranında kusurlu olduğu*” yönünde karar verilmiştir⁶⁷.

⁶⁵ Süzek, Başterzi (n 8) 446; Levent Akın, *İş Sağlığı Güvenliği ve Alt İşverenlik* (Yetkin 2013) 338.

⁶⁶ Yargıtay 21 HD, 3015/4094, 26.04.2004; aynı yönde ayrıca bkz. “...Bir olayın tamamen kaçınılmazlık sonucu meydana geldiğinin saptanması halinde hakim, işverenin sorumluluğunu, Borçlar Kanunu'nun 43. maddesini gözönünde tutarak hakkaniyet ölçüsünde saptamalıdır. Her iki taraf yönünden % 50'şer sorumluluğun paylaştırılması ilk bakışta uygun görünebilirse de, işçi-işveren arasındaki bu tür davalarda tarafların ekonomik ve sosyal durumlarının göz önünde bulundurulması halinde; işverene biraz daha fazla sorumluluk verilmesi; sosyal hukuk devleti ilkesi gereği düşünülebilir. Yargıtay'ın yerleşik uygulaması da bu yöndedir. Somut olayda iş kazasının gerçekleşmesinde % 100 oranında kaçınılmazlığın etkili olduğu tesbit edildiğine göre yukarıda söz edilen ilkeler göz önünde bulundurularak, özellikle nimet ve külfet dengesinin sağlanması açısından kaçınılmazlığın % 60'ı davalı işverene yüklenmek suretiyle davalı işverenin sorumluluğu belirlenmesi gerekirken, davalının kaçınılmazlığın %50'si oranında sorumluluğunu doğuracak şekilde ve olayda uygulanma ihtimali bulunmayan hakkaniyet indirimine yönelik hukuki düzenlemeye atıfla, davalı işverenin sorumluluğu hafifletilmek suretiyle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır...”, Yargıtay 21 HD, 115/2948, 10.4.2017 (Kazancı E.T. 5.2.2025).

⁶⁷ Tuncay, Ekmekçi Gülver,(n 46) 363. Yargıtay 10 HD, 11922/ 868, 6.2.2023, (Kazancı E.T. 5.2.2025). Aynı yönde bkz. “...işverenin %87,33 oranında kusurlu olduğu olayda kaçınılmazlığın %12,67 olarak belirlendiği, hesap raporunda emsal içtihatlar doğrultusunda kaçınılmazlığın %60'ından da işverenin sorumlu olduğu gözetilerek %94,93 kusur oranı üzerinden...”, Yargıtay 10. HD., T. 4.4.2023, E. 2022/1363, K. 2023/3634; “...Bir olayın tamamen kaçınılmazlık sonucu meydana geldiğinin saptanması halinde hakim, işverenin sorumluluğunu, Borçlar Kanunu'nun 43. maddesini gözönünde tutarak hakkaniyet ölçüsünde saptamalıdır. Her iki taraf yönünden % 50'şer sorumluluğun paylaştırılması ilk bakışta uygun görünebilirse de, işçi-işveren arasındaki bu tür davalarda tarafların ekonomik ve sosyal durumlarının göz önünde bulundurulması halinde; işverene biraz daha fazla sorumluluk verilmesi; sosyal hukuk devleti ilkesi gereği düşünülebilir. Yargıtay'ın yerleşik uygulaması da bu yöndedir. Somut olayda iş kazasının gerçekleşmesinde % 100 oranında kaçınılmazlığın etkili olduğu tesbit edildiğine göre yukarıda söz edilen ilkeler göz önünde bulundurularak, özellikle nimet ve külfet dengesinin sağlanması açısından kaçınılmazlığın % 60'ı davalı işverene yüklenmek suretiyle davalı işverenin sorumluluğu belirlenmesi gerekirken, davalının kaçınılmazlığın %50'si oranında sorumluluğunu doğuracak şekilde ve olayda uygulanma ihtimali bulunmayan hakkaniyet indirimine yönelik hukuki düzenlemeye atıfla, davalı işverenin sorumluluğu hafifletilmek suretiyle yazılı

Yargıtay'ın bu uygulaması karşısında doktrinde kaçınılmazlığın söz konusu olduğu bir halde zararın tümünün Kurum tarafından karşılanması hususunun uygun olduğu ve hatta bu yaklaşımın sosyal güvenlik hukukunun içinde barındırdığı amaca da paralellik arz edeceğine ilişkin görüş bulunmaktadır⁶⁸. Bir diğer görüş uyarınca, işverenin hiç sorumlu tutulmaması yerine hakkaniyet oranında indirimle gidilmesi hakkaniyetli değildir. Tam kaçınılmazlık halinde bile işvereni tehlike sorumluluğunun bulunduğu gerekçesiyle yüzde 50'den fazla sorumlu tutma yolundaki eğilim fazla abartılı ve gayri adil görünmektedir⁶⁹. Diğer bir görüş uyarınca, kaçınılmazlık durumlarında uğradığı zararın yükünü işçinin üzerinde bırakmamak için herhangi bir hukuki dayanağı olmayan kararlar verilmesi eleştirilmiştir. Bu şekilde bir çözüm yerine, olması gereken hukuk bakımından işçinin zararının tümünün Kurumca karşılanması daha adildir⁷⁰.

Yargıtay'ın işverenin kusurunun bulunması halinde artık kaçınılmaz durumların var olmayacağını kabul ettiği kararları da bulunmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurul'u tarafından verilen bir kararda; davalı işveren yüzde seksen oranında kusurlu bulunmuştur. Fakat olayda yüzde yirmi oranında kaçınılmazlığın bulunduğu bilirkişi tarafından tespit edilmiştir. Bu halde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine aykırı hareket eden davalı işverenin kusuru sebebiyle artık kaçınılmazlık faktörünün kabul edilemeyeceğine hükmolunmuştur⁷¹.

V. Maden İşyerlerinde Meydana Gelen İş Kazalarında Kaçınılmazlık

A. Maden, Maden İşçisi, Maden İşyeri ve İşvereni Kavramları

İnceleme konumuz olan maden işçilerinin karşılaştığı iş kazası ve meslek hastalıklarında kaçınılmazlığın rolü bakımından irdelenmesi gereken tanımlar bulunmaktadır. Bu çerçevede maden işçisi, maden işvereni, maden işyeri gibi temel tanımların altının çizilmesi gereklidir.

şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır...", Yargıtay 21 HD, 115/2948, 10.4.2017; Yargıtay 21 HD, 220/6669, 7.11.2019; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 21-983/ 252, 7.3.2019; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 10-1100/1185, 13.6.2018; Yargıtay 21 HD, 1980/14954, 12.12.2016, (Kazancı E.T. 5.2.2025).

⁶⁸ Gaye Burcu Seratlı, *İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı* (Yetkin 2003) 194-195.

⁶⁹ Can Tuncay, 'Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri', Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013 (On İki Levha 2017) 538.

⁷⁰ Yıldız (n 13) 15.

⁷¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 10-1141/282, 27.02.2013 (Kararara E.T. 5.2.2025).

İş hukuku açısından maden kavramı, kamu veya özel sektör işletmeleri tarafından istihdam edilen maden işçilerinin, yerin derinliklerinden çıkarttığı çeşitli maddeleri ifade etmektedir⁷². Maden hukuku açısından ise Maden Kanunu'nda tanımlanmıştır. *“Yer kabuğunda ve su kaynaklarında doğal şekilde bulunmakta olan, ticarî ve ekonomik değeri haiz doğal gaz, petrol, su ve jeotermal kaynakları dışında kalmış olan her türlü madde maden kavramı içerisindedir”* (Maden Kanunu m.2). Bir diğer tanım ise 123 sayılı ILO Sözleşmesi'nde yer almaktadır. Maden yeraltıında insanları istihdam etmek suretiyle, yeraltından çıkarılan cevherdir (m. 1).

İşçi kavramı İş Kanunu'nda *“iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi”* olarak tanımlanmıştır (m.2/1). İş sözleşmesi ise *“bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme”* olarak tanımlanmıştır (m. 8). Maden işçisi ise, Maden Kanunu'nda maden olarak tanımlanan maddeleri çıkaran işletmelerde; ağırlıklı olarak bedeni gücünü kullanarak bu maddelerin çıkarılması aşamalarından birinde iş görme edimini kamu yahut özel kesim işverenlerine karşı yerine getiren işçidir⁷³. Maden işçisi kavramı ise iş görme ediminin yerine getirdiği yere göre ikiye ayrılmaktadır. Yer üstü maden işçileri tıpkı yer altı maden işçileri gibi beden gücünü kullanarak maden çıkarılması işini görmektedir. Bu ayrım bazı hakların yalnızca yer altı maden işçilerine tanınmış olması nedeniyle önem arz etmektedir. Yer üstü maden işçileri ile karıştırılan bir diğer kavram ise madende yer üstünde çalışan işçilerdir. Bu kişiler topografik yahut hemşirelik gibi işleri yapan kimselerdir ve maden işçisi kavramı içerisinde değerlendirilmezler.

Maden işyeri ILO 176 sayılı Madenlerde Güvenlik ve Sağlık Sözleşmesi m.1'de: *“(a) bilhassa aşağıda belirtilmiş olan faaliyetlerin meydana getirildiği, yüzeyde yahut yer altında bulunan yerler (i) bulundukları zemine mekanik müdahale yaparak, gaz ve tutularak maden aranması; (ii) gaz ve petrol ayırık tutulmak üzere maden çıkartılması; (iii) çıkartılmış maddenin, öğütme kırma, yıkama, yoğunlaştırma ya da dâhil çeşitli şekillerde hazırlanması ve (b), (a) maddesinde atıf yapılmış olan faaliyetler ile bağlantılı şekilde kullanılmış her çeşit donanım, makine şantiye, binalar, cihaz ve mühendislik yapıları”* olarak tanımlanmıştır.

“Yeraltı ve Yerüstü Maden İşletmelerinde Sağlık ve Güvenlik Şartları Yönetmeliği” m.4/b bendinde işyeri; *“yerüstü ve yeraltı maden çıkartılması işleri ve yardımcı işler yapılan binalar, tesisler ile işçilerin yatıp kalkma yerleri, atık sahaları, hafriyat dökme yerleri ve dahili çalışma yerlerinin tümü”* olarak tanımlanmıştır.

⁷² Baycık (n 10) 33.

⁷³ Baycık (n 10) 33-34.

ILO'nun 176 sayılı Madenlerle Güvenlik ve Sağlık Sözleşmesi⁷⁴'nde maden işvereni, *"madende bir yahut daha fazla sayıda işçi, baş yüklenici, yüklenici, taşeron, operatör çalıştıran gerçek yahut tüzel kişi"* olarak tanımlanmıştır.

B. İş Kazası Kavramı

İş kazası kavramına hem İSGK'de hem de 5510 Sayılı Kanun'da yer verilmiştir. Bununla birlikte iş kazasının tanımı ve kapsamı konusunda her iki Kanun arasında farklılıklar bulunmaktadır⁷⁵. İSGK m.3/f.1-g bendinde iş kazası *"işyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedenen engelli hâle getiren olay"* olarak tanımlanmıştır. SSGSSK m.13⁷⁶'te hangi hallerin iş kazası sayılacağı sınırlı biçimde sayılmıştır. Aynı zamanda iş kazası belirli zaman yahut hallerde *"meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hale getiren olay"* olarak tanımlanmıştır⁷⁷. 5510 sayılı Kanun uyarınca iş kazasının unsurları; sigortalı olma, kazaya uğrama, bedensel veya ruhsal bir zarara uğrama, kaza ile zarar arasında illiyet bağının bulunmasıdır⁷⁸. Bir olayın SSGSSK anlamında iş kazası sayılabilmesi için iş kazasına uğrayan işçinin kusur şartı aranmamıştır. İşçinin iradesi (ağır kusur veya kast) sadece sigortalıya yapılacak yardımları etkileyecek olup olayı iş kazası olmaktan çıkarmayacaktır⁷⁹.

⁷⁴ Tam metin için bkz.: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/documents/legaldocument/wcms_450478.pdf, E.T.: 20.01.2021.

⁷⁵ Akın, Maddi Tazminat (n 16) 23 vd.; Ekmekçi, Köme Akpulat, Akdeniz (n 4) 181.

⁷⁶ "İş kazası; a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, b) işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle, c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, d) Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda, e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hâle getiren olaydır."

⁷⁷ Detaylı bilgi için bkz. Tuncay, Ekmekçi, Gülver (n 46) 359-388; Savaş Taşkent, 'İş Kazası Kavramı' (2001) Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan 1951 vd. Öğretide İSGK'de yer alan iş kazası tanımının, 5510 sayılı Kanun'a göre daha dar tutulduğu ve iki Kanun'da yer alan tanımların birbiri ile örtüşmesinin gerekmediği görüşü için ayrıca bkz. Ekmekçi, Köme Akpulat, Akdeniz (n 4) 215.

⁷⁸ Sümer, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku (n 13) 106-114.

⁷⁹ İbrahim Aydın, İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk (2. Baskı Seçkin 2021) 59; Ekmekçi, Köme Akpulat ve Ledün Akdeniz (n 4) 182.

1. Madenlerde Gerçekleşen İş Kazaları ve İşverenin Kaçınılmazlık Çerçevesinde Sorumluluğunun Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Bu başlık altında yüksek mahkeme kararları çerçevesinde madenlerde gerçekleşen iş kazalarında kaçınılmazlık faktörü açıklanacaktır. İlgili yargı kararlarında, kaçınılmazlığın varlığından ne zaman söz edilebileceği, kaçınılmazlık halinde sorumluluk ve madencilik faaliyetinin yapısı gereği bünyesinde barındırdığı risklerin kaçınılmazlık bakımından etkisi irdelenmiştir.

Örneğin yargılama konusu bir olayda, kömür madeninde meydana gelmiş bir kaza neticesinde davacı işçi tavandan taş düşmesi sonucu yaralanmıştır. Davadaki olayın bilirkişi tarafından yüzde kırk oranında kaçınılmazlık sonucu meydana geldiği tespit edilmiştir. Fakat Yargıtay tarafından, olayda meydana gelen kazanın sebebinin tahkimat eksikliği olduğu, halbuki işverenin işyerinde “her türlü” önlemi alması gerektiği, uygun çalışma ortamı hazırlaması, araçları eksiksiz biçimde tesis etmesi, işçileri etkin bir biçimde denetlemesi, gözetlemesi ve tüm yükümlülüklerini özenle yerine getirmesi gerektiği vurgulanmıştır. Yüksek mahkeme’ye göre, işveren bu halde tamamen kusursuz kabul edilememektedir. Kaçınılmazlıktan ancak işveren tarafından tüm bu önlemler alındığı ve kazaya uğrayan işçi de bahse konu önlemlere uyduğu halde kaza meydana gelmişse söz edilebilecektir. Bu nedenle söz konusu olayda kaçınılmazlıktan söz edilemeyeceğine karar vermiştir⁸⁰.

Maden işletmesinde gerçekleşen bir iş kazasında, meydana gelen kazanın önlem alınarak önlenabilir nitelikte olması sebebiyle kaçınılmazlığın söz konusu olmayacağına karar verilmiştir. Aynı zamanda kusur raporunda işverene yüzde 80 oranında kusur verilmesinin; kazalı sigortalının ustabaşı konumunda olduğu, tahkimatla görevli, işinde tecrübeli olduğu ve gerekli eğitimleri aldığı gerekçeyle işverenin kusurunun yeniden takdir edilmesi gerektiğine hükmedilmiştir⁸¹.

Bir başka dava konusu olayda, yeraltındaki galeride süren kama çalışması yapan işçi madende çalışırken kalp krizi geçirmiştir. İlk derece mahkemesinde yapılan yargılamaya esas olan bilirkişi raporunda, meydana gelen olayda yüzde 50 oranında kaçınılmazlık bulunduğu, dava dışı şirketin yüzde otuz beş, TTK’nın yüzde on, davacı işçinin ise yüzde beş oranında kusurlu olduğu tespit edilmiştir. BAM tarafından, kalp rahatsızlığının oluşumunda işverenin kusurunun bulunup bulunmadığı, kusuru mevcut ise bu kusurun ağırlığını, kalp krizinde işyeri koşul-

⁸⁰ Yargıtay 10 HD, 4577/13103, 07.10.2010.

⁸¹ Yargıtay 10 HD, 4213/8109, 30.5.2022 (Legalbank E.T. 5.2.2025).

larının etkili olup olmadığını, sigortalının kendi bünyesindeki faktörlerin ne kadar etkili olduğunu kapsar şekilde tespit eden bir kusur raporu alınmasının gerekmesi gerekçesiyle ilgili karar bozulmuştur. Yapılan yargılamada, *“kalp krizi sonucu gerçekleşen iş kazalarında kaçınılmazlığın söz konusu olmayacağı dikkate alınarak işveren kusuru ile bünyesel faktör arasındaki dağılımın ne miktarda olduğunun tespitinin gerektiği, zira, kaçınılmazlıktan farklı olarak bünyesel faktörden davalı işverenin sorumlu tutulması mümkün olmadığı”* bu nedenle *“işgücü sağlığı ve iş güvenliği konularında uzman olan bir kardiyoloğun da yer aldığı bilirkişi heyetinden iş kazası ile çalışma şekli arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığı, illiyet bulunuyorsa kalp krizinin oluşumunda işverenin kusurunun bulunup bulunmadığının saptandığı, kusuru mevcut ise kusurunun ağırlığını, kalp krizinde işyeri koşullarının etkili olup olmadığını, sigortalının kendi bünyesinden kaynaklanan nedenlerin ne kadar etkili olduğunu ve tarafların iddia ve itiraz sebeplerinin değerlendirilmesini de kapsar şekilde tespit eden kusur raporu aldıktan sonra”* karar verilebileceğine hükmedilmiştir⁸².

Bir başka karara konu olayda, yer altı maden işletmesinde çalışan bir işçi, 40 derece eğimli yerde sarma kaldırma ve kömür çıkartma işi yaptığı esnada çalışılan alanın üst kısımdan arından gelen taş sebebiyle yaralanmıştır. Mahkemece *“davalı işverenin %70 kusuru esas alınmış ise de, %30 kaçınılmazlık bulunduğu”* yönünde rapor esas alınarak hüküm tesis edilmiştir. Yüksek mahkeme olaya *“çalışma alışkanlığı”* ve *“işveren tarafından alınması gereken önlemlerin eksiksiz biçimde alınmış olması”* noktasından yaklaşmıştır. Mahkemece, kusur durumunun saptanmasında işveren tarafından hangi önlemlerin alınması gerektiği, alınması gereken önlemlerin alınıp alınmadığı, işçinin bu önlemlere uyup uymadığının tartışılması gerektiği vurgulanmıştır. İşverenin tamamen kusursuz kabul edilebilmesi için ise İş Kanunu m.77 uyarınca, işyerindeki işçilerin sağlığı ve iş güvenliğini sağlamaya yönelik her türlü tedbiri alması gerektiği, kaçınılmazlıktan *“işveren tarafından tüm bu önlemler alındığı ve kazalı da bu önlemlere uyduğu halde kaza meydana gelmişse söz edilebilecektir”*. Dava konusu olayda ise kaza tamamen işçinin çalışma alışkanlığından kaynaklanmaktadır. Maden işçisi, çalıştığı yerin üst taraflarından işe başlamak ve böylece yukarıdan düşerek gelebilecek ve onu yaralayacak kömürlerin önüne geçmek yerine çalışmaya aşağıdan başlamıştır. Bu nedenle işveren tarafından çalışma alışkanlığının verilip verilmediği araştırılmaksızın kaçınılmazlık olgusu üzerinden hü-

⁸² Yargıtay 10 HD, 12455/10552, 03.02.2022 (Lexpera E.T. 5.2.2025).

küm tesis edilmesinin usul ve yasaya aykırı olup bozma nedeni olduğu haklı olarak belirtilmiştir⁸³.

Benzer biçimde maden işyerinde meydana gelen iş kazasında, işveren ve Türkiye Taş Kömürü Genel Müdürlüğü yüzde yetmiş oranında kusurlu bulunmuştur. Bilirkişi raporunda olayının yüzde otuz oranında kaçınılmazlık sonucu meydana geldiği belirtilmiştir. Yüksek mahkeme ise işveren tarafından gereken bütün önlemlerin alınması gerektiği, aksi halde, olayda kaçınılmazlığın etki ettiğinin kabul edilmesinin mümkün olmayacağına karar vermiştir⁸⁴.

İlgili yüksek mahkeme kararında yer alan karşı oy yazısı da değerlendirilmesi gereken noktaları haizdir. Kararın karşı oy yazısında, *“...maden işletmeciliğinin çok riskli işler grubunda olduğu, bu nedenle kaza riskinin tamamen ortadan kaldırılmasının mümkün olmadığı, Zonguldak taşkömürü havzasında gözlenen karmaşık jeolojik yapı, kömür damarının kalınlığının değişmesi, ansızın karşılaşılan faylar, ayak içindeki fay zonlarının duyarsızlığı, gibi sebeplerle ani basınç farklılıkları olabilmekte, dolayısıyla tavan güvenliğinin tam olarak sağlanması her zaman mümkün olmadığı, bu nedenle kazanın oluşmasında az da olsa kaçınılmazlığın bulunduğu”* belirtilmiştir. Karşı oy yazısında, madenlerin taşıdığı risk, çalışma alanının jeolojik yapısı, faylar gibi birbiri ile bağlantılı hususlar kümülatif biçimde değerlendirildiğinde, madenlerde kaza riskinin ancak minimal bir düzeye indirilebileceği ve fakat sıfırlanmayacağı belirtilmiştir. Karşı oy yazısının devamında, *“işverenin alabileceği önlemlerde eksiklik bulunduğu tespit edilse bile bu eksiklerin kazanın oluşumunu tamamen önleyeceği öngörülemez. Yani, tüm önlemler alınmış olsa dahi yine de kaza meydana gelebilir. Bu nedenle belirlenen önlemlerin alınması ile kazanın meydana gelmesi kesin olarak önlenir denilemediğinden olayda kaçınılmazlık unsuruna da yer vermesi isabetli olacaktır. Aksi halde yer altında maden işlerindeki çalışma şartlarından ve jeolojik yapıdan kaynaklanan kusurlardan da işvereni sorumlu tutmak gerekeceği”* belirtilmiştir. Bu durumda karşı oy yazısında, madenlerde kaza riskinin çalışma alanının yapısı gereği sıfırlanmayacağı kabul edildiğinden kaçınılmazlığın da etki ettiğinin kabul edilmesi gerektiği düşüncesi temel alınmış ve vurgulanmıştır.

⁸³ Yargıtay 10 HD, 4147/6637, 25.04.2016 (Lexpera E.T. 5.2.2025); Gaye Baycık, ‘Sosyal Güvenlik Kurumunun İş Kazası veya Meslek Hastalığından Kaynaklanan Rücu Davalarına Eleştirel Bakış’, (2017) 7 (1) Sosyal Güvenlik Dergisi 31, 54-55.

⁸⁴ Yargıtay 10 HD, 7011/4793, 06.04.2021 (Dejure E.T. 5.2.2025).

Karşı oy yazısına katılmamaktayız. Madenlerin jeolojik yapısı ve diğer etkenler, kazaların meydana gelme olasılığını artırabilir, ancak bu durum her zaman kaçınılmaz değildir. Maden kazalarının önlenmesi, doğru mühendislik uygulamaları, güvenlik önlemleri ve düzenli denetimler ile büyük ölçüde mümkündür. Bu jeolojik yapı; kayaçların ve zeminin koşulları, fau hatlarına yakınlık ile ilgili olabilir. Her ne kadar bu tür jeolojik etkenler kazaların olasılığını artırsa da bilimsel araştırmalar ve modern teknolojiler sayesinde bu tür riskler azaltılabilir. Kazaların önlenmesinde en önemli faktör, sürekli risk değerlendirmesi yapmak, güvenlik kültürünü geliştirmek ve yerinde teknolojik çözümleri kullanmaktır. Kaçınılmazlık kabul edilerek jeolojik yapıdan kaynaklanan kusurların işverene yüklenmesi engellenmemektedir. Jeolojik araştırmaların ve etütlerin yapılması işverenin risk değerlendirmesi yükümlülüğü içerisinde değerlendirilmelidir. İşveren iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini teknolojinin mümkün kıldığı düzeyde almalıdır.

13.05.2014 tarihinde ülkemizde, Cumhuriyet tarihinin en büyük maden kazası olan “Soma Maden Kazası” yaşanmıştır. Olay Manisa'nın Soma ilçesinde özel bir şirkete ait olan kömür madeninde gerçekleşmiştir. Kazanın nedeni elektrik trafosunun patlaması ile yangının çıkması olduğu tespit edilmiştir. 301 madenci bu kazada hayatını kaybetmiştir.

Kazanın gerçekleşmesinden sonra, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından düzenlenen raporda “işverenin %100 olarak kusurlu olduğu” tespit edilmiştir. Sosyal Güvenlik Kurumu Rehberlik ve Teftiş İzmir Grup Başkanlığı tarafından olay yerine gidilerek yapılan incelemede kaçınılmazlık ve işverenin kusuru hakkında inceleme yapılmıştır. Raporun sonuç bölümünde işverenin işyerinde alması gereken fakat almadığı tüm eksikler not edilmiştir. Çalışma içerisinde aktarıldığı üzere işverenin işyerinde teknolojinin imkân verdiği ölçüde her türlü önlemi alması gerekmektedir. Fakat raporda, “işyerinde çalışan 49 kişiye son bir yıl içinde iş güvenliği eğitimi ve 30 kişiye de mesleki eğitim verilmesini sağlamadığı”, “ana nakliyat yollarında oluşabilecek yangınlara karşı yeterli yangınla mücadele ekipmanı bulundurmamış”, “acil durumlarda yeraltı işletmesinin havalandırmasını yönlendirebilecek ve oluşabilecek zararlı ve zehirli havanın ocağın diğer panolarına ulaşmasını engelleyecek şekilde tesis edilmiş, yerüstünden kontrol edilebilen ve otomatik olarak devreye giren hava kapıları yaptırmadığı” şeklinde ciddi önlemlerin alınmadığı görülmektedir. Rapor kaçınılmazlık çerçevesinde işverenin alması gereken her türlü önlemi almış olmasının gerekliliği açısından önem taşımaktadır. İşveren tarafından alınması gereken önlemlerin pek çoğunun alınmadığı kazada, kaçınılmazlıktan söz edilemeyecektir.

C. Madenlerde Karşılaşılan Meslek Hastalıklarında Kaçınılmazlık

1. Meslek Hastalığı Kavramı

Meslek hastalığı tıbbi ve hukuki yönü olan bir kavramdır. Tıbbi yönü, meslek hastalığının bir hastalık hali olmasıdır. Sigortalının iş gördüğü esnada maruz kaldığı etkenlerin hastalığı meydana getirmeye elverişli olup olmadığının değerlendirilmesidir⁸⁵. Hukuki yönü için ise mevzuatımız çerçevesinde yapılan tanımların incelenmesi gerekmektedir. SSGSSK çerçevesinde “sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal engellilik halleri” olarak tanımlanmıştır (SSGSSK m.14/f.1). Diğer tanım ise İSGK’de yer almaktadır. “Mesleki risklere maruziyet sonucu ortaya çıkan hastalık” şeklindedir (İSGK m. M.3/f.1-I).

Meslek hastalığı işin niteliğine göre tekrarlanan veya işyerinde işin yürütüm şartları yüzünden çıkan ve sigortalıyı geçici veya sürekli şekilde sakat veya ruhen arızalı bırakan bir durumdur. Meslek hastalığı ve iş kazası arasındaki fark, bedensel yahut bedeni bozukluğa sebep olan neden, yapılan işin niteliği ve yürütümü dolayısıyla sürekli tekrarlanan bir olgudan kaynaklanmasıdır. Halbuki iş kazasında zararın sebebi “ani ve dışarıdan” kaynaklanmaktadır. Meslek hastalığı zaman içerisinde, yavaş biçimde, işten kaynaklanan bir nedenin devamlı olarak tekrarlanması neticesinde meydana çıkar⁸⁶.

Maden işçilerinde en sık karşılaşılan meslek hastalığı pnömokonyozdur. Ülkemizde görülen meslek hastalıklarının sınıflandırılmasında ise C grubunda yer almaktadır. Bu grupta “Pnömokonyozlar ve diğer mesleki solunum sistemi hastalıkları” yer almaktadır. Pnömokonyoz (akciğer toz hastalığı), işçinin akciğerlerinde tozların birikmesi ile meydana gelen bir hastalıktır. Madenciler tarafından solunan toz gibi materyallerin bir kısmı belli zaman maruz kalındıktan sonra akciğerlerde depolanmaktadır. Bu durum ise fibroz oluşumuna sebebiyet vermektedir. Netice olarak, kronik solunum sistemi hastalıklarına veya kanser gelişimine neden olmaktadır⁸⁷.

⁸⁵ Tuncay, Ekmekçi, Gülver (n 46) 392; Ayşe Ledün Akdeniz, *Meslek Hastalığı Kavramı Üzerine* (Beta 2015) 39-40; Ekmekçi, Köme Akpulat ve Ledün Akdeniz, (n 4) 221.

⁸⁶ Eren (n 2) 30; Aydınli (n 13) 63; Ulsan (n 2) 81; Güzel, Okur, Caniklioğlu (n 58) 383.

⁸⁷ İlknur Erol, ‘Ülkemiz Madencilik Sektöründe Görülen Meslek Hastalıklarının İncelenmesi’ (2020) 35 (4) Ç.Ü. Müh. Mim. Fak. Dergisi 859, 860.

2. Yargıtay'ın Meslek Hastalığında Kaçınılmazlığın Rolüne Bakış Açısı

İşverence her türlü tedbir alınmış olsa bile; işin ve işyerinin niteliği sebebiyle hastalığın ortaya çıkması muhtemeldir. Bu nedenle belli orandaki bir kaçınılmazlıktan her koşulda söz edilmesi gerekeceği kabul edilmektedir. Bir diğer deyişle kaçınılmazlık kavramı, meslek hastalıkları yönünden biraz daha farklı değerlendirilmektedir.

Yargıtay tarafından işverence her türlü önlemin alınmış olması halinde bile sadece iş ve işin yürütümü nedeniyle hastalığın ortaya çıkması mümkün olduğundan, belli oranda kaçınılmazlık kabulünün de gerektiğine hükmedilmiştir. Nitekim bu husus *“...kusur irdelemesinde, meslek hastalığında, işverenin bu konuda her türlü tedbiri almış olsa bile, işin ve işyerinin niteliği sebebiyle bu hastalığın ortaya çıkması ihtimali nazara alınarak, belli orandaki bir kaçınılmazlıktan söz edilmesi gerekeceği göz önünde bulundurulmak suretiyle yapılacak değerlendirme sonucuna göre karar verilmelidir...”* şeklinde ifadeye yer bulmuştur⁸⁸. Bu halde, Yargıtay'a göre, meslek hastalığının meydana gelmesinde kaçınılmazlığın mevcut olup olmadığı tespit edilirken, işverence alınması mümkün önlemlerin alınıp alınmadığı ve alınmış önlemlere de sigortalı tarafından riayet edilip edilmediği araştırılmalıdır. Bu durum *“mutlak kaçınılmazlık”* görüşünün kabulü anlamına gelmektedir⁸⁹.

3. Maden İşçilerinin Maruz Kaldığı Meslek Hastalığında 32 yıl Formülü ve Değerlendirilmesi

Yargıtay'ın yer altı maden işçilerinin yakalandığı meslek hastalıkları açısından kabul ettiği 32 yıl formülü bulunmaktadır⁹⁰. Diğer bir deyişle, meslek hasta-

⁸⁸ Yargıtay 10. HD, 25277/5996, 19.04.2016; Yargıtay 10 HD, 25254/6657, 24.03.2014.

⁸⁹ Civan, Sorumluluğun Kapsamı (n 46) 566; Yavuz Selim Koyuncu, 'Rücu Davalarında Kaçınılmazlık İlkesinin Etkisi ve Uygulaması' (2022) 47 Sicil İş Hukuku Dergisi 131, 145.

⁹⁰ *“...Dava konusu somut olayda, sigortalının antıman madeninde işçi olarak çalışması nedeniyle yakalandığı pnömokonyoz meslek hastalığı neticesinde SGK Kocatepe Sosyal Güvenlik Merkezinin 19/08/2015 tarihli raporuna göre 07/08/2012 tarihinden itibaren %24 oranında sürekli iş göremez durumda bulunduğu, bilirkişi heyetinden alınan 30/07/2017 tarihli raporda ise davalı işveren %90 kusur verilirken davacıya %10 oranında müterafik kusur verildiği olayda kaçınılmazlığın bulunmadığına işaret edildiği anlaşılmıştır. Sigortalının çalıştığı iş ortamı göz önüne alındığında meslek hastalığının meydana gelmesinde belli orandaki bir kaçınılmazlıktan söz edilmesi gerekeceği tartışmasızdır. Diğer yandan, hükme esas tutulan kusur raporunda; meslek hastalığının oluşmasında davalı işverene %90 oranında kusur verilmiş olup söz konusu rapor Dairemizin ve Yargıtay'ın kabul ettiği, uygulamada “32 yıl formülü” olarak adlandırılan esaslara aykırı düşmektedir. Kusur incelemesi yapılırken, meslek hastalığının bu*

lığı yönünden yer altında çalışan sigortalılar için farklı bir düzenleme mevcuttur.

32 yıl formülü olarak isimlendirilen bu formülün temelinde; yer altı kömür madeni işyerlerindeki toz oranının, hali hazırda elde olan teknolojik imkanlar ekseninde, belirli bir oranın altına indirilmesi mümkün olmadığı ve yer altındaki çalışma koşullarının tamamen kontrol altına alınamamasının mümkün olmadığı düşüncesi yer almaktadır. Dolayısıyla, yer altı maden işçisinin 32 yıllık bir çalışma süresi sonunda, yakalandığı meslek hastalığı üzerinde belirli oranda kaçınılmazlığın etkili olacağı kabul edilmektedir⁹¹. 5510 sayılı Kanun'da kaçınılmazlık ilkesinin dikkate alınacağı düzenlendiğinden işveren kaçınılmazlık sonucu ortaya çıkan maluliyetten sorumlu tutulamayacaktır. Bu husus 32 yıl formülünün hukuki dayanağını oluşturmaktadır⁹².

18 yaşında işe başlayan bir kişinin 32 yıl yer altında çalışması halinde, yer altında çalıştığı işlerin niteliği ekseninde, yüzde sekiz ile yüzde on iki arasında kaçınılmaz iş göremezliğe uğrayacağı kabul edilmektedir. Sigortalının işyerlerinde 32 yıldan daha kısa bir süre çalışması halinde, kaçınılmaz maluliyet oranı; çalışılan yıl sayısı: 32, yıl ortalaması ile çarpılarak kaçınılmaz maluliyet oranı belirlenmelidir. Sigortalının 18 yaşından sonra çalışmaya başlaması halinde ise; 32 yıldan, geç başladığı her 3 yıl için 1 yıl indirilerek kaçınılmaz maluliyet belirlenmeli, artık yaşlar için orantılama yoluyla indirime gidilmelidir⁹³.

İşçi, maden işyerlerinde belli süreler çalışmışsa, söz konusu yüzdelerin zaman ağırlığına göre ortalaması alınır. Sigortalı, işyerine 32 yıldan daha kısa bir süre çalışır ise, yapılan işin karşılığı kaçınılmaz iş göremezlik oranı, çalışılan yıl sayısı 32 yıl ortalaması ile çarpılarak bulunur. İşçi 18 yaşından sonra çalışmaya başlamış ise her yıl 32 yıldan 3 yıl indirilerek kaçınılmaz iş göremezlik saptan-

özelliği dikkate alınarak ve öteden beri uygulanan şekliyle yeraltı maden işyerlerinde çalışan sigortalılar bakımından 32 yıl formülü esas alınmak suretiyle belirleme yapılmalıdır. Hükme esas alınan rapor, uygulamada 32 yıl formülü olarak adlandırılan esaslara aykırı düşmektedir. Bilindiği üzere, sigortalının işyerlerinde 32 yıldan daha kısa bir süre çalışması halinde, kaçınılmaz maluliyet oranı; çalışılan yıl sayısı: 32, yıl ortalaması ile çarpılarak kaçınılmaz maluliyet oranı belirlenmelidir. Sigortalının 18 yaşından sonra çalışmaya başlaması halinde ise; 32 yıldan, geç başladığı her 3 yıl için 1 yıl indirilerek kaçınılmaz maluliyet belirlenmeli, artık yaşlar için orantılama yoluyla indirime gidilmelidir...”, Yargıtay 10 HD, 7011/4792, 6.4.2021; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 10-2685/ 831, 2.7.2019, (Kazancı E.T. 5.2.2025).

⁹¹ Yargıtay 10 HD, 6936/7220, 15.12.2022 (Legalbank E.T. 5.2.2025).

⁹² Civan, Sorumluluğun Kapsamı (n 46) 565.

⁹³ Yargıtay 10 HD, 21451/7386, 30.10.2017 (Lexpera E.T. 5.2.2025)

malı, artış yaşlar için orantılanma yolu ile indirimle gidilmelidir. Davalı işverenin kusuru, sigortalının işten çıkış tarihindeki iş göremezlik oranı tespit edilerek, kaçınılmaz iş göremezlikle orantılanmak suretiyle oran belirlenmelidir⁹⁴.

Bu hususta açıklanması gereken bir diğer konu, diğer iş kolları bakımından böyle bir formülün benimsenemeyeceğidir. Nitekim bir görüş uyarınca, 32 yıl formülü olarak adlandırılan hesaplama yöntemi yalnızca yer altı kömür işlerinde çalışanların Pnömokonyoz⁹⁵ meslek hastalığına yakalanmış olması hallerinde uygulanır. Diğer meslek hastalıklarında ise böyle bir hesaplama yöntemi kabul edilemez⁹⁶.

Yargıtay tarafından verilen kararda da yer altı kömür madeni iş yerlerinde bulunan toz oranının hali hazırdaki teknolojik olanak çerçevesinde istenilen ve belirli bir oranın altına kadar azaltılmasının mümkün olmaması sebebiyle sadece bu işçilerin, 32 yıllık çalışma süresi sonunda, yakalandıkları meslek hastalığının vuku bulmasında, belirli oranda kaçınılmazlığın etkisinin olacağı kabul edilir. Diğer bir deyişle her türlü meslek hastalığının oluşumunda belirli oranda kaçınılmazlığın etkili olacağı kabul edilemez. Bu şekilde bir düşüncenin benimsenmesi “*gelişen bilimsel ve teknolojik olanaklarla sosyal güvenliğin yöneldiği amaçla*” bağdaşır bir düşünce olmayacaktır⁹⁷.

Bir başka uyumsuzluk konusu olayda, maden işçisinin yakalandığı pnömokonyoz hastalığı bakımından 32 yıl formülünün uygulanması gerektiği ve kaçı-

⁹⁴ Namık Kemal Özdemir, ‘Her Meslek Hastalığına 32 Yıl Formülünün Uygulanması Doğru mudur?’ (2010) Ali Güneren’e Armağan, İstanbul 172; Mesut Balcı, Birol Soner, Bahri Aydoğan ve Ahmet Yener, *İş Kazası ve Meslek Hastalığı* (Yetkin 2020) 716. Yargıtay 21 HD, 13175/5965, 26.6.2018; Yargıtay 10 HD, 16553/18144, 28.10.2015.

⁹⁵ Pnömokonyoz hakkında detaylı bilgi için bkz. Paul J. Whitaker, ‘Coal Workers’ Pneumoconiosis and the Compensation Dilemma’ (1981) 23 (6) Journal of Occupational Medicine 422, 423 vd.; Gülten Sarı, ‘Coal Workers’ Pneumoconiosis a Comparative Analysis of Lignite and Hard Coal Mine Workers’ (2022) 7 (3) ESTÜDAM Halk Sağlığı Dergisi 497, 498 vd.; Stevens Ronsmans, Benoit Nemery, ‘Pneumoconiosis in Coal Miners: Anthracosilicosis after All?’ (2022) 19 (9) Ann Am Thorac Soc 1451, 1452 vd.

⁹⁶ Balcı, Soner, Aydoğan, Yener (n 94) 716-717; “...Somut olaya dönülecek olursa, sigortalı silindir gömleği imali işi ile iştigal eden davalı şirkette döküm pota tamir işlerinde dökümcü olarak olarak çalışmakta olup, çalıştığı ortamda duman ve silis tozlarına maruz kalmasından dolayı mesleki pnömokonyoz hastalığına yakalanması biçiminde gelişen olayın, işverene kusur verilmesi yanında, kömür ve maden işçileri için uygulanan “32 yıl formülü”nün, burada uygulama yeri ve etkisinin bulunmadığı gözetilmeksizin düzenlenen hatalı rapor esas alınarak karar verilmesi isabetli bulunmamaktadır...”, Yargıtay 10 HD, 5151/164, 15.1.2020, (Kazancı E.T. 5.2.2025).

⁹⁷ Yargıtay 10 HD, 4807/7372, 17.05.2018 (Legalbank E.T. 5.2.2025).

nılmazlığın kısmen etkide bulunabileceği belirtilerek, 32 yıl formülü esasına kabul etmeyen ilk derece mahkemesi kararı bozulmuştur⁹⁸. İlgili karar mutlak kaçınılmazlık kabulü ile uyumlu değildir. Yüksek mahkeme'ye göre meslek hastalığının meydana gelmesinde tüm kusurun işverene ait olduğunun kabul edilmesi hakkaniyetli olmamaktadır. Bu hastalığa yol açan bir kısım etkenin kaçınılmazlık sonucu meydana geldiğinin kabulü gerekmektedir. Fakat işverenin alması gereken önlemleri aldığının tespit edildiği durumda, nispi kaçınılmazlık mümkün görünmemektedir. Karara konu olayda işveren işçinin meslek hastalığına yakalanmasında bir ölçüde de olsa kusurludur. O halde işveren her türlü önlemi alsaydı, işçi meslek hastalığına yakalanmayacak mıydı sorusu düşünülmelidir. Söz konusu soruya olumlu yanıt verilseydi, mutlak kaçınılmazlık nedeniyle işverenin sorumluluğu ortadan kalkacaktı. Fakat işverenin belli ölçüde kusurlu kabul edilmesi nedeniyle soruya olumlu yanıt verilememektedir. Bu çerçevede Yargıtay'ın söz konusu uygulaması, alması gereken iş sağlığı ve güvenliğini tam olarak almayan işverenin kusurunun bir kısmını, 32 yıl formülü adı

⁹⁸ “...Sigortalının çalıştığı iş ortamı göz önüne alındığında meslek hastalığının meydana gelmesinde belli orandaki bir kaçınılmazlıktan söz edilmesi gerekeceği tartışmasızdır. Diğer yandan, hükmeye esas tutulan kusur raporunda; meslek hastalığının oluşmasında davalı işverene %90 oranında kusur verilmiş olup **söz konusu rapor Dairemizin ve Yargıtay’ın kabul ettiği, uygulamada “32 yıl formülü” olarak adlandırılan esaslara aykırı düşmektedir.** Kusur incelemesi yapılırken, meslek hastalığının bu özelliği dikkate alınarak ve öteden beri uygulanan şekliyle yeraltı maden işyerlerinde çalışan sigortalılar bakımından 32 yıl formülü esas alınmak suretiyle belirlenmelidir. Hükmeye esas alınan rapor, uygulamada 32 yıl formülü olarak adlandırılan esaslara aykırı düşmektedir. Bilindiği üzere, sigortalının işyerlerinde 32 yıldan daha kısa bir süre çalışması halinde, kaçınılmaz maluliyet oranı; çalışılan yıl sayısı: 32, yıl ortalaması ile çarpılarak kaçınılmaz maluliyet oranı belirlenmelidir. Sigortalının 18 yaşından sonra çalışmaya başlaması halinde ise; 32 yıldan, geç başladığı her 3 yıl için 1 yıl indirilerek kaçınılmaz maluliyet belirlenmeli, artık yaşlar için orantılamaya yoluyla indirimde gidilmelidir. Değişen yasal mevzuat ve yapılan açıklamalar çerçevesinde, sigortalının yaptığı işin özellikleri, yakalandığı meslek hastalığına yol açan etkenler, hastalığın önlenmesi için alınması gereken önlemler ile bunların gerçekleştirilme ve önlemlere uyum durumları ile kaçınılmazlık faktörü de değerlendirilmek suretiyle, bir miktar kaçınılmazlık faktörünün de etkisi olduğu, davacının bu işyerinde 08/03/2002- 31/10/2016 tarihleri arasında çalışmasının bulunduğu, başka işveren nezdinde maden ocağı gibi meslek hastalığının ortaya çıkmasında etki eden çalışmasının bulunup bulunmadığı da gözetilerek, her işverenin kendi döneminden sorumlu olacağı gözetilip, sigortalının kaçınılmaz maluliyet oranı da belirlenerek davaya konu alanda işçi sağlığı ve iş güvenliği konusunda uzman kişilerden oluşturulacak bilirkişi kurulundan, işçi sağlığı ve iş güvenliği mevzuatına uygun, yargısal denetime elverişli, ayrıntılı irdeleme içeren ve verilen kusur oran ve aidiyetlerinin yanında kusur gerekçelerini de gösteren rapor alınıp, dosyadaki deliller ışığında yapılacak değerlendirmeye bir sonuca varılması gereğinin gözetilmemiş olması, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...”, Yargıtay 10 HD, 7011/4792, 06.04.2021 (Kararname E.T. 5.2.2025).

altında kaçınılmazlığa dönüştürmeye ve işverenin sorumluluğunu azaltmaya neden olmaktadır⁹⁹.

Yargıtay'ın yer altı maden işlerindeki tüm çalışmalarda, belli oranda kaçınılmazlığın mevcut olduğu görüşünün değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu matematiksel formülün kabul edildiği yaklaşım, meslek hastalığının meydana gelmesinde kaçınılmazlığın etkisinin var olduğunun peşin olarak kabul edilmesi anlamına gelir. Böyle bir kabul ise somut olayda maddi vakaların incelenmesinde peşin ve önceden belirlenmiş matematiksel formülün kabulü sonucunu doğuracaktır. Halbuki, somut olayın haiz olduğu tüm özelliklerin göz önüne alınarak durumun tespiti yapılmalıdır. Bu sebeple Yargıtay tarafından kabul edilen 32 yıl formülüne katılmamaktayız.

Bununla birlikte teknolojik gelişim ve bilimin ışığında pnömokonyoz hastalığı açısından benimsenen 32 yıl formülünün gözden geçirilmesi gerekmektedir. Pnömokonyozun tedavisi yoktur ancak önlenabilir¹⁰⁰. Bu noktada Çin örneğinin verilmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz. 2021 sonu itibarıyla Çin'de yaklaşık 951.000 pnömokonyoz vakası bildirilmiş olup, bu rakam tüm meslek hastalığı vakalarının %90 gibi önemli bir bölümünü oluşturmaktadır. Önlem alabilmek maksadıyla, iş sağlığı tehlikelerini ele almak üzere bir idari birim oluşturulmuş, böylece teknik hizmet kapasiteleri güçlendirilmiş ve iş sağlığı alanında destek sağlanmıştır. Meslek hastalıkları ve zararlı etkenlerin gözetimi genişletilmiş ve iş sağlığı koşullarının güvence altına alınması için kapsamlı tedbirler uygulanmaya başlanmıştır. Böylece 2013 yılında 26.393 vaka bildirilmişken, 2022 yılında 11.108 vaka bildirilmiştir ve bu yüzde elli sekizlik bir azalmayı temsil etmektedir. 2030 yılına kadar benimseyecekleri bir politika ile sayının oldukça azaltılması planlanmaktadır¹⁰¹. Bu husus iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin artırılmasının, pnömokonyoz sayılarında ciddi bir düşüşe neden olduğunu doğrulamaktadır.

⁹⁹ Civan 'Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri' (n 46) 535-536.

¹⁰⁰ <https://www.ilo.org/resource/prevention-pneumoconioses-caused-fibrogenic-mineral-dust>.

¹⁰¹ Huanqiang Wang, Qiao Ye, Huadong Zhang, Xin Sun, Tao Li, 'Prevention and Treatment of Pneumoconiosis in the Context of Healthy China 2030' (2023) 5 (41) Chinese Center for Disease Control and Prevention Weekly 927, 928 vd.

VI. İşverenin Maddi Tazminat Sorumluluğu

İş kazasından kaynaklanan maddi tazminat hususunda İş Kanunu'nda hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple TBK'de yer alan ilgili düzenlemelerin incelenmesi gerekmektedir¹⁰². İşverenin alması gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaması nedeniyle iş kazası yahut meslek hastalığına maruz kalan işçinin bu sebeple bedensel ya da ruhsal bütünlüğü ihlali sonucu maddi zarara uğrayan işçi, işverene karşı maddi tazminat talebinde bulunabilir.

Ölüm halinde uğranılan zararlar ise ölen kişinin dışında meydana gelir. Ölen işçi hukuken kişi olmaktan çıktığı için zarar ölenin mirasçıları ve bakıp gözetdiği kişiler için söz konusu olmaktadır. TBK m.53 özel durumu düzenlemektedir. İlgili maddeye göre ölümün yol açtığı zararlar; cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemiş ise tedavi giderleri, çalışma gücünün azalmasından yahut yitirilmesinden doğan kayıplar, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradığı kayıplardır¹⁰³.

TBK m.54 uyarınca bedensel zararlar özellikle şunlardır: "tedavi için yapılan giderler, kazanç kaybı, çalışma gücünün yitirilmesinden yahut azalmasından meydana gelen kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğmuş olan kayıplar"¹⁰⁴. Konunun açıklanabilmesi bakımından cismani zarar kavramının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Cismani zarar kavramı bedensel ve ruhsal zarar anlamına gelmektedir. Bu nedenle göçük altında kalan bir işçinin uzvunun kopması bir bedensel zarar iken göçük altında kalan işçinin olaydan sonra kapalı yer korkusuna sahip olması ruhsal bir zarardır. İki tür zarar da işçinin çalışma gücü üzerinde ve dolayısıyla ekonomik geleceği üzerinde olumsuz tesiri haizdir¹⁰⁵.

İşçinin maruz kaldığı cismani zarar sebebiyle uğradığı zarar olarak maddi tazminat davasına konu olabilecek zararları, masraflar ile kısmen veya tamamen çalışma gücünün kaybedilmesi ve ekonomik geleceğin sarsılması nedeniyle uğranılan zararlar olmak üzere iki ana başlıkta incelenebilir. Masraflar; tedavi masrafları, bakıcı giderleri, cenaze ve defin giderleri; kısmen veya tamamen

¹⁰² Ömer Ekmekçi, Başak Baysal ve İrem Yayvak Namlı, *Uygulamalı Tazminat Hukuku* (3. Bası On İki Levha 2024) 119; Akın, *Maddi Tazminat* (n 5) 100.

¹⁰³ Oğuzman ve Öz, (n 1) 101.

¹⁰⁴ Bedensel zararların belirlenmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Haluk Hadi Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (19. Baskı, Beta 2021) 259-268; Oğuzman ve Öz (n 1) 93 vd.

¹⁰⁵ Oğuzman ve Öz (n 1) s.94; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 5) 1517.

çalışma gücünün kaybedilmesi ve ekonomik geleceğin sarsılması nedeniyle uğranılan zararlar ise geçici iş göremezlik zararları, sürekli iş göremezlik zararları, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlardır¹⁰⁶. Tedavi giderlerinin asıl sorumlusu ise Kurum'dur. İşveren, Kurum tarafından karşılanmayan zorunlu giderlerden sorumludur¹⁰⁷. İş kazası sonucu işçinin hayatını kaybetmesi halinde de işveren, işçinin yakınlarının uğradığı maddi zararları tazminle yükümlüdür¹⁰⁸.

İş kazası ve meslek hastalığı sonucu maddi tazminatın hesabında, kaza yahut hastalık meydana gelmemiş olsaydı işçi hangi maddi durumda olacak idiyse o durumun sağlanması amaçlanmaktadır. O halde iş kazası tarihi ile yaşam süresinin bitim tarihine kadar olan zaman dilimi içerisinde uygun neden sonuç bağı çerçevesinde söz konusu kaza sebebiyle malvarlığındaki her türlü gelir kaybı hesaplanarak işçiye ödenir¹⁰⁹.

Maden işçilerinin iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle maddi tazminat taleplerinde dikkate alınması gereken hususların açıklanmasından önce genel olarak maddi tazminatın hesabında dikkate alınacak hususlar hakkında kısa bir bilgi vermenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Tazminatın hesabından dikkate alınacak dönemler vardır. Bu dönemler aktif dönem ve pasif dönem olarak ikiye ayrılmaktadır¹¹⁰. Aktif dönem en basit hali ile kişinin çalışıp kazanç elde edebileceği dönemdir. Erkeklerde bu dönem kural olarak 60 yaş, kadınlarda ise 55 yaşır¹¹¹. Pasif dönem ise kişinin muhtemel çalışma yaşının sonundan itibaren yaşam tablosuna göre hesaplanacak

¹⁰⁶ Ekmekçi, Baysal ve Yayvak Namlı (n 1) 73-83.

¹⁰⁷ Yargıtay. 21 HD, 5377/6832, 26.09.2017, (Lexpera E.T. 5.2.2025).

¹⁰⁸ "Davalı tarafça işletilen G. L. İşletmesinde yeraltı maden işçisi olarak çalışmakta iken, 21.04.2005 tarihinde meydana gelen grizu patlaması sonucu ölen Y.D.'nin eşi, çocukları, annesi, babası ve kardeşlerinin maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir. Mahkemece davacıların maddi ve manevi tazminat istemlerinin kısmen kabulüne...", Yargıtay 21 HD, 13850/1860, 13.02.2007, Dejure E.T. 5.2.2025)

¹⁰⁹ Sarper Sözek, 'İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat' (2010) Ali Güzel'e Armağan, C.1, 2010, 705-706.

¹¹⁰ Mesut Balcı, *İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları ve Uygulaması* (3. Baskı, Yetkin 2018) 732 vd.

¹¹¹ Mesut Balcı, Birol Soner, Bahri Aydoğan ve Ahmet Yener, *İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları El Kitabı* (Yetkin 2022) 307-312; Ekmekçi, Baysal ve Yayvak Namlı (n 102) 120. Aktif dönem, rapor tarihi ile iş görebilme çağının sonuna kadar olan dönem kapsamaktadır, Akın, Maddi Tazminat (n 16) 250.

muhtemel ölüm yaşına kadar geçecek dönemdir¹¹². Madenciler bakımından, 50 yaşına kadar yer altı işinde, o işin ücret koşullarına göre, 50 yaşından sonra 60 yaşına kadar ise asgari ücretle çalışabileceği kabul edilmektedir¹¹³.

Meslek hastalığına yakalanarak veya iş kazasına uğrayarak sürekli iş göremez hale gelen maden işçilerinin aktif dönem zararı ve tazminat hesabı, münavebeli çalışanlarla sürekli çalışanlar yönünden farklılık göstermektedir. Sürekli çalışanlar bakımından, sigortalının 50 yaşının bitimine kadar yılda 360 gün üzerinden gerçek kazancı gösterilerek, 50-60 yaş arasında yılda 180 gün asgari ücretle çalışacağı varsayılarak her yıl için ayrı ayrı %10 artış ve %10 iskontoletama yöntemine göre aktif dönem hesabı yapılır¹¹⁴.

Münavebeli çalışan işçiler ise yılın belirli aylarında çalışıp, geri kalan süresinde dinlenirler. Bu süre toplu sözleşme ile aksi kararlaştırılmadığı sürece genel olarak 180 gün dinlenme 180 gün çalışma süresi olarak değerlendirilir. Münavebeli çalışan maden işçisinin bilinmeyen aktif dönem zararı 50 yaşına kadar fiilen çalışma süresi dikkate alınarak, hükme esas son bilirkişi raporunda saptanan bilinen döneme ait son net ücreti üzerinden, ocak dışı dinlenme süresinde kaç gün iş bulup çalışabileceği konusunda bilirkişi raporu alınıp, bu sürede asgari ücretle çalışacağı kabul edilerek asgari ücret üzerinden 50-60 yaş arasında yılda sadece 180 gün asgari ücretle çalışabileceği varsayılarak asgari ücret üzerinden her yıl %10 arttırım ve %10 indirim uygulanarak belirlenmelidir¹¹⁵.

¹¹² Balcı, Soner, Aydoğan ve Yener, *El Kitabı* (n 111) 314; Ekmekçi, Baysal ve Yayvak Namlı (n 102) 126.

¹¹³ Yargıtay 17 HD, 9840/ 5505, 07.04.2015; Yargıtay 21 HD, 8405/ 7368, 01.05.2007, (Kazancı E.T. 5.2.2025). Aktif dönem içerisinde değerlendirilmesi gereken bir başka husus ise işlemiş aktif dönem ve işleyecek aktif dönemdir, Ekmekçi, Baysal ve Yayvak Namlı, s. 125. Kaza tarihi ile hükme esas alınan rapor tarihi arasındaki zaman dilimini kapsayan zarar, bilinen dönem zararı olarak nitelendirilmiştir, Akın, *Maddi Tazminat* (n 5) 247.

¹¹⁴ “Yeraltı maden işçilerinin zararlarının tesbitinde; 50 yaşın ikmaline kadar yeraltındaki koşullar nazara alınarak yapılan ücretlerle, 50 ile 60 yaşları arasında ise yerüstünde asgari ücretle yılda 180 gün çalışıp gelir elde edeceği, 60 yaştan sonra yaşlılık aylığı almaması durumunda bakiye ömrüne kadar (pasif dönemde) elde edeceği kazançların gözönünde tutulacağı Yargıtay’ın oturmuş ve yerleşmiş görüşleri gereğidir. Mahkemece, hak sahiplerinin zararı hesaplanırken 50-60 yaşları arasında yer üstünde asgari ücretle 180 gün yerine 365 gün çalıştığı kabul edilerek tazminatın fazla belirlenmesi isabetsiz olmuştur”, Yargıtay 21 HD, 6077/6942, 16.09.2003, (Kazancı E.T. 5.2.2025).

¹¹⁵ Detaylı bilgi için bkz. Balcı, Soner, Aydoğan ve Yener, *El Kitabı* (n 111) 312-313; Balcı, *Tazminat Davası ve Uygulaması* (n 52) 667 vd.

Bir diğer etken husus ise işçinin ücretidir. Maddi tazminat hesabında yer altı maden işçilerinin aktif dönemi için kanun gereği göz önüne alınması gereken ücret, asgari ücretin iki katından az olamaz. Ayrıca işçinin yer üstünde asgari ücretten daha fazla bir ücret ile çalıştığına yahut çalışabileceğinin kanıtlanabilmesi durumunda, bilinen varken varsayıma gidilmez ilkesi gereğince kanıtlanan ücretin esas alınması gerekir¹¹⁶. Ayrıca maden işçileri gelir vergisinden muaf olduğundan (Gelir Vergisi Kanunu m.23/3)¹¹⁷ ücret netleştirirken gelir vergisi indirimi söz konusu değildir¹¹⁸. Bu halde işçinin sürekli iş göremezlik oranına göre gelir vergisi indirimi söz konusu ise bu durumun da dikkate alınması gerekmektedir. İşçinin iş göremezlik oranı ve tarafların kusuru da etki eden hususlar içerisinde¹¹⁹.

Sonuç

Çalışmanın ilk bölümünde işverenin iş kazası ve meslek hastalığından doğan sorumluluğunun özel hukuktan kaynaklanan sorumluluk, idari sorumluluk ve cezai sorumluluk olabileceği fakat çalışmanın yalnızca özel hukuk sorumluluğu ile sınırlandırıldığı aktarılmıştır. Öğretide sorumluluğun hukuki niteliğini noktasında iki görüş öne sürülmüştür. Kanatımızca, TBK m. 71 ile tehlike sorumluluğunun ayrıca düzenlenmiş olması ve kusur sorumluluğunun asıl kusursuz sorumluluğun ise istisna olması, işverenin iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan sorumluluğunun hukuki niteliğinin kusur esasına dayandığını göstermektedir. Ancak 5510 sayılı Kanun'da sorumluluğun tespitinde kaçınılmazlığın da dikkate alınacağı ifade edilmiştir. Kaçınılmazlık bir ilke olmayıp, borçluyu borcundan kurtaran ya da borçlunun fiili ile ortaya çıkan zarar arasındaki uygun illiyet bağına kesen mücbir sebep ya da umulmayan halin en önemli unsurudur. Bu bakımdan kaçınılmazlık mücbir sebebin bir unsuru olarak kabul edildiğinde, illiyet bağına kesilecektir. Umulmayan halin bir unsuru olarak kabul edildiğinde ise illiyet bağı her zaman kesilmeyecektir. Diğer bir deyişle, mücbir sebepte

¹¹⁶ Aynı yönde bkz. İrfan Taşkın, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat ve Hesaplanması, *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)* İstanbul 2019, 82.

¹¹⁷ "toprak altı işletmesi halinde bulunan madenlerde cevher istihali ve bununla ilgili diğer bütün işlerde çalışanların münhasıran yer altında çalıştıkları zamanlara ait ücretleri gelir vergisinden muaftır."

¹¹⁸ Balcı, Soner, Aydoğan ve Yener, *El Kitabı* (n 111) 313.

¹¹⁹ Ekmekçi, Baysal ve Yayvak Namlı (n 102) 144-150; Balcı, Soner, Aydoğan ve Yener, *El Kitabı* (n 111) 321-323.

kaçınılmazlık objektif, diğer bir ifadeyle herkes için geçerlidir, mutlak bir anlam taşımaktadır. Böylece işverenin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Umulmayan halde ise kaçınılmazlık sübjektif ve nispi nitelik taşımaktadır. Kaçınılmazlık mücbir sebebin yanı sıra umulmayan halin de bir unsuru olarak görüldüğünde, kaçınılmazlık bir indirim nedeni teşkil edecektir. Mutlak anlamda kaçınılmazlık göz önünde bulundurulduğunda, bu durumdan kaynaklanan iş kazalarında işverenin kusursuz kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmalı ve Kurumun işverene rücu etme hakkı ortadan kaldırılmalıdır. Çünkü mutlak kaçınılmazlık, kusuru ortadan kaldıran bir unsur olarak değerlendirilir. Umulmayan halin kaçınılmazlık olarak değerlendirilmemesi gerekir.

İş kazaları ve meslek hastalıkları, maden sektöründe kaçınılmaz bir gerçek olarak zaman zaman gündeme gelse de bu durumun tamamen kaçınılmaz olduğu söylemi, birçok açıdan sorgulanabilir. Her ne kadar jeolojik yapılar, hava koşulları, teknik ekipman arızaları veya insan hataları gibi etkenler kazaların ve sağlık sorunlarının oluşma olasılığını artırsa da bu olguların tam anlamıyla kaçınılmaz olup olmadığı, iş sağlığı ve güvenliği alanındaki çalışmaların etkinliğine, yönetim sistemlerinin gücüne ve teknolojinin gelişimine bağlıdır. İşverenin İSGK 4 vd. maddeleri ve TBK m.417 uyarınca işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için her türlü tedbiri alması gerekmektedir. Mevzuatta öngörülmemen fakat teknolojik gelişmelerin mümkün kıldığı önlemlerin işveren tarafından alınması gerekmektedir. Kazaların önüne geçmek için kullanılan sensörler, otomatik havalandırma sistemleri ve sismik izleme cihazları gibi teknolojiler bu kapsamda değerlendirilebilir. Mutlak anlamda kaçınılmazlığın söz konusu olabilmesi için, ancak tüm bu önlemler alınmış olmasına rağmen iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesi gerekmektedir.

Çalışmada maden işçilerinde görülen pnömokonyoz meslek hastalığı incelenmiştir. Yer altı maden işçileri açısından maruz kaldıkları toz nedeniyle, 32 yıllık bir çalışma süresi sonunda, bu meslek hastalığı üzerinde belirli oranda kaçınılmazlığın etkili olacağı kabul yargı içtihatları ile kabul edilmiştir. 32 yıl formülünün uygulanmasına ilişkin mevzuatımızda bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat bu husus gözden geçirilmeye eleştirilmeye muhtaçtır. Zira her ne kadar madenlerde toza bağlı faktörler hastalık riskini artırsa da bu riskler üzerine bilinçli ve proaktif bir yaklaşım benimsenirse, pnömokonyoz gibi meslek hastalıkları büyük ölçüde engellenebilir. İşveren tarafından toz kontrolü ve havalandırma sistemlerinin etkin kullanılması, işçilere uygun kişisel koruyucu ekipman verilmesi, işçilerin eğitilmesi ve işyerinin denetlenmesi pnömokonyozun önlenmesi açısından önem taşımaktadır. İş sağlığı ve güvenliği uygulamaları ile

pnömokonyoz oranı azaltılabilir. Verilerin yüksek olması denetim ve uygulama yetersizliği ile ilişkilendirilmeli ve 32 yıl formülü gözden geçirilmelidir. 32 yıl kuralı gibi sabit bir süre yerine, dinamik bir bakış açısının daha faydalı olacağı kanaatindeyiz. Sabit bir yıl öngörülmesi yerine; tozun yoğunluğu, maruziyet süresi, çalışma koşulları göz önünde bulundurularak yeniden değerlendirme yapılmalıdır.

Kaynakça

- Akdeniz A, 'İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan Sorumluluğunun Niteliği' (2014) 72 (2) İÜHF 3-29
- -, *Meslek Hastalığı Kavramı Üzerine* (Beta 2015)
- Akkayan Yıldırım A, '6098 sayılı Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu' (2012) 70 (1) İÜHF 203-220
- Akın L 'İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğu Kusur Esasına Dayanır (Karar İncelemesi)' (2014) 28 (3) Çimento İşveren Dergisi 37-46
- -, *İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat* (Yetkin 2001)
- -, *İş Sağlığı Güvenliği ve Alt İşverenlik* (Yetkin 2013)
- Alp N. S, *Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Kapsamında Rücu Davaları* (Seçkin 2018)
- Antalya G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1 (2. Baskı Seçkin Yayıncılık 2019)
- - 'Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler' (2008) 14 (4) MÜFHAD 63-83
- Arslan S, 'İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na Göre İşverenin Genel Yükümlülükleri' (2014) 20 (1) MÜFHAD Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan 767-808
- Aydınlı İ, *İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk* (2. Baskı Seçkin 2021)
- Ataş E, Tuuç Yılmaz P, 'İş Kazalarında İşverenin Sorumluluğu' (2022) (2) SGD 307-326
- Balcı M, *İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları ve Uygulaması* (3. Baskı, Yetkin 2018)
- Balcı M, Soner B, Aydoğan B ve Yener A, *İş Kazası ve Meslek Hastalığı* (Yetkin 2020)
- -, *İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları El Kitabı* (Yetkin 2022)
- Baycık G, 'Sosyal Güvenlik Kurumunun İş Kazası veya Meslek Hastalığından Kaynaklanan Rücu Davalarına Eleştirel Bakış', (2017) 7 (1) Sosyal Güvenlik Dergisi 31-70
- -, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Maden İşçileri* (Yetkin 2006)
- Caniklioğlu N, 'Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri' (2014) Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012 377-477
- -, 'İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Çerçevesinde İşvereni İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğu' (2016) (Prof. Dr. Turhan Esener Armağanı) I. İş Hukuku Uluslararası Kongresi 35-60.
- Cengiz S, *Mücbir Sebebin Sözleşmelere Etkisi* (Seçkin 2021)
- Cengiz İ, 'İşverenin İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğu' (2018) 9 (24) TAAD 123-142

- Civan O, 'İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Rücu Davalarında Sosyal Güvenlik Kurumu Karşısında Sorumluluğun Kapsamı ve Müteselsil Sorumluluk' (2015) 64 (4) AÜHFD 1015-1070
- , 'Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri', Yargıtay'ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi (On İki Levha 2021)
- Demircioğlu A, Şen Kalyon A, 'İşverenin İş Kazalarından Doğan Sorumluluğu ve Kusur Hakkında Karar İncelemesi', (2013) (15), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 33-50
- Doğan Yenisey K 'İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Değerlendirilmesi' 2015 (Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013 7-110
- Ekmekçi Ö, Baysal U ve Namlı Yayvak İ, *Uygulamalı Tazminat Hukuku* (3. Bası On İki Levha 2024)
- Ekmekçi Ö, Köme Akpolat A ve Akdeniz A, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (2. Baskı On İki Levha Yayıncılık 2022)
- Eren F, *Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1974)
- , *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1975)
- Erol İ, 'Ülkemiz Madencilik Sektöründe Görülen Meslek Hastalıklarının İncelenmesi' (2020) 35 (4) Ç.Ü. Müh. Mim. Fak. Dergisi 859-872
- Ertürk Ş, 'Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri', Yargıtay'ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi (On İki Levha 2017)
- Furrer A, Müller-Chen M ve Çetiner B, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha Yayıncılık 2021)
- Gerek N, '6098 sayılı Borçlar Kanununda Öngörülen Tehlike Sorumluluğu' (2011) (24) Sicil İş Hukuku Dergisi 33-41
- Güzel A, Okur A ve Caniklioğlu N, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (19. Baskı Beta 2021)
- Güzel A, Ugan Çatalkaya D 'İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları (Karar İncelemesi)' (2012) 3 (34) Çalışma ve Toplum 157-173
- Karataş H, *İş Kazası ve Meslek Hastalığında İşverenin Hukuki Sorumluluğu* (Seçkin 2019)
- Kayırgan, H, *Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler* (2. Bası On İki Levha 2021)
- Kemal Tahir Gürsoy, 'İşverenin Sorumluluğu' (1974) 31 (1-4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 185-198
- Kenan T, Centel T, *İş Hukukunun Esasları* (6. Baskı Beta 2013)
- Kılıçoğlu A M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. Bası Turhan Kitabevi 2016)
- , *Sözleşme Dışı Sorumluluk* (C.1 Turhan Kitabevi 2002)

- Koyuncu Y, 'Rücu Davalarında Kaçınılmazlık İlkesinin Etkisi ve Uygulaması' (2022) 47 Sicil İş Hukuku Dergisi 131-151
- Korkusuz M. H, 'Tehlike Sorumluluğunun Hukukumuzdaki Yeri' (2010) 15-16 (22 24 24 25) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 89-99
- Mollamahmutoğlu H, Astarlı M, Baysal U, *İş Hukuku* (Lykeion Yayınları 2022)
- Narter S, *İş Kazası ve Meslek Hastalığında Hukuki ve Cezai Sorumluluk* (4. Bası Adalet 2021)
- Nomer, H, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (19. Baskı, Beta 2021)
- Oğuzman M, Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2* (Vedat Kitapçılık 2022)
- Oğuzman, K 'İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan İşverenin Sorumluluğu' (1968) 34 (1-4) 322 - 342
- Özdemir N, 'Her Meslek Hastalığına 32 Yıl Formülünün Uygulanması Doğru mudur?' (2010) Ali Güneren'e Armağan, İstanbul
- Ronsmans S, Nemery, 'Pneumoconiosis in Coal Miners: Anthracosilicosis after All?' (2022) 19 (9) Ann Am Thorac Soc 1451-1452
- Saraç S, *Türk Borçlar Kanunu'nda Tehlike Sorumluluğu* (On İki Levha Yayıncılık 2013)
- Sarı G, 'Coal Workers' Pneumoconiosis a Comparative Analysis of Lignite and Hard Coal Mine Workers' (2022) 7 (3) ESTÜDAM Halk Sağlığı Dergisi 497-505
- Sarıbay Öztürk G, *İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları* (Beta 2015)
- Seratlı G, *İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı* (Yetkin 2003)
- Sümer H. H 'İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Konuya İlişkin Yargıtay Görüşünün Değerlendirilmesi' Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedeni Zararların Tazmini Esasları ve Usulü Kongresi (2013) Ankara Barosu 65- 90
- Süzek S 'İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat' (2010) Ali Güzel'e Armağan, C.1, 2010, 705-706.
- Süzek S, Başterzi S, *Bireysel İş Hukuku* (24. Bası Beta 2024)
- Şafak Sarıkaya E. E, *Teorik Boyutuyla İfa İmkansızlığı* (On İki Levha 2022)
- Tandoğan H, *Kusur Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku* (Turhan Kitabevi 1981)
- -, *Türk Mes'uliyet Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2010)
- Taşkent S, Sarıbay Öztürk G, Mutlay F, *İş Hukukunun Temel Yasaları* (Beta 2015)
- Taşkın İ, *İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat ve Hesaplanması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)* İstanbul 2019, 82.
- Tekinay S. S, 'İş Kazalarından ve Meslek Hastalıklarından Dolayı İşverenin Sorumluluğunun Sınırlaması Meselesi' (1968) (3) MHAD 78-91

- Tuncay A 'Kurumun İşverene Rücuu-Olayda Kaçınılmazlık Durumu', (2006) (4) Sicil İş Hukuku Dergisi 183-188
- Tuncay A, Ekmekçi Ö ve Gülver E, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri* (22. Baskı Beta 2023) 392
- Uluslan İ, *Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Sorumluluğu* (Kazancı Hukuk Yayınları 1990)
- Yıldız G, '*İşverenin İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğu*', (2010) 86 Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Toprak İşveren Dergisi 8-16
- Yiğit B, *Genel Tehlike Sorumluluğu* (Seçkin Yayıncılık 2022)
- Yücel Ö, *Türk Borçlar Kanununa Göre Tehlike Sorumluluğu* (Seçkin 2014)
- Whitaker P. J 'Coal Workers' Pneumoconiosis and the Compensation Dilemma' (1981) 23 (6) Journal of Occupational Medicine 422-600

Genel İşlem Koşulları İçerik Denetiminde Toplama ve Dengeleme Etkilerinin Kapsamı ve Türlerine İlişkin Bir İnceleme^(*)

Doç. Dr. Doğa Ekrem DOĞANCI^(**)

Öz

Bir genel işlem koşuluna içerik denetiminin yürütümüne ilişkin değerlendirmede sözleşme dışı ve içi çeşitli olgular dikkate alınmakta olup bunlar arasında dengeleme ve toplama etkileri de yer almaktadır. Buna göre sözleşme kayıtları toplanarak karşı taraf aleyhine sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükler arası bir dengesizliğe sebebiyet verebilirler veya tam tersi bunlardan birinin karşı tarafın menfaatine aykırı olan etkileri, diğerinin karşı taraf lehine etkileri ile dengelenebilir.

Hukuki ihtilafta söz konusu etkilerin türü ve kapsamının tespiti, özellikle kapsamlı ve karmaşık sözleşme yapılanmalarında özenli ve bazen çok sayıda inceleme yapılmasını gerektirebilmektedir. Dengeleme ve toplama etkilerinin varlığı kabul edilmekle birlikte bunların içerik denetimi yürütümündeki dogmatik yerleri, birbiriyle ilişkileri, kapsamaları, sınırları ve bu etkilerin türleri Türk hukuku öğretisinde henüz müstakil bir akademik çalışmaya konu olmamıştır. Uygulamada verilen kararlarda ise sözleşme hükümleri arası toplama ve dengeleme etkilerinin sıklıkla açıkça inceleme konusu dahi yapılmadığı görülmektedir. Oysa toplama ve dengeleme etkilerine ilişkin hukuki belirsizliğin giderilmesi, içerik denetiminin gereği gibi yürütümü ve karşı tarafın etkili şekilde korunması açısından kritik önem taşır.

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 05.02.2025 - Kabul Edildiği Tarih: 04.05.2025.

Atıf Şekli: Doğa Ekrem Doğancı, 'Genel İşlem Koşulları İçerik Denetiminde Toplama ve Dengeleme Etkilerinin Kapsamı ve Türlerine İlişkin Bir İnceleme' (2025) 15(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 819, 900.

DOI: 10.52273/sduhfd..1633855.

(**) Sakarya Üniversitesi İşletme Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Sakarya, Türkiye.

E-posta: ddoganci@sakarya.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8771-0907>.

Bu çalışma ile toplama ve dengeleme etkilerine ilişkin belirsizliğin giderilmesine katkı sağlanması amaçlanmaktadır. Bu kapsamda öncelikle içerik denetimi hakkında genel bilgiler aktarılmıştır. Daha sonra toplama ve dengeleme etkisi ile bunların içerik denetiminin yürütümünde yerleri irdelenmiştir. Takiben bunların türleri hakkında açıklamalar paylaşılmıştır. Nihayet bunların kapsam ve sınırları tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Genel İşlem Koşulu, İçerik Denetimi, Türk Borçlar Kanunu m. 25, TKHK m. 5.

An Analysis of the Scope and Types of Aggregation and Balancing Effects in the Content Control of General Terms and Conditions

Abstract

In assessing the conduct of a content audit of a general term, various extra-contractual and intra-contractual facts are taken into account, including balancing and aggregation effects. Accordingly, contractual provisions may aggregate and cause an imbalance between contractual rights and obligations to the detriment of the customer, or vice versa, the effects of one of them contrary to the interests of the customer may be balanced by the effects of the other in favor of the customer.

Determining the scope and type of such effects in a legal dispute, especially in comprehensive and complex contractual structures, requires meticulous and sometimes multiple examinations. Although the presence of aggregation and balancing effects is acknowledged, their doctrinal place in content control, their interrelations, scope, limitations, and types have not yet been the subject of an independent academic study in Turkish legal scholarship. In practice, judicial decisions often do not explicitly analyze the aggregation and balancing effects of contract clauses. However, addressing the legal uncertainty surrounding these effects is crucial for the proper execution of content control and the effective protection of the customer.

This study aims to contribute to resolving the ambiguity regarding aggregation and balancing effects. In this context, general information on content control will first be provided. Subsequently, the aggregation and balancing effects and their role in the execution of content control will be examined. This will be followed by explanations regarding their types will be presented. Finally their scope and limitations will be discussed.

Keywords

Standard Terms and Conditions, Content Control, Turkish Code of Debts Art. 25, Consumer Protection Law Art. 5

Extended Summary

Content control, where the most intense interference with the freedom of contract takes place, constitutes the final stage of the standard terms and conditions review mechanism. Among the factors that may be considered in content control, aggregation and balancing effects concerning the mutual interaction of contractual provisions hold particular significance. The aggregation effect implies that contract clauses, when combined, may result in an imbalance in rights and obligations arising from the contract to the detriment of the customer. The balancing effect, on the other hand, considers interactions between contract clauses, where a general term that is disadvantageous to the customer may be counterbalanced by another general term that is favorable to the customer.

Although the presence of aggregation and balancing effects in content control is acknowledged in legal scholarship, their doctrinal position, interrelations, scope, limitations, and types have not been the subject of an independent study so far. In the decisions rendered in practice, it is observed that the aggregation and balancing effects between the provisions of the contract and the mentioned facts are often not even discussed. However, addressing the legal uncertainty regarding aggregation and balancing effects is critical for the proper execution of content control and the effective protection of the customer. Ignoring these effects may lead to the emergence of unfair standard terms violating the principle of good faith. This study aims to contribute to the elimination of uncertainty regarding the aggregation and balancing effects.

This study first provides general information on content control. In the study, it is stated that a three-stage content control examination model can be taken as a basis for evaluation. According to the three-stage content control examination model; the first stage involves identifying any disproportionality in rights and obligations within the contract. The second stage examines whether this disproportionality is significant (manifest). The final stage assesses whether the identified disproportionality is counterbalanced by other contract clauses favorable to the customer. In this three-stage model, the aggregation effect is considered in the second stage, while the balancing effect is examined separately in the final stage.

The types of aggregation and balancing effects are categorized under a dual distinction of intra-clause and extra-clause effects. Typical intra-clause aggregation and balancing effects consider the material impacts of a general term on the customer's financial interests. Atypical intra-clause aggregation effects, however, take into account both the material and formal (clarity and comprehensibility) effects of a general term. Two subtypes of atypical intra-clause aggregation effects are: (1) contract clauses that, while unfavorable to the customer, do not result in manifest disproportionality, and (2) clauses that are beneficial to the customer.

The net effect obtained from the analysis of intra-clause provisions serves as the basis for the execution of content control. However, in assessing the existence of manifest disproportionality, extra-clause aggregation and balancing effects are also considered. Extra-clause aggregation effects are categorized into: (1) aggregation effects between

general terms, and (2) aggregation effects arising from the interaction between an individual contract clause and a general term. In this study, the following manifestations of inter-general term aggregation effects are examined: isolated aggregation effect, infection-based aggregation effect, negligible aggregation effect, and mass-level negligible aggregation effect.

Extra-clause balancing effects, on the other hand, are analyzed under the dual distinction of legal balancing and economic balancing effects. While legal balancing is the primary consideration, economic balancing is an exception. The study also provides examples of exceptional applications where economic balancing effects are accepted under different criteria and distinctions.

Finally the scope and limitations of the aggregation and balancing effects will be discussed. For these effects to be assessed in content control, the contract clause under review must directly or indirectly affect the customer's interests. In the context of balancing effects, a contract clause can be taken into account if: (1) it results in a tangible improvement for the customer, (2) the balancing effect is strong enough to neutralize the adverse effects of the other clause, and (3) there is a strong internal (material) connection between the clauses being compared. In aggregation effects, it is required that: (1) there are contract clauses that create adverse effects for the customer, and (2) these clauses have an internal material connection. Unlike balancing effects, aggregation effects require a lower threshold for material connection.

In determining the scope of aggregation and balancing effects, all contract clauses, including individual clauses, may be considered. However, the scope and criteria differ between aggregation and balancing effects. Individual contract clauses play a much more limited role in balancing effects compared to aggregation effects. The considerability of individual contract terms in the balancing effect is controversial, especially in the context of balancing by price advantage. The study argues that the price reduction argument (economic equalization) should be exceptionally accepted for various reasons.

Another limitation of balancing effects is that general terms which are deemed to be explicitly contrary to the principle of good faith, whether in absolutely or relatively prohibited terms. An absolutely prohibited general term will not be subject to the balancing effect. An relatively prohibited general term, however, must be evaluated in the concrete case. Should the assessment conclude that it is invalid, it will no longer be validated by the balancing effect. Conversely, if it is concluded that it is valid, it will remain valid without the need to subject it to the balancing effect.

Giriş

İçerik denetimi, kapsam, yorum ve saydamlık denetimlerinden sonraki genel işlem koşulu¹ denetim mekanizmasının² son halkasını³ teşkil eder. İçerik

¹ Çalışmada tercih edilen birtakım terminolojik tercihler burada kısaca aktarılmıştır. Öncelikle Türk Borçlar Kanunu (Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836. Çalışmada “TBK” şeklinde anılacaktır) m. 20 f. 1’de genel işlem koşulunu “düzenleyen” ifadesine yer verilmiştir. Bununla birlikte düzenleyen bir kişinin sözleşmenin bir tarafı dışında bir üçüncü kişi olması mümkündür. Değinilen durum dikkate alınarak terminolojik olarak “kullanıcı” ifadesi tercih edilmiştir. Bu konuda örneğin bkz. Yeşim M Atamer, ‘Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi - TKHK M. 6 ve TTK M. 55, F. 1 ile Karşılaştırmalı Olarak’ in Başak Şit (ed), *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu 08.04.2011* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2012), 15; Ayşe Havutçu, ‘İfa Engelleri ve Hukuki Sonuçları, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi’ (2011) (2) İzmir Barosu Dergisi 29, 33; Ersun O Civan, *Genel İş Koşulları* (Beta 2015) 17; Yeşim M Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi* (2. Baskı, Beta 2001), 6; Murat Aydoğdu, *Türk Borçlar Hukuku’nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetimi* (Seçkin 2014) 35; Murat Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (2. Baskı, Adalet 2023), § 20 para 43; Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması* (n 1) 7; Ayşe Havutçu, *Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması* (Güncel 2003) 16. Kullanıcının muhatapı için ise TBK m. 20 vd.’daki terminolojiye uygun şekilde “karşı taraf”, “muhatap” ifadeleri çalışmada kullanılmıştır. Yine bu çalışmada kullanılan “standart sözleşme” ifadesi, genel işlem koşullarıyla eş anlamlı değildir. Genel işlem koşulu standart sözleşmenin içeriğini meydana getiren sözleşme kayıtlarını ifade etmek üzere bu çalışmada kullanılmıştır. Bu yönde örneğin bkz. Murat Topuz, *Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi* (3. Baskı, Seçkin 2023) 173 dn. 422; Osman Açıkgözbkz *Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları* (On İki Levha 2013) 172.

² Baskın yaklaşım genel işlem koşulu denetimini sıralı şekilde ilerleyen kapsam, yorum ve içerik denetimi olarak üç aşamalı şekilde yürütmektedir. Bu konuda örneğin bkz. Murat Topuz, ‘6098 sayılı Türk Borçlar kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi’ in Tufan Öğüz (ed), *Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan* (Filiz, 2013) 1138, 1143; Atilla Altop, *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi*, *Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Reyegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı* (İstanbul Hukuk Fakültesi 2007) 257; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *(Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı) Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş- Hukuki İşlem-Sözleşme* (7. Baskı, Filiz 2008) § 23, Para 10; Atamer, ‘Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi’ (n 1) 11; Mehmet Akçaal, ‘Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Koşullarına dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme’ (2014) 18 (1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 49, 55; Civan (n 1)160 vd. Öğretide genel işlem koşulu denetimini daha fazla ara aşama ile sıralı bir şekilde inceleyen diğer bazı eserler için örneğin bkz. Gökhan O Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/ 1,1* (2. Baskı, Seçkin 2019) 521 vd.; Andreas Furrer, Markus Müller-Chen ve Bilgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2. Baskı, On İki Levha 2022) para 211 vd. Doğa E Doğancı, *Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Denetimi* (On İki Levha 2018), 97 vd. Katılmış olduğumuz son eserdeki görüş ve gerekçelere göre: Kapsam ve yorum denetimlerinden sonra ve klasik gönümü ile içerik denetiminden önce, özgün bir denetim (içerik denetiminin özel bir görünümü) olan saydamlık denetimi uygulanır (s. 453 vd.).

³ Michael Coester, ‘Vorbem. zu §§ 307-309, §BGB §307’ in Micheal Martinek (ed), *J. von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*

denetimi, bu denetim mekanizması içinde yargısal müdahale sonucu irade serbestisine (sözleşme düzenleme özgürlüğüne) en yoğun müdahalenin gerçekleştiği⁴ bir hakkaniyet denetimidir⁵. İçerik denetiminin düzenlendiği TBK m. 25'te: "Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz" şeklinde ifade edilmiştir. Bunun gibi tüketici standart sözleşmelerde içerik denetiminin yer aldığı TKHK m. 5 f. 1 vd.⁶ ile onun mehzazını oluşturan Yönerge'de⁷ dürüstlük

Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse (15. Baskı, Gruyter Sellier 2013), Vor. zu § 307, para 19; Erdem Büyüksagis, 'İçerik Denetiminin Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleriyle Sınırlanması Üzerine: Mostaza Claro'nun Düşündürdükleri' (2013) 8 (Özel Sayı Prof. Dr. Aydın Zevkililer' e Armağan) Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, 675, 678; Atamer, 'Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi' (n 1) 11; Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulu Denetimi* (n 1)100; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 489. Yargıtay'da bir kararında (Yargıtay 11 HD, 9764/4814, 28.04.2016) genel işlem koşulu denetiminin sıralı işleyişi şu şekilde ifade edilmiştir: "... öncelikle TBK'nın 21, 22 ve 23. Maddeleri çerçevesinde değerlendirilip sonuca göre karar verilmesi gerekirken yanılıklı değerlendirme ile TBK'nın 25. Maddesine göre değerlendirilmesi de doğru görülmemiştir..." (Haluk N Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (20. Baskı, Beta 2024) para 50a. 1, dn 266'dan naklen).

⁴ Marcus Stoffels, *AGB Recht* (3. Baskı, Beck 2015) para 264; Coester (n 3) BGB §307, para 8.

⁵ Stoffels (n 4) para 460; Andreas Fuchs, 'Vorbemerkungen zur Inhaltskontrolle, BGB §307' in Marcus Bieder et al (eds), *Ulmer Brandner Hensen AGB-Recht Kommentar* (12. Baskı, Ottschmidt 2016), Vor BGB §307 para 2; Lorenz Fastrich, *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht* (Beck 1992). 9; Topuz, *Finansal Kiralama* (n 1) 187.

⁶ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (Kanun Numarası: 6502, Kabul Tarihi: 7.11.2013, RG 28.11.2013/28835. Çalışmada "TKHK" şeklinde anılacaktır) m. 5'te: "Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır. (f. 1), Tüketicisiyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür...(f. 2); Bir sözleşme şartının haksızlığı; sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenir (f. 6), Sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmak koşuluyla, hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz (f. 7)" şeklinde ifade edilmiştir. Bunun gibi Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik, RG 17.06.2014/29033 ihdas edilmiştir. Çalışmada "TSHŞY" şeklinde anılacaktır. TSHŞY EK-1'de ise çeşitli haksız şart örneklerine yer verilmiştir.

⁷ Avrupa Konseyi'nin 93/13/EEC numaralı 5.04.1993 tarihli "Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlara İlişkin Yönergesi" (Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 "On Unfair Terms In Consumer Contracts"), bu çalışmada "Yönerge" şeklinde anılacaktır. Yönerge m. 3 f. 1: "Bireysel olarak müzakere edilmeyen bir sözleşme koşulu, dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde, tüketici aleyhine, sözleşmeden doğan hakları ve yükümlülüklerin dağılımında önemli ölçüde ve adil olmayacak tarzda oransızlık meydana getirdiği hallerde, kötüye kullanılabilir bir koşul olarak nitelendirilir". Yönerge m. 4' de ise: "...bir sözleşme koşulunun haksızlığının de-

kuralı, bir ölçüt olarak kabul edilmiştir. Ticari standart sözleşmelere yönelik bir haksız rekabet hali olarak bir içerik denetimi ise 19.12.1986 tarihli eUWG Art. 8⁸'e benzer şekilde TTK m. 55 f. 1 f'de⁹ yer almaktadır¹⁰. İçerik denetimi yürütümünde ve değinilen düzenlemelerde merkezi ölçüt olarak dürüstlük kuralı esas alınmaktadır. Buradaki değerlendirmede, sözleşme dışı ve içi çeşitli olgular

ğerlendirilmesinde sözleşme konusu mal ve hizmetin niteliği, sözleşmenin yapıldığı andaki ve yapılmasını sağlayan tüm şartlar ve sözleşmenin veya onun bağlı olduğu başka bir sözleşmenin diğer tüm koşulları dikkate alınır (f. 1). Koşullarının haksız niteliğinin değerlendirilmesinde ne sözleşmenin ana konusunun tanımıyla ne de değişime konu olan mal veya hizmetlerin karşılığı olarak ödenen ücret veya bedelin uygunluğu ile irtibatlandırılmazlar, meğer ki bu koşullar açık ve anlaşılır bir dil ile yazılmış olsun (f. 2)" şeklinde ifade edilmiştir.

⁸ 1988 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu -Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), AS Referenz: AS 1988 223, Inkrafttreten: 1.3.1988, Beschluss: 19.12.1986 (çalışmada "eUWG" şeklinde anılacaktır)- §8'de: "özellikle kim yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine a) Doğrudan doğruya veya kıyas yoluyla uygulanabilecek yasal düzenlemeden önemli ölçüde sapan veya b) Sözleşmenin doğasına önemli ölçüde ters düşen hak ve yükümlülük dağılımı öngören önceden formüle edilmiş genel işlem koşullarını kullanırsa, haksız rekabet etmiş olur" şeklinde ifade edilmektedir. İsviçre hukukunda revizyondan sonra: 2011 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu -Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), AS Referenz: AS 2011 4909, Inkrafttreten: 1.4.2012, Beschluss: 17.6.2011 (çalışmada "UWG" şeklinde anılacaktır)- §8'de ise şu şekilde ifade edilmiştir: "Haksız rekabet özellikle, dürüstlük kurallarına aykırı nitelik taşıyan ve tüketiciler aleyhine, tarafların sözleşmeden doğan haklarını ve yükümlülüklerinin dağılımında önemli derecede ve adil olmayacak ölçüde oransızlık meydana getiren genel işlem koşullarının varlığı halinde mevcut sayılabilir".

⁹ Türk Ticaret Kanunu (Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.1.2011, RG 14.2.2011/27846. Çalışmada "TTK" şeklinde anılacaktır) m. 55 f. 1- f'de ise: "Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak, özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine; 1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya 2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğü aykırı davranmış olur" şeklinde aktarılmaktadır.

¹⁰ Bu bağlamda her ikisi de genel işlem koşullarını konu alabilmekle birlikte sözleşme hukuku bakış açısı ile haksız rekabet hukuku bakış açısı örtüşmeyebilir. Her ikisi arasında amaç, yaptırım vb. farklılık bulunmaktadır. Bu konuda örneğin krş. Thomas Probst, 'UWG Art. 8' in Peter Jung (ed), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)* (3. Baskı, Stämpfli Verlag AG 2023), UWG Art 8 para 418. Diğer taraftan ticari standart sözleşmelere TBK m. 20 vd.'nin uygulanabilirliği tartışmalıdır. Baskın görüş ticari standart sözleşmelere de içerik denetiminin (TBK m. 25)'in uygulanabileceğini ileri sürer. Ancak değinilen görüş, içerik denetiminde sözleşmenin karşı tarafının (basiretli olması beklenen) bir tacir olduğunu dikkate alınarak müdahalenin çıtasının yükseltilebileceğini belirtmektedir. Bu yönde örneğin bkz. Yeşim M Atamer, 'Genel İşlem Koşulu mu, Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurulabilecek Değerlendirme Kriterleri' in Çiğdem Kırca (ed), *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu* (Vedat 2013) 103. Bu konudaki çeşitli görüşler hakkında açıklamalar için örneğin bkz. Gökhan O Antalya ve Doğa E Doğancı, Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının, Bunun TBK m. 20 vd.'daki Görünümlerinin ve TTK m. 55f.1 f ile TBK m. 20 vd.'nın Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi' (2018) 24 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 823, 836 vd.

dikkate alınmakta olup bunlar arasında bu incelemenin konusunu teşkil eden dengeleme ve toplama etkileri de yer almaktadır.

Özellikle kapsamlı ve karmaşık sözleşme yapılanmalarında toplama ve dengeleme etkilerin türü ve kapsamının tespiti, özenli ve bazen çok sayıda inceleme yapılmasını gerektirebilmektedir. Türk hukuku öğretisinde toplama ve dengeleme etkileri, henüz müstakil bir akademik çalışmaya konu olmamıştır. Uygulamada verilen kararlarda ise bu etkilerinin sıklıkla açıkça inceleme konusu dahi yapılmadığı görülmektedir. Oysa toplama ve dengeleme etkilerinin içerik denetimi yürütümündeki dogmatik yerleri, bunların birbiriyle ilişkileri, kapsam-ları, sınırları ve bu etkilerin türleri cevaplandırılması gereken sorulardır. Söz konusu sorulara ilişkin hukuki belirsizliğin giderilmesi, içerik denetiminin gereği gibi yürütümü ve karşı tarafın etkili şekilde korunması açısından kritik önem taşır. Bu etkilerin göz ardı edilmesi ise dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu kullanımlarını teşvik edebilir. Bu inceleme ile toplama ve dengeleme etkilerine ilişkin belirsizliğin giderilmesine katkı sağlanması amaçlanmaktadır.

Aşağıda öncelikle içerik denetimi hakkında genel bilgiler aktarılmıştır. Bu bağlamda çalışmanın kapsamını genişletmemek üzere açıklamalarda esas itibarıyla TBK m. 25 ve tamamlayıcı olarak TKHK m. 5 hükümleri (ilgili yerlerde değerlendirilmeye ilişkin farklarına işaret edilerek) birlikte ele alınacaktır. Burada sözleşmenin karşı tarafının tabi olduğu kesime göre sözleşmedeki menfaat durumuna ve bunların karşılaştırılmasına ilişkin içerik denetiminde varılabilecek sonuçların değişebileceği göz ardı edilmemelidir¹¹. Yine çalışmanın kapsamını genişletmemek üzere içerik denetiminin hukuk sonuçları, kısmi kesin hükümsüzlük (TBK m. 22), bunun hukuki niteliği ve sözleşmesinin geri kalanına etkileri, sözleşmenin tamamlanması gibi hususlar inceleme konusu yapılmamıştır¹².

¹¹ Ticari bir ilişkide tacir veya esnaf olan sözleşmenin karşı tarafı açısından sakınca oluşturmayabilecek içerik denetimine konu bir genel işlem koşulunun, bir tüketici standart sözleşmeye konu olması durumunda içerik denetimi sonucu geçersizliği gündeme gelebilir. Bu konuda örneğin krş. Christian Grüneberg, 'BGB §307', *Palandt Otto Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (71.Baskı, Beck 2010) BGB §307 para 8; Coester (n 3) BGB §307 para 112; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 486, 514; Füsün N Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku* (On İki Levha 2016) 367. Aynı durum farklı alandaki sözleşme muhatapları için de geçerli kabul edilebilir. Örneğin bir genel iş koşuluna yönelik yapılacak içerik denetiminde esas alınacak objektif model kişi açısından farklı işçi gruplarının arasında farklı alt ayrımlar yapılabileceği yönünde bkz. Stoffels (n 4) para 474; Civan (n 1) 268, 270, 279.

¹² Bir görüş içerik denetiminin hukuk yaptırımının klasik anlamda kesin hükümsüzlük olduğunu ileri sürer. Bu görüş hakkında yapılan açıklamalar için örneğin bkz. Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 518; Ayşe Havutçu, 'Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu,

Çalışmanın devamında toplama ve dengeleme etkileri genel olarak tanımlandıktan sonra bunların içerik denetimi yürütümündeki yerleri ve birbirleriyle ilişkileri irdelenmiştir. Takiben bu etkilerin türleri, hüküm içi ve dışı olmak üzere ikili bir ana ayırım altında paylaşılmıştır. Çalışma genelinde öğretide varlığı, dogmatik yeri ve özellikle içerik denetimi ile olan ilişkin çok tartışmalı olan saydamlık denetimi ayrıca inceleme konusu yapılmamıştır. Saydamlık denetimine ilişkin özellik taşıyan bazı hususlara ise sadece “Kitlesele Göz Ardı Edilebilecek (Bagatell) Seviyede Toplama Etkisi” ve “hüküm içi atipik toplama etkisi” başlıklarında değinilmekle yetinilmiştir. Bunun haricinde çalışma genelinde (saydamlık denetiminin içerik denetiminin kendine özgü bir görünümü olduğu görüşü kabul edilmesi durumunda)¹³ klasik görünümüyle içerik denetimi esas alınmış ve bu kapsamda bir sözleşme kaydının saydamlığı içerik denetimine konu madde anlamda menfaate aykırılığı ağırlaştırıcı bir olgu olarak ele alınmıştır¹⁴. Çalış-

Sözleşmenin Kurulması, Haksız Fiiller, Sebepsiz Zenginleşme’, (2005) 3 (34) Legal HD, 3613, 3621; Diğer bir görüşe göre ise TBK m. 25’te kısmi hükümsüzlük sözleşmenin karşı tarafı yönünden esnetilmiş olup sadece o sözleşmenin geçersizliğini ileri sürebilir. Bu görüş hakkında yapılan açıklamalar için örneğin bkz. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel* (n 3) para 50a.1; Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (n 1) § 25, para 28 vd; Doğancı (n 2) 392 vd. İçerik denetiminde kısmi kesin hükümsüzlük yaptırımı hakkında değerlendirmeler için örneğin Bkz. Akın Ünal ve Emre Köroğlu, ‘Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetiminin Sonuçları’ (2019) (13) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 523, 527 vd., 533 vd.

¹³ Katıldığımız görüşe göre saydamlık denetimi, yorum denetiminden sonra içerik denetiminde önce uygulanan, kendine has uygulama alanı olan kendine özgü bir denetim şeklidir. Bu görüşe göre karşı taraf aleyhine olma (TBK m. 25) durumu, geniş yorumlanmalıdır. Saydamlık denetiminde bir genel işlem koşulunun saydam olmaması, belli durumlarda tek başına onun geçersizliğine sebebiyet verebilir. Buna karşılık klasik anlamda içerik denetiminde genel işlem koşulunun saydam olmaması sadece karşı taraf aleyhine olma durumunu ağırlaştırıcı bir olgu olarak dikkate alınır. Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. Doğancı (n 2) 434 vd, 439 vd, 468 vd. Klasik görünümüyle içerik denetimi ve saydamlık denetiminin birbirinden farklılığı ortaya konulurken yapılan kuruluş saydamlığı ve uygulama saydamlığı ayrımı hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Doğancı (n 2) 52 vd, 60 vd.; Thomas Pfeiffer, “§ 305, 305a 307, 310 Abs. 1,3, *Wolf/ Lindacher/ Pfeiffer AGB-Recht Kommentar* (6.Baskı, Beck 2013) BGB §307 para 237; Fastrich (n 5) 321 ff; Coester (n 3) BGB §307 para 176. Genel işlem koşullarında saydamlık denetimi ile RHK ve TTK m. 55 f. 1 f ‘in ilişkileri ve birlikte uygulanabilirliğine ilişkin örneğin bkz. Gökhan O Antalya ve Doğa E Doğancı, ‘Saydamlık Kuralı Bağlamında Genel İşlem Koşulu Denetimi Yönünden Rekabet Hukukunda Koşul Rekabeti ve Rekabet İhlalinin Değerlendirilmesi (I. Bölüm)’ (2018) (16) Legal Hukuk Dergisi, 5507, 5507 vd; Gökhan O Antalya ve Doğa E Doğancı, ‘Saydamlık Kuralı Bağlamında Genel İşlem Koşulu Denetimi Yönünden Rekabet Hukukunda Koşul Rekabeti ve Rekabet İhlalinin Değerlendirilmesi (I. Bölüm)’ (2018) (17) Legal Hukuk Dergisi, 53, 53 vd.

¹⁴ Krş. Lerch D Kent, *Die Sprache des Rechts Band I: Recht verstehen* (Walter de Gruyter 2004) 278 ff; Jürgen Basedow, ‘Transparenz als Prinzip des Versicherungsvertragsrecht’ (1999) (25) VersR, 1045, 1049 ff; Peter Präve, ‘Versicherungsbedingungen und Transparenzgebot’ (2000) 4 VersR, 138, 142 ff; Eckart Gottschalk, ‘Das Transparenzgebot und allgemeine Geschäftsbe-

manın sonunda ise toplama ve dengeleme etkilerinin kapsamı ve sınırları tartışılmıştır.

I. Genel Olarak İçerik Denetimi

TBK m. 25'te öğretide kullanılan farklı terminolojilerle teknik, açık, genel, klasik anlamda içerik denetimi söz konusudur¹⁵. Bu anlamda sözleşme özgürlüğünün doğrudan/dış sınırını oluşturan¹⁶ kişilik haklarına, ahlaka, emredici hukuk kurallarına aykırılık teşkil etmeyen bir genel işlem koşulu içerik denetimine tabi tutulabilir¹⁷. Öğretide içerik denetimi bir hakkaniyet denetimi veya hukuksal kontrol olarak nitelendirilmektedir¹⁸. İçerik denetimi ile amaçlanan, kullanıcının tek taraflı sözleşme içeriğini düzenleme özgürlüğünü kullanması neticesinde irade özgürlüğü zedelenen sözleşmenin karşı tarafının korunmasıdır¹⁹.

İçerik denetiminin kurumsal dayanağı objektif ve genel bir ölçüt olarak²⁰ dürüstlük kuralıdır (TKB m. 25; TKHK m. 5 f. 1)²¹. İçerik denetimi, sözleşme öz-

dingungen' (2006) 4 Archiv für die civilistische Praxis, 555, 585 ff; Doğancı (n 2) 370 vd. Yine Yönerge Art. 3 f. 1 (TKHK m. 5 f. 1)'e ilişkin bu yönde krş. Basedow (n 14) 1049; Schmidt S Morsbach, *Die Missbräuchlichkeitskontrolle Allgemeiner Geschäfts- und Versicherungsbedingungen in Verbraucherverträgen* (Peterlang 2011) 267, dn 14'de yer alan eserler; Lilian Gutkin, *Die Europäisierung der AGB- Kontrolle von Preisänderungsklauseln* (Duncker & Humblot 2018) 108 ff; Doğancı (n 2) 374 vd.

¹⁵ Krş. Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 509; Civan (n 1) 211 vd; Havutçu, *Açık İçerik Denetimi* (n 1) 154; Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (n 1) § 25, para 5.

¹⁶ Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 381, 405; Kemal M Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1* (22. Baskı, Vedat 2024) 514.

¹⁷ Nitekim TBK m. 25'in madde gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: "Maddede yapılan düzenleme ile ahlaka aykırılık ölçüsünde olmasa bile, öğretide dürüstlüğe aykırı olarak nitelendirilen bu tür davranışların, genel işlem koşulları alanında önlenmesi amaçlanmıştır" (Türk Borçlar Kanunu (6098)-Madde Gerekçesi<www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 10 Eylül 2024).

¹⁸ Krş. Stoffels (n 4) para 8, 460; Fuchs (n 5) Vor BGB §307 para 2; Fastrich (n 5) 9; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 509; Topuz, *Finansal Kiralama* (n 1) 194; Havutçu, *Açık İçerik Denetimi* (n 1) 41.

¹⁹ Ulmer ve Habersack (n 149) Einleitung para 48; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 1.

²⁰ Fastrich (n 5) 24; Fuchs (n 5) Vor BGB §307 para 4; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 511 vd; Lale A Sirmen, 'Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi' in Başak Şit (ed), *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu* 08.04.2011 (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2012) 122.

²¹ TBK m. 25 (TKHK m. 5), TMK m. 2'nin özel bir uygulama halidir. İçerik denetiminin kurumsal dayanağına ilişkin benimsenecek görüş dahilinde dürüstlük kuralı (TMK m. 2 f. 1) veya hakkın kötüye kullanılması (TMK m. 2 f. 2) yasağına ilişkin teorilerden genel işlem koşullarının niteliği ve içerik denetiminin amacı gözetilerek yararlanılabilir. Bu konuda krş. Ömer Çınar, *Tüketi-*

gürlüğüne sonradan müdahale eden, istisnai bir denetimdir. Bu bağlamda dürüstlük kuralı ölçütü dahilinde yapılan değerlendirmede irade serbestisine müdahalenin ölçülü olması gereği gözetilmelidir. Katıldığımız görüşe göre burada dürüstlük kuralı ile kastedilen²² hakkın kötüye kullanılması²³, daha somut olarak sözleşme özgürlüğü ilkesinin kötüye kullanılmasıdır²⁴. Buna göre içerik deneti-

ci Hukukunda Haksız Şartlar (On İki Levha Yayıncılık 2009) 138; Civan (n 1) 230; Coester (n 3) BGB §307, para 8. Genel olarak TMK m. 2'nin olayların niteliğine göre farklı uygulanabileceği yönünde örneğin bkz. Serap Helvacı ve Fulya Erlüle, *Medeni Hukuk* (5. Baskı, Legal 2018) 44 vd.; Seyfullah Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* (4. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1989) 293; Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Medeni Hukuka Giriş* (13. Baskı, Adalet 2020) 230 vd. Alman hukukunda içerik denetimine ilişkin BGB § 307'nin kendi uygulama alanı içerisinde BGB § 241'e nazaran özel hüküm niteliği taşıdığı hakkında bkz. Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 27; Coester (n 3) BGB §307 para 35; Fuchs (n 5) Vor BGB §307 para 62. TBK'nın ihdasından önceki dönemde başvurulacak ölçütler hakkında açıklamalar için örneğin bkz. Atilla Altop, 'Genel İşlem Koşulları' in M. Murat İnceoğlu (ed), *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler*, (On İki Levha, 2012), 27, 31 vd.

²² Değinilen görüş TMK m.2 f. 1 ve TMK m. 2 f. 2'nin arasındaki ilişkiye yönelik olarak bunların farklı fonksiyonlara sahip olduğundan yola çıkan fonksiyon teorisini esas almaktadır. Buna göre değiştirici/düzeltilici fonksiyona sahip olan hakkın kötüye kullanılması ile hâkimin somut olayda bir sözleşmeye müdahale edebilmesi daha sıkı şartların varlığı halinde mümkündür. Bu konuda örneğin bkz. Peter Lehmann ve Heinrich Honsell, 'ZGB Art 2' in Thomas Geiser ve Christiana Fountoulakis (eds), *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB* (7. Baskı, Helbing Lichtenhahn 2022), ZGB Art 2 para 1; Hans Merz, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I, Einleitung und Personenrecht* (Stämpfli 1966) ZGB Art 2 para 25 ff; Gökhan O Antalya ve Murat Topuz, *Medeni Hukuk: Giriş, Temel Kavramlar, Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri* (5. Baskı, Seçkin 2024), 357 vd; Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku* (Vedat 2011) § 9 para 9d, 10a.

²³ Bu yönde örneğin bkz. Nina Adelman, *Die Grenzen Der Inhaltskontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen, Entwurf Einer Regelung Für Ein Europäisches VVG* (VfW 2008) 48; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 475 vd; Havutçu, *Açık İçerik Denetimi* (n 1) 171; Civan (n 1) 243, 250, 255. Yargıtay'ın TBK'nın ihdasından önce TMK m. 2 f. 1 ve TMK m. 2 f. 2'yi birlikte zikrettiği kararları (Yargıtay HGK, 717/850, 04.12.1996; Yargıtay 19 HD, 3416/831, 04.02.1997; Yargıtay 13 HD, 6416/7369, 18.11.1981 vb) için örneğin bkz. Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması* (n 1) 174 dn 177; Çınar (n 21) 135 vd. Aksi yönde içerik denetiminde yapılan müdahalenin kurumsal dayanağı olarak TMK m. 2 f. 1'i gören ve içerik denetimine aykırılık için bunun önemli olmasını aramayan görüş için örneğin bkz. Fikret Eren, *Borç Hukuku Genel Hükümler* (28. Baskı, Legem Yayınevi 2023) para 670; Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (n 1) § 25 para 9 vd; Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulu Denetimi* (n 1) 126 vd.

²⁴ Genel olarak hakkın kötüye kullanılmasının, kurumların kötüye kullanılmasında uygulanabileceği yönünde örneğin bkz. Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri* (19. Baskı, Filiz 2024) para 1254; Kocayusufpaşaoğlu (n 2) § 41, para 5, dn 14. İçerik denetimine ilişkin kurumsal dayanak olarak sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılması görüşü için örneğin krş. Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 477; Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması* (n 1) 177 vd. Son zikredilen yazar bu görüşteki İsviçre ve Alman Hukukundaki çeşitli yazarlara işaret etmektedir (s, 170, 174, dn. 156, 179).

minin yürütülebilmesi için inceleme konusu genel işlem koşulunun önemli şekilde (açıkça) sözleşmenin karşı tarafının menfaatini ihlal etmesi, onun hukuki durumunu kötüleştirilmesi gereklidir²⁵. Diğer bir deyişle²⁶ sözleşme taraflarının karşılıklı hak ve yükümlülük dengesi sözleşmenin karşı tarafı aleyhine önemli şekilde değişmeli, sözleşmede önemli bir menfaat dengesizliği söz konusu olmalıdır²⁷.

²⁵ Stoffels (n 4) para 467; Coester (n 3) BGB §307 para 90; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 436; Havutçu, *Açık İçerik Denetimi* (n 1) 170.

²⁶ TKHK m. 5 f. 1'de yer alan "*aleyhine dengesizliğe neden olan*" ibaresinin menfaat (yarar) dengesine işaret ettiği hakkında bkz. Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulu Denetimi* (n 1) 127. Yine TBK m. 25'in lafzından menfaat dengesizliği kavramının çıkarılabileceği hakkında bkz. Çınar (n 21) 29 vd.; Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulu Denetimi* (n 1) 127; Eren, Borçlar Hukuku Genel (n 23) para 668, dn 82. Benzer şekilde Alman hukukunda öngörülen "*dürüstlük kuralına aykırı ölçüsüz menfaat ihlali/ mağduriyet*" (BGB Art. 307 f. 1) ile Yönerge m. 3 f. 1'de zikredilen: "*dürüstlük kuralına aykırı önemli ve haksız bir orantısızlık*" ifadelerinin birbirine uyumlu olduğu, her ikisinde müşterek kullanılmış olan dürüstlük kuralına aykırılık ölçütünün belirleyici olduğu hakkında bkz. Morsbach (n 14) 217 ff; Pfeiffer (n 13) RL Art 3 para 8. Bu anlamda "*karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı*" (TBK m. 25) ifadesinin, "*dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesiz*"lik (TKHK m.5) ifadesi ile uyumlu olduğu ileri sürülebilir niteliktedir. Bu bağlamda TBK m. 25' ilişkin öğretide ileri sürülen farklı bir görüşe göre "*karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı*" olma (menfaate aykırılık) ifadesi şekli boyutuyla menfaat dengesizliğini ifade eder. Öte yandan içerik denetimi yürütümünde takip eden aşamada aranan menfaate aykırılığın önemli, "*dürüstlük kuralına aykırı*" olması, maddi anlamda menfaat dengesizliği olarak nitelendirilebilir. Değinilen görüş için bkz. Ali H Yağcıoğlu, 'Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda Geneç İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8)' (2013) 8 (Özel Sayı Prof. Dr. Aydın Zevkililer' e Armağan) Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, 3057, 3084 ff, 3087.

²⁷ Bernd Ehle ve Andre Brunschweiler, 'AGB Recht Schweiz/ Deutschland, Recht im Umbruch Ein rechtsvergleichender Überblick' (2012) 5 (12) BB International, 262, 268; Fuchs (n 5) BGB §307 para 107; Coester (n 3) BGB §307 para 95; Çiğdem Kırcı, 'Genel İşlem Koşulları İle Kararlaştırılan Ceza Koşulunun Denetlenmesi' in Emel Badur ve Gamze T Başaran (eds), *Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu*, 10-11 Haziran 2016 (Seçkin 2016), 119, 124 vd.; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 436, 438; Havutçu, *Açık İçerik Denetimi* (n 1) 170 vd.; Civan (n 1) 249. TBK m. 25 (ve TKHK m. 5 f. 1) 'de doğrudan belirtilmesi bile içerik denetiminin amacı ve dürüstlük kuralının niteliği gereği ihlalin önemli olmasının aranması gerektiği şeklindeki görüşe katılmaktayız. Bu görüşü savunan bazı yazarlara göre aynı sonuca hükmün lafzından da varılabilir. Bu görüş hakkında yapılan açıklamalar için bkz. Sirmen (n 20) 124; Kocayusufpaşaoğlu (n 2) §23 para 33; Yeşim M Atamer, 'Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar' in Rona Serozan (ed), *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan* (Seçkin 2004) 309. İçerik denetimi istisnai nitelikte olup içerik denetimiyle sözleşmeye yapılacak müdahalenin sınırları buna uygun bir şekilde belirlenmelidir. Aksi bir kabul ve içerik denetiminin geniş bir uygulaması irade serbestisini tartışma konusu yapıp hukuk güvenliğini ve dürüstlük kuralının ikincilliği ilkesini de zedeleyebilir. Bu anlamda içerik denetiminin istisnai özelliği, ölçülülük esası, genel işlem koşulları denetiminin sözleşme özgürlüğüne yeniden işlerlik kazandırma amacı ve hukuk güvenliğinin gözetilmesi gereği belirli bir ölçüye kadar menfaat dengesizliğinin göz ardı edilmesini gerektirebilir. Aktarılan gerekçelerle içerik denetiminin kurumsal dayanağı olarak hakkın kötüye kullanılması yasağına (TMK m. 2 f. 2'de ge-

Kanun koyucu tarafından TBK m. 25 (TKHK m. 5)'te, önemli ölçüde menfaat dengesizliğinin nasıl belirleneceğine ilişkin olarak kural içi boşluk bırakılmıştır²⁸. Bunun somutlaştırılmasında bir ölçüt olarak örneğin²⁹ (haksız rekabete ilişkin düzenlemelerde yer almakla birlikte) genel nitelikte bir hüküm olarak

çen: "...hakkın açıkça kötüye kullanılması" ifadesine) dayanılmıştır. Değinen husus farklı mehz düzenlemelerin lafzında (UWG § 8, BGB § 307 f. 1, Yönerge m. 3) ve TTK m. 55 f.1-f'de açıkça ortaya konmuştur. Bu konudaki açıklamalar için krş. Fastrich (n 5) 66; Schnyder Anton K, 'Einführung in die Dogmatik der AGB nach Schweizerischen und europaischem Recht' in Alexander Brunner ve Andre Eisner-Kiefer (eds), *Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht* (Schulthess 2014), s. 42; Coester (n 3) BGB §307 para 91; Merz (n 22) ZGB Art 2 para 32; Atamer, 'Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi' (n 1) 50; Civan (n 1) 243, 248, 250; Ece Baş, '6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi' in Tufan Öğüz (ed), *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan* (Filiz, 2013), 297, Çınar (n 21) 148; Kocayusufpaşaoğlu (n 2) §23 para 32; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 515 vd. Alman hukukunda bu yöndeki görüş ve gerekçeleri için örneğin bkz. Fuchs (n 5) BGB §307 para 101, Fastrich (n 5) 298 ff; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 128. Yine içerik denetiminin bir haksız rekabet hali olarak düzenlendiği İsviçre hukukunda UWG Art. 8'e ilişkin olarak "önemli" (açık) olma unsuruna ayrı bir anlam yükleyen ve bu unsuru dengeleme etkisinin geçerliliği için açıkça yasada öngörülen bir dayanak olarak gören görüş için örneğin bkz. Esther Widmer, *Missbräuchliche Geschäftsbedingungen nach Art. 8 UWG Unter besonderer Berücksichtigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Banken* (Dike 2015) para 279; Probst (n 10) UWG Art 8 para 263 ff, 481 ff. Aksi yöndeki görüşe göre ise çeşitli gerekçelerle içerik denetiminde dürüstlük kuralına aykırılık yeterli görülmeli, bunun önemli olması aranmamalıdır. İsviçre ve Türk hukukundaki bu görüş ve gerekçeleri hakkında açıklamalar için örneğin bkz. Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulu Denetimi* (n 1) 126 vd; Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (n 1) §25, para 9 vd.; Martin Stefan, 'Kompensation und Summierung von AGB-Klauseln' (2022) 3 AjP, 218, 220 ff.; Markus Hess ve Lea Ruckstuhl, 'AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG - eine kritische Auslegeordnung' (2012) 9 AJP, 1188, 1201; Thomas Koller, 'Art. 8 UWG, Eine Auslegeordnung' in Susan Emmenegger (ed), *Das Bankkonto Policy - Inhaltskontrolle - Erwachsenenschutz* (SBT 2013) 46; Nadia Walker, *Kontrolle von Konsumenten-AGB unter besonderer Berücksichtigung der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG* (Dike 2015) 133.

²⁸ Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 513; Civan (n 1) 258; Atamer, 'Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi' (n 1) 42; Baş (n 27) 292; Serkan Ayan, 'Genel İşlem Koşulları Yönünden Türk Borçlar Kanunu ile 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Karşılaştırılması' in Hüseyin C Aksoy (ed), *Tüketici Hukuku Konferansı 5-6 Aralık 2015 Makaleler-Tebliğler* (Yetkin 2016) 111 vd, 116. Farklı bir görüşe göre ise TBK m. 25'te gerçek olmayan bir boşluk bırakılmıştır. Söz konusu görüş için bkz. Tuzcuoğlu, s. 168. TBK m. 25'e ilişkin özel ölçütlere yer verilmemesiyle hukuk güvenliğinin zedelendiği hakkında bazı eleştiriler için örneğin bkz. Havutçu, *Açık İçerik Denetimi* (n 1) 217; Atamer, 'Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi' (n 1) 41 vd; Baş (n 27) 291 vd; Çınar (n 21) 123. Aksi yönde hâkimlerin takdir hakkı kullanımında daha fazla esneklik sağlayan dürüstlük kuralı gibi genel ve soyut ölçütlerin kabulünün Yönerge'nin amaçları ile daha uyumlu olduğu, Yönerge m.4'ün lafzının geniş bir menfaat değerlendirmesine işaret ettiği hakkında bkz. Carmen Appenzeller, *Die Europäische AGB- Kontrolle* (Nomos 2017) 96 ff.

²⁹ İçerik denetiminde yararlanılabilecek ölçütler yukarıda aktarılanlarla sınırlı değildir. Çalışmanın kapsamını genişletmemek üzere değinen ölçütlerin aktarılması ile yetinilmiştir. Avrupa Komisyonu'nun yaptığı bir araştırmanın (Kommission Fitness Check roadmap, 2015) sonuçları ile ATAD Kararlarını dikkate alarak içerik denetiminde esas alınabilecek çeşitli ölçütleri sıralayan bir çalışma için bkz. Apenzeller (n 28) 156 ff.

nitelendirilebilecek TTK m. 55 f. 1 f³⁰ (eUWG § 8) ve bununla ölçütleri benzer nitelikte olan BGB Art. 307 f. 2'den yararlanılabilir³¹.

Özellikle³² tipik bir sözleşmede yasal düzenlemenin temel düşüncesiyle bağdaşmama (BGB Art. 307 Abs. 2 Nr. 1) veya bununla örtüşen³³ “doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak yasal düzenlemeye aykırılık” (TTK m. 55 f. 1-f/ eUWG § 8/ a) ölçütüne (kısaca yasal düzenleme³⁴ ölçütüne) başvurulabilir³⁵.

³⁰ TTK, TMK'nın ayrılmaz bir parçasıdır (TTK m. 1). TMK, TBK, TTK ayrı düzenlenmiş ise de bunlar bir bütün olarak değerlendirilip birlikte yorumlanmalıdır (özel hukukun yeknesaklığı ilkesi). Bu bağlamda benzer nitelikteki bir menfaat değerlendirilmesine ilişkin kural içi boşluğun doldurulmasında genel nitelikte bir çözüm geliştiren TTK m. 55 f. 1 f'den kıyasen yararlanılabilecektir. Bu konuda örneğin bkz. Ayşe Havutçu, ‘Genel İşlem Şartlarının Sözleşme İle İlişkilendirilmesi, İçeriklerinin Denetlenmesi’ in bkz. Hüseyin Can (Ed.), Tüketici Hukuku Konferansı, 5-6 Aralık 2015, Makaleler-Tebliğler (Yetkin 2016), 75, 100; Açıkgoz (n 1) 320 vd; Antalya ve Topuz (n 22) 270 vd; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 7 vd, 526; Kırca (n 27) 125. Aksi yönde TBK m. 25 açısından TTK m. 55 f. 1 f'e dayanılmasının uygun olmadığı, haksız rekabete ilişkin söz konusu hükmün uygulama alanının farklı olduğu yönünde bkz. Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (n 1) §25, para 9.

³¹ Kırca (n 27) 125; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 2) para 384 vd; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 511 vd; Yağcıoğlu (n 26) 3086; Havutçu, *Açık İçerik Denetimi* (n 1) 217; Açıkgoz (n 1) 320 vd ve dn 513'teki yazarlar; Atamer, ‘Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi’ (n 1) 43; Adem Yelmen, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları* (Yetkin 2014) 129 vd; Ertan (n 11) 365; Sevilay Uzunallı, Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi’ (2013) 71 (2), 383, 411 vd; Eren, Borçlar Hukuku Genel (n 23) para 675 vd.

³² Yasal düzenleme ölçütünün atipik sözleşmelere de doğrudan veya kıyasen uygulanabileceği hakkında krş. Coester (n 3) BGB §307 para 265; Peter Gauch, ‘Die Verwendung “missbräuchliche Geschäftsbedingungen” -Unlauterer Wettbewerb nach Art. 8 des revidierten UWG’ (1987) 3 BR, 51, 54; Abdüssamet Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukuku'nda Genel İşlem Şartı Kullanımı* (Seçkin 2015), 81; Uzunallı (n 31) 407; Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması* (n 1) 197.

³³ Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 517.

³⁴ Yasal düzenlemeden ne anlaşılması gerektiği öğretide tartışmalıdır. Alman hukukunda yer alan ve bizim de katıldığımız baskın görüşe göre öncelikle bundan anlaşılması gereken kanuni yedek hükümler olmalıdır. Zaten aksi kararlaştırılabilir olmayan ve sözleşmenin dışı sınırı teşkil eden emredici hukuk kurallarına bir aykırılık söz konusu ise içerik denetimine tabi olmadan ilgili sözleşme kaydı geçersiz olacaktır. Bu görüş hakkında yapılan açıklamalar için örneğin krş. Grüneberg (n 11) BGB §307 para 29; Fuchs (n 5) BGB §307 para 208; Coester (n 3) BGB §307 para 232; Stoffels (n 4) para 507; Ayhan Bakır, *Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartı Kullanımı ve Yaptırımı* (Seçkin 2017), 79, 82 vd; Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri’ (2013) 17 (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 723, 738; Baki i Engin, ‘Türk Hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması’, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2010), 75, 84 vd.; Uzunallı (n 31) 407. Daha geniş anlamda yazılı olmayan hukukun ilkelerinin, öğreti ve yargı kararlarının da buna dahil olduğu hakkında İsviçre ve Alman hukukundaki baskın görüş hakkında yapılan

Buna göre somut olayda ilgili yedek hukuk kuralının niceliksel ve niteliksel boyutları gözetilerek bir değerlendirme yapılmalıdır³⁶. Simsarin aracılık yaptığı sözleşme kurulmamış olsa bile (TBK m. 521 f. 1 ile örtüşmeyecek şekilde) onun ücrete hak kazanacağını öngören bir genel işlem koşulu, yasal düzenleme ölçütüne aykırılığa bir örnek olarak verilebilir³⁷.

İnceleme konusu özellikle atipik bir sözleşme³⁸ ise “sözleşmenin doğasından doğan temel hak ve borçları, sözleşmenin amacına ulaşmasını tehlikeye düşürecek ölçüde sınırlama” (BGB Art. 307 Abs. 2 Nr. 2)³⁹ veya bununla örtüşen⁴⁰ “sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı hak ve borç dağılımı öngörme” (TTK m. 55 f. 1-f/ eUWG § 8/ b) (kısaca sözleşmenin doğası/niteliği) ölçü-

açıklamalar için örneğin bkz. Fuchs (n 5) BGB §307 para 211; Coester (n 3) BGB §307 para 234 ff, 236; Stoffels (n 4) para 509; Yılmaz (n 32) 79 vd. Ticari gelenekleri bu kapsamda gören görüş için bkz. Civan (n 1) 263. Hâkim tarafından yaratılan hukuku da bu kapsamda gören görüş için örneğin krş. Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 105a ff; Stoffels (n 4) para 506 ff; Ertan (n 11) 386; Civan (n 1) 262 vd; Atamer, ‘Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi’ (n 1) 44 vd.

³⁵ Tamamlayıcı hukuk kurallarının düzen sağlama fonksiyonuna ilişkin teori hakkında bkz. Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (n 1) § 25, para 21. İçerik denetiminin yürütümünde kabul edilen yasal düzenleme ölçütüne ilişkin olarak hukuka ekonomik yaklaşımı esas görüşler ile özel hukukta sosyal adaleti esas alan klasik görüş hakkında değerlendirmeler için bkz. Apenzeller (n 28) 91 ff. Yasal düzenleme ölçütü yanında sözleşmenin doğası ölçütüne de başvurulabileceği, bu iki ölçütün birbirlerini dışlamadığı yönünde bkz. Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 133; Civan (n 1) 272; Baş (n 27) 295; Havutçu, *Açık İçerik Denetimi* (n 1) 175; Atamer, ‘Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi’ (n 1) 46. Aksi yöndeki görüş için bkz. Stoffels (n 4) para 501; Coester (n 3) BGB §307 para 264 ff; Fuchs (n 5) BGB §307 para 198; Ertan (n 11) 387; Yılmaz (n 32) 86.

³⁶ Niteliksel yönden her yedek hukuk kuralı içerik denetiminin yürütümünde aynı anlamı taşımaz. Niceliksel açıdan ise yedek hukuk kuralından sapmanın kapsamı belirleyicidir. Bu konuda daha detaylı açıklamalar ve örnekler için bkz. Probst (n 10) UWG Art 8 para 441 ff.

³⁷ Eren, *Borçlar Hukuku Genel* (n 23) para 676. Öğretide katıldığımız baskın görüşe göre TBK m. 521 f. 1 hükmü emredici olmayıp bu kapsamda taraflarca aracılık faaliyetini gerçekleştiren simsarin her halde (sözleşme kurulmasa da) ücret alacağını alabileceği kararlaştırılabilir. Bu yönde örneğin krş. Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler İkinci Cilt* (11. Baskı, Beta Yayıncılık 2021) 1432 vd; Mustafa A Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II* (3. Baskı, Vedat 2014) 218; Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku: 6102 sayılı TTK Nazara Alınarak Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş* (14. Baskı, Vedat 2012), 284; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (16. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2012) 190. Aksi yönde TBK m. 521 f. 1 hükmün lafzındaki “ancak” ifadesinden hareketle hükmün nisbi emredici olduğu şeklindeki azınlık görüşü için örneğin bkz. Neytullah Gül, ‘Simsarin Ücret Alacağı’ (2016) 65 (4) Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 2795, 2797 vd.

³⁸ Gauch (n 32) 54; Grüneberg (n 11) BGB §307 para 31 ff; Antalya, *Borçlar Genel Cilt I* (n 2) 440.

³⁹ Coester (n 3) BGB §307 para 244; Stoffels (n 4) para 518.

⁴⁰ Antalya, *Borçlar Genel Cilt I* (n 2) 517 vd.

tüne başvurulması mümkündür⁴¹. Örneğin bir tek satıcılık sözleşmesinde tedarikçi (kullanıcı) tarafından tek satıcıya (müşteriye) belirli bir bölge tahsis edilmiş olsun. Aynı zamanda söz konusu sözleşmenin genel işlem koşulları arasında tedarikçiye, tek satıcıya tahsis edilen bölgede aynı marka altında aynı ürünler hakkında serbestçe diğer satıcılara doğrudan satış yapabilme yetkisi verilsin. Değerlenen genel işlem koşuluna ilişkin yürütülen içerik denetiminde, tek satıcılık sözleşmesinde (tek satıcı lehine öngörülen) tekel unsurunu göz ardı eden bu kaydın, sözleşmenin doğası ölçütüne aykırılık nedeniyle geçersiz kabul edilebilmesi mümkündür⁴².

İçerik denetimi, objektif ve soyut bir bakış açısı ile yürütülür⁴³. İçerik denetiminin konusu belirli bir genel işlem koşuluna dönüktür⁴⁴. Bu değerlendirmede

⁴¹ Stoffels (n 4) para 518; Coester (n 3) BGB §307 para 2; Kara (n 34) 738 Civan (n 1) 275. Tek satıcılık sözleşmesi genel işlem koşullarına ilişkin ilişkin bir hukuki ihtilafta söz konusu ölçüte başvuran bir Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGH, NJW 1994, 1060, para 4, 9 ff., <<https://dejure.org/>> Erişim Tarihi 9 Kasım 2024.

⁴² Bu örnek için krş. BGH, NJW 1994, 1060, para 4, 9 ff., <<https://dejure.org/>> Erişim Tarihi 9 Kasım 2024.

⁴³ Friedrich Bernreuther, 'Zum Maßstab der Auslegung von AGB und dem Transparenzgebot' (1993) 26 BB, 1823, 1824; Coester (n 3) BGB §307 para 109 ff; Fuchs (n 5) Vor BGB §307 para 110 ff; Stoffels (n 4) para 460, 473 ff; Havutçu, *Açık İçerik Denetimi* (n 1) 172; Çınar (n 21) 143 Civan (n 1) 212. Aksi yönde somut olayda sözleşmenin bütününe dikkate alan soyut ve objektif bir değerlendirme yanında tarafların içinde bulunduğu durumu gözeten sübjektif bir değerlendirme yapılması gerektiği hakkında bkz. Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (n 1) § 25, para 14. TKHK m. 5 f. 6'da (Yönerge m. 4 f. 1) şu şekilde aktarılmıştır: "Bir sözleşme şartının haksızlığı; sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluşuna göre belirlenir" (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun-Madde Gereççeleri, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 4 Ocak 2025). Bu bağlamda Alman hukukunda azınlıkta kalan bir görüş, tüketici standart sözleşmelerine ilişkin sözleşme dışı hususların sadece tüketici lehine dikkate alınabileceğini belirtmektedir. Bu görüş hakkında yapılan açıklamalar için bkz. Morsbach (n 14) 230 ff, dn 320'de sayılan eserler. Alman hukukunda yer alan ve tüketici standart sözleşmelere ilişkin sözleşme dışı hususların hem tüketici lehine hem tüketici aleyhine dikkate alınabileceğini ileri süren ve bizim de katıldığımız aksi yöndeki görüş için bkz. Stoffels (n 4) para 479; Tim G Jobbich, Die Kodifikation des Transparenzgebots in §307 BGB: Unter Besondere Berücksichtigung der Arbeits- vertragskontrolle (Peter Lang 2009) 114; Grüneberg (n 11) §310 para 21; Fuchs (n 5) BGB §307 para 410; Manja Evermann, *Die Anforderungen des Transparenzgebots an die Gestaltung von Allgemeinen Versicherungsbedingungen Unter besonderer Berücksichtigung der Richtlinie 93/13/EWG* (Versicherungswirtschaft 2002) 111; Knut Pilz, *Missverständliche AGB, Ein Beitrag zum Verhältnis von Auslegung und Transparenzkontrolle untersucht am Beispiel Allgemeiner Versicherungsbedingungen* (VfW 2011) 221. İçerik denetiminin kurumsal dayanağına ilişkin kabul ettiğimiz sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılmasında objektif bir inceleme yürütülmekte olup objektif bir ölçüt olarak makul düşünen, ortalama (vasat) model bir

kullanıcı ve karşı tarafın hak ve yükümlülükleriyle tipik menfaatleri birbiriyle karşılaştırılır⁴⁵. Sözleşmenin kuruluş zamanındaki⁴⁶ somut olaya ilişkin durumlar⁴⁷ ise *soyutlaştırılıp objektifleştirilebildiği*⁴⁸ ölçüde incelemede dikkate alınabilir. Ayrıca bir genel işlem koşulunun dürüstlük kuralına önemli ölçüde aykırılığının değerlendirilmesinde sözleşme bir bütün olarak ele alınarak tarafların tüm hak ve yükümlülüklerinin dağılımı dikkate alınmalıdır⁴⁹.

İçerik denetiminin konusu tek bir genel işlem koşulu iken sözleşmenin tümünün dikkate alınması bir çelişki gibi görünebilir⁵⁰. Ancak içerik denetimine tabi genel işlem koşulu, bir sözleşmenin parçasıdır. Bu bağlamda belirli bir olgunun birden fazla maddede düzenlenmesi, bunların birbirleriyle bağlantılı olması mümkündür. Bu anlamda bir genel işlem koşulunun içeriği, kapsamı ve geçerliliğinin değerlendirilmesinde teki bütünden ayrı düşünmek mantıksal

kişi esas alınır. Bu konuda krş. Antalya ve Topuz (n 22) 369 vd; Atamer, *Sözleşme Özgürlüğü'nün Sınırlandırılması* (n 1) 177 vd; Kocayusufpaşaoğlu (n 2) § 41, para 5, dn 14.

⁴⁴ Stoffels (n 4) para 485; Widmer (n 27) para 294.

⁴⁵ Fastrich (n 5) 311; Stoffels (n 4) para. 469 ff; Ehle ve Brunschweiler (n 27) 268; Horst Locher, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (2. Baskı, Beck 1997) 141; Yağcıoğlu (n 26) 3074; Havutçu, *Açık İçerik Denetimi* (n 1) 170

⁴⁶ Grüneberg (n 11) BGB §307 para 7; Coester (n 3) BGB §307 para 100; Stoffels (n 4) para 472; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 983; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 510. TBK m. 25'in uygulamasında zamansal anlamda belirleyici olanın sözleşmenin kuruluş anı olduğu kabul edilmektedir. Söz konusu husus, açık olarak TKHK m. 5 f. 6, Yönerge m. 4 f. 1, BGB Art. 310 Abs. 3 N. 3 ve Avrupa Sözleşme Hukuku Prensipleri' de (PECL m. 4: 110 f. 1) belirtilmiştir.

⁴⁷ İçerik denetiminin yürütümünde dikkate alınabilecek çok çeşitli hususlar bulunmaktadır. Somut ihtilafa konu sözleşme ve bununla bağlantılı sözleşmenin bütünü, sözleşmenin nitelik ve özellikleri, sözleşmeyle sağlanan taraf menfaatlerinin bütünü, sigorta yapma olanağının kimde olduğu, sözleşmeye konu edimlerin özelliği, sözleşmedeki risk ve yararın taraflar arasındaki dağılımı, sözleşmede korunması beklenen hukuki değer/değerlerin önemi, kullanıcı ve karşı tarafın tabi olduğu sosyal ve mesleki çevrenin kavrayışı vb. bu kapsamda sayılabilir. Bu konuda örneğin bkz. Stoffels (n 4) para 474, 484; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 513 vd; Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulu Denetimi* (n 1) 129 vd; Atamer, 'Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi' (n 1) 51; Havutçu, *Açık İçerik Denetimi* (n 1) 172.

⁴⁸ Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 514. Yine krş. Çınar (n 21) 150, Civan (n 1) 256; Havutçu, *Açık İçerik Denetimi* (n 1) 172.

⁴⁹ Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 2) para 387; Grüneberg (n 11) BGB §307 para 13; Widmer (n 27) para 294 ff; Coester (n 3) BGB §307 para 124; Stoffels (n 4) para 485; Probst (n 10) UWG Art 8 para 455; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 510, 513 vd; Yağcıoğlu (n 26) 3074; Çınar (n 21) 147; Aydın Zevkliler ve Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (Seçkin 2016) 128; Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulu Denetimi* (n 1) 201 vd; Sirmen (n 20) 127; Baş (n 27) 297. TTK m. 55 f. 1- f (eUWG § 8)'ye ilişkin bu yönde örneğin bkz. Yılmaz (n 32) 91; Kara (n 34) 736.

⁵⁰ Widmer (n 27) para 296.

olarak tutarsız içerik denetimi sonuçlarına sebebiyet verecektir⁵¹. TBK m. 25'in lafzında değinilen husus açıkça yer almamaktadır. Bununla birlikte açık bir içerik denetiminin⁵² gereği gibi ve tutarlı şekilde yürütümü, karşı taraf aleyhine önemli ölçüde bozulan sözleşmedeki menfaat dengesinin doğru saptanması gerekliliği, sözleşmenin amacı⁵³ ve bütününe dikkate almayı gerektirir⁵⁴. Nitekim sözleşmenin bütününe ve bu kapsamda sözleşmenin diğer koşullarının etkilerinin dikkate alınması gereği TKHK m. 5 f. 6'da (Yönerge m. 4 Abs. 1)⁵⁵ ve bunun madde gerekçesinde işaret edilmiştir⁵⁶. Bir genel işlem koşuluna ilişkin yürütülecek içerik denetiminde dikkate alınması gereken sözleşmenin diğer koşullarının etkileri arasında aşağıda incelenecek olan toplama ve dengeleme etkisi yer almaktadır⁵⁷.

⁵¹ Krş. Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 126, 212; Hess ve Ruckstuhl (n 27) 1196; Ulmer, N. 116, 144.

⁵² Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (n 1) § 25, para 1, 4; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 509; Havutçu, 'İfa Engelleri' (n 1) 46 vd. Değinilen eserlerde işaret edildiği üzere örtülü (*verdeckte*) içerik denetimi, şaşırtıcı kayıtların dürüstlük kuralına aykırı görülerek veya birden çok anlama gelen kayıtların karşı taraf lehine yorumlanarak dolaylı yoldan genel işlem koşullarının uygunluğunun değerlendirildiği bir uygulamayı ifade eder. Bugün TBK'da şaşırtıcı kayıtlara ilişkin özel kapsam denetimi (TBK m. 21 f. 2), birden çok anlama gelen genel işlem koşullarına ilişkin yorum denetimi (TBK m. 24) içerik denetiminden önce uygulama alanı bulmaktadır. Bu denetim aşamaları arasındaki ilişki ve geçişler tartışmalıdır. Bunların değerlendirilmesi çalışmanın kapsamını aşacağından değinilen durumlara işaret edilmekle yetinilmiştir.

⁵³ Stoffels (n 4) para 485; Widmer (n 27) para 253 ff; Grüneberg (n 11) BGB §307 para 13; Coester (n 3) BGB §307 para 124.

⁵⁴ Krş. Widmer (n 27) para 297; Probst (n 10) UWG Art 8 para 455; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 126; Hess ve Ruckstuhl (n 27) 1207. Son zikredilen yazar, sözleşme hükümlerinin etkilerinden biri olan dengeleme imkanına ilişkin açıklamalarında buna imkân tanınmadığı bir durumda açık içerik denetiminden söz edilemeyeceğini (*ohne Kompensationsmöglichkeit keine offene Inhaltskontrolle*) belirtmektedir (1196).

⁵⁵ Bu yöndeki bazı Avrupa Adalet Divanı Kararları için örneğin bkz. Unicaja Banco SA v José Hidalgo Rueda et al C-482/13 (ECHR, 21 January 2015) para 37; Mohamed Aziz v Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa) C-2013/164 (ECHR, 14 mai 2014) para 41; Banif Plus Bank Zrt v Csaba Csipai und Viktória Csipai C-472/11 (ECHR, 21 february 2013) para 37 ff. Yine krş. Art. 4:110 Abs. 1 PECL (Principles of European Contract Law).

⁵⁶ Krş. TKHK m. 5 f. 6'nın madde gerekçesi (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun-Madde Gerekçeleri, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 4 Ocak 2025). UWG Art. 8'e ilişkin bir değerlendirmede; açık içerik denetiminin yürütülmesi gereği, Yönerge m. 4 f. 1 ve buna ilişkin Adalet Divanı içtihatları dikkate alınca içerik denetiminde bütün sözleşme hükümleri dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Probst (n 10) UWG Art 8 para 455.

⁵⁷ Stoffels (n 4) para 486 ff; Fuchs (n 5) BGB §307 para 144 ff, 155; Coester (n 3) BGB §307 para 125 ff, 139 ff; Stefan (n 27) 221 ff; Widmer (n 27) para 294 ff, 302; Florent Thouvenin, 'Art. 8 UWG: Zur Strukturierung eines strukturlosen Tatbestandes', (2012) Jusletter

II. Toplama ve Dengeleme Etkileri

A. Genel Olarak

Toplama/güçlendirme (*Summierungseffekt/Verstärkereffekt*) etkisinin klasik görünümünde⁵⁸; kendi başlarına içerik denetimine aykırı olmayan ve geçerli olan genel işlem koşulları etkileşime girmek suretiyle (toplanarak) karşı taraf aleyhine dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek önemli bir dengesizliğe sebebiyet vermektedirler⁵⁹. Örneğin bir eser sözleşmesine ilişkin (ticari veya adi) standart sözleşmeye dahil bir genel işlem koşulu ile iş sahibinin (sözleşmenin karşı tarafının) ayıba karşı sorumluluktan doğan seçimlik hakkı onarım talebi ile sınırlandırılmış olsun⁶⁰. Aynı zamanda söz konusu sözleşmede bir başka genel işlem koşulu ile iş sahibinin ön ödeme yükümlülüğünün kararlaştırıldığı⁶¹ kabul edilsin. Böyle bir durumda, artık⁶² bir genel işlem koşulu ile iş sahibi ödemezlik

<<https://www.rwi.uzh.ch/dam/jcr:2f20e680-58a0-44f2-b72c-d7987494dabb/2012%20Thouvenin%20-%20Art%208%20UWG.pdf>> Erişim Tarihi 12 Kasım 2024, para 38; Probst (n 10) UWG Art 8 para 451 ff.

⁵⁸ Toplama etkisinin türleri hakkındaki açıklamalarımız için bkz. III, A, 1 numaralı başlık.

⁵⁹ Widmer (n 27) para 302; Fuchs (n 5) BGB §307 para 155; Stoffels (n 4) para 486; Wolfgang Wurmnest, 'BGB §307, 308, 309' *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil (§ 241-432)* (9. Baskı, Beck 2022) BGB §307 para 39; Costener/Staudinger, N.139; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213; Stefan (n 27) 218; Civan (n 1) 251.

⁶⁰ Eser sözleşmelerinde ayıba karşı sorumluluk rejiminde emredici nitelikte olmadığından sözleşme taraflarınca yüklenicinin ayıptan sorumluluğunun sınırlandırılması ve iş sahibine seçimlik hak olarak sadece onarım hakkı tanınması mümkündür. Bu konuda örneğin krş. Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Cilt II (n 37) 62; Hayrünissa Özdemir, 'Eser Sözleşmesi' in Turgut M Öz (ed), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Seçkin Yayıncılık 2023) 554. Genel olarak sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin bir anlaşma, TBK m. 115 f. 1 dahilinde geçerli olabilir. Buna göre: "borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür". Ayrıca aktarılan yazarlar satış sözleşmesine ilişkin TBK m. 221'in bura-ya kıyasen uygulanabileceğine işaret etmektedirler. Buna göre yüklenici sözleşmedeki ayıba ağır kusuruyla gizlemişse onun ayıptan sorumluluğunu kaldırır veya sınırlandıran her anlaşma kesin olarak hükümsüz sayılacaktır. Buna karşılık içerik ve niteliği satış sözleşmesinden farklı olduğu için genel olarak satış sözleşmesinde ayıpla ilgili hükümlerin eser sözleşmesine kıyasen uygulanamayacağı hakkında bkz. Fikret Eren, *Borç Hukuku Özel Hükümler* (11. Baskı, Legem Yayınevi 2023) para 2156.

⁶¹ Eser sözleşmesinde bedel unsur hakkında açıklamalar için örneğin bkz. Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler İkinci Cilt* (11. Baskı, Beta Yayıncılık 2021) 1089 vd; Eren, *Borçlar Hukuku Özel* (n 60) para 2029.

⁶² Paylaşılan örnek için bkz. Stefan (n 27) 219. Alman hukuk öğretisinde satış sözleşmesine ilişkin olarak yukarıda aktardığımız genel işlem koşullarını içeren benzer bir örnek verilmektedir. Buna göre somut olayda alıcıya ayıplı bir ürün teslim edildiği ve sözleşmede yer alan her iki kaydın eş zamanlı uygulandığı durumda alıcı satın alınan ürünün tamirini satıcıdan an-

def'ine (TBK m. 98) başvurabilmesinin önüne geçilmiştir. Burada iş sahibi, onarım hakkına ancak eser bedelinin tamamının yükleniciye (kullanıcıya) ödenmesinden sonra kavuşabilmektedir⁶³. Aktarılan her iki genel işlem koşulunun, toplama etkisi sonucu geçersiz olduğu kabul edilmektedir⁶⁴.

Dengeleme etkisi (*Kompensationswirkung*) ise bir genel işlem koşulunun sözleşmenin karşı tarafının aleyhine bozduğu sözleşme dengesinin, sözleşmedeki diğer kayıtlar (özellikle genel işlem koşulları) arasında⁶⁵ öngörülen başka bir avantajla yeniden dengelenmesidir⁶⁶. İçerik denetiminin bütünsel anlamda

cak tazminat karşılığında talep edebilmektedir. Bundan dolayı, paylaşılan örnekte toplama etkisinin sonucu olarak her iki genel işlem koşulu ve bu kapsamda normalde BGB Art. 309 Nr. 8 lit.b, bb dahilinde geçerli kabul edilen onarım hakkını sınırlandıran bir genel işlem koşulu geçersiz olmaktadır. Paylaşılan örnek için bkz. Krş. Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213.

⁶³ Krş. BGH, NJW 1968, 44 ff. Söz konusu karar hakkında bazı açıklamalar için bkz. Stefan, (n 27) 219, dn 6 ve 227).

⁶⁴ Krş. Fuchs (n 5) BGB §307 para 155; Stoffels (n 4) para 486; Civan (n 1) 251; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213; Widmer (n 27) para 302; Coester (n 3) BGB §307, para 139. Oysa verilen örneğe bir tüketici standart sözleşmesi konu olsa idi burada yer alan sözleşme kayıtları toplama etkisine başvurmayaya gerek kalmaksızın haksız şart olarak kabule edilecekti. Şöyle ki tüketici standart sözleşmelere ilişkin öngörülen haksız şart örneklerinden bir tanesine göre: "Sözleşmeyi düzenleyen, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden herhangi birini ...ayıplı ifa etmesi halinde, ... sözleşmeyi düzenleyene veya bir üçüncü şahsa yöneltebileceği yasal haklarını ortadan kaldıran ya da ölçüsüz şekilde sınırlandıran şartlar" haksız şart sayılır (HSHSY Ek-1/b). Bu anlamda bir tüketici standart sözleşmesinde tüketicinin ayıba karşı sorumluluk hükümleri dahilinde sahip olduğu bazı seçimlik hakları tamamen ortadan kaldıran kayıtların kesin hükümsüz olacağı kabul edilmektedir. Alman hukukunda BGB Art. 309 Nr. 8 b'de kullanıcının ayıba karşı sorumluluğunu sınırlayan çeşitli mutlak anlamda yasak koşulu örneklerine yer verilmiştir. Bunun gibi Türk hukukunda tüketici standart sözleşmelere ilişkin haksız şart örnekleri arasında kullanıcının ifadan kaçınma hali için birtakım yasak koşullar öngörülmüştür. Örneğin TSHSHY Ek m. 1b, c, ç ve l'de yer alan haksız şart örnekleri bunlar arasında sayılabilir. Benzer şekilde Alman hukukunda BGB Art. 309 Nr. 2'de mutlak bir yasak koşulu olarak düzenlenen hallerden bir tanesi de sözleşmenin ihlali durumunda karşı tarafın sözleşmeden kaçınma hakkını sınırlandıran veya ortadan kaldıran genel işlem koşullarıdır. Bu konudaki açıklamalar için Krş. Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (n 1) § 25, para 65, 81 vd; Yelmen (n 31) 143 vd,149.

⁶⁵ Bu çalışmada inceleme konusu yapılan birden çok sözleşme kaydı arasında gerçekleşen dengeleme etkisidir. Zaten içerik denetimi yürütümünde inceleme konusu genel işlem koşulunun hem karşı tarafın aleyhine hem de lehine maddi menfaati etkileyen etkileri bulunuyorsa (herhangi fonksiyonel bağlantı şartı aranmaksızın) doğrudan hüküm içinde dengeleme etkisi devreye girer. Hüküm içi dengeleme etkisi sonucunda elde edilen net etkinin, sözleşmenin diğer hükümleri ve sözleşme kuruluşuna refakat eden diğer koşullar gözetilerek dürüstlük kuralına aykırı şekilde önemli bir menfaat dengesizliğine sebebiyet verip vermediğine göre içerik denetimine aykırılık olup olmadığına karar verilecektir.

⁶⁶ Krş. Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 2) para 387; Sirmen (n 20) 127; Atamer, 'Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi' (n 1) 52; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 212; Grüneberg (n 11) BGB §307 para 13. TKHK m. 5'in madde gerekçesinde açıkça dengeleme etkisinden şu şekilde bahsedilmektedir: "... Özellikle dikkat edilmesi gereken bir husus, bir şartın tek başına ele

sözleşme analizinin bir sonucu olarak kendi içinde tüketicinin aleyhine olan bir sözleşme kaydı, tüketici lehine olan bir başka sözleşme kaydı ile etkileşime girip söz konusu olumsuz etkiler, bu şekilde telafi edilmiş, dengelenmiş olmaktadır⁶⁷.

Ayıplı bir mala ilişkin bedel indirim hakkının kullanımını sınırlandıran bir genel işlem koşulu, onarım hakkı öngören bir genel işlem koşuluyla geçerli bir şekilde dengelenebilir⁶⁸. Yine örneğin araç satışına ilişkin bir genel işlem koşulunda alıcı, satıcının (kullanıcının) aracın teslimi sırasında hakkaniyete uygun şekilde tek yanlı belirleyeceği liste fiyatını ödemekle yükümlü kılınmaktadır. Söz konusu genel işlem koşulunun olumsuz etkileri, alıcıya fiyat artışının sipariş ile teslim arasındaki dönemde önemli ölçüde artması durumunda tanınan sözleşmeye dayalı bir dönme hakkı ile dengelenebilir⁶⁹. Dengeleme etkisinin tanınması, sözleşmede karşı taraf aleyhine bozulan menfaat dengesinin yeniden tesis etmek üzere⁷⁰ içerik denetimi aracılığıyla yapılan müdahalenin ölçülü olması⁷¹ ve burada her iki tarafın menfaatlerinin gözetilmesi gerekleri ile uyumludur.

alındığında haksız olarak nitelendirilebilecek olmasına rağmen, sözleşmenin tümü değerlendirildiğinde, bu niteliğini yitirebilmesidir. Zira tüketiciye başka noktalarda önemli tavizler verilmiş olması suretiyle sözleşmedeki dengenin yeniden kurulmuş olması ihtimali vardır. Bu açıdan diğer bütün sözleşme ve bağlantılı sözleşmeler de göz önünde bulundurulmak zorundadır. Taraflar arasındaki denge, sözleşmenin kurulması anına göre belirlenecektir. Sözleşme adaleti baştan sağlanmış ve fakat daha sonra bozulmuşsa bu durum sözleşme şartlarının denetimi yoluyla değil, olsa olsa işlem temelinin çökmesi kurumu çerçevesinde değerlendirilebilir...”. (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun-Madde Gerekçeleri, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 4 Ocak 2025). Dengeleme etkisine ilişkin madde gerekçesinde aktarılan açıklamalar genel ve açıklayıcı nitelikte olup bu ifadeler TBK m. 25 dahilinde yürütülecek içerik denetimi içinde kabul edilebilir niteliktedir.

⁶⁷ Krş. Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 212 ff; Widmer (n 27) para 295; Stefan (n 27) 218; Grüneberg (n 11) BGB §307 para 13; Stoffels (n 4) para 487. Son zikredilen yazar, içerik denetimine konu genel işlem koşuluyla karşı tarafın menfaatine ne derece yoğun şekilde olumsuz bir etki yaratılmış ise dengeleyici etkiye konu olan sözleşme kaydından yaratılması beklenen karşı taraf lehine olumlu etkilerin de o derece daha fazla olması gerektiğine işaret etmektedir (Krş. para 470).

⁶⁸ Thouvenin (n 55) para 40.

⁶⁹ Krş. NJW 1984, 1177, N. 2 <<https://dejure.org/>> Erişim Tarihi 9 Kasım 2024. TSHŞHY EK-1 m. 1/i’de (ve Yönerge Eki Liste m. 1/ l’de benzer şekilde) kullanıcının: “... mal veya hizmetin bedelini, ifa anında tespit edebileceğini veya yükseltebileceğini öngören ve nihai bedelin, sözleşmenin kurulması anında tespit edilen bedele nazaran çok yüksek olması halinde, tüketiciye sözleşmeden dönme hakkı” tanınmaması haksız şart olarak kabul edilmiştir. Bunun gibi TBK m. 24’de kullanıcının tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine değiştirmesini öngören genel işlem koşullarını yazılmamış sayılacağını öngörmüştür.

⁷⁰ Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulu Denetimi* (n 1) 127 vd; Büyüksagis (n 3) 708 vd; Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması* (n 1) 168 vd; Çınar (n 21) 29 vd.

⁷¹ Krş. Fahr (n 1) 61 ff, 66 ff, 100; Jobbich (n 43) 12, 181; Gutkin (n 14) 120.

B. Toplama ve Dengeleme Etkilerine Esas Alınacak İçerik Denetimi İnceleme Modelleri

İçerik denetimi yürütümünde temel ölçüt olarak dürüstlük kuralı⁷² ve onu somutlaştıran birtakım ölçütlerden yararlanılabileceği önceki başlıkta aktarılmıştı. Bu bağlamda toplama ve dengeleme etkilerine yönelik değerlendirmeye esas alınacak içerik denetimi inceleme modeli irdelenebilir. Çok aşamalı⁷³ (yürütülecek) bir içerik denetimi, değerlendirmede açıklığı sağlar⁷⁴ ve kazuistik bir yaklaşımı sınırlar⁷⁵. Bu bağlamda çok aşamalı içerik denetimi inceleme modelini esas alınan farklı görüşler dikkate alınabilir.

İçerik denetimini iki aşamalı yürüten bir görüşe göre⁷⁶ ilk aşamada objektif yarar⁷⁷ belirlenmektedir. İkinci aşamada ise objektif yarar ile sözleşmedeki yarar kıyaslanarak dürüstlük kuralına aykırılık ve bu aykırılığın önemli olup olma-

⁷² Civan (n 1) 248; Çınar (n 21) 123; Yelmen (n 31) 124 vd; Sirmen (n 20) 122; Atamer, 'Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi' (n 1) 41 vd.

⁷³ Öte yandan iki (çok) aşamalı bir içerik denetiminde bu aşamaların birbiriyle çok sıkı olarak bağlı olduğu, bunun için yürütülecek incelemede tek aşamalı bir yaklaşımın tercih edilebileceği yönünde bkz. Coester (n 3) BGB §307 para 108.

⁷⁴ Fuchs (n 5) BGB §307 para 99.

⁷⁵ Fastrich (n 5) 280 ff; Fuchs (n 5) BGB §307 para 99.

⁷⁶ Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 514 vd; Açıkgöz (n 1) 333 vd. Yine krş. Stoffels (n 4) para 466 ff; Fastrich (n 5) 280 ff; Coester (n 3) BGB §307 para 89 ff; Fuchs (n 5) BGB §307 para 98 ff. İsviçre hukuk öğretisinde haksız rekabete ilişkin bir hüküm olarak ihdas edilmiş UWG Art. 8'de yer alan içerik denetiminde iki aşamalı inceleme modelini benimseyenler bulunmaktadır. UWG Art. 8'nin lafzında geçen önemli (*erheblich*) menfaat dengesizliği ifadesinden hareketle ilk inceleme aşaması bazı yazarlarca şekli menfaat dengesizliği (*formelles Missverhältnis*) olarak nitelendirilmektedir. UWG Art. 8'nin lafzında geçen haksız (*ungerechtfertigtes*) menfaat dengesizliği ifadesinden yola çıkılarak ikinci inceleme aşaması maddi menfaat dengesizliği (*materielles Missverhältnis*) olarak nitelendirmektedir. Bu konuda örneğin bkz. Hess ve Ruckstuhl (n 27) 1199 ff, 1205 ff. Yine üç aşamalı görüşü benimsemekle birlikte şekli ve maddi menfaat dengesizliğine ilişkin açıklamalar için krş. Widmer (n 27) para 255 ff, 278. Öğretide Stoffels'in, Alman hukukunda tüketici standart sözleşmelerinde içerik denetiminin yürütülmesine ilişkin (BGB Art. 310 Abs. 3) önerdiği iki aşamalı modelde ise ilk aşamada ilgili genel işlem koşulunun dürüstlük kuralına (açıkça) aykırılığı soyut ve tipikleşmiş bir bakış açısıyla incelenir. İkinci aşamada ise sözleşme kuruluşuna ilişkin somut ve bireysel özellikler dikkate alınır. Buna göre farklı bir bakış açısıyla yürütülen ikinci aşamada, ilk aşamada varılan sonuç muhafaza edilir veya düzeltilir. Bu konuda bkz. Stoffels, N. N.479 vd. Son zikredilen (tüketici standart sözleşmelerinde) içerik denetiminin yürütülmesine ilişkin iki aşamalı inceleme modelinin içerik denetimi (*Inhaltskontrolle*) ve durum kontrolü (*Umstandskontrolle*) karışımına dayandığı hakkında krş. Stoffels (n 4) para 479; Fuchs (n 5) BGB §307 para 402; Grüneberg (n 11) §310 para 19.

⁷⁷ Objektif yarar ile kastedilen: "Sözleşme ile nitelik ve özellikteki benzer bir sözleşmeyi aynı yer ve zamanda, aynı çerçevede bir üçüncü kişi ile yapması halindeki haklı ve makul bir düzenlemedeki yararlar"dır (Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 515'ten naklen).

dığı belirlenir⁷⁸. Bir başka deyişle somut olay dahilinde aşamalı olarak yasal düzenleme veya sözleşmenin doğası ölçütünden sapma ve bu sapmanın önemli olup olmadığı belirlenmelidir⁷⁹.

Üç aşamalı bir inceleme modeli de dürüstlük kuralı dahilinde yürütülecek menfaat değerlendirmesinde kabul edilmektedir⁸⁰. Buna göre ilk aşamada söz-

⁷⁸ Bu anlamda temel ölçüt olarak kabul edilen dürüstlük kuralının burada çifte bir fonksiyonu bulunur. Dürüstlük kuralından hem bir olgu olarak menfaat dengesizliğinin (genel işlem koşulunun karşı taraf aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olduğunun) tespitinde hem de menfaat dengesizliğinin yoğunluk seviyesinin (dengesizliğin önemli olup olmadığının) belirlenmesinde yararlanılmaktadır. Bu konuda krş. Jörg Schmid, ‘Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG’ (2012) 1 ZBJV, 1, 10; Fuchs (n 5) BGB §307 para 98; Fastrich (n 5) 280 ff.; Havutçu, *Açık İçerik Denetimi* (n 1) vd; Açıkgöz (n 1) 830; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 515 vd. Önemli bir menfaat dengesine ilişkin yürütülecek incelemede farklı hukuki kurumlardaki unsurlara ilişkin değerlendirmelerden yararlanılabileceği ve bu kapsamda örneğin sözleşmede risk dağılımına ve “clausula rebus sic stantibus” kurumuna, ölçülülük ilkesine, aşırı yararlanma (gabin) kurumunun objektif unsuruna yönelik doktrin ve yargı kararlarının zikredilebileceği yönünde örneğin bkz. Peter Jung, ‘Die systematische Stellung der offenen AGB-Inhaltskontrolle im UWG -Vertrags- und wettbewerbsrechtliche Folgeprobleme’ in Alexander Brunner, Anton K. Schnyder ve Andrea Eisner-Kiefer, *Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht* (Schulthess 2014) 157 ff; Hans Ueli Vogt, ‘Kommentierung der Art. 19 (Veränderung der Verhältnisse nach Vertragsabschluss), Art. 20 (Auslegung und Ergänzung eines Vertrages), Art. 32 (unklare oder unverständliche Vertragsklauseln) und Art. 33 (ein Missverhältnis begründende Vertragsklauseln)’ in Claire Huguenin ve Reto M. Hilty (eds), *Schweizer Obligationenrecht 2020. Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil* (Schulthess 2013) Art 33 para 8.

⁷⁹ Krş. Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 517 vd.

⁸⁰ Üç aşamalı inceleme görüşü için örneğin bkz. Probst (n 10) UWG Art 8 para 431 ff, 438 ff, 451 ff, 457 ff; Widmer (n 27) para 255 ff, 268 ff, 278, 405. Söz konusu inceleme modelini savunanlardan Probst, bu modeli 2011 tarihli UWG Art.8’in lafzında geçen tüketiciler aleyhine “sözleşmedeki hak ve yükümlülükler arasındaki önemli ve haksız oransızlık” öngören hükmün lafzı esas alarak önermiştir. 2011 tarihli UWG Art. 8 ile 1986 tarihli UWG Art. 8 arasında çeşitli farklılıklar bulunmaktadır. Yanıltıcılık (*Irreführung*) kriteri yerine dürüst kuralına aykırılık (*Treuwidrigkeit*) ön plana alınmış; “yasal düzenden önemli ölçüde sapma” ile “sözleşmenin doğasına önemli ölçüde aykırı hak ve yükümlülük dağılımı” kriterleri, “sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükler arasında önemli ve haksız bir dengesizlik kriteri” ile değiştirilmiştir. Ayrıca UWG Art. 8’in yeni halinde korunan hukuk süjesi, kullanıcının karşısındaki herhangi bir sözleşme muhatabı değil daha sınırlı olarak tüketicidir. Bu anlamda 2011 tarihli UWG Art. 8’de dengesizliğin önemli olmasının yanında haksız (*ungerechtfertigt*) olması gerektiği belirtilmiştir. UWG Art. 8’e dayanak teşkil ettiği belirtilen Art. 3 Abs. 1 RL 93/13/EWG (Yönerge)’nin sadece Almanca çevirisinde bu ifade yer almaktadır. Ancak bu ifadeye ayrı bir anlam verilmesi gerekip gerekmediği İsviçre hukuk öğretisinde tartışmalıdır. Bu konuya ilişkin söz konusu görüş ve gerekçeler için bkz. Probst (n 10) UWG Art 8 para 450 ff. Her ne kadar da 2011 tarihli UWG Art. 8’de olduğu gibi TBK m. 25 veya TKHK m. 5’te “haksız olma unsuru” yer almasa da dürüstlük kuralı dahilinde yürütülen bir menfaat değerlendirmesini içeren bir inceleme modelinde dengelemenin ara bir aşama olarak ele alınabileceği kanaatindeyiz. Benzer

leşmedeki hak ve yükümlülükler arasındaki oransızlık tespit edilir. İkinci aşamada tespit edilmiş olan bu oransızlığın önemli olması aranır. Bu ilk iki aşamada tamamlayıcı olarak sözleşmenin doğası ve yasal düzenleme ölçütlerinden yararlanılır. Üçüncü ve son aşamada ise önceki aşamalarda tespit edilmiş olan müşteri aleyhine önemli oransızlığın, kullanıcı lehine diğer sözleşme kayıtları ile dengelenip dengelenmediğine bakılır.

Nihayet içerik denetimini dört aşamalı yürüten bir görüş zikredilebilir⁸¹. Buna göre ilk aşamada sözleşmenin tipik veya atipik olmasına göre yasal düzenleme (yedek hukuk kuralı) veya sözleşmenin doğası/niteliği ölçütüne başvurularak tarafların hak ve yükümlülükleri arasında menfaat dengesizliği (şekli menfaat dengesizliği) tespit edilir. Takip eden ikinci aşamada sözleşmeyi etkileyen (sözleşmedeki diğer kayıtların haricinde) birtakım olgular dikkate alınarak menfaat dengesizliğinin önemli olup olmadığı (maddi menfaat dengesizliği) irdelenir. Söz konusu görüşe göre ilk iki aşamanın değerlendirilmesi sonucu önemli bir menfaat dengesizliğinin bulunduğu karar verilirse üçüncü aşamada önemli menfaat dengesizliğinin dengeleme etkisiyle geçerli olup olmadığı incelenir. İlk iki aşamada önemli olmayan bir menfaat dengesizliğinin bulunduğu sonucuna varılmış olabilir. Böyle bir ihtimalde dördüncü aşamada bunun bir

gerekçelerle Türk hukuk öğretisinde içerik denetiminin iki aşamalı yürütümüne ve açık (önemli) olma unsuruna ilişkin değerlendirmeler yapılmaktadır. Bu konuda krş. Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 515 vd.

⁸¹ İsviçre hukuk öğretisinde *Widmer*'in dört aşamalı inceleme modeline göre ilk aşamada şekli menfaat dengesizliği (*formelles Missverhältnis*) bulunup bulunmadığına bakılır. Bu aşama (daha önce aktardığımız ölçütler dahilinde kural olarak tipik sözleşmelerde ilgili yedek hukuk kuralları veya atipik sözleşmelerde sözleşmenin amacı ile karşılaştırma yapılarak) tarafların hak ve yükümlülükleri kendi içlerinde ve birbirleriyle (dürüstlük kuralının değer ölçütü göz ardı edilerek) şekli anlamda karşılaştırılmaktadır. Maddi menfaat dengesizliği (*materielles Missverhältnis*) olarak da nitelendirilen ikinci inceleme aşamasında ise bir değer ölçütü olarak dürüstlük kuralının gerektirdiği üzere sözleşme ilişkisini etkileyen, ona refakat eden olgular incelemeye dahil edilmektedir. Maddi değerlendirme kriteri olarak örneğin tarafların menfaat durumu, riskin kontrolünün kimde olmasının beklenebileceği, karşılıklı güç ilişkileri, sözleşmenin niteliği/karakteri gibi olgular dikkate alınmaktadır. Şayet maddi ve şekli anlamda menfaat dengesizliği ilk iki aşamada sağlanırsa ve bu anlamda inceleme konusu genel işlem koşulu önemli bir menfaat dengesizliğine sebebiyet veriyorsa üçüncü aşamada önemli bir menfaat dengesizliğinin sözleşmede bu sözleşme kaydıyla bağlantılı diğer kayıtların olumlu etkileri ile dengelenip dengelenmediği (dengeleme etkisi) irdelenmelidir. Şayet şekli oransızlık sağlanıyor, ancak maddi oransızlık sağlanmıyorsa veya hem şekli hem maddi oransızlık sağlanmıyorsa ve bu anlamda ilgili sözleşme kaydı karşı taraf aleyhine olmakla birlikte önemli bir menfaat dengesizliği teşkil etmiyorsa dördüncü inceleme aşamasında sorulması gereken bunun etkilerinin sözleşmedeki diğer bir kayıtla güçlendirilmesi suretiyle (toplama etkisi) bu kayıtların geçersizliğinin gündeme gelip gelmeyeceğidir. Bu konuda bkz. *Widmer* (n 27) para 255 ff, 268 ff, 278, 290, 357, 405.

başka sözleşme kaydının etkisi ile önemli bir menfaat dengesizliğine sebebiyet verip vermediğine bakılır. Buna verilecek olumlu cevaba göre inceleme konusu sözleşme kaydının geçersizliği gündeme gelir⁸².

C. İçerik Denetimi İnceleme Modelinde Toplama ve Dengeleme Etkilerinin Yeri

1. Genel Olarak

Toplama ve dengeleme etkilerinin (bu çalışmada esas alınan içerik denetimi yürütümüne ilişkin esas alınan) içerik denetimine ilişkin inceleme modelinin hangi aşamasında dikkate alınabileceği öğretide tartışmalıdır⁸³.

Öğretide içerik denetiminde tek aşamalı incelemeyi benimseyen görüş, bu iki etkinin tabiri caizse *karşıt fenomenler (gegenüberstehendes Phänomen)*⁸⁴ olduğuna işaret etmektedir. Bu görüş, toplama ve dengeleme etkilerinin birlikte “menfaat dengesizliği” unsurunun değerlendirildiği tek bir aşamada ele alınması gerektiğini ileri sürmektedir⁸⁵.

İçerik denetiminde iki aşamalı incelemeyi benimseyen diğer bir görüş göre ise toplama ve dengeleme etkileri, menfaat dengesizliğinin “önemli” olmasının arandığı ayrı bir aşamada dikkate alınmalıdır. Önemli menfaat dengesizliğine ilişkin bu ikinci aşama, karşılıklı menfaatlerin tartıldığı ve bu kapsamda toplama ve dengeleme etkilerinin değerlendirildiği bir aşama olarak görülmektedir⁸⁶.

⁸² Krş. Widmer (n 27) para 405,439, 469 ff.

⁸³ İsviçre hukukunda bu konudaki çeşitli görüşlerin tartışıldığı güncel bir çalışma için bkz. Stefan (n 27) 220 ff.

⁸⁴ Aktarılan ifade için bkz. Widmer (n 27) para 302’den naklen. Ancak belirtmek gerekir ki İsviçre hukuk öğretisinde *Widmer* toplama etkisine ilişkin yaptığı açıklamaların başında değinilen tabiri kullanmakla birlikte yaptığı diğer açıklamalarda bunu içerik denetimi incelemesinin hangi aşamasında ele aldığı anlaşılamamaktadır (para 302 ff). Değinilen nitelendirmeye yönelik olarak krş. Vito Roberto ve Marisa Walker, ‘AGB-Kontrolle nach dem revidierten Art. 8 UWG’, (2014) 2 recht, 49, 58; Fuchs (n 5) BGB §307 para 155; Stoffels (n 4) para 486.

⁸⁵ Tek aşamalı bir inceleme yürüten ve menfaat dengesinin önemli olmasına aramayan söz konusu görüş ve gerekçeleri için bkz. Stefan (n 27) 220 ff.

⁸⁶ Alman hukuk öğretisinde bu konudaki açıklamalar için örneğin krş. Coester (n 3) BGB §307 para 89 ff; Fuchs (n 5) BGB §307 para 98 ff; Stoffels (n 4) para 466 ff. Örneğin son zikredilen yazar, açıkça bu aşamadaki dengeleme etkisine özel bir önem verilmesi gerektiğine işaret etmektedir (N. 470 vd.). İsviçre hukuk öğretisinde bu konudaki açıklamalar için krş. Widmer (n 27) para 278, 294 ff, 303 ff, 294 ff, 303 ff; Walker (n 27) 136.

İçerik denetiminde üç aşamalı incelemeyi savunan görüş⁸⁷: Önemli menfaat dengesizliğinin incelendiği ikinci aşamada toplama etkisini dikkate alır. Üçüncü aşamada ise müşteri aleyhine önemli oransızlığın, kullanıcı lehine diğer sözleşme kayıtları ile dengelenip dengelenmediği (dengeleme etkisi) değerlendirilir.

Nihayet dört aşamalı inceleme görüşü, daha önce aktarıldığı üzere ilk iki aşamada varılan sonuca göre dengeleme etkisini üçüncü aşamada, toplama etkisini son aşamada dikkate almaktadır.⁸⁸ Buna göre üçüncü aşamada önemli ölçüde menfaat dengesizliğinin, bu genel işlem koşuluyla bağlantılı diğer kayıtların olumlu etkileri ile dengelenip dengelenmediği (dengeleme) irdelenmektedir. Buna karşılık ilk iki aşamada genel işlem koşulunun karşı taraf aleyhine olmakla birlikte önemli bir menfaat dengesizliği teşkil etmediği sonucuna varılmış olabilir. Bu durumda dördüncü aşamada söz konusu genel işlem koşulunun müşteri aleyhine etkilerinin sözleşmedeki diğer bir kayıtla güçlendirilmesi suretiyle (toplama etkisi) bunun geçersizliğinin gündeme gelip gelmeyeceği incelenmektedir.

2. Değerlendirme ve Kanaatimiz

İçerik denetiminde tek aşamalı incelemeyi benimseyen görüşün çıkış noktası, içerik denetiminde dürüstlük kuralına aykırılığın yeterli görülmesi, ayrıca bunun önemli olmasının aranmamasıdır.⁸⁹ Ancak daha önce aktarılan gerekçelerle⁹⁰ bu çalışmada içerik denetimine aykırılığın kabulü için dürüstlük kuralına

⁸⁷ Probst (n 10) UWG Art 8 para 431 ff.

⁸⁸ Krş. Widmer (n 27) para 255 ff, 268 ff, 278, 290, 357, 405. Ancak yazar, “şekli anlamda eşit davranma durumunda meydana gelen maddi menfaat dengesizliği” (*materielles Missverhältnis bei formeller Gleichbehandlung*) halinin özel bir durum olduğuna işaret etmektedir. Yazara göre söz konusu durumda inceleme, istisnai olarak üç aşamalı olarak yürütülmelidir. Aktarılan ihtimalde taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi ve aralarındaki iş ilişkisine hâkim olan durumlar nedeniyle her ikisine de şekli anlamda eşit davranılması gerekmektedir, ancak somut olayda maddi anlamda eşitsizlik gündeme gelmektedir. Yazarın buna ilişkin verdiği örnekte genel işlem koşulu ile her iki tarafa derhal etkisini göstereceği öngörülen bir fesih hakkı tanınmaktadır. Ancak kullanıcıdan farklı olarak karşı taraf için ekonomik nedenlerle fiili olarak bu hakkı kullanılabilmek mümkün olamamakta, o yüzden bu kayıt onun için bir anlamda ifade etmemektedir. Oysa değinilen kayıt çok daha yoğun bir şekilde kullanıcının menfaatlerine hizmet etmektedir. Söz konusu durumda yazara göre içerik denetimi yürütümünde şekli anlamda dengesizlik söz konusu olmayıp (birinci aşama atlanıp) doğrudan ikinci aşama ile değerlendirmeye başlanmakta ve maddi dengesizlik aşamasında ilişkin diğer kriterlerle yapılan değerlendirmede bu durum dikkate alınmaktadır (para 275, 405).

⁸⁹ Stefan (n 27) 220 ff.

⁹⁰ Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. I numaralı başlık.

aykırılığın önemli olması aranmış ve çok aşamalı bir inceleme modeli benimsenmiştir. Ayrıca bir menfaat dengesizliğinin makul olup olmadığının incelenmesi ve bu kapsamda dengelemeye tabi olup olmadığının belirlenmesi, mantıksal olarak önceden bu menfaat dengesizliğinin (menfaate aykırılığının) tespit edilmesini gerektirir⁹¹.

Önemli menfaat dengesizliği karşılıklı etkileşim halinde bulunan ve tek başına açık bir oransızlık yaratmayan genel işlem koşullarının toplamından çıkabilir. Ancak sözleşmenin karşı tarafı aleyhine olgu tespit edildikten sonra bunun dengelenip dengelenmeyeceği tartışma konusu yapılabilir. Sadece toplama ve dengeleme etkilerinin zıt etkilere sahip olmaları, bu iki etkiyi aynı aşamada incelemeyi gerektirmemeli ve değinilen sonucu değiştirmemelidir⁹². Aynı gerekçeyle dengeleme etkisini toplama etkisinden önce inceleyen dört aşamalı inceleme görüşüne de katılmamaktayız.

İki aşamalı görüşün savunulduğu ihtimalde ilk aşamada hüküm içi etkiler⁹³ ele alındıktan sonra ikinci aşamada sözleşmenin özelliği, sözleşmenin kuruluşuna refakat eden durumlar vb. gibi sözleşmenin bütünü ve bu kapsamda toplama etkisi dikkate alınabilir. Ayrıca önemli menfaat ihlalinin değerlendirildiği bu aşamada; sözleşme taraflarının karşılıklı menfaatlerini etkileyebilecek çeşitli olgular⁹⁴ ve bu kapsamda özellikle dengeleme etkisi dikkate alınabilir⁹⁵. Ancak

⁹¹ Dirk Looschelders, '§§ 305-310 BGB' in Harm P Westermann, Barbara Grunewald ve Georg Maier-Reimer (eds), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar mit Nebengesetzen* (17. Baskı, Ottoschmidt 2023) §307 para 11; Coester (n 3) BGB §307 para 139; Fuchs (n 5) BGB §307 para 155. TBK m. 25'de geçen "menfaate aykırılık" kavramı, içerik denetimine ilişkin kavramdır. Buna karşılık kapsam denetimine ilişkin TBK m. 21'de de bu kavram kullanılmıştır. Burada kanun koyucunun geçerlilik ve yürürlük denetimini birbirine karıştırdığı şeklinde eleştiri için bkz. Yeşim M Atamer, 'Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi' (2005) 4 Hukuki Perspektifler Dergisi, s. 109, 111.

⁹² İlk zikredilen görüş, yaptığı açıklamalarda zamansal olarak değinilen mantıksal öncelik-sonralık ilişkisini kabul etmekle birlikte sadece bunların zıt etkilere sahip oluşunun (ve kabul ettiği tek aşamalı inceleme görüşünü) bunları birlikte değerlendirilmesi gerektiğine bir gerekçe olarak sunmaktadır. Bu konuda bkz. Stefan (n 27) 201.

⁹³ Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. III, B numaralı başlık

⁹⁴ Krş. Kemal M Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar* (30. Baskı 2024) para 912 d vd. Antalya ve Topuz (n 22) 502 vd; Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, C. 1 (19. Baskı, Beta 2024) 172 vd.

⁹⁵ Tek aşamalı görüşü savunan bazı yazarlara göre dengelemenin aşamalı olarak dikkate alınması benimsenirse sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükler arasındaki (önemli) dengesizliği takiben zorunlu olarak bunu haklı bir dengesizlik olarak nitelendirme gibi bir ikileme karşı

iki aşamalı görüşün benimsenmesi halinde ikinci aşamada toplama ve dengeleme etkilerinin kendi içinde bir öncelik-sonralık ilişkisi kurulmalıdır. Bir başka deyişle ancak önemli bir menfaat dengesizliği tespit edildikten sonra bunun dengelenip dengelenmeyeceği tartışma konusu yapılabilir⁹⁶.

Üç aşamalı inceleme görüşünde ise toplama etkisi ikinci aşamada ele alınırken, dengeleme etkisi son aşamada başlı başına ayrı şekilde ele alınmaktadır⁹⁷. Bu görüşü destekleyici olarak öncelikle dengeleme etkisinin ayrı bir şekilde ele alındığı benzeri yaklaşım tarzı örneklerinin, hukuku sistemimize yabancı olmadığı belirtilebilir⁹⁸. Dengeleme etkisinin toplama etkisinden ayrı bir aşamada sistemli şekilde ele alınması, dengeleme etkisinin göz ardı edilmemesi yönünden tercih edilebilir. Üç aşamalı inceleme görüşü, genel olarak aşamalı bir

karşıya kalınma riski bulunmaktadır. Bu konuda Bkz. Stefan (n 27) 220. Ancak dengeleme etkisini aşamalı (ve en son aşamada) ele alınmasına ilişkin görüş, dengeleme etkisini bir zorunluluk olarak görmemektedir. Bir başka deyişle, çok aşamalı görüşler, ancak mevcut olan ve dengelemeye konu etkilere sahip bir genel işlem koşulu bulunduğu durumlarda bu etkiyi dikkate aldıkları için değinilen eleştiriye ve iddia edilen bir ikilem durumuna katılmak mümkün değildir.

⁹⁶ Bir çalışmada dengeleme ve (açık olmamakla birlikte) toplama etkisi, önemli menfaat dengesizliğine ilişkin ikinci aşamada (maddi dengesizlik aşaması) incelenmiştir. Bu çalışmada ikinci aşamada öncelikle sözleşmedeki menfaatler ve sözleşme kuruluşuna refakat eden diğer olguların değerlendirilmiştir. Mantıksal inceleme sırasına uygun olarak yapılan bu açıklamalardan daha sonra (ve ilgili eserde ayrı bir başlıkta) ise dengeleme etkisi incelenmiştir. Bu konuda bkz. Widmer (n 27) para 294.

⁹⁷ Probst (n 10) UWG Art 8 para 469. Yazara göre üçüncü aşamada önemli bir menfaat dengesizliğinin bulunması haksız niteliktedir. Söz konusu durumda kullanıcı, aksi delillerle *prima facie* haksız olarak kabul edilen genel işlem koşulunun diğer sözleşme kayıtlarında yer alan somut avantajlarla dengelendiğini ortaya koyabilir (para 469).

⁹⁸ Dengeleme etkisinin ayrı bir aşamada dikkate alınmasıyla önceki aşamalarda içerik denetimine aykırı genel işlem koşulu/koşulları hukuka uygun hale gelir. Söz konusu durum sorumluluk hukukundaki hukuka uygunluk nedenlerini andırmakta, ama ondan farklılaşmaktadır. Sorumluluk hukukunda geçerli olan haklı savunma, ıztırar hali, rıza, özel yetkinin kullanılması gibi hukuka uygunluk nedenleri ile genel işlem koşullarındaki dengeleme etkisi arasındaki farklar hakkında bkz. Probst (n 10) UWG Art 8 para 450. Yazar, haklı olarak burada sorumluluk hukuku anlamında bir haksız fiilin hukuka uygun hale getirilmesinin söz konusu olmadığına dikkat çekmektedir. Ayrıca kullanıcı, tek taraflı hazırlamış olduğu genel işlem koşullarını haklı savunma, ıztırar hali, özel yetkinin kullanılması gibi nedenlerle karşı tarafa sunmamaktadır. Yazar, karşı tarafın genel işlem koşullarına ilişkin kabulünün hukuku uygunluk nedenleri arasında yer alan "rıza" kapsamında görülmemesi gerektiğini vurgulamaktadır. Sıralı bir şekilde ilerleyen genel işlem koşulu denetiminde bir genel işlem koşulunun içerik denetimine konu olabilmesi için kapsam denetimi dahilinde ilişkilendirilmiş olması gerekir. Bu anlamda genel işlem koşullarının kabul edilmiş olması, bunların içinde yer alan karşı tarafın önemli şekilde aleyhine olan sözleşme kayıtlarına bir hukuka uygunluk nedeni olarak rıza gösterildiği anlamına gelmemektedir (para 450).

incelemeden beklenen netlik ve açıklığı daha fazla arttıracaktır. Bu ise son so-yutlamada her iki tarafın da menfaatlerini adil bir şekilde gözetmesi beklenen sözleşme adaletine hizmet edecektir.

III. Toplama ve Dengeleme Etkilerinin Türleri

A. Hüküm Dışı Toplama ve Dengeleme Etkileri

İçerik denetiminde toplama ve özellikle dengeleme etkileri belli sınırlar dahilinde mümkündür. Aşağıda ayrı başlıklar altında toplama ve dengeleme etkilerinin türleri ve kapsamı hakkında bazı açıklamalar paylaşılmıştır. Bu bağ-lamda hüküm dışı toplama ve dengeleme etkilerinde bir genel işlem koşulunun, diğer sözleşme kayıtları ile etkileşimi söz konusudur. Hüküm dışı etkiler ve bun-ların farklı tür ve uygulamaları aşağıda; “toplama etkisinin türleri” ve “denge-leme etkisi türleri” olmak üzere iki alt ayırım altında aktarılmıştır.

1. Toplama Etkisinin Türleri

Toplama etkisinin türleri genel işlem koşulları arasında toplama etkisi ile bireysel sözleşme kaydı ile etkileşime girmeye bağlı toplama etkisi şeklinde iki farklı başlık altında ele alınmaktadır.

a. Genel İşlem Koşulları Arasında Toplama Etkisi

Genel işlem koşulları arasında toplama etkisi (*AGB-interne Summierung*)⁹⁹, bir standart sözleşmede geçen genel işlem koşullarının birbirlerinin etkisini arttırmasını konu alır. Söz konusu toplama etkisinin bazı alt ayrımları aşağıda aktarılmıştır.

i. İzole Toplama Etkisi

İzole toplama etkisinde (*sterile Summierung*) inceleme konusu sözleşme kayıtları, tek başlarına incelendiklerinde geçerli olarak kabul edilmektedir. An-cak bunlar, birlikte etkileşime girdiklerinde önemli bir menfaat dengesizliğine sebebiyet vermekte ve bunların geçersizlikleri gündeme gelmektedir¹⁰⁰.

⁹⁹ Değinilen terminoloji bkz. Stefan (n 27) 224.

¹⁰⁰ Coester (n 3) BGB §307 para 139; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213; Stefan (n 27) 221; Looschelders (n 91) BGB §307 para 11; Fuchs (n 5) BGB §307 para 155; Stoffels (n 4) para 486; Civan (n 1) 251. İzole edilmiş toplama etkisinde sadece bir miktar karşı taraf aleyhine etkisi bulunan bir genel işlem koşulunun bu etkisi, somut ihtilafta o kadar düşük seviyede ka-labilir ki bu durum önemli bir menfaat dengesizliğine ulaşamama sonucunu beraberinde geti-

İzole toplama etkisine örnek olarak bir kira sözleşmesinde yer alan iki genel işlem koşulu üzerinden meseleyi şu şekilde izah etmek mümkündür: Bunlardan birine göre kiracı, sözleşmenin kuruluşundan hemen sonra kiralanan badana boya yaptırmakla yükümlüdür. Bunlardan diğerinde ise kiracıdan, kira sözleşmesinin süresine bakılmaksızın bunun bitiminde kiralanan badana boya yaptırması beklenmektedir. Bu iki genel işlem koşulunun olumsuz etkilerinin birleşmesi, izole toplama etkisine örnek olarak verilebilir¹⁰¹.

Her bir genel işlem koşulunun tek başına değerlendirildiğinde geçerli olması kural olarak varılan sonucu etkilemeyecektir. Bu konuda öğretide, bunlardan hangisinin geçerli olacağına karar vermenin mahkemeye bırakılmaması gerektiğine işaret edilmektedir¹⁰². Ayrıca karşı taraf için bunlardan hangisinin geçerli olabileceği açık değildir¹⁰³. Bunun gibi karşı tarafın menfaatlerinin sözleşmenin türü ve amacı dikkate alınarak ihlal edildiği dikkate alınarak da bu sonuca varılabileceği belirtilmektedir¹⁰⁴.

İzole toplama etkisinde her iki genel işlem koşulunun geçersiz olması kural olmakla birlikte öğretide bunun bazı istisnalarına işaret edilmektedir. Bu bağlamda inceleme konusu genel işlem koşullarından birinin daha önce düşünülmemiş olasılıklar dahilinde geçersiz olması durumu zikredilebilir Aktarılan durumda istisnai olarak bunun geçerli olabileceği belirtilmektedir¹⁰⁵.

Öğretide ileri sürülen bir diğer istisna, sözleşme kaydının mevcut yapılmasına kanunda açıkça izin verilmesidir. Bu durumda, değinilen genel işlem koşulunun etkisini güçlendirecek başka bir genel işlem koşulu kaydı söz konusu

rir. Söz konusu ihtimalde inceleme konusu genel işlem koşulu içerik denetimi sonucu geçerli olduğu kabul edilecektir. Aktarılan açıklamalar için krş. Stefan (n 27) 227.

¹⁰¹ Toplama etkisine ilişkin açıklamalarında değinilen örneği paylaşan bazı çalışmalar için örneğin bkz. Fuchs (n 5) BGB §307 para 155; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213; Stoffels (n 4) para 486. Yine krş. BGH NJW 1993, 532 ff, <<https://beck-online.beck.de/Home>> Erişim Tarihi 9 Kasım 2024. Buna karşılık kiracının (sözleşmenin başında veya sonunda) kiralanan badana boya yaptırmasını öngören bir genel işlem koşulu ile kiralananın taşınmaya elverişli şekilde kiraya verene teslimini öngören bir genel işlem koşulunun toplamının haklı olarak bunların geçersizliğine sebebiyet vermeyeceği yönünde krş. BGH, NJW 2014, 1444, <<https://beck-online.beck.de/Home>> Erişim Tarihi 9 Kasım 2024.

¹⁰² Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213; Grüneberg (n 11) BGB §307 para 9; Coester (n 3) BGB §307 para. 139; Stoffels (n 4) para 486.

¹⁰³ Coester (n 3) BGB §307 para 139, 189 ff.

¹⁰⁴ Fuchs (n 5) BGB §307 para 155 Stefan (n 27) 227.

¹⁰⁵ Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213

ise toplama etkisi sonucu tek başına sonuncusu geçersiz olacaktır¹⁰⁶ Örneğin TBK m. 342’de konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesinde sözleşmeyle kiracının getireceği güvence bedelinin üç aylık kira bedelini aşamaz. Kullanıcı kira sözleşmesi genel işlem koşullarında kiracının getireceği güvence bedelini üç aylık kira bedeli tutarında belirlemiştir. Ayrıca bir diğer genel işlem koşuluna göre kiracı, sözleşmenin kuruluşundan itibaren belli bir zaman içinde kişisel bir teminat olarak kefil olacak (kullanıcıyla kefalet sözleşmesi yapacak) uygun bir kişiyi bulmakla yükümlüdür. Söz konusu durumda bunlardan sadece son zikredilen genel işlem koşulunun geçersizliği gündeme gelir¹⁰⁷.

ii. Enfekte Olmaya Bağlı Toplama Etkisi (Klauselinfektion)

Enfekte olmaya bağlı toplama etkisinden dürüstlük kuralına önemli ölçüde aykırı nitelikteki bir genel işlem koşulu bu nitelikte olmayan bir başka genel işlem koşuluna etki etmektedir. Bunun sonucu olarak da ikinci genel işlem koşulu önemli ölçüde menfaat dengesizliğine sebebiyet verecek hale dönüşmektedir. Dolayısıyla da geçersiz hale gelmektedir. Örneğin yaşam sigortası genel işlem koşullarında geçersiz olduğu kabul edilen bir sigorta prim hesaplama yöntemi öngören bir sözleşme kaydı yer almaktadır. Söz konusu genel işlem koşulunun, bununla bağlantılı, ama kendi başına geçerli olan sözleşme klostlarının geçersizliğine sebebiyet vermesi böyledir¹⁰⁸.

Enfekte olmaya bağlı toplama etkisinde her iki sözleşme kaydı, sözleşmede iki ayrı hüküm olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte bunlar arasındaki içsel/fonksiyonel bağlantı, bunların geçerli ve geçersiz olarak ikili şekilde değerlendirilmesine izin vermemektedir¹⁰⁹. Bunlardan birinin geçersizliğin diğerine sirayet etmesinin nedenleri arasında öncelikle içerik denetiminin caydırıcı

¹⁰⁶ Coester (n 3) BGB §307 para 139

¹⁰⁷ Paylaşılan örnek için krş. Coester (n 3) BGB §307 para 139; BGH NJW 2004, 3045, 3046 ff, <<https://beck-online.beck.de/Home>> Erişim Tarihi 9 Kasım 2024.

¹⁰⁸ Yaşam sigortası genel işlem koşulları arasında poliçe yaptırma maliyetlerini tüm vadeye yaymak için kullanan ve “Zillmerizasyon” adı verilen bir yöntemi içeren bir genel işlem koşulunun (*Zillmerklauseln*) geçersizliğinin bununla bağlantılı diğer genel işlem koşullarına da sirayet ettiği/ sirayet etkisinin (*Ertreckungswirkung*) gündeme geldiği bir Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGH, NJW 2012, 3023. Aktarılan kararı, enfekte olmaya bağlı toplama etkisine ilişkin bir örnek olarak paylaşan bazı eserler için bkz. Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213; Stefan (n 27) 228.

¹⁰⁹ Coester (n 3) BGB §307 para 140; BGH, NJW 2003, 2234, <<https://beck-online.beck.de/Home>> Erişim Tarihi 28 Kasım 2024; Stefan (n 27) 226.

cı/önleyici fonksiyonu gösterilmektedir¹¹⁰. Ayrıca içerik denetiminde geçerli olan saydamlık kuralı da bunu gerektirir¹¹¹. Aksi bir kabul durumunda karşı taraf için hangi hükmün geçerli olacağı belirsiz olacak ve bu şekilde karşı tarafın hakkını ileri sürmesi engellenecektir¹¹². Nihayet kullanıcıya bir genel işlem koşulunu geçerli şekilde muhafaza edilebilmesi için kendi sunmuş olduğu bir genel işlem koşulunun geçersizliğini ileri sürme imkanı tanınmasının adil olmadığı belirtilmektedir¹¹³.

iii. Göz Ardı Edilebilecek (Bagatell) Seviyede Toplama Etkisi

Göz ardı edilebilecek (bagatell) toplama etkisinde birden fazla genel işlem koşulu birlikte karşı tarafın menfaatine aykırı bir durum yaratmaktadır. Bununla birlikte bunlar önemli bir menfaat dengesizliğine sebebiyet vermemektedir. Göz ardı edilebilecek seviyede toplama etkisinde karşı tarafın, sözleşmede toplama etkisi dolayısıyla maruz kaldığı dezavantaj, göz ardı edilebilecek seviyede olduğundan içerik denetimine aykırılık gündeme gelmemektedir¹¹⁴.

iv. Kitlel Göz Ardı Edilebilecek (Bagatell) Seviyede Toplama Etkisi

Bu toplama etkisinde bir öncekinde olduğu gibi standart sözleşmede içerik denetimine açık aykırılık teşkil etmeyen, göz ardı edilebilecek (bagatell) seviyede karşı taraf aleyhine, birbiriyle bağlantılı genel işlem koşulları bulunmaktadır. Ancak kitlel göz ardı edilebilecek toplama etkisinde bir önceki başlıkta aktarılan toplama etkisinden farklı bir durum vardır. Burada kullanıcı söz konusu genel işlem koşullarını kitlel olarak çok sayıda kişiye sunmasına bağlı olarak

¹¹⁰ Fuchs (n 5) BGB §307 para 155; Coester (n 3) BGB §307 para 140.

¹¹¹ Coester (n 3) BGB §307 para 140. Saydamlık ilkesinin Avrupa Hukuku ve genel olarak genel işlem koşulu hukukunda kabul gören, düzenlemelerden bağımsız, kavrayıcı nitelikte bir hukuk ilkesi olduğu yönünde bkz. Jobbich (n 43) 45; Morsbach (n 14) 267, dn 16'da zikredilen yazarlar; Coester (n 3) BGB §307 para 208; Doğancı (n 2) 375 vd.

¹¹² Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213.

¹¹³ Krş. Fuchs (n 5) BGB §307 para 155; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213. Zaten TKHK m. 5'te içerik denetiminin yaptırımı olan kısmi hükümsüzlük karşı taraf yönünden esnetilmiştir (esnek geçersizlik). Bir başka deyişle kullanıcı kendi kullandığı (veya düzenlediği) genel işlem koşulunun geçersizliğine dayanamayacaktır. Bu konuda örneğin bkz. Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 197 vd; Kocayusufpaşaoğlu (n 2) § 44 para 31; Nomer, *Borçlar Hukuku Genel* (n 3) para 50b. Bu bağlamda öğretide olan hukuk yönünden TBK m. 25 açısından (TKHK m. 5 ile benzer şekilde) hükmün amacı gözetilerek hükmün yaptırımı olan kısmi kesin hükümsüzlüğün karşı taraf yönünden esnetildiği belirtilmektedir. Söz konusu görüşe göre burada esnek geçersizliğin dava taraflarının sınırlanmasına ilişkin uygulama hallerinden birinin söz konusudur. Bu görüş hakkında yapılan açıklamalar için bkz. Doğancı (n 2) 606.

¹¹⁴ Stefan (n 27) 224.

bunlardan elde edeceği avantajların toplamı ile önemli gelirler elde etmektedir¹¹⁵.

Kitlesel göz ardı edilebilecek toplama etkisine bankaların genel işlem koşullarında yer alan valör (faiz hesaplaması işlemlerinde başlangıç oluşturan tarih) klozları örnek olarak gösterilebilir. Valör tarihinin, alacağın hesaba yatırılmasından bir iş günü sonrasında gerçekleşeceğinin öngörülmesi bağlı banka lehine ufak faiz avantajları oluşmaktadır¹¹⁶. Yine buna örnek olarak bankaların haksız olarak sözleşmenin karşı tarafına yansıttıkları çok ufak seviyede ilave maliyetler gösterilebilir¹¹⁷. Değinilen duruma sadece somut sözleşme muhatabı yönünden yaklaşıldığında, onun menfaatine aykırılık, önemli bir menfaat dengesizliği teşkil etmediğinden içerik denetimine aykırılık söz konusu olmamaktadır¹¹⁸.

Kitlesel göz ardı edilebilecek seviyede toplama etkisine nasıl yaklaşılması gerektiği tartışmalıdır. Bir görüşe göre kitlesel işlemlerdeki düşük seviyedeki karşı tarafın tabi olacağı dezavantajlarına ve kullanıcının buradan elde edeceği toplam faydaya öncelikle genel işlem koşulu denetimi mekanizması ile yaklaşmak uygun değildir. Bu görüş söz konusu durumun, makro iktisadi değerlendirmelerin ön planda olduğu rekabet hukuku düzenlemeleri ile yaklaşılması gerektiğini ileri sürmektedir¹¹⁹.

Diğer bir görüşe göre ise söz konusu toplama etkisinde içerik denetimine aykırılık bulunduğu kabul edilmelidir¹²⁰. Bu görüşe göre, aksi yönde bir kabul,

¹¹⁵ Krş. Coester (n 3) BGB §307 para 140; Fuchs (n 5) BGB §307 para 129 ff.

¹¹⁶ Geciktirilen valör nedeniyle bankaya karşı borç bakiyesi olan hesaptaki borç faizi, en az bir gün fazla hesaplanmakta; bankaya karşı alacak bakiyesi olan hesaplar için ise buna uygun olarak daha az bir oranda alacak faizi verilmektedir. Değinilen duruma ilişkin bir Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGH, NJW 1997, 2042, <<https://beck-online.beck.de/Home>> Erişim Tarihi 28 Kasım 2024.

¹¹⁷ Coester (n 3) BGB §307 para 140; Fuchs (n 5) BGB §307 para 129; Stefan (n 27) 224.

¹¹⁸ Krş. Coester (n 3) BGB §307 para 92, 140.

¹¹⁹ Krş. Antalya ve Doğancı, 'Koşul Rekabeti I' (n 13) 5569 vd, 5575 vd; Antalya ve Doğancı, 'Koşul Rekabeti II' (n 13) 53 vd.

¹²⁰ Alman Federal Mahkemesi'nin valör tarihi klozları (*Wertstellungsklausel*) hakkında geçmiş yıllarda verdiği bazı kararlarda davalı bankalar kitlesel göz ardı edilebilir seviyede toplama etkisine ilişkin söz konusu durumda karşı taraf aleyhine bir olumsuzluk bulunmadığı ve bu kapsamda önemli bir menfaat dengesizliğinin bulunmadığı savunması yapmışlardır. Mahkeme ise söz konusu savunmaya karşı; bu tür klozlara karşı açılacak (örneğin tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarının haksız rekabete ilişkin kullanıcılara karşı açacakları hukuka aykırılığı tespiti ve önlenmesi davası gibi) topluluk davasında piyasa fonksiyonunun ön planda olduğunu belirtmiş, değinilen gerekçeyle karşı tarafın korunmasının ön

öncelikle genel işlem koşullarının ekonomik boyutunu göz etme anlamına gelmektedir. Ayrıca bu durum kullanıcıyı kitlesel işlemlerde bu tarz genel işlem koşullarını kullanmaya da teşvik edebilir. Bu ise hukuki işlem hayatında müşterileri olumsuz etkileyen uygulamalara sebebiyet verebilecek, istenmeyen bir sonuçtur¹²¹.

Karşı tarafın uzun döneme yayılan zararlarını toplayan bir görüş, karşı tarafın taraf olduğu sözleşmenin sürekli edimli bir sözleşme olmasını esas almaktadır. Buna göre bu tür bir sözleşmede karşı tarafın tabi olduğu ufak dezavantajların uzun dönem etkisinin toplamından hareketle içerik denetimine aykırılık kabul edilebilir¹²². Örneğin bu görüşe göre ufak ek işlem maliyetleri gibi ufak dezavantajlar uzun bir zamana yayılan sözleşmede toplama etkisi dahilinde içerik denetiminde dikkate alınabilir. Ancak söz konusu görüş, diğer görüşlerden farklı olarak ani edimli sözleşmelerde söz konusu toplama etkisini tamamen göz ardı etmektedir. Ayrıca bu görüş, ufak dezavantajların ne kadar uzunlukta bir dönem için dikkate alınabileceği konusunda bir açıklık getirmemektedir.

Diğer bir görüş içerik denetiminin karşı tarafı koruma amacına vurgu yaparak somut olayda içerik denetimine açık aykırılık teşkil etmeyen, göz ardı edilebilir dezavantajların içerik denetiminde doğrudan dikkate alınabileceğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre en azından karşı tarafın kitlesel işlemlerden uğradığı ufak mali dezavantajın somut olayda haklı gösterilemediği durumlarda kitlesel toplama etkisine izin verilmelidir¹²³. Ancak söz konusu görüşe karşı içerik deneti-

planda olduğu içerik denetimine aykırılığı kabul etmiştir. Bu konuda krş. BGH, NJW 1989, 582, <<https://beck-online.beck.de/Home>> Erişim Tarihi 28 Kasım 2024. Değinen kararların verdiği sonuca katılmakla birlikte bunun gerekçesini tutarlı ve tatmin edici olmadığı, karşı taraf menfaatine bireysel ve topluluk davasında farklı anlam yüklenmemesi gerektiği hakkında bkz. Fuchs (n 5) BGB §307 para 130.

¹²¹ Aktarılan gerekçeler için bkz. Fuchs (n 5) BGB §307 para 129. Bu görüşün gerekçesi (geçersizlik durumuna ilişkin hangi kriterlerin esas alınabileceği), bu görüşü savunanlar arasında tartışmalıdır. Özellikle Alman hukuk öğretisinde yürütülen tartışmalar hakkında bkz. Fuchs (n 5) BGB §307 para 129 ff; Coester (n 3) BGB §307 para 140. İsviçre hukukunda göz ardı edilebilir seviyedeki dezavantajların toplanabilirliği UWG Art. 8'nin lafzına aykırılık teşkil etmemektedir. Ancak tarihsel olarak tüketici işlemlerinde söz konusu durumun içerik denetimine ilişkin tartışmalara konu olmadığı belirtilmektedir. İsviçre hukuk öğretisinde bu konudaki bir değerlendirmede, tarihsel yorumun özellikle UWG Art. 8 ihdas sürecindeki aksaklıklardan dolayı göz ardı edilmesi gerektiği ve değerlendirmede belirleyici olması gerekenin UWG Art. 8 anlam ve amacı olan tüketiciyi tek yanlı sözleşme kayıtlarından koruma amacı olduğuna dikkat çekilmektedir. Değinen görüş ve aktarılan açıklamalar için bkz. Stefan (n 27) 225.

¹²² Krş. Coester (n 3) BGB §307, para 140.

¹²³ Bu görüş ve aktarılan açıklamalar için bkz. Stefan (n 27) 225.

minin amacının sadece doğrudan karşı tarafın korunmasına indirgenemeyeceğine işaret edilebilir¹²⁴. Bunun yanında içerik denetiminin karşı tarafı dolaylı yoldan korumaya hizmet eden piyasaya dönük bir fonksiyonu da bulunmaktadır¹²⁵. Ayrıca söz konusu görüşün toplama etkisine ilişkin “somut olayda haklı görülme durumu” nu bir sınırlama olarak kabul etmektedir. Söz konusu sınırlama ölçütü belirsiz ve içerik denetiminin objektif yaklaşımına uygun değildir.

İçerik denetiminin piyasa fonksiyonunu dikkate alan ve bizim de katılmış görüş ise bu noktada “menfaati” (lehe/aleyhine olmayı) piyasa menfaatini de içerecek şekilde geniş yorumlamaktadır¹²⁶. Amaçsal yorumla ve sözleşme kaydının sözleşmenin karşı tarafının tabi olduğu kesime bütünsel etkisi gözetilerek kitlesel fayda karşı tarafın menfaatine aykırılığına dahil edilmektedir¹²⁷. Ayrıca kitlesel göz ardı edilebilecek toplama etkisinin, içerik denetiminin piyasa dönük fonksiyonunu ön plana alan, kendine özgü bir görünümü olan saydamlık denetimi kapsamında ele alınabileceği belirtmektedir¹²⁸. En başka aktarılan iki görüşü bağdaştıran bu görüşe göre saydamlık denetimi, rekabet hukuku düzenlemeleri birlikte uygulanabilir¹²⁹.

¹²⁴ Grüneberg (n 11) Überl. §305 para. 8; Fuchs (n 5) BGB Vorb. §307 para 27; Stoffels (n 4) Einleitung 88; Ulmer ve Habersack (n 149) 48.

¹²⁵ Johannes Köndgen, ‘Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht- Bemerkungen zum “Hypothekenzins-” und zum “Wertstellungs- Urteil” des BGH’ (1989) 15 NJW, 943, 943; Fuchs (n 5) BGB §307 para 29.

¹²⁶ Köndgen (n 127) 950; Coester (n 3) BGB §307, para 140, 175; Doğancı (n 2) 434 vd, 437 vd..

¹²⁷ Fuchs (n 5) BGB §307 para 131; Stoffels (n 4) para 452; Coester (n 3) BGB §307, para 140. Karşı tarafın menfaatine aykırılığının bir genel işlem koşulunun açık ve anlaşılır olmamasından dolayı karşı tarafın sözleşmenin kuruluşunda kaybettiği piyasa alternatiflerinden doğabileceği hakkında krş. Grüneberg (n 11) BGB §307 para 20; Köndgen (n 127) 950; Fuchs (n 5) BGB §307 para 331; Helmut Heinrichs, ‘Das Transparenzgebot und die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen’ in Graf von Westphalen Von Friedrich ve Sandrock Otto (eds), *Lebendiges Recht -Von den Sumerern bis zur Gegenwart, Festschrift für Reinhold Trinkner zum 65. Geburtstag* (Recht und Wirtschaft 1995) 163; Coester (n 3) BGB §307 para 175 ff.

¹²⁸ Doğancı (n 2) 434 vd, 437 vd. Bu eserde, içerik denetiminin özel bir görünümü olan saydamlık denetiminin hukuksal dayanağı, maddi menfaate aykırı olma durumunu geniş yorumlamak suretiyle saydamlığı (kuruluş saydamlığını) piyasa menfaatine aykırılık kavramı altında değerlendiren bir görüşe dayandırılmaktadır (440 vd). Klasik görünümü ile içerik denetiminde ise saydamlık (uygulama saydamlığı) içerik denetiminde önemli menfaat dengesizliği unsuruna etki eden olgulardan biri olarak görülmektedir (436 vd, 439 vd).

¹²⁹ Saydamlık denetiminin uygulamalarından biri olan kuruluş saydamlığı, sözleşmenin kuruluşundan önceki aşamada müşterilerin haklarının ve sorumluluklarının doğru ve anlaşılır şekilde aktarılmasına, müşterinin piyasa alternatifleri arasında tercih yapmak suretiyle sözleşme özgürlüğüne işlerlik kazandırılması gerekliliğine dikkat çeker. Sözleşme özgürlüğü ilkesi ancak müşteri müzakere sonuçlarını gerçekten hayata geçirebilirse anlam taşır. Saydamlık kuralının

b. Bireysel Bir Sözleşme Kaydı ile Etkileşime Girmeye Bağlı Toplama Etkisi

Toplama etkisinde inceleme konusu sözleşme kayıtlarından birisinin bireysel bir sözleşme kaydı olması mümkündür¹³⁰. Söz konusu bireysel sözleşme kaydı, karşı tarafın aleyhine bir genel işlem koşulunun olumsuz etkisini arttırıp onun geçersizliğine sebebiyet verebilir¹³¹. Bireysel bir sözleşme kaydı ile etkileşime girmeye bağlı toplama etkisinde geçerli olan bir bireysel sözleşme kaydı, tek başına incelendiğinde geçerli olan bir genel işlem koşulu ile etkileşime girip onun geçersizliğine sebebiyet vermektedir¹³².

İçerik denetiminin konusu genel işlem koşullarının denetimi olup değinilen durumda bireysel sözleşme kaydının geçersizliği gündeme gelmeyecektir¹³³. Örneğin bir veresiye satış sözleşmesine ilişkin (adi veya ticari) bir standart sözleşme düşünülün. Bu sözleşmede tek başına geçerli olan ve ayıp durumunda karşı tarafın (alıcının) başvurabileceği seçimlik hakkı onarım ile sınırlayan bir genel işlem koşulu bulunsun¹³⁴. Değinilen kayıt, onarım hakkının ileri sürülme-

farklı yoğunlukta görüldüğü TBK m. 20 vd. ve özellikle saydamlık denetimi ile RKHK ve TTK m. 55 f. 1 f'ın birlikte uygulanabilirliği hakkında bkz. Antalya ve Doğancı, 'Koşul Rekabeti I' (n 13) 5507 vd.; Antalya ve Doğancı, 'Koşul Rekabeti II' (n 13) 53 vd.

¹³⁰ Genel işlem koşulu denetiminde bireysel anlaşma kavramı ve bunun ispatı hakkında açıklamalar için örneğin bkz. İsmail Atamulu, 'Genel İşlem Şartlarında Şahsi (Bireysel) Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü' (2018) 13 (1) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 101, 122 vd.

¹³¹ Widmer (n 27) para 302; Coester (n 3) BGB §307, para 139; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213. Bireysel sözleşme kayıtlarının toplama etkisine dahil olmayacağı şeklinde aksi yöndeki görüş için bkz. Looschelders (n 91) BGB §307 para 11.

¹³² Coester (n 3) BGB §307, para 139; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213; Stoffels (n 4) para 486; Stefan (n 27) 225 ff.

¹³³ Widmer (n 27) para 302; Coester (n 3) BGB §307, para 139; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213; Stefan (n 27) 225 ff.

¹³⁴ Taşınır satış sözleşmelerinde sözleşme taraflarınca satıcının (kullanıcının) ayıptan sorumluluğunun sınırlandırılması ve alıcıya (karşı tarafa) seçimlik hak olarak sadece onarım hakkı tanınması mümkündür. Bu konuda örneğin krş. Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Birinci Cilt* (11. Baskı, Beta Yayıncılık 2021) 150 vd; Mustafa A Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I* (3. Baskı, Vedat 2014) 78 vd; Aydın Zevkliiler ve Emre Gökyayla, K. Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (20. Baskı, Vedat 2020) 127; Sert Sütçü Selin, 'Satış Sözleşmesi' in Turgut M Öz (ed), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Seçkin Yayıncılık 2023) 102 vd; Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (16. Baskı, Yetkin 2023) 164; Eren, *Borçlar Hukuku Özel* (n 60) para 458. Son zikredilen yazar, genel işlem koşuluyla öngörülecek bir sorumsuzluk kaydına ilişkin değerlendirmesinde bu kaydı; kural olarak (içerik denetiminden önce uygulama alanı bulacak) özel kapsam denetimi dahilinde şaşırtıcı kayıt sayılarak yazılmamış sayılabileceğini (TBK m. 21 f. 2, TBK m. 22) veya yorum denetimi dahilinde belirsiz bir kayıt kabul edilerek karşı taraf lehine yorumlanmasının (TBK m. 23) gündeme gelebileceğini belirtmektedir (krş. para 460). Bununla birlikte

sini sözleşme bedelinin tamamının veya karşı taraf yönünden beklenemeyecek önemli bir bölümünün ödenmiş olmasına bağlayan bir bireysel sözleşme kaydı ile etkileşime girerek onun aleyhine dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir¹³⁵.

Bir başka örnek olarak satış sözleşmesine ilişkin bir tüketici standart sözleşmesinde bir yer alan bir genel işlem koşulu düşünülebilir. Söz konusu sözleşme kaydı, karşı tarafın (alıcının) onarım hakkını ölçülü sınırlandırmakta ve bu anlamda onun aleyhine olmakla birlikte geçerli kabul edilmektedir¹³⁶. Aynı zamanda taraflar arasındaki başka bir kira sözleşmesi dolayısıyla kullanıcının karşı tarafa bir kira bedeli ödeme borcu bulunmaktadır. Bu bağlamda satıcı ile arasında yapılan bireysel bir sözleşmeyle karşı tarafın onarım hakkının kullanımı, takas hakkını ileri sürmesinden vazgeçmesine bağlanmıştır¹³⁷. Aktarılan durumda bireysel sözleşmenin kendisi içerik denetimine tabi tutulmaz. Ancak içerik denetimi sözleşmenin bütünü dikkate alınarak yürütülür. Daha sonra gerekçe-

bir tüketici standart sözleşmesinde ayıba karşı sorumluluk hükümlerinin karşı taraf aleyhine sınırlandırılması durumunda HSHŞY'da yer alan örnek yasak koşullarının birinin somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğine öncelikle bakılmalıdır. Nitekim buna olumlu cevap verilirse sözleşme kaydının dengelenebilmesi artık mümkün olmayacaktır. Bu kaydın toplama etkisine tabi tutulmasına gerek kalmadan geçersizliği gündeme gelecektir. Nitekim tüketici standart sözleşmelere ilişkin öngörülen haksız şart örneklerinden bir tanesine göre: "Sözleşmeyi düzenleyen, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden herhangi birini ...ayıplı ifa etmesi halinde, ... sözleşmeyi düzenleyene veya bir üçüncü şahsa yöneltebileceği yasal haklarını ortadan kaldıran ya da ölçüsüz şekilde sınırlayan şartlar" haksız şart sayılır.(HSHŞY Ek-1/b). Alman hukukunda ayıba karşı sorumluluğu sınırlandıran bazı kayıtlar mutlak anlamda örnek yasak koşullar arasında düzenlenmiştir (BGB Art. 309/Nr.8.b). Bu konuda bkz. Yelmen (n 31) 149; Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (n 1) §25 para 81 vd.

¹³⁵ Krş. Jens Dammann, 5.Teil. ABC der Klauseln", *Wolf/ Lindacher/ Pfeiffer AGB-Recht Kommentar* (6.Baskı, Beck 2013) § 309Nr. 8 lit. b dd para 15; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213.

¹³⁶ Krş. HSHŞY Ek-1/b.

¹³⁷ TBK m. 145'te borçlunun takas imkanından önceden vazgeçebileceği öngörülmüştür. Yine takas edilecek alacakların aynı borç ilişkisinden doğması aranmamaktadır. Bu konuda örneğin bkz. Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt 1* (n 16) para 1853, 1876 vd; Şahin Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi* (14. Baskı, Sayram 2024) 449; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 2) para 1769, 1778 vd; Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin 2021) 1203. Değerlenen sözleşme kaydı adi standart sözleşmede yer alan bir genel işlem koşulu olarak kararlaştırılmış olduğu ihtimalde bu kaydın; somut olayda şartırtıcı kayıt kabul edilmesi ihtimalinde özel kapsam denetimi dahilinde (TBK m. 21 f. 2) veya dürüstlük kuralına (açıkça) aykırı görülmesi ihtimalinde içerik denetimi dahilinde (TBK m. 25) geçersiz olduğu ileri sürülebilir. Takas beyanının ileri sürülmesini sınırlayan/engelleyen bir kaydın, bir tüketici standart sözleşmesinde yer alması ihtimalinde ise HSHŞY kapsamında yer alan örnek yasak koşullarından biri (HSHŞY Ek-1/b, HSHŞY Ek-1/c) altında değerlendirilebilecektir. Yine Alman hukukunda BGB Art. 309 Abs.3'de bu tür kayıtlar, mutlak anlamda bir yasak koşulu olarak kabul edilmiştir. Bu konuda bkz. Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (n 1) §25 para 67, Yelmen (n 31) 144; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 2) para 1779.

leriyle aktarılacağı üzere sözleşmenin bütününden ne anlaşılması gerektiği öğretide tartışmalı olup katıldığımız baskın görüşe göre bireysel sözleşme kayıtları da bu kapsamdadır¹³⁸. Böylece normal şartlarda içerik denetimine aykırı olmayan bir genel işlem koşulu, bireysel sözleşme kaydı ile etkileşime girmeye bağlı toplama etkisine tabi olacak ve onun geçersizliği gündeme gelebilecektir.

Bireysel bir sözleşme kaydı ile etkileşime girmeye bağlı toplama etkisi diğer toplama etkilerinin inceleme konusu sözleşme kayıtlarına etkisi kısaca şu şekilde paylaşılabılır¹³⁹:

- Somut olayda enfekte olmuş (enfekte olmaya bağlı toplama etkisine tabi) bir sözleşme kaydı varsa buna sadece genel işlem koşullarının mı konu olduğu yoksa bunun yanında bireysel bir sözleşme kaydının da mı bulunduğu sorusuna verilecek cevaba göre ikili bir alt ayırım yapılabilir:
- İnceleme konusu sadece genel işlem koşulları ise toplama etkisi sonucu her ikisi de geçersizdir.
- İnceleme konusu sözleşme kayıtları arasında bireysel sözleşme kayıtları da bulunuyorsa haksız olarak nitelendirilenin bireysel sözleşme kaydı mı yoksa genel işlem koşulu mu olduğu sorusuna verilecek cevaba göre hareket edilmelidir.
- Haksız olarak nitelendirilen bireysel sözleşme kaydı ise hem genel işlem koşulu hem de bireysel sözleşme kaydı geçerlidir
- Haksız olarak nitelendirilen genel işlem koşulu ise sadece söz konusu genel işlem koşulu geçersizdir
- Somut olayda izole edilmiş toplama etkisi söz konusu ise buna sadece genel işlem koşullarının mı konu olduğu yoksa bunun yanında bireysel bir sözleşme kaydının da mı bulunduğu sorusuna verilecek cevaba göre ikili bir alt ayrı yapılabilir:
- İnceleme konusu sadece genel işlem koşulları ise toplama etkisi sonucu her ikisi de geçersizdir.
- İnceleme konusu sözleşme kayıtları arasında bireysel sözleşme kayıtları da bulunuyorsa sadece söz konusu genel işlem koşulu geçersizdir.

¹³⁸ Bu konuda bkz. IV, C, 1 numaralı başlık.

¹³⁹ Şematik olarak değinilen duruma paylaştan bir çalışma için krş. Stefan (n 27) 227.

2. Dengeleme Etkisinin Türleri

Dengeleme etkisinin türleri öğretide farklı şekillerde ele alınmakla birlikte bu çalışmada hukukî dengeleme etkisi ve ekonomik dengeleme etkisi şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutularak ele alınmıştır¹⁴⁰.

a. Hukuki Dengeleme Etkisi

Dengeleme etkisinin standart uygulamasını yansıtan hukuki dengelemede bir genel işlem koşulunun karşı taraf aleyhine etkileri, karşı tarafın hukuki konumu iyileştiren bir başka sözleşme kaydı ile dengelenmektedir¹⁴¹. İçerik denetiminde dengeleme etkisinin değerlendirilmesinde dengeleme etkisine konu genel işlem koşullarının arasında sıkı bir maddi bağlantı olması (veya benimse-necek terminolojiye göre bunların aynı fonksiyona veya amaca sahip olması) aranmaktadır¹⁴².

Hastane (kullanıcı) ile hasta (karşı taraf) arasında yapılan bir standart sözleşme, örnek olarak verilebilir. Burada unutulmuş eşyalar için hastanenin sorumlu olmayacağına ilişkin genel işlem koşulunun hasta aleyhine etkilerinin, onun değerli eşyalarının korunması için özel bir yer tahsis edilmesini öngören bir genel işlem koşuluyla dengelenmesi¹⁴³ hukuki bir dengelemedir. Bunun gibi örneğin, bir ticari veya adi standart sözleşmedeki bir genel işlem koşulunda kanunda ayıba karşı sorumluluk hükümlerine ilişkin öngörülen karşı tarafın (alıcının) seçimlik haklarına ilişkin tamamlayıcı bir hukuk kuralı onun aleyhine sınırlandırılmıştır. Bunun olumsuz etkilerinin, kanun öngörülen birtakım sınırlamalara (TBK 227/I, b. 3, TBK 227/5) tabi olmayan bir onarım hakkı öngören bir diğer genel işlem koşulu ile dengelenmesi mümkündür¹⁴⁴. Yine örneğin pe-

¹⁴⁰ Fuchs (n 5) BGB §307 para 144. Son zikredilen yazarın yaptığı başka bir ayrıma göre ise göre dengeleme etkisi; aynı fonksiyona sahip (amaçları uyumlu) sözleşme hükümleri arası dengeleme ve amaçları uyumlu olmayan sözleşme hükümleri arası dengelem etkisi şeklinde başka ikili bir alt ayrımda da değerlendirilebilir (para 144). Yine fiyat indirimi argümanının finansal dengeleme (*finanzielle Kompensation*) altında inceleyen bir çalışma için bkz. Coester (n 3) BGB §307 para 129.

¹⁴¹ Fuchs (n 5) BGB §307 para 151.

¹⁴² Krş. Fastrich (n 5) 301; Grüneberg (n 11) BGB §307 para 14; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 212; Fuchs (n 5) BGB §307 para 151; Stoffels (n 4) para 487; Coester (n 3) BGB §307 para 125.

¹⁴³ Atamer, 'Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi' (n 1) 53, dn 130.

¹⁴⁴ Krş. Widmer (n 27) para 299; Probst (n 10) UWG Art 8 para 63; Stoffels (n 4) para 487. Yine krş. BGB § 309 Nr. 8 Buchst. b) Doppelbuchst. bb). Değinen bu hüküm yasal ayıba karşı sorumluluktan doğan taleplerin sonradan iyileştirme talebi ile değiştirilmesine kural olarak izin vermektedir. Türk hukukunda ise tüketici standart sözleşmelerinde ayıba karşı sorumluluk

rakende kitap satıcısı ile yayınevi arasında yapılan standart sözleşmesi zikredilebilir¹⁴⁵. Bu sözleşmede yer alan perakende satıcının mağazasında satamadığı dergileri, yayınevine iade edebilmesi hakkını (*Remissionsrecht*) öngören bir genel işlem koşulu satıcı lehinedir. Buna karşılık bir diğer genel işlem koşulunda yayınevinin kendi ürünleri lehine kapsamlı bir ürün çeşitliliği sağlama ve müdahale yetkisi yer almaktadır. Bunlardan ilkinin satıcı lehine etkileri artık satıcı aleyhine etkileri dengeleyebilir.

Dengeleme etkisinin hukuki sonucu ise bu etkinin yoğunluk seviyesine göre üçlü bir ayırım yapılarak kısaca şu şekilde aktarılabilir¹⁴⁶:

- Dengelemenin seviyesi somut olayda çok yoğunsa önemli bir menfaat dengesizliği tamamen ortadan kalkar,
- Dengelemenin seviyesi standart bir yoğunlukta ise içerik denetimine aykırılık teşkil etmeyecek (önemli olmayan) bir menfaat dengesizliği bulunur,
- Dengelemenin seviyesi çok düşük ise dengeleme etkisi göz ardı edilir ve içerik denetimine aykırılık teşkil eden önemli bir menfaat dengesizliği korunur.

b. Ekonomik Dengeleme Etkisi

Ekonomik dengeleme, dengelemenin istisnai olarak gündeme gelebilen bir uygulamasıdır. Ekonomik dengeleme altında özellikle fiyat avantajı ile dengeleme tartışılmıştır. Örneğin bir finansal kiralama sözleşmesi genel işlem koşulları arasında karşı taraf (kiracı), sigorta ettirme ve prim ödeme yükümlülüğü¹⁴⁷ yanında sigorta hukukundan kaynaklı çeşitli yükümlülükler üstlenmektedir¹⁴⁸. Söz konusu

hükümleri dahilinde tüketicinin sahip olduğu seçimlik hakları ölçüsüz sınırlandıran veya tamamen bertaraf eden sözleşme kayıtları haksız şart olarak kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (n 1) §25 para 81 vd; Yelmen (n 31) 149.

¹⁴⁵ Aktarılan örneğin ilişkin Alman Federal Mahkemesi kararı için krş. BGH, NJW 1982, 645, <<https://beck-online.beck.de/Home>> Erişim Tarihi 28 Kasım 2024. Yine bu karar hakkındaki açıklamalar için bkz. Fuchs (n 5) BGB §307 para 152. Yine bu karar hakkındaki açıklamalar için bkz. Fuchs (n 5) BGB §307 para 152.

¹⁴⁶ Krş. Widmer (n 27) para 295; Stefan (n 27) 227. Son zikredilen yazar, daha önce gerekçeleri ile aktarılan ve bu çalışmada esas alınan görüşten farklı olarak dengeleme etkisinin menfaat dengesizliğinin önemli olup olmadığına ilişkin içerik denetiminin inceleme aşamasına bir etkisi olmadığı görüşündedir (227).

¹⁴⁷ FFFK m. 24 f. 4'e göre: "Kiralama konusu malın sigorta ettirilmesi zorunludur. Malın kimin tarafından sigorta ettirileceği sözleşmede gösterilir. Sigorta primleri kiracı tarafından ödenir".

¹⁴⁸ Söz konusu örnek için bkz. Topuz, *Finansal Kiralama* (n 1) 204. Zaten finansal kiralama sözleşmesinde kullanıcı (banka veya finansal kiralama şirketi) tacirdir. Yazarın haklı olarak belirt-

hükmün karşı taraf aleyhine etkisinin, prim bedeli tutarının bir kısmının onun lehine kiralama bedeline yansıtılarak dengelenmesi mümkün olabilir.

Bir genel işlem koşulunun karşı taraf aleyhine olan etkilerinin fiyat avantajı ile sınırsız bir şekilde dengelenemeyeceğini kabul edilmektedir¹⁴⁹. Fiyat argümanının kabulü için dengelemeye konu fiyat indirimi argümanının inceleme konusu genel işlem koşulu ile çok sıkı maddi bağlantı içinde olması ve bu durumun karşı taraf için açık ve anlaşılır olması gerekir¹⁵⁰. Daha sonraki başlıkta daha detaylı olarak dengeleme etkisinin ve bu kapsamda fiyat argümanının kapsamı ve sınırları incelenecektir. Aşağıda ise özellikle Alman hukuk öğretisi ve içtihatlarında fiyat indirimi argümanının farklı ölçüt ve ayrımlar dahilinde dikkate alındığı bazı durumlar kısaca aktarılmıştır¹⁵¹.

Öncelikle sözleşme konusu ürünün/hizmetin piyasa değerinin düşük olduğu, buna karşılık yüksek meblağlı bir zararın gerçekleşme potansiyeli yüksek olduğu alanlar zikredilmektedir¹⁵². Örneğin; kuru temizleme¹⁵³, otopark hizmeti¹⁵⁴, kısa yol taşıma gibi alanlarda kullanıcının sınırsız şekilde sorumlu tutulması, değinilen hizmetin kabul edilebilir bir fiyat seviyesinde sunulmasına engel teşkil edebilecektir¹⁵⁵.

tiği üzere genel işlem koşullarının finansal kiralama sözleşmesine uygulanmasında ve bunun içerik denetimine aykırı olup olmadığına ilişkin değerlendirmede karşı tarafın tüketici veya tacir olmasına göre ayırım yapılmalıdır. Karşı tarafın tacir olması durumunda içerik denetimi ile yapılacak müdahalenin çıtası yüksek tutulmalıdır. (krş. 205 vd).

¹⁴⁹ Stefan (n 27) 222; Fuchs (n 5) BGB §307 para 145; Widmer (n 27) para 301.

¹⁵⁰ Hess ve Ruckstuhl (n 27) 1206; Stefan (n 27) 223.

¹⁵¹ Bu başlıkta örnek olarak aktarılan durumlar dışında istisnai olarak fiyat indirimi argümanına izin verilebilecek durumlarla karşılaşılabilecektir. Bu bağlamda İsviçre hukuk öğretisinde savunulduğu görülen bu görüş, fiyat argümanının istisnai olduğu vurgulamakla birlikte Alman hukuk öğretisindeki baskın görüşten farklı olarak bunu belli olay gruplarına özgülemek suretiyle sınırlamamaktadır. Buna göre şayet fiyat indirimi argümanı, sınırlandırmaya konu haklarla doğrudan bağlantılıysa ve ayrıca karşı taraf için bu durum açık ve anlaşılırsa bunun dengelemede dikkate alınabileceği belirtilmektedir. Benzer bir yaklaşım İsviçre Federal Mahkemesi tarafından bireysel ve toplu iş sözleşmesi hükümlerinin toplu şekilde karşılaştırılmasında ve bunlar arasında bağlantılı olanların dikkate alınmasında takip edilmiştir. Bu konuda krş. BGE, 4A_629/2011, 6. 6. 2012, para 4, <<http://relevancy.bger.ch>> Erişim Tarihi 9 Kasım 2024; Widmer (n 27) para 301; Hess ve Ruckstuhl (n 27) 1206; Thouvenin (n 55) para 40 ff; Stefan (n 27) 223.

¹⁵² Krş. Coester (n 3) BGB §307 para 137; Stefan (n 27) 223.

¹⁵³ Krş. BGH, NJW 1980, 1953, <<https://beck-online.beck.de/Home>> Erişim Tarihi 28 Kasım 2024.

¹⁵⁴ Fuchs (n 5) BGB §307 para 146; BGH NJW 1968, 1718, 1720, <<https://beck-online.beck.de/Home>> Erişim Tarihi 28 Kasım 2024.

¹⁵⁵ Grüneberg (n 11) BGB §307 para 18; Hess ve Ruckstuhl (n 27) 1206; Coester (n 3) BGB §307 para 136 ff; Fuchs (n 5) BGB §307 para 146.

Öğretide bir görüş yukarıda aktarılan durumda şayet sözleşmenin muhatapı tarafından risk fark edilebilirse fiyat indirimi argümanına dengeleme etkisinde izin verilebileceğini belirtmektedir¹⁵⁶. Değinilen görüşü eleştiren bir diğer görüş, fark edilebilirlik ile maliyet hesabının yansıtılması durumlarının, maddi anlamda ölçüsüz bir menfaat dağılımını hukuka uygun hale getirmeyeceğini ileri sürer. Özellikle karşı tarafın düşük olan bedeli gördüğünde kullanıcının riski üstlenmek istemediğini anlayacağı şeklinde bir kabul uygun değildir¹⁵⁷. Son zikredilen görüşün çıkış noktası tipik ve atipik zararlar arasında ayırmadır. Buna göre kullanıcı tipik zararlara ilişkin riski üstlenmeli (sigorta yaptırmalı veya bu konuda bir seçenek sunmalı¹⁵⁸) ve bunu fiyata ilave olarak yansıtmalıdır¹⁵⁹. Atipik zararlarda ise kullanıcı, sorumluluk sınırlamasını dengelemek üzere daha düşük bir bedel sunmalıdır¹⁶⁰. Ancak fiyat indirimi argümanının değinilen durumlarda kabulü için karşı tarafa ilgili riskin sigorta edildiği bir alternatifin sunulmasının, ekonomik anlamda makul bir seçenek olarak kabul edilememesi gereklidir¹⁶¹. Ayrıca bu durumlarda karşı tarafın değinilen riske karşı kendi tedbirini alabilecek durumda olması gerekir, örneğin karşı tarafın söz konusu riski makul bir bedelle üstlenen bir sigorta yaptırabilme imkanının bulunması böyledir¹⁶².

Benzer şekilde elektrik tedariki alanına ilişkin savunulmuş olan bir görüşe göre fiyat avantajı argümanı, kullanıcının (tedarikçinin) sorumluluk sınırlamasını öngören bir genel işlem koşulunun karşı taraf aleyhine olumsuz etkilerini dengeleyebilir. Ancak bu istisnai durumun kabul edilebilmesi için birtakım şartların sağlanması gereklidir¹⁶³. Öncelikle sorumluluk sınırlamasına konu olan risk öngörülebilir olmalıdır. Ayrıca karşı taraf, bu riskin kendisine yönelik etkilerini ve kapsamını değerlendirebilmelidir. Nihayet karşı tarafın söz konusu riske ilişkin

¹⁵⁶ Fuchs (n 5) BGB §307 para 146.

¹⁵⁷ Coester (n 3) BGB §307 para 137.

¹⁵⁸ Fuchs (n 5) BGB §307 para 146; Coester (n 3) BGB §307 para 137.

¹⁵⁹ Coester (n 3) BGB §307 para 137

¹⁶⁰ ibid para 137. Fiyat indirimi argümanını kabulüne ilişkin tipik-atipik zarar ayırımının tüm kitle- sel işlemlere uygulanabilirliğinin kuşkulu olduğu hakkındaki görüş için bkz. Stoffels (n 4) para 495.

¹⁶¹ Krş. Coester (n 3) BGB §307 para 137; Fuchs (n 5) BGB §307 para 146.

¹⁶² Krş. Wurmnest (n 59), BGB §307 para 45 ff.; Fuchs (n 5) BGB §307 para 144 ff, 146, 156, 159.

¹⁶³ Yukarıda paylaşılan bu şartlar hakkında daha detaylı açıklamalar için Bkz. Fuchs (n 5) BGB §307 para 146. Ayrıca son zikredilen eserde değinilen tespitler doğrultunda verilen Alman Federal Mahkemesi ve bölge mahkemeleri kararları paylaşılmıştır (para 146, dn 557).

sigorta yaptırmayı, değinilen genel işlem koşulu olmaksızın farazi olarak kabul edilebilecek fiyat artışından daha ekonomik olmalıdır.

Ayrıca öğretilerde tipik ve hesaplanabilir maliyetlerin karşı tarafa aktarıldığı durumlarda fiyat indirimi argümanına dengeleme etkisinde izin verilebileceği kabul edilmektedir.¹⁶⁴ Değinilen durumlarda genel işlem koşulu ile elde edilen tasarrufun fiyata olumlu yansıtılmasının, yaşam gerçeğine daha fazla uygun olduğu vurgulanmaktadır. Ayrıca bu tür durumların malın ayıplı olma veya tazminat ödeme risklerinden farklı olduğuna dikkat çekilmektedir. Zira ilgili sözleşme kaydı kararlaştırılmamış olsaydı karşı tarafa sunulacak fiyat farkı, değinilen durumlarda oluşabilecek fiyat farkını karşılamaktadır.¹⁶⁵ Örneğin bir inşaat sözleşmesi genel işlem koşullarında kullanıcının yol masraflarının; bir kira sözleşmesine ilişkin genel işlem koşulunda kira sözleşmesinin başında kiralanın boya veya bazı onarım masraflarının karşı tarafa (iş sahibi, kiracıya) yansıtılması karşılığında ona daha düşük bir bedel (inşaat bedeli, kira bedeli) sunulmuş olması böyledir.¹⁶⁶

Öğretilerde fiyat indirimi argümanının dengeleme etkisinde istisnai olarak kabul edilebileceğinin sıklıkla belirtildiği bir diğer durum, karşı tarafa farklı tarifeler arası seçim yapma imkanının (*offene Tarifwahl*) sunulmasıdır.¹⁶⁷ Örneğin bir sigorta şirketi (kullanıcı) tarafından sigortalıya (karşı tarafa) sunulan tarifelerin, sigorta şirketinin üstlendiği farklı zararlar (riskler) veya muafiyetler için farklı sigorta bedelleri (fiyatlandırmalar) içermesi zikredilmektedir.¹⁶⁸ Yine örneğin karşı tarafa bir mobil haberleşme sözleşmesinde ücretli kâğıt fatura sunulması ile ücretsiz çevrim içi fatura sunulması arasında sunulan seçim böyledir.¹⁶⁹ Burada kullanıcı tarafından¹⁷⁰ karşı tarafa ilgili sözleşmenin (veya bağlan-

¹⁶⁴ Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 228; Coester (n 3) BGB §307 para 135, 137; Fuchs (n 5) BGB §307 para 147.

¹⁶⁵ Coester (n 3) BGB §307 para 13; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 228.

¹⁶⁶ Coester (n 3) BGB §307 para 13; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 228.

¹⁶⁷ Erman/Roloff, BGB §307, N. 17; Stoffels (n 4) para 494; Grüneberg (n 11) BGB §307 para 14, 18; Coester (n 3) BGB §307 para 138; Fuchs (n 5) BGB §307 para 148; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 227; Widmer (n 27) para 301; Hess ve Ruckstuhl (n 27) 1206; Probst (n 10) UWG Art 8 para 454; Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması* (n 1) 216.

¹⁶⁸ Coester (n 3) BGB §307 para 138; Widmer (n 27) para 301; Thouvenin (n 55) para 40.

¹⁶⁹ Coester (n 3) BGB §307 para 138; Fuchs (n 5) BGB §307 para 148; Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması* (n 1) 217.

¹⁷⁰ Öğretilerde bazı yazarlarca değinilen istisnanın uygulanabilmesi için bu tarifi aynı kullanıcı tarafından sunulmuş olması gerektiği vurgulanmaktadır. Farklı kullanıcıların, farklı tarifeleri

tılı bir sözleşmenin)¹⁷¹ içeriğine göre farklı bedeller içeren seçenekler, açık ve anlaşılır bir şekilde sunulmalıdır¹⁷².

Tarifeler arasındaki değer farkının makul/adil şekilde belirlenmesi, karşı tarafa sözde bir seçenek sunulmamış olması gerekir¹⁷³. Aktarılan örneklerde karşı tarafa seçim imkânı tanınmış olmakla birlikte bireysel bir sözleşme söz konusu olmamalıdır¹⁷⁴. Bir genel işlem koşulunun bireysel sözleşme kaydına dönüşüp dönüşmediği konusunda belirleyici olan somut olayda karşı tarafın fiilen bunla-

arasında seçim yapma imkanı ise dengeleme etkisine izin verilmemelidir. Aksi bir kabul içerik denetiminin dolanılmasına sebebiyet verir. Zira bu yazarlara göre genel işlem koşulları arasın koşul rekabeti çok sınırlı şekilde işlemektedir. Bu konuda krş. Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 229; Fuchs (n 5) BGB §307 para 150.

¹⁷¹ Tarife seçiminin bir sözleşme içinde veya bağlantılı sözleşmeler içinde sunulmuş olmasının fark yaratmayacağı hakkında bkz. Coester (n 3) BGB §307 para 138; Fuchs (n 5) BGB §307 para 152. Son zikredilen yazar, bu konuda mobil telefon satış sözleşmesinin mobil haberleşme sözleşmesi ile veya ayrı olarak farklı fiyatlarla sunulmasını örnek olarak paylaşmaktadır.

¹⁷² Bu durumda dengelemenin kabul edilebilmesi için karşı tarafın kendisine sunulan seçenekler hakkında dikkatinin çekilmesi ve bunların özellikleri hakkında sahip olduğu bilgi dahilinde bunlardan hangisini seçeceğine ilişkin kararını etkili şekilde verebilmesinin sağlanması gerektiği hakkında krş. Thouvenin (n 55) para 41.

¹⁷³ Krş. Coester (n 3) BGB §307 para 138; Wurmnest (n 59), BGB §307 para 47; Fuchs (n 5) BGB §307 para 148. Son zikredilen yazar, bu şartın sağlanıp sağlanmadığının denetiminin sunulan seçenekler arasında bedel ve risk ilişkisinin incelenmesini gerektireceğini belirtmektedir. Bir tereddüt durumunda kullanıcı, sunulan alternatif tarifeler arasındaki bedel farkının hesaplanan riskin tutarıyla örtüşüğünü ve ekonomik anlamda dengelemenin kâğıt üzerinde kalmadığını (sözde olmadığını) ispatlamalıdır (para 148). Yine karşı tarafa sunulan seçeneklerin üstlenilen riskin maliyeti ile örtüşmesi gerektiği hakkında bkz. Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 277.

¹⁷⁴ Krş. Atamulu (n 132) 125 vd. Öğretide bir görüş açık tarife durumlarını içerik denetimi dışında kalan taraflar arasında yapılan bireysel bir sözleşmenin kuruluşu olarak görmektedir. Bu görüş hakkında yapılan açıklamalar için bkz. Fastrich (n 5) 305; Coester (n 3) BGB §307 para 138. Son zikredilen yazar, şayet karşı tarafa riskin kendisine geçişine dair gerçek anlamda bir seçim hakkı sunulmuşsa artık somut olayda içerik denetimine tabi olmayan bireysel bir sözleşme kaydının söz konusu olduğu; buna karşılık karşı tarafa gerçek anlamda bir seçim imkanı sunulmamışsa bu durumun içerik denetimine tabi olduğu (ve değinilen durumun dengeleme etkisine tabi olabileceğini) belirtmektedir (para 138). Öğretide başka bir görüş ise (tarifelere ilişkin istisnanın ötesinde) genel olarak dengeleme etkisine konu olduğu ileri sürülen karşı taraf lehine kararlaştırılan kayıtların, bireysel sözleşmeye dönüştüğünün kabul edilmesi gerektiğini, aksi bir kabulün genel işlem koşullarının genel nitelikte olma karakteri ile bağdaşmayacağını ileri sürmektedir. Bu görüş hakkında yapılan açıklamalar için bkz. Looschelders (n 91) BGB §307 para 11. Öğretide diğer bir görüş ise tarife seçimine ilişkin aktarılan durumda içerik denetiminin sınırlarının aşılmadığını belirtmektedir. Karşı tarafın burada kendisine sunulan seçenekler arasındaki seçimi, bu seçeneklere yönelik bir ölçülülük incelemesi veya denetlemesini içermemekte olup kendisine tanınan seçim sadece daha en baştan kullanıcının belirlediği esas edimi etkileyen ekonomik ilişkiye dönüktür. Bu görüş hakkında değerlendirmeler için bkz. Fuchs (n 5) BGB §307 para 148.

rın içeriğine etki edip etmediği, bunların içeriğine etki edebilecek durumda olup olmadığıdır¹⁷⁵. Bu soruya verilecek cevaba göre dengeleme etkisi ve fiyat argümanı değerlendirilmelidir. Aksi takdirde inceleme konusu sözleşme kaydı, içerik denetimi dışındaki alanda kalan bireysel bir sözleşme kaydına dönüşecek ve içerik denetimi aracılığı ile sözleşmeye yapılacak müdahalenin gerekçesi ortadan kalkmış olacaktır¹⁷⁶.

Bunun gibi kullanıcının asli ediminin dışında kalan sözleşmenin amacı ile fonksiyonel anlamda sıkı bir bağı içinde olan bir avantajın karşı tarafa sağlanması ekonomik dengelemenin uygulamalarından biri olarak zikredilebilir¹⁷⁷. Örneğin bir yapı şirketi (kullanıcı) ile tüketici arasındaki standart sözleşmede tüketici aleyhine bir peşin ödeme kaydı yer alsın. Aktarılan genel işlem koşulu-nun tüketici aleyhine etkisinin, tüketici lehine öngörülen peşin ödeme indirimi ve yapının bitireceğine ilişkin sunulan banka garantisi ile dengelenebileceği

¹⁷⁵ İçerik denetiminde müzakere etme unsuru ve içeriğe etki etme esası TKHK m. 5 f. 3'de düzenlenmiştir. Buna karşılık genel işlem koşulu ön denetim aşamasına ilişkin müzakere edil-memiş (tartışılmamış) olma unsuru, TBK'da açıkça yer almamaktadır. Bu unsurun, "önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa" sunulmuş olma kavramının (TBK m. 20) karşıt anlamın-dan çıkarılabileceğine öğretide işaret edilmektedir. Bu konuda krş. Evrim Erişir, 'Yetki Şartla-rının Genel İşlem Koşulu Denetimi' (2014) 16 (Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Ar-mağan) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1141, 1154; İlhan Ulsan, 'Türk Borçlar Kanunu'ndaki Genel İşlem Şartlarına İlişkin Yeniliklerle İlgili Bazı Düşünceler' in Tufan Öğüz (ed), *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan* (Filiz) 2013, 1222 vd; Civan (n 1) 31 vd, 36 vd; Havutçu, 'Sempozyum' (n 12) 35; Baş (n 27) 285, dn 43; Atamer, 'Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi' (n 1) 21, 24 vd; Eren, Borçlar Hukuku Genel (n 23) para 656 vd.; Atamulu (n 132) 130 vd. Bireysel bir anlaşmanın varlığını kabul için gerek ilgili sözleşme kaydının içeriği-nin gerekse bunun fiilen değiştirebileceği hususunun ortalama bir karşı taraf yönünden anla-şılır olmalıdır. Bir başka deyişle, karşı taraf (kendi birikimi veya profesyonel destekle) sözleş-me içeriğini değiştirebilme potansiyeline sahip olmalıdır. Bu konuda krş. Fastrich (n 5) 273 ff; Çınar (n 21) 54; Civan (n 1) 33 vd; Kocayusufpaşaoğlu (n 2) §23 para 28; Havutçu, *Açık İçerik Denetimi* (n 1) 88; Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması* (n 1) 74, Atamer, 'Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi' (n 1) 22; Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulu Denetimi* (n 1) 29. Ayrıca ve özellikle bireysel bir anlaşmanın varlığını kabul için karşı taraf, fiilen somut olayda içeriğine etki edebilecek bir durumda olması gereklidir. Bu konuda krş. Pfeiffer (n 13) §305 para 37, 38; Civan (n 1) 33 vd; Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulu Denetimi* (n 1) 29, Havutçu, *Açık İçerik Denetimi* (n 1) 88. Bir başka deyişle kullanıcı ile müzakerede bulunmak karşı taraf için mümkün ve ondan beklenebilir olması gereklidir. Bu konuda bkz. Ulmer ve Habersack (n 149) §305 para 50; Pfeiffer (n 13) §305 para 40. Karşı tarafın, istediği zaman objektif anlamda bir sözleşme kaydını değiştirebilmesinin mümkün olup olmadığı sorusunun, müzakere etme un-surunda kritik ve belirleyici olduğu yönünde bkz. Yılmaz İ Aslan, *Tüketici Hukuku* (6. Baskı, Ekin 2022) 336.

¹⁷⁶ Krş. Civan (n 1) 32; Havutçu, *Açık İçerik Denetimi* (n 1) 88; Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması* (n 1) 77.

¹⁷⁷ Fuchs (n 5) BGB §307 para 149.

belirtilmektedir¹⁷⁸. Yine örneğin sözleşmenin kuruluşu ile standart fiyatın altında veya bedelsiz bir mobil telefon satılması konusunda anlaşılmış olsun. Söz konusu sözleşme kaydının, olağan sürenin bir miktar üstünde sözleşmenin devam edeceğini öngören bir mobil haberleşme sözleşmesine ilişkin genel işlem koşulunun olumsuz etkilerini dengeleyebileceği belirtilmektedir¹⁷⁹.

B. Hüküm İçi Toplama ve Dengeleme Etkileri

Önceki başlıklarda aktarılan hüküm dışı toplama ve dengeleme etkisinde birden fazla sözleşme kaydının maddi etkilerinin toplamı veya bunlardan birini diğerini dengelemesi esas alınmaktadır¹⁸⁰. Bu başlıkta incelenen hüküm içi toplama ve dengeleme etkisinde ise bir genel işlem koşulunun kendi içindeki etkileri incelenir. Hüküm içi toplama etkisinin ise aşağıda değinilecek olan tipik ve atipik olmak üzere iki uygulaması bulunmaktadır.

1. Tipik Hüküm İçi Etki

Tipik hüküm içi toplama ve dengeleme etkisinde, bir genel işlem koşulunun kendi içinde karşı tarafın maddi menfaatlerini etkileyen farklı maddi etkiler ele alınmaktadır. Bu durum standart bir uygulamayı yansıtmaktadır. Zaten içerik denetiminin yürütümü kapsamında hüküm içi söz konusu etkilerin öncelikle incelenmesi ve elde edilecek net etki üzerinden hareket edilmesi gereklidir. Daha somut olarak bir genel işlem koşulunun, karşı taraf aleyhine etkilerinin (olumsuz etkilerinin) toplamı ile eş zamanlı olumlu etkilerin bunları dengelemesi gözetilerek elde edilen net etki, içerik denetimi yürütümünde esas alınır. Ancak bu net etki üzerine diğer hususlar yanında daha önceki başlıklarda ele alınan hüküm dışı toplama ve dengeleme etkileri gözetilerek önemli bir menfaat dengesizliğinin mevcudiyetine ilişkin bir sonuca varılması gerekir. Örneğin uygulamada özellikle banka kredi sözleşmesi genel işlem koşullarında karşı tarafın yaptırması öngörülen konut sigortası, hayat sigortası ve diğer sigortalara ilişkin hüküm içi dengeleme etkisinin düzenli olarak dikkate alındığı görülmektedir¹⁸¹.

¹⁷⁸ Aktarılan örneğe ilişkin Avrupa Adalet Divanı kararına (Freiburger Kommunalbauten v Hofstetter, C-237/02 -ECHR, 21 April 2004-) yönelik değerlendirmeler için bkz. Sirmen (n 20) 127.

¹⁷⁹ Fuchs (n 5) BGB §307 para 149.

¹⁸⁰ Fuchs (n 5) BGB §307 para 155; Stoffels (n 4) para 486; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213.

¹⁸¹ Aktarılan duruma ilişkin örneğin banka kredi sözleşmesi genel işlem koşullarında karşı tarafın yaptırması öngörülen konut sigortası, hayat sigortası ve diğer sigortalara ilişkin Yargıtay'ın ve

2. Atipik Hüküm İçi Etki

Bu başlıkta değinilecek atipik hüküm içi toplama etkisinde aynı genel işlem koşulunun farklı nitelikte etkileri (maddi ve şekli etkileri) dikkate alınmaktadır. Daha önce bir genel işlem koşulunun açık ve anlaşılır olmamasının (klasik görüşümüyle) içerik denetiminde maddi anlamda karşı taraf mağduriyetini destekleyici bir rol oynadığı¹⁸² aktarılmıştı. Oysa burada tek bir genel işlem koşulunun karşı tarafın maddi menfaatini etkileyen etkileri (kısaca maddi etkileri) ile bunun açık ve anlaşılır olmasının karşı taraf üzerindeki etkileri (kısaca şekli etkileri) bir araya gelmektedir¹⁸³.

Toplama etkisinin atipik uygulamasına yönelik bir eleştiri olarak; söz konusu etkinin ne ölçüde ve ne şekilde olacağına ilişkin ölçütler geliştirmemiş olması ve bu durumun hukuki belirsizlik yarattığı zikredilmektedir¹⁸⁴. Değinilen görüşe karşı öncelikle bu etkinin kapsamının belirlenmesinin zorluk teşkil etmesinin, bunun varlığının karşı taraf aleyhine göz ardı edilmesini haklı çıkarmayacağı söylenebilir. Aksi bir yaklaşım saydamlık ilkesini zedelediği gibi içerik denetimi-

Bölge Adliye Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında dengeleme etkisine dikkat çekilmiştir. Yargıtay'ın ve Bölge Adliye Mahkemesi'nin kredi sözleşmesi genel işlem koşullarında karşı tarafın yaptırması öngörülen konut sigortası, hayat sigortası ve diğer sigortalara ilişkin çeşitli kararlarında dengeleme etkisine dikkat çekilmiştir. Örneğin *"Bir sözleşme hükmünün haksız şart olarak kabulü için gerekli bulunan açık ve haksız oransızlık unsurunun gerçekleşen somut olayda bulunmadığı anlaşılmaktadır, zira sözleşmenin bir hükmünün, tüketicinin bir menfaatini ihlâl etmekle birlikte, ona önemli avantajlar da sağladığı anlaşıyor ise artık bu kaydın tüketicinin zararına olduğunu söylemek olanaklı değildir. Davacı bankanın kredi borçlusuna hayat sigortası yaptırmasındaki asıl amacının, kredi borcunu teminat altına almak olduğu ve hayat sigortası nedeni ile kredi borçlusunun belli bir prim ödeme borcu altına girdiği anlaşılmakla birlikte, hayat sigortası kapsamına alınmasında davacı sigortalının da bir menfaatinin olduğu açıktır..."*, Antalya 3 BAM HD, 227/384, 23.2.2018; Yargıtay 13 HD, 13296/20839, 23.6.2014, Yargıtay 13 HD, 19772/18204, 9.6.2014; Yargıtay 13 HD, 13224/12713, 21.4.2014; Yargıtay 13 HD, 2875/2058, 28.1.2014, Yargıtay 13 HD, 21828/20812, 02.09.2013; Yargıtay 13 HD, 24541/25687, 15.11.2012, <<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2024; <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2024. Yine genel olarak konut sigortası ve diğer sigortalar hakkında bu yönde örneğin krş. Yargıtay 13 HD, 6721/29292, 9.10.2015; Yargıtay 13 HD, 10541/9851, 30.3.2015, Yargıtay 13 HD, 45961/41151, 22.12.2014, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2024.

¹⁸² Örneğin bkz. Basedow (n 14) 1049; Gottschalk (n 14) 586.

¹⁸³ Krş. Jobbich (n 43) 24 ff, 74; Ayşe F Şimşek, 'Genel İşlem Şartlarında Şeffaflık İlkesi' (Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2011) 221 vd.

¹⁸⁴ Evermann (n 43) 57; Peter H Westermann, 'Das Transparenzgebot - ein neuer Oberbegriff der AGB-Inhaltskontrolle?' in Jürgen F Baur, Klaus J Hopt ve Peter K Mailänder (eds), *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990* (De Gruyter 1990) 823, 831 ff.

nin karşı tarafı koruma amacını da zedeleyecektir. Kaldı ki aşağıda aktarılabacak olan atipik toplama etkisinin ilk uygulama halinde içerik denetimi yürütümünde çıkış noktası olarak maddi mağduriyet esas alınarak incelemedeki belirsizlik sınırlandırılmış olmaktadır.

Atipik toplama etkisinin iki alt uygulaması zikredilebilir. Bunlardan ilkinde çıkış noktası olarak karşı tarafın maddi menfaati olumsuz etkilemekle birlikte normal şartlar altında içerik denetimine aykırılık teşkil etmeyecek bir genel işlem koşulu bulunmaktadır. Ancak değinilen hükmün açık ve anlaşılır olmaması durumu (şekli etki), onun maddi etkisini ağırlaştırıcı bir rol oynayarak onun içerik denetimine aykırılığına sebep olmaktadır¹⁸⁵. Şekli etkiye ilişkin incelemede içerik denetimine konu genel işlem koşulunun saydam olmasına ilişkin karşı tarafın menfaati ile kullanıcının (elindeki imkanlar, hükmün ve durumun niteliği gözetilerek) bunu soyut şekilde sunmaktaki menfaati karşılaştırılacaktır¹⁸⁶. Buradaki değerlendirmede sözleşmenin kuruluşu sırasındaki tipik durumlarda dikkate alınacak olup bu kapsamda örneğin, kullanıcının yaptığı açıklama, uyarı ve bilgilendirmeler zikredilebilir¹⁸⁷.

Atipik toplama etkisinin ikinci bir uygulamasında ise hali hazırda maddi menfaati olumsuz etkilemeyen, hatta karşı taraf lehine olan bir genel işlem koşulu bulunmaktadır (kısaca lehe olan kayıt). Ancak lehe olan kayıt açık ve anlaşılır değildir (şekli etki). Örneğin bir taşınır satış sözleşmesi genel işlem koşulları arasında malın ayıplı olması durumunda kanunda yer alan sınırlamala-

¹⁸⁵ Fuchs (n 5) BGB §307 para 333; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 250; Jobbich (n 43) 12. Son zikredilen yazara göre karşı tarafın mağduriyetinin iki farklı görünümünün bütünsel olarak ele alınıp birlikte (kümülatif) değerlendirilmek suretiyle toplanarak bir genel işlem koşulunun geçersizliğine sebebiyet verebilmeleri yadırganmamalıdır. Zira özellikle kapsamlı sonuçlar doğuran genel işlem koşullarının saydam olmaması çok ağır sonuçlar doğurabilecektir (74).

¹⁸⁶ Jobbich (n 43) 12. Aktarılan bu tarz bir değerlendirmenin genel olarak içerik denetiminde yürütülen sözleşme taraflarının maddi menfaatlerinin karşılaştırıldığı inceleme tarzı ile uyumlu olduğu hakkında bkz. Birgit Kreinbaum, *Transparenz und AGB-Gesetz* (Duncker & Humblot 1998) 251; Jobbich (n 43) 12.

¹⁸⁷ Stoffels (n 4) para 566; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 241. Son zikredilen yazar buna karşılık hizmet veya mobil haberleşme sözleşmesi gibi sürekli edimli borç ilişkilerinde örneğin, sunulan bir yan hizmetin fark edilmesi, kullanılması gibi hususlar yönünden sözlü açıklamaların çok sınırlı bir anlamı olduğu, zira ortalama bir karşı tarafın bunu sonradan hatırlamasının kesin olmadığını belirtmektedir. Yine yazar, yazılı uyarı ve açıklamalarında her zaman karşı taraf lehine sonuç doğurmayabileceğini belirtmektedir. Zira sözleşmenin ifa aşamasında karşı tarafın bunları yanında bulunduracağını garanti yoktur (para 242).

ra bağlı olmaksızın¹⁸⁸ onarım hakkının kullanabileceğini öngören bir kayıt bulunduğuna düşünülür¹⁸⁹. Söz konusu genel işlem koşulunun içeriğinin ortalama bir karşı taraf için saydam olmayacak şekilde düzenlenmiş veya bu genel işlem koşulu sözleşmenin beklenmeyen bir yerine konulmuş olsun. Açık ve anlaşılır olmadığı ve karşı taraf tarafından fark edilmesi beklenemeyeceğinden söz konusu lehe kayıt, karşı tarafın seçimlik haklarıyla bağlantılı olan onun aleyhine olumsuz etkiler doğuran bir başka genel işlem koşulunu dengelemeyecektir.

Toplama etkisi bağlamında ise lehe olan kayıtlara ilişkin öğretide tartışmalı olan bir husus; bunun karşı taraf aleyhine olumsuz şekli etkisinin, onun lehine maddi etkisine rağmen içerik denetimine aykırılığına sebebiyet verip vermeyeceğidir.

İçerik denetiminin karşı tarafı doğrudan koruma amacı işaret eden bir görüş, lehe olan kayıtların geçerli olduğunu belirtir¹⁹⁰. Bu görüş, klasik görünümüyle içerik denetimini esas almaktadır. Buna göre bir hükmün açık ve anlaşılabilirliği, ancak önemli olmayan seviyede maddi anlamda mağduriyeti ağırlaştırıcı bir olgu olarak dikkate alınabilir¹⁹¹. Bu anlamda lehe kayıt, saydam olmasa bile maddi anlamda bir mağduriyete sebep olmadığından geçerli kabul edilmelidir¹⁹². Buna karşın klasik görünümüyle içerik denetimine esas almakla birlikte lehe kaydı, istisnai olarak belli durumlarda geçersiz kabul eden bir görüş de bulunmaktadır. Lehe kaydın, karşı tarafın diğer haklarını zamanında kullanamamasına sebebiyet vermesi veya kullanıcının lehe kayda yollama yaparak müşterinin birtakım haklarını ileri sürmesini engellemesi, bu durumlar arasında sayılmaktadır¹⁹³.

¹⁸⁸ TBK'na tabi satışlarda onarım hakkının kullanımına ilişkin bir sınırlama olarak TBK m. 227 f. 1, Nr. 3'de: "Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme"; TBK m. 227 f. 5'te ise: "Satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı, ancak sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme haklarından birini kullanabilir" şeklinde belirtilmektedir. Tüketici satışlarında ise bir sınırlama olarak TKHK m. 11 f. 1-c'de: "Aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme"; TKHK m. 11 f. 3 c. 1'de ise: "Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesinin satıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirecek olması hâlinde tüketici, sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim haklarından birini kullanabilir" şeklinde öngörülmüştür.

¹⁸⁹ Krş. Fuchs (n 5) BGB §307 para 330; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 250.

¹⁹⁰ Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 250; Fuchs (n 5) BGB §307 para 330, 333; Coester (n 3) BGB §307 para 174.

¹⁹¹ Gottschalk (N 14) 585 vd.; Basedow (n 14) 1049.

¹⁹² Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 250; Fuchs (n 5) BGB §307 para 330, 333; Coester (n 3) BGB §307 para 174; Präve (n 14) 143.

¹⁹³ Christian Armbruster, 'Das Transparenzgebot für Allgemeine Geschäftsbedingungen nach der Schuldrechtsmodernisierung' (2004) 6 DNotZ, 437, 439; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 250.

Özgün bir denetim şekli olarak saydamlık denetimini (özel görünümüyle içerik denetimini) benimseyen bir diğer görüş, içerik denetiminin karşı tarafı dolaylı koruma amacına (piyasa fonksiyonuna) vurgu yaparak lehe olan kayıtları genel olarak denetime tabi olduğu ileri sürer. Buna göre klasik görünümüyle içerik denetiminden önce uygulanan saydamlık denetimi, bir genel işlem koşulunun maddi menfaat içeriğinden bağımsız olarak yürütülür¹⁹⁴. Bu anlamda lehe olan kayıtların içerik (saydamlık) denetimine tabi tutulabileceği ve hatta geçersiz olabileceği belirtilmektedir¹⁹⁵.

Saydamlık denetimi sonucu geçersiz olan lehe kayıtlar sebebiyle sözleşmede oluşan boşluğun nasıl tamamlanabileceği son görüş içerisinde ayrıca tartışmalıdır¹⁹⁶. Bazı yazarlara göre, kullanıcıların saydam genel işlem koşulları sunabilmesi için bir teşvik yaratılabilmesi için sözleşmenin tamamlanması aşasında lehe olan kayıttan daha fazla karşı tarafı koruyan bir hükmün ihdas edilmelidir¹⁹⁷.

Başka yazarlara göre ise sözleşmenin tamamlanması aşamasına caydırıcı bir anlam yüklenmemeli ve karşı tarafa tek taraflı bir menfaat kazandırmak amaçlanmamalıdır¹⁹⁸. Burada lehe olan kayıttan daha fazla karşı tarafı koruyan bir hükmün ihdasının, sözleşmenin tamamlanmasının sınırlarını aşacağına ve sözleşme düzenine aşırı bir müdahale teşkil edeceğine işaret edilmektedir¹⁹⁹. Bu bağlamda sözleşmenin tamamlanmasına ilişkin sözleşme taraflarının sözleşme-

¹⁹⁴ Jobbich (n 43) 18; Evermann (n 43) 66; Kreinbaum (n 187) 257, 289.

¹⁹⁵ Jobbich (n 43) 14, Doğancı (n 2) 509 vd, 571 vd.; Kreinbaum (n 187) 257. Son zikredilen yazar lehe, ancak saydam olmayan kayıtların geçerliliğinin savunulmasının ilk bakışta içerik denetiminin amacına uygunmuş gibi görünüyorsa olmasına karşın böyle bir yaklaşımın saydamlık kuralının gerçek potansiyelini göz ardı edeceğini belirtmektedir. Yazar, saydamlık denetiminin rekabeti ve sözleşme özgürlüğünü güçlendirme amacının diğer kayıtlar yanında lehe olan kayıtlarda da mevcut olduğuna dikkat çekmektedir (256 ff). Aksi yönde klasik anlamda içerik denetimini esas alan bir görüşün saydamlık denetiminin varlığı kabul etmemesinin nedenlerinden biri lehe olan kayıtlardır. Şöyle ki saydamlık denetiminin varlığının kabulü halinde, bunun zorunlu sonucu olarak lehe olan kayıtların geçersiz olacağını ve bunun içerik denetimim sözleşmeyi sağlama adaleti ile bağdaşmayacağını belirtmektedir. Bu görüş ve aktarılan açıklamalar için krş. Jürgen Schäfer, *Das Transparenzgebot im Recht der Geschäftsbedingungen* (Peter Lang 1992) 157; Kent (n 14) 277 ff.

¹⁹⁶ Pilz (n 43) 236 ff.; Doğancı (n 2) 568 ff.

¹⁹⁷ Krş. Corinna Dylla-Krebs, *Schranken der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen-Eine systematische Abgrenzung kontrollfreier von kontrollunterworfenen Klauseln* (Nomos 1990) 63 ff.; Fuchs (n 5) BGB §307 para 363; Evermann (n 43) 92 ff.

¹⁹⁸ Krş. Doğancı (n 2) 569; Şener Akyol, *Sözleşmenin Yorumu* (Vedat 2010), 19.

¹⁹⁹ Bu yöndeki tespit ve diğer gerekçeler için bkz. Doğancı (n 2) 569 ff., 573 ff; Fahr (n 1) 162

nin kuruluş anındaki farazi iradelerine yönelik yürütülecek değerlendirme sonucu, içerik olarak lehe olan kayıtla aynı nitelikte bir hüküm ihdas edilebilir²⁰⁰. Bu şekilde kullanıcıların saydam genel işlem koşulları sunabilmesi için bir teşvik yaratılması mümkündür²⁰¹. Şöyle ki lehe olan kayıtları karşı tarafa saydam olmayacak şekilde sunan kullanıcının, sıklıkla sözleşme öncesi özen yükümlülüğünü kursurlu olarak ihlal ettiği kabul edilebilecektir²⁰². Bu anlamda, kullanıcı karşı tarafın sözleşmenin kuruluş aşamasında piyasa seçenekleri değerlendirememiş, sözleşmenin uygulama aşamasında kendisine tanınan hakları kullanamamış olmasına bağlı olarak uğradığı zararları tazmin etmesi gündeme gelebilecektir²⁰³. Lehe kayıtların saydamlık denetimi tabi tutulması ve ödenecek tazminatlara bağlı olarak kullanıcı açısından piyasada itibar kaydı gündeme gelebilecek olup değinilen durumda dolaylı da olsa caydırıcı bir etki yaratabilecektir.

IV. Toplama ve Dengeleme Etkilerinin Kapsamı

A. Genel Olarak

Gerek toplama gerekse dengeleme etkisinin değerlendirilebilmesinin ön koşulu, değerlendirmeye konu sözleşme kayıtlarının karşı tarafın menfaatinin doğrudan veya dolaylı şekilde etkiliyor olmasıdır²⁰⁴. İçerik denetiminin yürütümünde olumlu ve olumsuz etkiler arasında sınırsız bir toplama ve dengeleme kabul edilmemektedir. Aksi halde inceleme konusu genel işlem koşulunun ötesinde, sözleşmenin bütünü denetime tabi tutulmuş olur²⁰⁵. Böyle bir yaklaşım somut ihtilafta büyük bir zaman kaybına yol açabilir ve hukuk güvenliğini zedeleyebilir²⁰⁶. Bundan dolayı baskın yaklaşım sınırlı bir kapsamda dengeleme ve toplama etkisini kabul etmektedir.

²⁰⁰ Krş. Manfred Wandt, 'Ersetzung unwirksame ALB im Treuhänderverfahren gem. § 172 VVG' (2001), 52 VersR, 1449, 1455 ff.; Pilz (n 43) 237 ff.; Fuchs (n 5) BGB §307 para 363, dn. 1482' deki yazarlar; Doğanç (n 2) 511 vd, 571 vd; İbrahim Kaplan, *Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi* (Yetkin 2013) 104.

²⁰¹ Şimşek (n 242) 216; Doğanç (n 2) 511, dn. 2490.

²⁰² Jobbich (n 43) 211 ff., 231; Doğanç (n 2) 571 ff.

²⁰³ Evermann (n 43) 92; Pilz (n 43) 238; Jobbich (n 43) 211 ff., 251.

²⁰⁴ Stefan (n 27) 225 ff; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 2) para 387.

²⁰⁵ Krş. Fuchs (n 5) BGB §307 para 144; Widmer (n 27) para 296, 298; Probst (n 10) UWG Art 8 para 451 ff; Thouvenin (n 55) para 38; Hess ve Ruckstuhl (n 27) 1196.

²⁰⁶ Krş. Probst (n 10) UWG Art 8 para 62; Widmer (n 27) para 298; Stefan (n 27) 223; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 221.

B. Dengeleme ve Toplama Etkisinin Şartları²⁰⁷

1. Dengeleme Etkisinin Şartları

Dengeleme etkisinde bir sözleşme kaydının dikkate alınabilmesi için birtakım şartların sağlanması gereklidir²⁰⁸. Buna göre somut olayda bir iyileşmeye yol açma, belli bir yoğunlukla olması ve konu yönünden bağlantı şartlarını sağlamış olması gerekir.

a. Somut Olayda Bir İyileşmeye Yol Açma

Dengeleme etkisinde bir sözleşme kaydının dikkate alınabilmesi için ilk olarak bunun sözleşmenin karşı tarafının menfaatinde somut bir iyileşmeye yol açması gerekmektedir²⁰⁹. Dengeleme için sözleşmenin kuruluşu itibarıyla potansiyel olarak görülen menfaatler yeterli görülmelidir.

Dengelemenin her somut olayda gerçekleşmesi zorunlu değildir²¹⁰. Örneğin bir genel işlem koşulunda kullanıcıya ifa anında fiyat artışı yapabilme hakkı tanınmıştır. Aynı genel işlem koşulunda eş zamanlı olarak değinilen durumda karşı taraf lehine (bedelsiz/ fesih cezası ödemesine bağlı olmaksızın) sözleşmeden dönme hakkı kararlaştırılmıştır. Aktarılan örnekte söz konusu sözleşme kaydının varlığı, karşı taraf hakkını somut olayda kullanmamış olsa bile dengeleme için yeterli görülebilir²¹¹.

Bir genel işlem koşulu, karşı taraf lehine sadece teorik, pratik anlamda gerçekleşmesi beklenmeyen bir avantajı içeriyorsa bu durum dengelemede yeterli görülmemelidir²¹². Kullanıcı, taktiksel olarak gerçekleşmesi olası olmayan teorik

²⁰⁷ Öğretide yapılan incelemeler sadece veya çıkış noktası olarak dengeleme etkisine ilişkin olduğundan bu başlıkta da benzer bir yaklaşım takip edilmiştir. Buna göre değinilen konuya ilişkin öncelikle dengeleme ve takiben toplama etkisi üzerine görüş ve değerlendirmeler aktarılmıştır.

²⁰⁸ Öğretideki başka bir çalışmada dengeleme etkisi şu iki şart altında incelenmektedir: i) Birbiriyle maddi yönden bağlantılı (*sachlicher Zusammenhang*), ortak bir konu (*eine einheitliche Thematik*) etrafından tek bir bütün gibi görünen sözleşme kayıtlarının karşı taraf lehine ve aleyhine etkileri olması, ii) karşı taraf lehine etkilerin onun aleyhine bozulan sözleşmedeki menfaat dengesini yeniden tesis edebilecek ağırlıkta olması. Bu konuda bkz. Coester (n 3) BGB §307 para 125.

²⁰⁹ Stefan (n 27) 222; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 216.

²¹⁰ Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 220.

²¹¹ ibid BGB §307 para 220.

²¹² Coester (n 3) BGB §307 para 127.

faydaları içeren genel işlem koşullarını sözleşmeye dahil ederek somut olayda gerçekleşmesi olası dezavantajları dengeleme yolunu tercih edebilir. Örneğin bir bankanın (kullanıcı) somut olayda sözleşmenin karşı tarafına karşı borçlu temerrüdüne düşmesi olası değildir. Buna rağmen bu banka, bir genel işlem koşulunda karşı taraf lehine temerrüt faiz oranını yüksek belirlemiş olsun. Banka, değinilen karşı taraf lehine teorik, sözde avantajla, onun aleyhine etkili olan dürüstlük kuralına aykırı bir uyarılama klotunu dengelemeyi amaçlamış olabilir²¹³. Benzer şekilde kullanıcı, kanunda ayıba karşı sorumluluk hükümlerinde öngörülen bir seçimlik hakkı bir genel işlem koşuluyla bertaraf etmektedir. Diğer bir genel işlem koşulunda ise söz konusu seçimlik hakka ilişkin talebin ileri sürülebileceği yasal zamanaşımı süresi karşı taraf lehine arttırılmaktadır. Son durumda ilgili seçimlik hakka ilişkin zamanaşımı süresinin arttırılması ona etki etmemektedir²¹⁴.

Benzer şekilde karşı tarafın kendi lehine bir hususu ileri sürmesi durumunda kendisi için yeni dezavantajlar doğduğu bir ihtimalde de aynı sonuca varılabilir²¹⁵. Örneğin bir üretici (kullanıcı) ile satıcı (karşı taraf) arasındaki genel işlem koşullarında üreticiye tek taraflı olarak garanti koşullarını değiştirme imkânı tanınmıştır. Aynı genel işlem koşulunda söz konusu ihtimalde eş zamanlı olarak satıcıya (bedelsiz/ fesih cezası ödemesine bağlı olmaksızın) sözleşmeyi fesih imkânı tanınmıştır. Ancak fesih hakkının kullanımı satıcı için somut olayda önemli bir mağduriyete neden olmaktadır. Örneğin somut olayda üretici, kendi alanında tekel bir konuma sahipse²¹⁶ ya da satıcının sözleşmeyi fesih hakkının kullanması, onun ekonomik olarak mahvına neden olacaksa²¹⁷ böyle bir durumla karşılaşılabilir.

Sadece halihazırda geçerli olan yasal bir durumu tekrarlayan sözleşme kayıtları, dengeleme etkisinde dikkate alınmayacaktır²¹⁸. Örneğin 29188 sayılı Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği m. 13 f. 3 c. 2’de:”... tüketiciye teslim edilen malın ... ayıplı olması durumunda tüketici iadeye ilişkin masraflardan sorumlu tutulamaz” şeklinde öngörülmüştür. Bu anlamda bir tüketici standart sözleşmede yer alan bir genel işlem koşulunda malın ayıplı olması durumunda kulla-

²¹³ Aktarılan örnek için bkz. Probst (n 10) UWG Art 8 para 456, dn 648.

²¹⁴ Aktarılan örnek için bkz. ibid, UWG Art 8 para 456.

²¹⁵ Coester (n 3) BGB §307 para 127.

²¹⁶ BGH, NJW 2010, 993 para 35, <<https://beck-online.beck.de/Home>> Erişim Tarihi 30 Mart 2025.

²¹⁷ Aktarılan duruma ilişkin Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. Coester (n 3) BGB §307 para 127.

²¹⁸ Stefan (n 27) 222; Coester (n 3) BGB §307, para 127.

nıcının iade masraflarından sorumlu olmayacağını öngörülmesi, halihazırda tüketici lehine yasal durumu tekrarladığından dengeleme etkisinde dikkate alınmayacaktır²¹⁹.

Kullanıcının dengelemeye konu genel işlem koşulundan eş zamanlı bir fayda elde ediyor olması ise kural olarak değerlendirmeyi olumsuz etkilememektedir. Zira yapılacak değerlendirmede belirleyici olan, içerik denetiminin koruma amacı olan sözleşmenin karşı tarafının korunmasıdır²²⁰. Örneğin bir lastik üreticisi (kullanıcının) ile lastikleri kendinden satın alan satıcı (sözleşmenin karşı tarafı) arasında bir ticari standart sözleşme yapılmıştır²²¹. Söz konusu sözleşmede satıcı lehine bir ispat kolaylığı sağlanmıştır. Buna göre satıcı, kendi müşterilerinin (tüketicilerin) şikayetine konu lastiği üreticiye gönderirken ne bu lastiğin müşteri tarafından kendisinden satın alındığını ne de bu lastiği başka bir satıcının değil kendisinin üreticiden satın aldığını ispatlamak zorunda değildir. Aktarılan sözleşme kaydı, satıcının lehinedir. Bu sözleşme kaydı, aynı zamanda doğrudan üreticinin markasını yayma ve itibarını arttırma stratejisine hizmet etmektedir. Ancak bu durum, değinilen kaydın sözleşmedeki dengeleme etkisinin dikkate alınmasına bir engel teşkil etmemektedir²²².

b. Belli Bir Dereceye Ulaşmış Olma

Dengeleme etkisini kabulü için bunun yoğunluğunun belirli bir dereceye ulaşmış olması gerekir. Örneğin bir (ticari) standart sözleşmede karşı taraf aleyhine kullanıcının hafif ihmalden sorumlu olmayacağına yönelik bir genel işlem koşulunun yer almaktadır²²³. Aynı zamanda söz konusu genel işlem ko-

²¹⁹ Alman hukukunda benzer verilen bir örnek için krş. Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 216. Ancak tüketici işlemi niteliğinde olmayan bir hukuki yapılanmada bu durum dengeme etkisine sebebiyet verebileceği göz ardı edilmemelidir. Yine hukuksal düzenlemeyi tekrar eden genel işlem koşulları belli şartlar dahilinde kendine özgü bir denetim şekli (içerik denetiminin özel bir görünümü) olan saydamlık denetimine tabi olabilir. Bu konuda örneğin bkz. Doğancı (n 2) 492 vd, 506 vd.

²²⁰ Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 216.

²²¹ Aktarılan örnek için bkz. BGH, NJW 1996, 390, <<https://beck-online.beck.de/Home>> Erişim Tarihi 30 Mart 2025.

²²² Aktarılan olayda Alman Federal Mahkemesi, söz konusu olguyu dengeleme etkisinde dikkate almıştır. Bununla birlikte Mahkeme, söz konusu sözleşme kaydının satıcıya (sözleşmenin karşı tarafına) sunduğu avantajın dengeleme etkisinin kabulü için yeterli olmadığına hükmetmiştir. Bu konuda bkz. ibid, 390.

²²³ Yukarıda aktarılan örneğin ilişkin bazı tamamlayıcı açıklamalar yapılabilir. Şayet aktarılan örnekte kullanıcının mesleği “uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak ka-

lunda öngörülen riske ilişkin karşı taraf lehine bir sigorta koruması kararlaştırılmıştır. Şayet bu sigortanın kapsamı, karşı tarafın uğrayabileceği zararlar örtüşmüyor veya bunun karşısında yetersiz kalıyorsa dengeleme de sağlanamayacaktır²²⁴. Yine örneğin, bir bankanın (kullanıcının) sunduğu genel işlem koşulunda kredi kartının karşı tarafa bazı ek özellikler sunacağı kararlaştırılmış olsun²²⁵: Aktarılan genel işlem koşulunun karşı taraf lehine etkisi, kredi kartının kötüye kullanılma riskini tamamen karşı tarafa yükleyen bir diğer genel işlem koşulunun onun aleyhine etkisini dengeleyememektedir.

Dengeleme etkisinin seviyenin ne olması gerektiği öğretide tartışmalıdır. Bu bağlamda öğretide azınlıkta kalan bir görüş, dengeleme ile karşı tarafa sağlanan avantajın, karşı tarafın uğradığı dezavantaja nazaran (eş değer olmasının ötesinde) önemli olmasını aramaktadır²²⁶.

Baskın olan görüş ise içerik denetiminin karşı tarafı koruma amacı dikkate alarak en azından onun uğradığı aleyhe etkileri kaldırabilecek, eş değerde (*äquivalenter Ausgleich/ gleichwertiger Ausgleich*) bir dengeleme etkisi aramaktadır²²⁷. Burada birbiriyle bağlantılı, amaçları uyumlu düzenlemeler bütünü (zusammengehörender, zweckkongruenter Regelungskomplex) dikkate alınması gerektiğine işaret edilmektedir. Birbiriyle bağlantılı bir düzenlemeler

nun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür" (TBK m. 115 f. 3). Değinilen hüküm emredici olup sözleşmenin dışı sınırını teşkil eder. Aktarılan durumda zaten söz konusu sorumsuzluk anlaşması, bu şartları sağlamıyorsa içerik denetimine tabi tutulmadan kesin hüküm olacaktır. Yine aktarılan örnekteki sözleşmeye konu tipik zararın, borçlu tarafından karşılanması, şaşırtıcı olarak kabul edilirse özel kapsam denetimi (TBK m. 21 f. 2) dahilinde yazılmamış sayılacaktır. Aksi halde bu kayıt, içerik denetimine tabi tutulacaktır. Bu konuda örneğin krş. Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 2) para 1425 vd, 1426; Ahmet M Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (28. Baskı, Turhan 2024) 147 vd; Gümüş, Borçlar Hukuku Genel (n 138) 832 vd, 834 vd.

²²⁴ Aktarılan örnek için krş. Fastrich (n 5) 303; Coester (n 3) BGB §307 para 127; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 217; Atamer, 'Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi' (n 1) 52 vd; Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması* (n 1) 216.

²²⁵ Verilen örnek için bkz. Coester (n 3) BGB §307 para 128. Değinilen örneğin ilişkin bir Alman Federal Mahkemesi için krş. BGH NJW 1991, 1886, 1888, <<https://dejure.org/>> Erişim Tarihi 9 Kasım 2024

²²⁶ Gerekçe belirtilmeksizin bu yönde bkz. Sirmen (n 20) 127; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 2) para 387.

²²⁷ Krş. Stoffels (n 4) para 487; Coester (n 3) BGB §307 para 125; Grüneberg (n 11) BGB §307 para 14; Fuchs (n 5) BGB §307 para 151; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 126 ff.; Wurmnest (n 59), BGB §307 para 40; Açıkgöz (n 1) 355; Atamer, 'Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi' (n 1) 52 vd.

bütününden kastedilen ise sözleşme kayıtlarının aynı düzenleme içinde yer almış olmaları olmayıp bunların tipik bir somut ihtilafta birlikte uygulama alanı bulmalarıdır²²⁸.

Bir diğer görüş dengeleme etkisinin yoğunluk seviyesine ilişkin tipik ve atipik durumlar arasında ayırım yapmaktadır²²⁹: İlgili sözleşmenin amacına göre tipik kabul edilebilecek durumlarda karşı tarafın uğramış olduğunu dezavantajla “eş değer” seviyede bir dengeleme aranmaktadır. Sözleşmenin amacı ile bağdaşmayan, atipik, istisnai olasılıklarda ise daha düşük seviyede bir menfaat elde etmiş olma yeterli görülebilir. Örneğin sigorta sözleşmesi genel işlem koşullarına piyasa değeri düşük olan bir eşya konu olmuştur. Bu ihtimalde bu eşyanın zarara uğraması durumunda öngörülen düşük bedelli bir sigorta bedeli, dengeleme için yeterli görülmelidir. Yine örneğin, fiyat uyarlamasına ilişkin bir genel işlem koşulunda kullanıcı lehine fiyat artışları kararlaştırılmış olsun. Fiyat uyarlamasına ilişkin bir diğer genel işlem koşulunda ise eş zamanlı olarak fiyat indirimleri öngörülmüş olsun. Ancak fiyat indirimi, içerdiği ölçütler nedeniyle somut olayda karşı taraf yönünden pratik anlamda uygulanabilir değilse dengeleme gündeme gelmeyecektir²³⁰.

Nihayet bir görüşe göre dengelemeye konu etkinin yeterli nitelikte (*in ausreichendem Masse*) olması aranmalıdır²³¹. Bu görüşe göre içerik denetimi uygulamasında karşı taraf aleyhine etkileri olan genel işlem koşullarına belirli bir seviyeye kadar izin verilebilmektedir. Eş değerde (veya üstü) seviyede bir dengeleme derecesi aramak ise dengeleme etkisinin çıtasını, içerik denetiminin karşı tarafı koruma amacını aşacak şekilde yükseltecektir²³². Bu anlamda bazen bir genel işlem koşulunun düşük seviyede karşı taraf lehine etkisi, başka bir genel işlem koşulunun karşı taraf aleyhine etkisini dengeleyebilir.

Dengeleme etkisi seviyesi belirlenirken esas ölçüt, kanaatimizce içerik denetiminde müdahalenin dayanağı olan dürüstlük kuralı ve daha somut olarak hakkın kötüye kullanılması olmalıdır. Buna göre, içerik denetiminin sözleşmenin karşı tarafını koruma amacı dikkate alınarak içerik denetimini işlevsiz kılacak şekilde yüksek seviyede bir dengeleme yeterli görülmemelidir. Buna karşılık

²²⁸ Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 127.

²²⁹ ibid BGB §307 para 219.

²³⁰ Aktarılan örnekler için bkz. ibid, BGB §307 para 219.

²³¹ Hess ve Ruckstuhl (n 27) 1207; Stefan (n 27) 225.

²³² Krş. Stefan (n 27) 225.

düşük seviyede bir dengeleme etkisinin kabulü de sözleşmenin menfaat dengesi ve bu kapsamda kullanıcıyı menfaatlerini göz ardı edecektir. Somut olayda TMK m. 2 gözetilerek eş değer ya da eş değere çok yakın bir etkinin yeterli görülmesi mümkündür.

c. Konu Yönünden Bağlantı

Dengeleme etkisine, konu yönünden bağlantılı sözleşme kayıtları konu olabilir²³³. Ancak karşı taraf lehine ve aleyhine sözleşme kayıtları arasındaki bağlantının, ne derece yoğunlukta olması gerektiği öğretide tartışmalıdır.

Bazı eserlerde sözleşmenin karşı tarafının durumu ağırlaştıran ve dengeleyen genel işlem koşulları arasında fonksiyonel bir bağ olması, bunların aynı konuya ilişkin olmaları gerektiğine dikkat çekilmektedir. Ancak bu eserlerde, bu bağlantının yoğunluğunu tartışma konusu yapılmadığı görülmektedir²³⁴.

Öğretide azınlıkta kalan bir görüş, karşı tarafın durumu ağırlaştıran ve dengeleyen genel işlem koşulları arasındaki bağ çok geniş yorumlamaktadır. Bu bağlamda içerik olarak birbirinden bağımsız nitelikteki sözleşme kayıtlarının, birbirini dengeleyebileceği ileri sürülmektedir²³⁵. Bu görüşe göre aşağıda aktarılabilecek olan dengeleme etkisinde dar anlamda bağlantı şartını arayan görüş tatmin edici değildir. İçerik denetiminin tüm sözleşme genelinde hak ve yükümlülükler yönünde adaleti tesis etmeyi amaçladığı belirtilmektedir²³⁶.

Öğretide yer alan ve bizim de katılmış olduğumuz görüşe göre ise dengelemeye konu olan sözleşme kayıtları arasında sıkı bir içsel bağlantı (*ein enger*

²³³ Reinhard Damm, 'Europäisches Verbrauchervertragsrecht und AGB-Recht: Zur Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen' (1994) 4 JZ, 167, 172; Looschelders (n 91) BGB §307 para 11; Coester (n 3) BGB §307 para 125; Stefan (n 27) 222; Açıkgöz (n 1) 355.

²³⁴ Bu konuda bkz. Stoffels (n 4) para 487; Coester (n 3) BGB §307 para 125; Civan (n 1) 251; Sirmen (n 20) 127; Açıkgöz (n 1) 355; Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması (n 1) 216.

²³⁵ Krş. Walker (n 27) 137 ff. Gerekçe belirtilmeksizin bağlantı şartının aranmadığı diğer bir eserler için örneğin bkz. Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 2) para 387. 1981 tarihli UWG Art. 8 döneminde öğretide bir genel işlem koşulunun karşı taraf aleyhine etkisinin, konu yönünden bağlantı aranmaksızın sözleşmenin bütünü ve bu kapsamda bireysel sözleşmeler ile dengelenebileceğinin ileri sürüldüğü hakkında bkz. Thouvenin (n 55) para 39. Yine krş. Gauch (n 32) 53.

²³⁶ Walker (n 27) 138.

sachlichen Zusammenhang)²³⁷ aranmalıdır²³⁸. Dengeleme etkisinin uygulamasının genişlemesi, kullanıcıya dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşullarını ayakta tutabilme konusunda genel bir imkân yaratacaktır. Bu durum, içerik denetiminin etkili şekilde yürütümü ve karşı tarafın etkin bir şekilde korunmasının önüne geçecektir²³⁹. Genel olarak dengelemenin kapsamına ilişkin değerlendirmede içerik denetimini etkisizleştirmemeye özen gösterilmelidir²⁴⁰.

Daha sonra ayrı bir başlıkta aktarılabilecek üzere bireysel sözleşmelerin etkileri, katıldığımız görüşe göre dengeleme etkisinde belli şartlar dahilinde dikkate alınır²⁴¹. Buna karşılık, sınırsız veya çok geniş bir dengeleme etkisi, içerik denetimini tamamen net etki analizi üzerine kurulu bir genel sözleşme kontrolüne

²³⁷ Widmer (n 27) para 299. Değinilen görüş içinde bu durum bazı yazarlarca tercih edilen terminolojiye göre inceleme konusu sözleşme kayıtlarının aynı fonksiyona (*funktionsgleiche*) sahip olduğu şeklinde aktarılmaktadır. Bu konuda bkz. Fuchs (n 5) BGB §307 para 151; Fastrich (n 5) 301. Benzer bir şekilde bunların aynı amaca (*zweckkongruente*) sahip olması gerektiği şeklindeki terminoloji için bkz. Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 212. Bu kayıtların karşılıklı bir değişim ilişkin içinde olmaları (*Wechselverhältnis/Wechselbeziehung stehende/ konnexen Regelungen*) veya bağlantılı olmaları (*zusammengehörende/zusammenhang stehende Regelungen*) şeklindeki terminoloji için bkz. Helmut Heinrichs, 'Die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen' (1993) 29 NJW, 1817, 1820; Grüneberg (n 11) BGB §307 para 14; Looschelders (n 91) BGB §307 para 11. Doğrudan içeriksel bir bağlantı (*direkte inhaltliche Verbindung*) şeklindeki terminoloji için bkz. Hess ve Ruckstuhl (n 27) 1206. Dar anlamda bir bağlantı (*ein enger Zusammenhang*) şeklindeki terminoloji için bkz. Thouvenin (n 55) para 40 ff; Hess ve Ruckstuhl (n 27) 1206 ff.

²³⁸ Widmer (n 27) para 299; Hess ve Ruckstuhl (n 27) 1206; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 127; Fuchs (n 5) BGB §307 para 151; Fastrich (n 5) 301; Grüneberg (n 11) BGB §307 para 14; Looschelders (n 91) BGB §307 para 11. Alman Federal Mahkemesi, diğer alanlardan farklı olarak kolektif sözleşme yapılanmalarında dengelemeye yönelik daha geniş bir ölçüt kullanmakta, karşılıklı menfaatlerin dengelenmesini esas almakta ve bu şekilde aynı amaca hizmet etmeyen sözleşme kayıtları arasında dengelemeyi kabul edebilmektedir. Bu konuda örneğin bkz. Stoffels (n 4) para 488; Coester (n 3) BGB §307 para 128; Fuchs (n 5) BGB §307 para 154). Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 205; Grüneberg (n 11) BGB §307 para 15; Coester (n 3) BGB §307 para 128. Son zikredilen yazar, kolektif hazırlanan genel işlem koşullarında dengeleme etkisinin geniş yorumlanmasına yönelik eğilimlerin günümüzde terk edilmeye başlandığına, sınırlı dengeleme esasının burada da geçerli olması gerektiğine işaret etmektedir (para 128).

²³⁹ Tüketici standart sözleşmelerinde dengeleme etkisine ilişkin söz konusu gerekçe için krş. Heinrichs, EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln (n. 111) 1820; Stefan (n 27) 223 ff. Buna karşılık ticari standart sözleşmelerde dengeleme etkisinin kullanıcı lehine daha geniş yorumlanabileceği belirtilmektedir. Zira bu görüşe göre ticari standart sözleşmelerde ekonomik gerekçeler, tüketici standart sözleşmelere kıyasla daha fazla ön plandadır. Bu yönde örneğin bkz. Looschelders (n 91) BGB §307 para 11.

²⁴⁰ Probst (n 10) UWG Art 8 para 454.

²⁴¹ Bu konuda bkz. IV, C, 1.

(piyasa denetimi aracına) dönüştürebilir²⁴². Böyle sonuç ise içerik denetiminin amacı ve istisnai karakteri ile bağdaşmaz²⁴³.

Bazen hâkimin elinde, farklı menfaatlere hizmet eden hak ve sorumluluklara ilişkin dengelemeye konu sözleşme kayıtlarını karşılaştırmak için uygulanabilir ölçütler bulunmayabilir²⁴⁴. Özellikle karmaşık sözleşme yapılarında hâkimlere bunları dengeleme ve karşılaştırma gibi çok zor bir görev düşeceği ve bu şekilde içerik denetiminin yürütümünün güçleşeceği belirtilmektedir²⁴⁵. Örneğin kullanıcının sorumluluğunu sınırlayan bir genel işlem koşulu düşünölsün. Bunun yanında başka bir genel işlem koşulunda kullanıcının, sözleşmenin karşı tarafına karşı ileri sürebileceği bedel alacağının zamanaşımı süresi kısaltılmış olsun. Dengeleme etkisi, değinilen genel işlem koşulları arasındaki ilişkide gündeme gelmeyeceği belirtilmektedir. Zira ilk genel işlem koşulunun karşı taraf aleyhine etkileri ile diğer genel işlem koşulunun onun lehine etkileri arasında dengelemeye esas alınabilecek karşılaştırılabilir bir ölçüt bulunmamaktadır²⁴⁶.

Öğretide bu durumun, içerik denetimi yürütümünün doğal bir sınırını teşkil edeceği ve hukuk güvenliğini zedeleyebileceği belirtilmektedir²⁴⁷. Buna karşılık dengeleme etkisinin dar yorumlanması ve bu kapsamda sıkı bir içsel/fonksiyonel bağlantı ölçütü aranması, dengelemenin tespit edilip hâkimin mümkün olduğunca şeffaf ve her iki sözleşme tarafı için de öngörülebilir bir içerik denetimi yürütebilmesine katkı sağlayacaktır²⁴⁸.

Nihayet sıkı bağlantı ölçütünü somutlaştırmak üzere birtakım örnekler paylaşılabilir. Örneğin bir kasa görevlisinin, kaybolan veya eksik olan üründen sorumlulu-

²⁴² Widmer (n 27) para 298; Stefan (n 27) 223; Fuchs (n 5) BGB §307 para 144. Buna karşılık (ilgili eserde bu konuda bir sınırlama zikredilmeksizin) önemli olanın sözleşmenin bütünü dikkate alındığında önemli bir menfaat dengesizliği olduğu; bu kapsamda sözleşmenin bir maddesinin herhangi bir başka maddesi ile ve hatgüşük satış bedeli ile dengelenebileceği hakkında krş. Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 2) para 387.

²⁴³ Stefan (n 27) 223.

²⁴⁴ Fuchs (n 5) BGB §307 para 153.

²⁴⁵ Krş. Stefan (n 27) 223; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 221. Bir diğer görüş, dengeleme etkisinin kabulünde sözleşme kayıtları arasında sıkı maddi bağlantı aramakla (dengeleme etkisini dar yorumlamakla) birlikte değinilen gerekçeye katılmamaktadır. Bu görüşe göre bir gerekçe olarak tüm sözleşmeyi denetlemenin hâkimin iş yükünü aşırı zorlaştıracak olduğu ileri sürülmesi uygun değildir. Bu yönde bkz. Fuchs (n 5) BGB §307 para 153.

²⁴⁶ Paylaşılan örnek ve söz konusu tespit için bkz. Fuchs (n 5) BGB §307 para 153.

²⁴⁷ Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 221.

²⁴⁸ Krş. Widmer (n 27) para 299; Looschelders (n 91) BGB §307 para 11.

ğunu öngören bir genel işlem koşulu düşünölsün. Bu görüşe göre bu sözleşme kaydının olumsuz etkilerinin, kasa görevlisi lehine yıl sonu ürün stoğunun tam olması durumunda belli bir ikramiye/prim verilmesini öngören başka bir genel işlem koşulu ile dengelenmesi mümkündür²⁴⁹. Zira değinilen koşullar arasında ürün stoğu özelinde sıkı bir içsel bağlantı bulunmaktadır. Yine örneğin, finansal kiralama sözleşmesine ilişkin bir ticari standart sözleşmede kullanıcının (finansal kiralama şirketinin) kira hukukundaki ayıba karşı sorumluluğunun sınırlandırılmasını öngören bir genel işlem koşulunun kararlaştırılmıştır. Bunun karşı tarafa (kiracıya) olumsuz etkilerinin, kullanıcının tedarikçiye (satıcıya) karşı satış hukukundan kaynaklanan ayıba karşı sorumluluk taleplerinin karşı tarafa (herhangi sınır ve kısıtlamaya tabi olmadan) devrini öngören başka bir genel işlem koşulu ile dengelenebileceği belirtilmektedir²⁵⁰. Bunun gibi örneğin, bir finansal kiralama sözleşmesi genel işlem koşullarında yer alan hasarın geçişini karşı tarafa aktaran bir hüküm düşünölsün. Bunun olumsuz etkisinin, hasarın geçişi durumunda karşı taraf lehine kısa süreli bir fesih hakkı ile dengelenebilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir²⁵¹.

Nihayet kullanıcının sözleşmedeki sorumluluğu sınırlandıran bir genel işlem koşulu, örnek olarak paylaşılabilir. Bunun olumsuz etkilerinin, karşı tarafın lehine kullanıcının kendisine ileri sürebileceği ücret alacağının zamanaşımı süresini kısaltan başka bir genel işlem koşulunun karşı taraf lehine etkisi ile dengelenmeyeceği belirtilmektedir²⁵².

2. Toplama Etkisinin Şartları

Toplama etkisinin ise gündeme gelebilmesi için öncelikle karşı taraf aleyhine etki doğuracak sözleşme kaydı/kayıtları bulunmalıdır²⁵³. Ayrıca toplama etkisinde inceleme konusu sözleşme kayıtları arasında konu yönünden içsel maddi bağlantı aranmalıdır²⁵⁴. Dengeleme ve toplama etkileri karşılıklı etkileşim için-

²⁴⁹ Krş. Stoffels (n 4) para 487; Fuchs (n 5) BGB §307 para 152; Yağcıoğlu (n 26) 3083.

²⁵⁰ Verilen örnek için krş. Stoffels (n 4) para 487; Looschelders (n 91) BGB §307 para 11; Coester (n 3) BGB §307 para 127; BGH, NJW 2004, 1041, <<https://dejure.org/>> Erişim Tarihi 9 Kasım 2024.

²⁵¹ Söz konusu örnek için krş. Coester (n 3) BGB §307 para 127. Finansal kiralama sözleşmesi standart sözleşmelerinde yer alan çeşitli karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları örnekleri için bkz. Topuz, Finansal Kiralama (n 1) 203 vd.

²⁵² Krş. Grüneberg (n 11) BGB §307 para 14; Fuchs (n 5) BGB §307 para 153.

²⁵³ Krş. Fuchs (n 5) BGB §307 para 155; Stoffels (n 4) para 486; Coester (n 3) BGB §307 para 139.

²⁵⁴ Coester (n 3) BGB §307 para 139. Bu yöndeki bazı Alman Federal Mahkemesi kararları için örneğin krş. BGH, NJW 2006, 2116 para 8; BGH, NJW 1993, 532 para 2, <<https://dejure.org/>> Erişim Tarihi 9 Kasım 2024; <<https://beck-online.beck.de/Home>> Erişim Tarihi 9 Kasım 2024.

dedirler.²⁵⁵ Buna göre mantıksal olarak dengeleme için aranan maddi bağlantı koşulunun, toplama etkisi için aranmamasının tutarsız olacağı belirtilmektedir.²⁵⁶

Maddi bağlantı şartı, öğretide katılmış olduğumuz görüşe göre toplama ve dengeleme etkileri arasında farklı yoğunlukta ele alınmaktadır. Bu bağlamda öğretide toplama etkisinde içerik denetiminin karşı tarafı koruma amacından hareketle konu yönünden bağlantıya ilişkin daha düşük şartlarla yetinilmesi, çok yakın bir bağlantı aranmaması gerektiğine işaret edilmektedir.²⁵⁷ Bir AVM'de işyeri kirasını konu alan bir ticari standart sözleşmede yer alan genel işlem koşulları arasında kiracı (karşı taraf) aleyhine kararlaştırılan iki kayıt örnek olarak verilebilir.²⁵⁸ Bunlardan birinde kiracı aleyhine kiralayanın (AVM), kiracının yakın çevresindeki yerlerini rakip işletmelere kiralayabileceği kararlaştırılmıştır. Diğerinde ise kiracının işyerinde müşterilerine sunduğu ürün yelpazesinde bir kısıtlama öngörülmüştür. Aslında bu kayıtların her biri, tek başına içerik denetimine tabi tutulsa bunların geçerli kabul edilmesi mümkündür.²⁵⁹ Ancak aktarılan olayda bunlar arasında karşı tarafın ekonomik hareket alanındaki kısıtlamadan hareketle maddi bir bağlantı mevcuttur. İşletmeyi rekabetten korumayan sözleşme kaydı, aynı zamanda ürün yelpazesi kısıtlamalarını içeren bir işletme yükümlülüğü öngören kayıtla birlikte değerlendirilmektedir. Söz konusu olayda kiracı, ne ürün yelpazesini değiştirerek ortaya çıkan rekabet durumuna uyum sağlayabilmekte ne de çalışma saatlerini kısaltarak maliyetlerini düşürebilmektedir. Bu şekilde bu kayıtlar, toplama etkisi sonucu geçersiz kabul edilebilecektir.²⁶⁰

²⁵⁵ Fuchs (n 5) §307 para 155; Looschelders (n 91) BGB §307 para 11.

²⁵⁶ Stefan (n 27) 224.

²⁵⁷ Krş. Heinrichs, EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln (n. 111) 1820; Stefan (n 27) 222 ff, 224; Widmer (n 27) para 301; Damm (n 109) 172; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213. Benzer şekilde toplama etkisinde yakın anlamda bir bağlantı aramadan, (ilgili eserde aktarılan açıklamalardan görüldüğü üzere) herhangi bir bağlantıyı yeterli gören ve sözleşmenin tipi ve amacına göre bir değerlendirme yapılması gerektiğine işaret eden bir görüş için bkz. Looschelders (n 91) BGB §307 para 11.

²⁵⁸ Aktarılan örnek için krş. BGH, NJW 2020, 1507, <<https://beck-online.beck.de/Home>> Erişim Tarihi 9 Kasım 2024.

²⁵⁹ Stefan (n 27) 224.

²⁶⁰ BGH, NJW 2020, 1507, para 31 ff. Öğretide bu kararının, toplama etkisi için ekonomik hareket alanının önemli ölçüde azalması durumuna ilişkin zayıf bir bağlantının bile yeterli olabileceğini gösterdiği belirtilmektedir. Söz konusu karara ilişkin değerlendirilmeler için bkz. Stefan (n 27) 224.

Somut olayda bazen sözleşme kayıtlarının, daha önce düşünülmemiş, sık karşılaşılmayan (atipik) bir olay kurgusu içinde etkileşime girebiliyor olması mümkündür. Bu ihtimalde toplama etkisinde, dengeleme etkisinden farklı olarak sözleşme kayıtları arasında alelade maddi bir içsel bağlantının varlığını yeterli görülebilir²⁶¹. Ancak bu tür durumlarda toplama etkisinde istisnai olarak²⁶² her iki hükmün değil bunlardan sadece gerçekleşmesi beklenebilecek (tipik) bir duruma ilişkin olan genel işlem koşulunun geçersiz olacağı kabul edilebilir²⁶³. Bu şekilde kullanıcının menfaati gözetilerek sözleşmeye ölçülü şekilde müdahale edilmiş olacaktır.

Nihayet toplama etkisinde düşük seviyede olsa bile bir bağlantı şartı aranmalı, sınırsız bir toplama etkisi kabul edilmemelidir. Aksi bir yaklaşım daha önce dengeleme etkisine yönelik olarak açıklandığı üzere içerik denetimini, bir genel işlem koşulu incelemesi ötesinde sadece bütünsel etkiyi esas alan bir sözleşme denetimine dönüştürebilir²⁶⁴.

C. Toplama ve Dengeleme Etkisinin Sınırları

1. Toplama ve Dengeleme Etkisinde Bireysel Sözleşme Kayıtlarının Dikkate alınabilirliği

İçerik denetimine ilişkin incelemenin sözleşme kayıtlarına ilişkin bütünsel bir bakış açısı gerektirdiğini ve tekil sözleşme kayıtlarına ilişkin incelemenin bütünü göz ardı etmeden yürütülmesi gerektiğini²⁶⁵ aktarmıştık. Bu bağlamda toplama ve dengeleme etkilerinin kapsamına ilişkin yöneltmesi gereken soru, sözleşme bütününden kastedilenin tam olarak ne olduğudur.

²⁶¹ Krş. Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213; Stefan (n 27) 224. Benimsenecek görüş dahilinde bir sözleşmenin karşı tarafı olarak tüketicinin özel durumu ve korunması gereği gözetilerek sadece tüketici standart sözleşmelerle sınırlı olarak da bu görüş savunulabilir niteliktedir.

²⁶² Kural olarak toplama etkisinde her iki genel işlem koşulu geçersiz kabul edilmektedir. Bu konuda örneğin bkz. Coester (n 3) BGB §307, para 139; Fuchs (n 5) BGB §307 para 155; Stofels (n 4) para 486; Civan (n 1) 251; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213; Widmer (n 27) para 302.

²⁶³ Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213. Aksi yönde (yapılan açıklamalardan aksi yönde anlaşılmadığından) her iki genel işlem koşulunun geçersiz olması yönünde bkz. Stefan (n 27) 225.

²⁶⁴ Krş. Fuchs (n 5) BGB §307 para 144; Widmer (n 27) para 298.

²⁶⁵ Hess ve Ruckstuhl (n 27) 1198; Koller (n 27) 289; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 2) para 387.

Azınlıkta kalan bir görüş, genel işlem koşulu kontrolünün sadece genel işlem koşullarına ilişkin olması gerektiğini ileri sürer. Bu görüşe göre bireysel sözleşme kayıtları, içerik denetimine ilişkin incelemede göz ardı edilmelidir²⁶⁶.

Bizim de katıldığımız baskın görüşe göre ise içerik denetimine konu bir genel işlem koşulunun (toplama ve dengeleme) etkisine ilişkin değerlendirmeye tüm sözleşme kayıtları dahildir. Bu kapsamda bireysel sözleşme kayıtları da dikkate alınabilir niteliktedir²⁶⁷. Bir genel işlem koşuluna ilişkin etki değerlendirmesinde bunları tamamen göz ardı etmek, tarafların içinde bulunduğu sözleşme ilişkisindeki gerçek menfaat dengesini dikkate alınmaması riskini taşır²⁶⁸. Kaldı ki içerik denetiminin karşı tarafı koruma amacı yanında içerik denetimine ilişkin hükümlerin lafzında genel işlem koşullarının içeriği denetlenirken bireysel sözleşme kayıtlarını dikkate almamaya yönelik bir ifade yer almamaktadır²⁶⁹.

Bireysel anlaşmaların genel olarak içerik denetiminde dikkate alınmaması, toplama etkisinin istenmeden dolanılması riskini de barındırmaktadır²⁷⁰: Şöyle ki kullanıcı, kendi içinde karşı taraf yönünden dezavantajlı olmakla birlikte yine de geçerli olan bir hükmü genel işlem koşulları yerine sözleşmenin bireysel olarak kararlaştırılan içeriğine aktarabilir. Aktarılan ihtimalde ve bireysel anlaşmanın içerik denetiminde dikkate alınmaması durumunda bu sözleşme kaydının, karşı taraf dostu olmayan bir genel işlem koşulu ile karşılıklı etkileşime girmesi mümkün olmayacaktır. Bu durumda bireysel sözleşmeye aktarılan hükmün içeriğinin, bir genel işlem koşulu ile düzenlenebilecek tali bir hususa ilişkin olsa bile karşı tarafın bundan şüphelenmesinin olası olmadığı belirtilmektedir²⁷¹.

²⁶⁶ İsviçre hukukunda bu yöndeki yaklaşım hakkında bkz. Stefan (n 27) 222, dn 2'deki eserler. Alman hukukunda bireysel sözleşme kayıtlarının dengeleme ve toplama etkilerine dahil olmayacağı şeklinde görüş için bkz. Looschelders (n 91) BGB §307 para 11.

²⁶⁷ Coester (n 3) BGB §307, para 114 ff, 124, 139; Stoffels (n 4) para 486; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 212; Wurmnest (n 59), BGB §307 para 38 ff; Widmer (n 27) para 245; Hess ve Ruckstuhl (n 27) 1201; Probst (n 10) UWG Art 8 para 271; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 510.

²⁶⁸ Krş. Hess ve Ruckstuhl (n 27) 1196 ff; Stefan (n 27) 222.

²⁶⁹ Krş. Stefan (n 27) 222. TKHK m. 5 f. 1'de genel işlem koşulu ve bireysel sözleşme şeklinde herhangi bir ayırım yapmadan "sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükler...arasında dengesizlik"den bahsetmektedir. Yine TKHK m. 5 f. 6'da açıkça "Bir sözleşme şartının haksızlığı... sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri dikkate alınmak suretiyle" belirleneceği belirtilmektedir.

²⁷⁰ ibid (n 27) 222.

²⁷¹ ibid 222.

Bireysel sözleşme kayıtlarının içerik denetiminde dikkate alınabilirliğine ilişkin yukarıda aktarılan ön tespitin çok genel ve yanlış anlaşılabilir nitelikte olduğu vurgulanmalıdır. Öncelikle karıştırılmaması gereken, bireysel sözleşme kayıtlarının içerik denetimi dışındaki alanda kaldığı, içerik denetimi ile amaçlanan bir piyasa denetimi olmadığıdır²⁷². Ayrıca vurgulanması gereken, bir genel işlem koşulunun denetiminde bireysel sözleşme koşullarının dikkate alınabilirliğinin kapsamı ve ölçütleri toplama ve dengeleme etkileri arasında farklılaşmaktadır.

Toplama etkisinde bireysel sözleşme kaydı, inceleme konusu genel işlem koşulu ile arasında çok yakın bağlantı varsa dikkate alınabilir²⁷³. Burada karıştırılmaması gereken, toplama etkisinin sadece genel işlem koşulunun geçerliliğini etkileyip tek taraflı olduğu ve bunun aksinin (bireysel sözleşmenin denetime tabi tutulmasının) söz konusu olamayacağıdır²⁷⁴.

Dengeleme etkisinde ise aşağıda aktarılabilecek gerekçelerle bireysel sözleşme kaydı, toplama etkisine kıyasla çok daha sınırlı bir şekilde dikkate alınabilir. İçerik denetiminin amacı gözetilerek dengeleme etkisi özelinde bireysel sözleşme kayıtlarının etkisinin kısmen veya tamamen göz ardı edilip edilmeyeceği, öğretide özellikle fiyat indirimi (avantajı) ile dengeleme bağlamında tartışmalıdır.

2. Dengeleme Etkisinin Sınırları

a. Fiyat İndirimi Argümanı

Fiyat indirimi argümanının, dengeleme türlerinden biri olan ekonomik dengeleme altında değerlendirildiği daha önce ilgili başlıkta aktarılmıştı²⁷⁵. Fiyat (indirimi) argümanı, somut olayda ortalamanın altında bir bedel kararlaştırıldığı iddia edilmesi durumunda ileri sürülebilir²⁷⁶. Ayrıca bunun, inceleme ko-

²⁷² Krş. Looschelders (n 91) BGB §307 para 11; Eren, Borçlar Hukuku Genel (n 23) para 656 vd; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 476 vd, 513.

²⁷³ Heinrichs, EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln (n. 111) 1820 Stoffels (n 4) para 486; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213; Coester (n 3) BGB §307 para 139. Aksi yönde toplama etkisine ilişkin değerlendirmede (bu konuda bir gerekçe aktarılmaksızın) bireysel sözleşme kayıtlarının etkisinin dikkate alınmayacağı hakkında bkz. Looschelders (n 91) BGB §307 para 11.

²⁷⁴ Bu anlamda toplama etkisi, bireysel sözleşme kayıtlarının denetime tabi tutulmasına ve geçersizliğine sebebiyet vermeyeceğidir. Aksi kabul sözleşme özgürlüğüne ölçülü olmayan bir müdahale teşkil edecek ve içerik denetimini bir piyasa denetimine dönüştürecektir. Bu konuda krş. Coester (n 3) BGB §307 para 139; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213; Widmer (n 27) para 302; Stefan (n 27) 225 ff.

²⁷⁵ Bu konuda bkz. III, A, 2, b numaralı başlık.

²⁷⁶ Krş. Coester (n 3) BGB §307 para 129; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 2) para 387.

nusu genel işlem koşulunun geçersiz olması ihtimalinde fiyat artışının gündeme geleceğinin kararlaştırılması şeklinde ileri sürülmesi de mümkündür²⁷⁷. Öğretideki katılmış olduğumuz baskın görüş çeşitli gerekçelerle bir genel işlem koşulunun karşı taraf aleyhine olan etkilerinin, fiyat avantajı ile sınırsız bir şekilde dengelemesini (ekonomik dengelemeyi) kabul etmemektedir²⁷⁸. Aşağıda söz konusu gerekçeler ve fiyat indirimi argümanı özelinde dengeleme etkisinin sınırları irdelenecektir.

Öncelikle sınırsız bir şekilde bireysel anlaşmaların dengelemeye esas alınmasının, içerik denetiminin karşı tarafı koruma ve dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşullarıyla mücadele amaçlarının dolanılmasına sebebiyet vereceği belirtilmektedir²⁷⁹. Zira bu şekilde karşı taraf aleyhine genel işlem koşulu, bireysel sözleşmeler ile dengeleme etkisi aracılığıyla gireceği etkileşimle ortadan kalmayıp muhafaza edilmiş olacaktır²⁸⁰.

Karşı tarafın menfaatine her aykırılığın, bir şekilde ekonomik yönden sınırsız olarak dengelenebileceğinin kabulü, dengeleme etkisinin kapsamını çok genişletecektir²⁸¹. Kaldı ki her mağduriyette her zaman karşı taraf yönünden dengeleme sağlanamaz²⁸². Örneğin olası zarardan doğacak sorumluluğun veya ayıba karşı sorumluluğun kaldırılması gibi durumlarda karşı tarafın menfaati üzerindeki olumsuz etkilerin, varsayılan fiyat avantajı ile uygun bir şekilde dengelenemeyeceği belirtilmektedir²⁸³.

²⁷⁷ Krş. Coester (n 3) BGB §307 para 129.

²⁷⁸ Wurmnest (n 59), BGB §307 para 40, 44, Coester (n 3) BGB §307 para 129 ff; Fuchs (n 5) BGB §307 para 145; Stefan (n 27) 222; Stoffels (n 4) para 493 Grüneberg (n 11) BGB §307 para 18; Walker (n 27) 139 ff; Widmer (n 27) para 300; Thouvenin (n 55) para 39. Son zikredilen eserde aksi yönde içerik denetimi yürütümünde fiyat indirimi argümanına sürekli izin verilmesi görüşünü savunan veya tam tersi fiyat argümanına hiçbir şekilde izin verilmemesini ileri süren eserlere işaret edilmektedir (para 300, dn 622). Yine UWG Art. 8'in uygulamasına ilişkin fiyat indirimi argümanını dengeleme etkisinde sınırsız şekilde kabul eden veya tam tersi bunu tamamen reddeden İsviçre hukukunda yer alan bazı eserler için bkz. Walker (n 27) 138, dn 957 ve 959'da yer alan eserler.

²⁷⁹ Coester (n 3) BGB §307 para 132; Thouvenin (n 55) para 39; Stefan (n 27) 222 ff.

²⁸⁰ Krş. Stefan (n 27) 222 ff. Ancak yazar, bireysel bir sözleşme kaydının karşı taraf aleyhine bir genel işlem koşulunu dengelediği durumlarla nadiren karşılaşılabileceğini belirtmektedir. Zira uygulamadaki olayların çoğunda sözleşme tarafları, karşı taraf lehine bireysel sözleşme kaydı kararlaştırma yolunu tercih etmeyeceklerdir.

²⁸¹ Krş. Fuchs (n 5) BGB §307 para 145.

²⁸² Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 224; Stoffels (n 4) para 493; Fuchs (n 5) BGB §307 para 145.

²⁸³ Coester (n 3) BGB §307 para 133.

Dengeleme etkisine içerik denetiminin amacını aşacak şekilde mahkemenin doğrudan fiyat kontrolü yapmasına yol açacak bir anlam yüklenmesinin, sözleşme özgürlüğünün çekirdek alanına müdahale teşkil edeceği göz ardı edilmemelidir²⁸⁴. Ayrıca iddia edilen dengelemeye konu uygun olan fiyatın ne kadar olması gerektiğinin her durumda tespit edilebilir/denetlenebilir/karşılaştırılabilir olabileceğine veya bunun güç olacağına ve bu değerlendirmelerin şeffaf olmaya bileceğine dikkat çekilmektedir²⁸⁵.

Kullanıcı açısından sınırsız bir şekilde uygun fiyatlarla karşı taraf aleyhine genel işlem koşullarının içerik denetiminden geçebileceği şeklinde bir teşvik yaratılmasının hukuk politikası yönünden sakıncalar doğurabileceğine işaret

²⁸⁴ Widmer (n 27) para 150, 300; Thouvenin (n 55) para 11; Coester (n 3) BGB §307 para 131. Sözleşmenin asli konusu ve edim- karşı edim dengesine ilişkin kayıtların içerik denetiminin sınırları dışında kaldığı TKHK m. 5 f. 7 ve Yönerge m. 4 f. 2’de açıkça belirtilmiştir. Zaten içerik denetimine doğal olarak içkin olan bu sınırlamalar, TBK m. 25’te ayrıca yer verilmesine gerek görülmemiştir. Bu konuda krş. Eren, *Borçlar Hukuku Genel* (n 23) para 654 vd; Antalya, *Borçlar Genel Cilt I* (n 2) 513; Nomer, *Borçlar Hukuku Genel* (n 3) para 50b. 1; Çınar (n 21) 121; Baş (n 27) 299 vd; Doğancı (n 2) 347 vd; Atamer, ‘Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi’ (n 1) 54 vd.; Civan (n 1) 285 vd. Bununla birlikte her zaman içerik denetimi dışı alanın ve bu kapsamda esas ve yan edim arasındaki ayrımın nasıl belirlenebileceği açık olmadığı gibi değinilen hükümlere nasıl bir anlam verilmesi gerektiği de tartışmalıdır. Bu konuda örneğin kz. Wurmnest (n 59), BGB §307 para 3 ff; Stoffels (n 4) para 438 ff; Widmer (n 27) para 150; Doğancı (n 2) 354 vd, 361 vd.

²⁸⁵ Krş. Grüneberg (n 11) BGB §307 para 18; Wurmnest (n 59), BGB §307 para 108; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 224; Stoffels (n 4) para 493; Fuchs (n 5) BGB §307 para 145; Widmer (n 27) para 300; Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması* (n 1) 216; Coester (n 3) BGB §307 para 129 ff. Son zikredilen yazara göre fiyat indirimi argümanının doğruluğu şüphelidir. Yazara göre kullanıcı dostu bir genel işlem koşulunun fiyata yansıtılıp yansıtılmayacağı ve ne kapsamda yansıtılması gerektiği işletmesel olarak (öğretide bu konudaki bazı aksi yöndeki görüşlere rağmen) pratik anlamda ispatlanabilir değildir. Kaldı ki kullanıcı lehine bir maliyet düşüşü gündeme gelmişse bunun karşı tarafa yansıtılacağı kesin değildir (para 130). Yine benzer değerlendirmeler için bkz. Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması* (n 1) 216. Kullanıcı dostu bir genel işlem koşulunun fiyata yansıtılabileceğine ilişkin daha iyimser bir yaklaşım için krş. Fastrich (n 5) 86, 303. Fiyatın (piyasa fiyatının ve sözleşmeye uygun fiyatın) tespit edilememesi gerekçesinin tatmin edici olmadığı, fiyat tespitinde pratik zorluklar bulunmakla birlikte hukuk sisteminde fiyat kontrolüne ilişkin çeşitli örnekler olduğu hakkında bkz. Adelman (n 23) 111 ff; Stefan (n 27) 223. Bu bağlamda örneğin TBK’da taraflarca bedelin üzerinde hiç durulmamış fiyatın belirlenmesini öngören: Satış sözleşmesine (TBK m. 233 f. 1), yayım sözleşmesine, simsarlık sözleşmesine (TBK m. 522, hizmet sözleşmesine (TBK m. 401) ve eser sözleşmesine (TBK m. 481) ilişkin çeşitli hükümler vardır. Karşılıklı sözleşmelerde tarafların ivazın miktarı üzerinde hiç durulmamış olmaları hakkında açıklamalar için bkz. Haluk N Nomer, ‘Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir mi?’ (2013) 8 (Özel Sayı Prof. Dr. Aydın Zevkililer’ e Armağan) Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, 2015 vd.

edilebilir²⁸⁶. Dengeleme etkisinin, daha düşük bir fiyat karşılığında dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşullarını yasallaştırmak için kullanımına cevaz verilmemesi gerektiği belirtilmektedir. Zira serbestçe fiyat argümanının kullanıcıya tanınması, onun karşı taraf aleyhine genel işlem koşullarını hukuka uygun hale getirme imkanının kendisine verilmesine sebebiyet verir ve bu durum içerik denetiminin etkinliğini ortadan kaldırır²⁸⁷. Aksi takdirde, daha ucuz seçeneği seçme durumunda bırakılan, finansal imkanları sınırlı olan kişilerin, dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşullarına maruz bırakılmış olacakları vurgulanmaktadır²⁸⁸. Kullanıcı dürüstlük kuralına aykırı bir genel işlem koşulunu, fiyat argümanı üzerinden hukuk sistemine sokabilme imkanına sahip olmamalı, fiyata bu derece bir müdahale piyasa mekanizmasına bırakılmalıdır²⁸⁹. Zaten özel hukuk, genel olarak dürüstlük kuralına aykırı davranışları önüne geçecek uygun yollara (TMK m. 2 f. 2, TTK m. 54 vd., HMK m. 29 vb.) sahiptir²⁹⁰.

Nihayet sınırsız şekilde fiyat argümanına izin verilmesi, arzu edilmeyen makroekonomik sorunları beraberinde getirir. Bu sorunlar ve fiyat argümanına karşı ileri sürülen gerekçeler arasında aşağıya yönelik gerçekleşen genel işlem koşulu rekabeti (*race to the bottom*) de gösterilmektedir²⁹¹. Söz konusu gerekçe, kullanıcıların daha iyi genel işlem koşulları sunmak için çaba harcamayacakları, aksine karşı taraf aleyhine hazırlanmış olan genel işlem koşullarının rekabet avantajı oluşturacağı şeklinde (tartışılabilir olan)²⁹² bir iddia içermektedir²⁹³.

²⁸⁶ Krş. Thouvenin (n 55) para 39; Widmer (n 27) para 300; Coester (n 3) BGB §307 para 132; Stefan (n 27) 223.

²⁸⁷ Coester (n 3) BGB §307 para 131 ff.; Stefan (n 27) 223.

²⁸⁸ Stefan (n 27) 223. Yazara göre aksi halde dürüstlük kuralına uygun davranış ve bu kapsamda haksız olmayan şartlar, varlıklı sosyal sınıfın bir ayrıcalığı olmamalıdır.

²⁸⁹ Krş. Coester (n 3) BGB §307 para 131 ff.; Stefan (n 27) 223.

²⁹⁰ Krş. ibid, 223.

²⁹¹ Coester (n 3) BGB §307 para 132; Thouvenin (n 55) para 39.

²⁹² Değinilen görüşün piyasa katılımcılarının fiyatın yanında diğer hususlara yönelik bilgi sahibi olma isteğini ve fiili imkanlarını göz ardı ettiği hakkında eleştiri için bkz. Becker (n 149) 87. Yine öğretide bir çalışmada çeşitli gerekçelerle koşul rekabetinin ("*Konditionswettbewerb*") kullanıcılar tarafından sunulan genel işlem koşulları arası rekabetin) işleyebileceği ortaya konmuştur. Bu eserde yer alan gerekçelerden birinde gerekli saydamlığın (kuruluş saydamlığının) sağlanması durumunda koşul rekabetine işlerlik kazandırabileceği, TBK m. 20 vd'da yer alan saydamlık kuralı ve özellikle kendine özgü bir denetim şekli olan saydamlık denetiminin, rekabet ve borçlar hukuku arasında köprü bir rol oynadığı belirtilmektedir. Yine bu çalışmada dürüstlük kuralına aykırı sözleşme kayıtlarına karşı birbirini tamamlayacak bir şekilde borçlar hukuku (TBK m. 20 vd), haksız rekabet hukuku ve RKKH uygulanmasının koşul rekabetine işlerlik kazandırmaya katkı sağlayacağı vurgulanmaktadır. Katılmış olduğumuz değinilen görü-

Şu ana kadar aktarılan gerekçelerle dengeleme etkisine ilişkin değerlendirmeye sınırsız bir şekilde fiyat argümanı dahil edilmemelidir.

b. Mutlak ve Nisbi Yasak Koşulları

Dengeleme etkisinin kapsamına ilişkin bir başka sınır, mutlak ve nisbi anlamda dürüstlük kuralına önemli şekilde aykırı olduğu kabul edilen genel işlem koşullarıdır²⁹⁴. Alman hukukunda genel işlem koşullarına ilişkin bazı listelere (örnek yasak koşullara) yer verilmiştir²⁹⁵. Örnek yasak koşullarda hâkimin, içerik denetimini yürütürken bir genel işlem koşulunun dürüstlük kuralına önemli şekilde aykırılığına ilişkin takdir hakkı bulunup bulunmamasına (daha sınırlı olmasına)²⁹⁶ göre ikili bir ayırım yapılmıştır. Buna göre BGB Art. 308'de bazı nisbi anlamda yasak (*Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit*) genel işlem koşulları yer almaktadır. BGB Art.309'da ise mutlak anlamda yasak (*Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit*) olarak görülen bir takım genel işlem koşulları örnekleri bulunmaktadır²⁹⁷.

şün gerekçeleri ve aktarılan açıklamalar hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Antalya ve Doğanç, 'Koşul Rekabeti I' (n 13) 5548 vd, 5552 vd; Antalya ve Doğanç, 'Koşul Rekabeti II' (n 13) 95 vd, 110 vd.

²⁹³ Bu iddiayı içeren, (*race to the bottom*) veya "*market for lemons*" şeklinde isimlendirilen piyasa aksaklığına ilişkin örneğin bkz. Stefan Hennigs, *Unlauterer Wettbewerb durch Verwendung Unwirksamer Vertragsklauseln* (Nomos 2017), 66 ff; Felix Becker, *Die gebotene Grenze zwischen AGB und Individualvereinbarungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr* (LIT 2011) 83 ff, 85 ff; Atamer, 'Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi' (n 1) 68 vd; Atamer, 'Değerlendirme Kriterleri' (n 10) 110 vd. Koşul rekabetinin düzgün işleyememesinin temel nedeninin genel işlem koşullarının açık ve şeffaf olmaması, buna bağlı bilgi asimetrisi ve yüksek bilgi tedariki maliyeti olduğu yönünde bkz. Peter Ulmer ve Habersack Mathias, 'Einleitung, §305' in Marcus Bieder et al (eds), *Ulmer Brandner Hensen AGB-Recht Kommentar* (12. Baskı, Ottoschmidt 2016), Einleitung para 8; Atamer, 'Değerlendirme Kriterleri' (n 10) 107 vd, 117.

²⁹⁴ Dengeleme etkisi özelinde bir değerlendirme için Stefan (n 27) 225.

²⁹⁵ Locher (n 45) 100 ff, 125 ff; Eren, Borçlar Hukuku Genel (n 23) para 679 vd; Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (n 1) §25, para 39 vd. Buna karşılık bir sözleşme kaydının bu listede yer almamış olması, bunun geçerli olduğu anlamına gelmemektedir. Ayrıca bunlar içerik denetimine tabi tutulmakta ve bunun sonucu şayet karşı taraf aleyhine sözleşmede açık bir denge-sizliğe sebebiyet verdikleri anlaşılıyorsa bunların geçersizlikleri gündeme gelmektedir. Bu konuda krş. Wurmnest (n 59), §309 para 4; Coester (n 3) vor BGB §307 para 23; Fuchs (n 5) Vor BGB §307 para 8.

²⁹⁶ Alman hukukunda mutlak anlam yasak koşullarına ilişkin bir değerlendirmede bu hükümlerde geçen unsurlara ilişkin yine hâkime takdir hakkı tanındığı, ancak bunun nisbi anlamda yasak koşullarıyla karşılaştırılınca çok daha sınırlı olduğuna dikkat çekilmektedir. Bu konuda bkz. Coester (n 3) Vor BGB §307 para 22.

²⁹⁷ Looschelders (n 91) Vor § 307-308 para 2; Fuchs (n 5) Vor BGB §307 para 8; Locher (n 45) 100 ff, 125 ff.

Yukarıda aktarılan örnek yasak koşulların, Türk hukukunda niteliği uygun düştüğü ölçüde bir ölçüt olarak dikkate alınabilir oldukları belirtilmektedir²⁹⁸. Ayrıca Türk hukukunda tüketici standart sözleşmelere ilişkin TSHŞY Ek-1'de (ve 93/13/EWG sayılı Yönerge Eki'nde) çeşitli haksız şart örneklerinin yer aldığı bir liste bulunmaktadır. Yine TBK'da mutlak anlamda yasak bir genel işlem koşulu örneği olarak²⁹⁹ kullanıcının, karşı taraf aleyhine sözleşmede tek taraflı değişiklik yapmasına ilişkin TBK m. 24 hükmü yer almaktadır³⁰⁰.

Dengeleme etkisinin uygulanmasında genel işlem koşulunun mutlak anlamda yasak kapsamında yer alıp almaması önemlidir. Çünkü mutlak anlamda yasak kapsamındaki kayıtlar mahiyeti itibarıyla dürüstlük kuralına önemli ölçüde aykırılık teşkil eder. Bu sebeple de hâkimin takdir yetkisini kullanarak aksi yönde bir karar verme imkânına sahip olmadığı kabul edilmektedir. Bu yönüyle de dengeleme etkisine kapalıdır³⁰¹. Örneğin inceleme konusu bir genel işlem

²⁹⁸ Krş. Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (n 1) §25, para 39 vd; Yelmen (n 31) 133 vd; Eren, *Borçlar Hukuku Genel* (n 23) para 673; Çınar (n 21) 201 vd; Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması* (n 1) 235 vd. İsviçre hukukunda bu yönde krş. Stefan (n 27) 225, Widmer (n 27) para 228 ff.

²⁹⁹ TBK'da tek yanlı değiştirme kayıtları katıldığımız baskın görüşe göre içerik denetiminin mutlak ve özel bir örneği olarak düzenlenmiştir. Bu konuda bkz. Antalya, *Borçlar Genel Cilt I* (n 2) 519; Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulu Denetimi* (n 1) 110; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt 1* (n 16) para 518; Civan (n 1) 83; Akcaal (n 2) 61; Yelmen (n 31) 138 vd. Aksi yöndeki görüş ise TBK m. 24'ün lafzı ve madde gerekçesindeki açıklamalara karşın bu hükmü, amaca göre yorum ile genel içerik denetimine ilişkin TBK m. 25 ile birlikte değerlendirmektedir. Buna göre tek yanlı değişiklik kaydı, somut olayda dürüstlük kuralına aykırı ise TBK m. 24'ye göre bunun geçersizliği gündeme gelebilir. Söz konusu görüş için krş. Engin, Baki İlğay, 'Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi', *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Yargıtay Kararları Işığında Factoring Sempozyumu 25-27 Kasım 2011 - Antalya* (Factoring Derneği İktisadi İşletmesi 2012) 58 vd, Ertan (n 11) 363.

³⁰⁰ Yine krş. TSHŞY EK-1, m. 1'de: "(h) Sözleşmeyi düzenleyenin sözleşme şartlarını, sözleşmede belirtilen haklı bir sebep olmaksızın tek taraflı olarak değiştirmesine imkan veren şartlar, ı) Sözleşmeyi düzenleyenin, sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliklerini tek taraflı olarak ve haklı bir sebep olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar, i) Sözleşmeyi düzenleyenin mal veya hizmetin bedelini, ifa anında tespit edebileceğini veya yükseltebileceğini öngören ve nihai bedelin, sözleşmenin kurulması anında tespit edilen bedele nazaran çok yüksek olması halinde, tüketiciye sözleşmeden dönme hakkı tanımayan şartlar," haksız şart olarak kabul edilmiştir. Bunun gibi kira sözleşmelerine ilişkin TBK m. 301 veya bankacılık işlemlerinde hesap özetine ilişkin Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu (Kanun Numarası: 5464, Kabul Tarihi: 23.2.2006, RG 1.3.2006/26095) m. 24 f.'2'de diğer yasak koşulu örnekleri arasında zikredilebilir. Değinilen örnekler hakkında açıklamalar için örneğin bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Genel* (n 23) para 680 vd.

³⁰¹ Krş. Coester (n 3) Vor BGB §307 para N 22 ff; Fuchs (n 5) Vor BGB §307 para 7, 9; Stefan (n 27) 225 ff.

koşulunun, TBK m. 24’de öngörülen tek yanlı ve karşı tarafın aleyhine olması unsurlarını sağlaması böyledir³⁰². Bunun gibi örneğin, burada kullanıcının yükümlülüklerini yerine getirmemesine rağmen karşı tarafın bütün yükümlülükleri yerine getirmekle yükümlü olacağı öngörülmüş olabilir (TSHŞY EK-1, m.1,I). Yine örneğin, bir genel işlem koşulunda karşı tarafa ifadan kaçınma hakkı tanınmamış olabilir (BGB Art. 309 Abs. 2)³⁰³. Örnek olarak aktarılan bu durumlarda değinilen sözleşme kayıtlarının, dengeleme etkisi ile geçerli olmayacağı kabul edilmektedir³⁰⁴.

Nisbi anlamda yasak kapsamında yer alan kayıtlar ise hâkime tanınan takdir hakkı dahilinde değerlendirmeye tabi tutulur³⁰⁵. Örneğin karşı tarafın, kullanıcının kendisine yapacağı bildirimlere karşı sessiz kalması, belli şartlarla nisbi anlamda yasak koşulu olarak kabul edilmiştir (BGB Art. 308 Abs. 2):³⁰⁶ Buna göre karşı tarafa açık bir irade beyanında bulunabilmesi için makul süre tanınmamış olmalıdır. Ayrıca sessiz kalması durumuna bağlanacak sonuç, karşı tarafla uygun şekilde paylaşılmamış olmalıdır. Sözleşme kaydı, verilen örnekteki gibi “makul”, “uygun” gibi hukuki belirsizlik taşıyan kavramlar dahilinde analiz edilmelidir³⁰⁷. Söz konusu değerlendirmede inceleme konusu genel işlem koşulunun geçersiz olduğu sonucuna varılırsa artık bunun dengeleme etkisi ile geçerli hale gelmesi mümkün olmayacaktır. Aksi bir sonucuna varılırsa zaten dengeleme etkisine tabi tutulmaya gerek kalmadan bu kaydın geçerli olduğu kabul edilecektir³⁰⁸. Mutlak ve nisbi anlamda yasak koşulların neler olduğu ve bunların her birinin ayrıca dengeleme etkisi bağlamında incelenmesi bu çalışmanın kapsamını aşacak olup değinilen tespitlerin aktarılması ile yetinilmiştir.

Nihayet bu başlıkta mutlak ve nisbi anlamda yasak koşullara ilişkin açıklamalar, genel işlem koşulu denetim mekanizmasının işleyişine ilişkin katıldığımız

³⁰² TBK m. 24’ün unsurlar hakkında açıklamalar için örneğin bkz. Doğanç (n 2) 419 vd.

³⁰³ Krş. Yelmen (n 31) 140 vd; Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (n 1) §25 para 63 vd. Yine varsayımsal beyanlara ilişkin benzer bir düzenleme için krş. TSHŞY EK-1, m.1, §’de: “Tüketici- nin, sözleşmenin kurulmasından önce fiilen bilgi sahibi olamayacağı sözleşme şartlarını, geri dönülemez bir şekilde kabul ettiğini öngören şartlar”ın haksız şart olarak kabul edileceği öngörülmüştür.

³⁰⁴ Krş. Stefan (n 27) 226.

³⁰⁵ Coester (n 3) Vor BGB §307 para 21; Wurmnest (n 59), §308 para 3; Looschelders (n 91) BGB §307 para 11; Fuchs (n 5) Vor BGB §307 para 7.

³⁰⁶ Yelmen (n 31) 143 vd; Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (n 1) §25 para 52 vd.

³⁰⁷ Krş. Fuchs (n 5) Vor BGB §307 para 7.

³⁰⁸ Krş. Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 221; Stefan (n 27) 225 ff.

görüş dahilinde³⁰⁹ özetlenebilir. Buna göre dengeleme etkisinin yürütümüne ilişkin yöneltilebilecek sorular, sırasıyla aşamalı olarak şu şekilde aktarılabilir³¹⁰:

Öncelikle sorulması gereken; inceleme konusu genel işlem koşulu/sözleşme kaydı mutlak yasaklayıcı kayıtlar arasında yer alıyor mu?

- Cevap evet ise: İnceleme konusu hüküm dengeleme etkisi devreye girmeden geçersizdir.
- Cevap hayır ise “inceleme konusu genel işlem koşulu nisbi yasaklayıcı koşullar arasında yer alıyorsa mu?” soruna verilecek cevaba göre hareket edilmelidir.
- Cevap evet ise: “Değerlendirme sonucu inceleme konusu genel işlem koşulunun geçerli olup olmadığı” soruna verilecek cevaba göre hareket edilmelidir.
- Cevap evet ise inceleme konusu sözleşme kaydı dengeleme etkisine tabi tutulmadan doğrudan geçerlidir.
- Cevap hayır ise inceleme konusu sözleşme kaydı dengeleme etkisine tabi tutulmadan geçersizdir
- Cevap hayır ise: İnceleme konusu sözleşme kaydı herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan dengeleme etkisine tabidir

³⁰⁹ Krş. Looschelders (n 91) BGB §307 para 2; Coester (n 3) Vor BGB §307 para 23; Fuchs (n 5) Vor BGB §307 para 8; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 509 vd, 519 vd, 521 vd; Doğancı (n 2) 98; Eren, Borçlar Hukuku Genel (n 23) para 683. İçerik denetimi yürütümünde önce özel, sonra ise genel içerik denetimi (TBK m. 25/TKHK m. 5) uygulama alanı bulur. Burada terminolojik olarak genel içerik denetiminden kastedilen genel işlem koşullarına ilişkin içerik denetiminin düzenlendiği TBK m. 25’tir. Özel içerik denetimi ise mutlak ve nisbi yasak koşullara ilişkin içerik denetiminin özel uygulamalarıdır. Aynı yöndeki terminolojik kullanım için örneğin bkz. Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 509 vd, 519 vd; Doğancı (n 2) 98 vd. Buna karşılık öğretide terminolojik olarak genel içerik denetiminin sözleşme kayıtlarının TBK m. 27’de sözleşme içeriğini düzenleme özgürlüğüne getirilen sınırlamalar dahilinde tabi oldukları denetime; buna karşılık özel içerik denetiminin TBK m. 25’te öngörülen denetime karşılık gelmek üzere kullanıldığı görülmektedir. Bu yönde örneğin bkz. Eren, Borçlar Hukuku Genel (n 23) para 660 vd, 662 vd. İçerik denetimine ilişkin öğretide kullanılan farklı terminolojilere ilişkin açıklamalar için bkz. Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (n 1) §25 para 1, 5.

³¹⁰ Aktarılan açıklamalar ilişkin krş. Stefan (n 27) 226.

Sonuç

İçerik denetiminin yürütümüne ilişkin değerlendirmede dikkate alınması gereken toplama ve dengeleme etkilerine ilişkin hususlarda hukuki belirsizliğin giderilmesi içerik denetiminin gereği gibi yürütümü ve karşı tarafın etkili şekilde korunması açısından kritik önem taşır. Bu etkilerin göz ardı edilmesi ise dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu oluşumlarını gündeme getirebilecektir.

İçerik denetiminin yürütümünde esas alınabilecek üç aşamalı inceleme modelinin ilk aşamasında sözleşmedeki hak ve yükümlülükler arasında oransızlık tespit edilir. İkinci aşamasında önemli bir menfaat dengesizliğinin analizinde toplama etkisi ve üçüncü ve ayrı bir aşamada dengeleme etkisinin dikkate alınabilir. Ancak içerik denetiminde toplama ve özellikle dengeleme etkisi, belli sınırlar dahilinde dikkate alınmalıdır. Aksi bir kabul, inceleme konusu genel işlem koşulunun ötesinde sözleşme düzenleme özgürlüğüne aykırı şekilde sözleşmenin bütününe denetime tabi tutmaya sebebiyet verecek, içerik denetimini piyasa denetimine dönüştürebilecektir.

Toplama ve dengeleme etkilerinin türleri, hüküm içi ve dışı olmak üzere ikili bir ana ayırım altında analiz edilebilir. Hüküm içi tipik toplama ve dengeleme etkileri, bir genel işlem koşulunun kendi içinde karşı tarafın menfaatlerini etkileyen maddi etkileri ele almaktadır. Hüküm içi atipik toplama etkisinde ise bir genel işlem koşulunun farklı etkileri, daha somut olarak maddi ve şekli (açık ve anlaşılır olmaya bağlı) etkileri dikkate alınmaktadır. Karşı taraf aleyhine olmakla birlikte önemli bir menfaat dengesizliğine sebebiyet vermeyen sözleşme kayıtları ile lehe kayıtlar, bunun iki alt uygulamasını teşkil ederler.

Hüküm içi kayıtların analizi sonucu elde edilecek edilen net etki, içerik denetimi yürütümünde esas alınır. Ancak bu net etki üzerine diğer hususlar yanında hüküm dışı toplama veya dengeleme etkilerigözetilerek önemli bir menfaat dengesizliğinin mevcudiyetine ilişkin bir sonuca varılması gerekir. Bu kapsamda genel işlem koşulları arasındaki hüküm dışı toplama etkisinin şu türleri zikredilebilir: İzole toplama etkisi, enfekte olmaya bağlı toplama etkisi, göz ardı edilebilecek (bagatell) seviyede toplama etkisi, kitlesel göz ardı edilebilecek (bagatell) seviyede toplama etkisi. Toplama etkisinde genel işlem koşulları gibi bireysel bir sözleşme kaydı da dikkate alınabilir.

Hüküm dışı dengeleme etkisi hukuki dengeleme ve ekonomik dengeleme etkisi olmak üzere ikili bir alt ayırmada incelenebilir. Aslolan hukuki dengeleme etkisidir. Fiyat indirimi argümanı (ekonomik dengeleme) istisnai bazı durumlarda kabul edilebilir.

.Toplama ve dengeleme etkilerinin dikkate alınabilmesi için birtakım şartların sağlanması gereklidir. Bunlar arasında yer alan ve sözleşme kayıtları arasında bulunması gerektiği çalışmada aktarılan maddi/fonksiyonel bağlantı toplama etkisinde dar, dengeleme etkisinde geniş yorumlanmalıdır. Toplama ve dengeleme etkilerinin kapsamına ilişkin değerlendirmede tüm sözleşme kayıtları ve bu kapsamda bireysel sözleşme kayıtları dikkate alınabilir niteliktedir. Bununla birlikte bunun kapsamı ve ölçütleri toplama ve dengeleme etkileri arasında farklılaşmaktadır.

Dengeleme etkisinde bireysel sözleşme kaydı, toplama etkisine kıyasla çok daha sınırlı bir şekilde dikkate alınabilir. Bir genel işlem koşulunun karşı taraf aleyhine olan etkilerinin, fiyat avantajı ile sınırsız bir şekilde dengelemesini kabul edilmemelidir. Nihayet dengeleme etkisinin kapsamına ilişkin bir başka sınır, mutlak ve nisbi anlamda dürüstlük kuralına önemli şekilde aykırı olduğu kabul edilen genel işlem koşullarıdır.

Kaynakça

- Açıkgöz O, *Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları* (On İki Levha 2013)
- Adelmann N, *Die Grenzen Der Inhaltskontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen, Entwurf Einer Regelung Für Ein Europäisches VVG* (VVG 2008)
- Akcaal M, 'Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Koşullarına dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme' (2014) 18 (1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 49-69
- Akinci Ş, *Borçlar Hukuku Bilgisi* (14. Baskı, Sayram 2024)
- Akipek, Jale, Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, C. 1* (19. Baskı, Beta 2024)
- Akyol Ş., *Sözleşmenin Yorumu* (Vedat 2010)
- Altop A, 'Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi' in Samim Ünan (ed), *Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Reyegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı* (İstanbul Hukuk Fakültesi 2007) 254-260
- -, 'Genel İşlem Koşulları' in M. Murat İnceoğlu (ed), *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler*, (On İki Levha, 2012), s. 27-45
- Antalya G O, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/ 1,1* (2. Baskı, Seçkin 2019)
- -, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/ 1,2* (2. Baskı, Seçkin 2019)
- -, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/ 1,3* (2. Baskı, Seçkin 2019)
- ve Doğancı D E, 'Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının, Bunun TBK m. 20 vd.'daki Görünümlerinin ve TTK m. 55f.1 f ile TBK m. 20 vd.'nın Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi' (2018) 24 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 823-860
- ve Doğancı D E, 'Saydamlık Kuralı Bağlamında Genel İşlem Koşulu Denetimi Yönünden Rekabet Hukukunda Koşul Rekabeti ve Rekabet İhlalinin Değerlendirilmesi (I. Bölüm)' (2018) (16) Legal Hukuk Dergisi, 5507-5588
- ve Doğancı D E, 'Saydamlık Kuralı Bağlamında Genel İşlem Koşulu Denetimi Yönünden Rekabet Hukukunda Koşul Rekabeti ve Rekabet İhlalinin Değerlendirilmesi (I. Bölüm)' (2018) (17) Legal Hukuk Dergisi, 53-134
- ve Topuz M, *Medeni Hukuk: Giriş, Temel Kavramlar, Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri* (5. Baskı, Seçkin 2024).
- Atamer Y M, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi* (2. Baskı, Beta 2001)
- -, 'Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar' in Rona Serozan (ed), *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan* (Seçkin 2004) 291-331

- -, 'Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi' (2005) 4 Hukuki Perspektifler Dergisi, s. 109-115
- -, 'Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi - TKHK M. 6 ve TTK M. 55, F. 1 ile Karşılaştırmalı Olarak' in Başak Şit (ed), *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu 08.04.2011* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2012) 9-73
- -, 'Genel İşlem Koşulu mu, Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak başvurulabilecek Değerlendirme Kriterleri' in Çiğdem Kırca (ed), *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu* (Vedat 2013) 103- 139
- Atamulu İ, 'Genel İşlem Şartlarında Şahsi (Bireysel) Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü' (2018) 13 (1) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 101-147
- Aral F ve Ayrancı H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (16.Baskı, Yetkin 2023)
- Aydoğdu M, *Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi* (Seçkin 2014)
- -, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (2. Baskı, Adalet 2023)
- - ve Kahveci N, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (5. Baskı, Adalet 2021)
- Appenzeller C, *Die Europäische AGB- Kontrolle* (Nomos 2017)
- Arkan, S, *Ticari İşletme Hukuku* (16. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2012)
- Armbruster C, 'Das Transparenzgebot für Allgemeine Geschäftsbedingungen nach der Schuldrechtsmodernisierung' (2004) 6 DNotZ, 437-447
- Ayan M, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)* (12.Baskı, Adalet 2020)
- - ve Ayan N, *Medeni Hukuka Giriş* (13.Baskı, Adalet 2020)
- Ayan S, 'Genel İşlem Koşulları Yönünden Türk Borçlar Kanunu ile 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Karşılaştırılması' in Hüseyin C Aksoy (ed), *Tüketici Hukuku Konferansı 5-6 Aralık 2015 Makaleler-Tebliğler* (Yetkin 2016) 105-117
- Bakır A, *Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartı Kullanımı ve Yaptırımı* (Seçkin 2017)
- Basedow J, 'Transparenz als Prinzip des Versicherungsvertragsrecht' (1999) 25 VersR, 1045- 1088
- Baş E, '6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi' in Tufan Öğüz (ed), *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan* (Filiz, 2013), 276- 303
- Becker F, *Die gebotene Grenze zwischen AGB und Individualvereinbarungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr* (LIT 2011)
- Bernreuther F, 'Zum Maßstab der Auslegung von AGB und dem Transparenzgebot' (1993) 26 BB, 1823-1827.

- Büyüksagis E, 'İçerik Denetiminin Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleriyle Sınırlanması Üzerine: Mostaza Claro'nun Düşündürdükleri' (2013) 8 (Özel Sayı Prof. Dr. Aydın Zevkliler' e Armağan) Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, 675-711.
- Civan O E, *Genel İş Koşulları* (Beta 2015)
- Coester, M, 'Vorbem. zu §§ 307-309, §§307' in Micheal Martinek (ed), *J. von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen* Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse (15. Baskı, Gruyter Sellier 2013)
- Çınar Ö, *Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar* (On İki Levha Yayıncılık 2009)
- Damm R, 'Europäisches Verbrauchervertragsrecht und AGB-Recht: Zur Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen' (1994) 4 JZ, 167-178
- Dammann J, '5.Teil. ABC der Klauseln', *Wolf/ Lindacher/ Pfeiffer AGB-Recht Kommentar* (6.Baskı, Beck 2013)
- Dural M ve Sarı S, *Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri* (19.Baskı, Filiz 2024)
- Doğancı D E, *Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Denetimi* (On İki Levha 2018)
- Dylla-Krebs C, *Schranken der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen- Eine systematische Abgrenzung kontrollfreier von kontrollunterworfenen Klauseln* (Nomos 1990)
- Edis S, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* (4. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1989)
- Ehle B ve Brunschweiler A, 'AGB Recht Schweiz/ Deutschland, Recht im Umbruch Ein rechtsvergleichender Überblick' (2012) 5 (12) BB International, 262-271
- Engin, Baki İlkay, 'Türk Hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması', *Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2010), 75-100.
- , 'Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi', *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Yargıtay Kararları Işığında Faktoring Sempozyumu 25-27 Kasım 2011 - Antalya* (Factoring Derneği İktisadi İşletmesi 2012), 58-82.
- Eren F, *Borç Hukuku Genel Hükümler* (28. Baskı, Legem Yayınevi 2023)
- - *Borç Hukuku Özel Hükümler* (11. Baskı, Legem Yayınevi 2023)
- Erişir E, 'Yetki Şartlarının Genel İşlem Koşulu Denetimi' (2014) 16 (Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1141-1213
- Ertan F N, *Haksız Rekabet Hukuku* (On İki Levha 2016)

- Evermann M, *Die Anforderungen des Transparenzgebots an die Gestaltung von Allgemeinen Versicherungsbedingungen Unter besonderer Berücksichtigung der Richtlinie 93/13/EWG* (Versicherungswirtschaft 2002)
- Fahr P, *Inhaltskontrolle Transparenzgebot und §8 AGBG Zur Abgrenzung kontrollfreier Preis- und Leistungsbestimmungen* (Akademischer Verlag 1999)
- Fastrich L, *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht* (Beck 1992)
- Fuchs A, 'Vorbemerkungen zur Inhaltskontrolle, §307' in Marcus Bieder et al (eds), *Ulmer Brandner Hensen AGB-Recht Kommentar* (12. Baskı, Ottoschmidt 2016)
- Fürrier A, Müller-Chen, M ve Çetiner B, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2. Baskı, On İki Levha 2022)
- Gauch P, 'Die Verwendung "missbräuchliche Geschäftsbedingungen" -Unlauterer Wettbewerb nach Art. 8 des revidierten UWG' (1987) 3 BR, 51-60
- Gottschalk E, 'Das Transparenzgebot und allgemeine Geschäftsbedingungen' (2006) 4 Archiv für die civilistische Praxis, 555-597
- Grüneberg C, '§307', *Palandt Otto Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (71. Baskı, Beck 2010)
- Gutkin L, *Die Europäisierung der AGB- Kontrolle von Preisänderungsklauseln* (Duncker & Humblot 2018)
- Gül N, 'Simsarın Ücret Alacağı' (2016) 65 (4) Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 2795-2820
- Gümüş M A, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I* (3. Baskı, Vedat 2013)
- -, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II* (3. Baskı, Vedat 2014)
- -, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin 2021)
- Havutçu A, *Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması* (Güncel 2003)
- -, 'Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Sözleşmenin Kurulması, Haksız Fiiller, Sebepsiz Zenginleşme', (2005) 3 (34) Legal HD 3613- 3625
- -, 'İfa Engelleri ve Hukuki Sonuçları, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi' (2011) (2) İzmir Barosu Dergisi 29- 46
- -, 'Genel İşlem Şartlarının Sözleşme İle İlişkilendirilmesi, İçeriklerinin Denetlenmesi' in Aksoy, Hüseyin Can (Ed.), *Tüketici Hukuku Konferansı, 5-6 Aralık 2015, Makaleler-Tebliğler* (Yetkin 2016), 75-104
- Heinrichs H, 'Die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen' (1993) 29 NJW, 1817-1822
- -, 'Das Transparenzgebot und die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen' in Graf von Westphalen Von Friedrich ve Sandrock Otto (eds), *Lebendiges Recht -Von den Sumerern bis zur Gegenwart, Festschrift für Reinhold Trinkner zum 65. Geburtstag* (Recht und Wirtschaft 1995), 157-177

- Helvacı S ve Erlüle F, *Medeni Hukuk* (5. Baskı, Legal 2018)
- Hennigs, Stefan, *Unlauterer Wettbewerb durch Verwendung Unwirksamer Vertragsklauseln* (Nomos 2017)
- Hess M ve Ruckstuhl L, 'AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG - eine kritische Auslegeordnung' (2012) 9 AJP, 1188-1211
- Jobbich T G, *Die Kodifikation des Transparenzgebots in §307 BGB: Unter Besondere Berücksichtigung der Arbeits- vertragskontrolle* (Peter Lang 2009)
- Jung P, 'Die systematische Stellung der offenen AGB-Inhaltskontrolle im UWG - Vertrags- und wettbewerbsrechtliche Folgeprobleme' in Alexander Brunner, Anton K. Schnyder ve Andrea Eisner-Kiefer, *Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht* (Schulthess 2014) 39-81
- Kaplan İ, *Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi* (Yetkin 2013)
- Kara M S, 'Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri' (2013) 17 (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 723-744
- Kent L D, *Die Sprache des Rechts Band I: Recht verstehen* (Walter de Gruyter 2004)
- Kırca Ç, 'Genel İşlem Koşulları İle Kararlaştırılan Ceza Koşulunun Denetlenmesi' in Emel Badur ve Gamze T Başaran (eds), *Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu, 10-11 Haziran 2016* (Seçkin 2016), 119-144
- Kocayusufpaşaoğlu N, *(Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı) Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş- Hukuki İşlem-Sözleşme* (7. Baskı, Filiz 2008)
- Koller T, 'Art. 8 UWG, Eine Auslegeordnung' in Susan Emmenegger (ed), *Das Bankkonto Policy - Inhaltskontrolle - Erwachsenenschutz* (SBT 2013)
- Köndgen J, 'Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht-Bemerkungen zum "Hypothekenzins-" und zum "Wertstellungs- Urteil" des BGH' (1989) 15 NJW, 943-952
- Kreinbaum B, *Transparenz und AGB-Gesetz* (Duncker & Humblot 1998)
- Lehmann P ve Honsell H, 'ZGB Art 2' in Thomas Geiser ve Christiana Fountoulakis (eds), *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB* (7. Baskı, Helbing Lichtenhahn 2022)
- Locher H, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (2. Baskı, Beck 1997)
- Looschelders D, '§§ 305-310 BGB' in Harm P Westermann, Barbara Grunewald ve Georg Maier-Reimer (eds), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar mit Nebengesetzen* (17. Baskı, Ottoschmidt 2023)
- Merz H, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I, Einleitung und Personenrecht* (Stämpfli 1966)
- Morsbach S S, *Die Missbräuchlichkeitskontrolle Allgemeiner Geschäfts- und Versicherungsbedingungen in Verbraucherverträgen* (Peterlang 2011)

Nomer N H, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (20. Baskı, Beta 2024)

- -, 'Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir mi?' (2013) 8 (Özel Sayı Prof. Dr. Aydın Zevkliler' e Armağan) Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, 2053- 2064

Oğuzman M K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1* (22. Baskı, Vedat 2024)

- - ve Barlas N, *Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar* (30. Baskı 2024)

Özdemir H, 'Eser Sözleşmesi' in Turgut M Öz (ed), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Seçkin Yayıncılık 2023)

Pfeiffer T, '§ 305, 305a 307, 310 Abs. 1,3', *Wolf/ Lindacher/ Pfeiffer AGB-Recht Kommentar* (6. Baskı, Beck 2013)

Pilz K, *Missverständliche AGB, Ein Beitrag zum Verhältnis von Auslegung und Transparenzkontrolle untersucht am Beispiel Allgemeiner Versicherungsbedingungen* (VfW 2011)

Poroy R ve Yasaman H, *Ticari İşletme Hukuku: 6102 sayılı TTK Nazara Alınarak Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş* (14. Baskı, Vedat 2012)

Präve P, 'Versicherungsbedingungen und Transparenzgebot' (2000) 4 VersR, 138- 144

Probst T, 'UWG Art. 8' in Peter Jung (ed), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)* (3.Baskı, Stämpfli Verlag AG 2023)

Roberto V ve Walker M, 'AGB-Kontrolle nach dem revidierten Art. 8 UWG' (2014) 2 recht, 49-66

Schäfer J, *Das Transparenzgebot im Recht der Geschäftsbedingungen* (Peter Lang 1992)

Schnyder A K, 'Einführung in die Dogmatik der AGB nach Schweizerischen und europäischem Recht' in Alexander Brunner ve Andre Eisner-Kiefer (eds), *Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht* (Schulthess 2014), 39- 81

Schmid J, 'Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG' (2012) 1 ZBJV, 1-22

Serozan R, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku* (Vedat 2011)

Sert Sütçü S, 'Satış Sözleşmesi' in Turgut M Öz (ed), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Seçkin Yayıncılık 2023)

Sirmen A L, 'Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi' in Başak Şit (ed), *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu 08.04.2011* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2012) 107- 135.

Stefan M, 'Kompensation und Summierung von AGB-Klauseln' (2022) 3 AjP, 218-228

Stoffels M, *AGB Recht* (3. Baskı, Beck 2015)

Şimşek A F, 'Genel İşlem Şartlarında Şeffaflık İlkesi' (Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2011)

- Topuz M, '6098 sayılı Türk Borçlar kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi' in Tufan Ögüz (ed), *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan* (Filiz, 2013) 1138- 1168
- , *Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi* (3. Baskı, Seçkin 2023)
- Ulmer P ve Habersack M, 'Einleitung, §305' in Marcus Bieder et al (eds), *Ulmer Brandner Hensen AGB-Recht Kommentar* (12. Baskı, Ottoschmidt 2016)
- Uluslan İ, 'Türk Borçlar Kanunu'ndaki Genel İşlem Şartlarına İlişkin Yeniliklerle İlgili Bazı Düşünceler' in Tufan Ögüz (ed), *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan* (Filiz) 2013, 1219-1228
- Uzunallı S, 'Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi' (2013) 71 (2), 383- 420.
- Ünal A ve Köroğlu E, 'Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetiminin Sonuçları' (2019) (13) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 523-550
- Vogt H U, 'Kommentierung der Art. 19 (Veränderung der Verhältnisse nach Vertragsabschluss), Art. 20 (Auslegung und Ergänzung eines Vertrages), Art. 32 (unklare oder unverständliche Vertragsklauseln) und Art. 33 (ein Missverhältnis begründende Vertragsklauseln)' in Claire Huguenin ve Reto M. Hilty (eds), *Schweizer Obligationenrecht 2020. Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil* (Schulthess 2013)
- Wandt M, 'Ersetzung unwirksame ALB im Treuhänderverfahren gem. § 172 VVG' (2001), 52
- VersR, s. 1449- 1461
- Westermann H P, 'Das Transparenzgebot - ein neuer Oberbegriff der AGB-Inhaltskontrolle?' in Jürgen F Baur, Klaus J Hopt ve Peter K Mailänder (eds), *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990* (De Gruyter 1990) 817- 832
- Widmer E, *Missbräuchliche Geschäftsbedingungen nach Art. 8 UWG Unter besonderer Berücksichtigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Banken* (Dike 2015)
- Wurmnest W, '§307,308, 309' *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil (§ 241-432)* (9. Baskı, Beck 2022)
- Yağcıoğlu A H, 'Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8)' (2013) 8 (Özel Sayı Prof. Dr. Aydın Zevkililer' e Armağan) Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, 3057- 3098.
- Yavuz C, Acar F ve Özen B, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Birinci Cilt* (11. Baskı, Beta Yayıncılık 2021)
- Yavuz C, Acar F ve Özen B, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler İkinci Cilt* (11. Baskı, Beta Yayıncılık 2021)
- Yelmen A, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları* (Yetkin 2014)
- Yılmaz A, *Haksız Rekabet Hukuku'nda Genel İşlem şartı Kullanımı* (Seçkin 2015)

Yılmaz İ A, *Tüketici Hukuku* (6. Baskı, Ekin 2022)

Zevkliler A ve Özel Ç, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (Seçkin 2016)

- - ve Gökyayla E, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (20.Baskı, Vedat 2020)

İnternet Kaynakları

Thouvenin F, 'Art. 8 UWG: Zur Strukturierung eines strukturlosen Tatbestandes', (2012) Jusletter <<https://www.rwi.uzh.ch/dam/jcr:2f20e680-58a0-44f2-b72c-d7987494dabb/2012%20Thouvenin%20-%20Art%208%20UWG.pdf>> Erişim Tarihi 12 Kasım 2024

<<https://dejure.org/>>

<<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>>

<<https://www.lexpera.com.tr>>

<<http://relevancy.bger.ch>>

<<https://www.swisslex.ch>>

<<https://beck-online.beck.de/Home>>

<<https://www.mevzuat.gov.tr>>

7518 Sayılı Kanunla Getirilen Düzende Kripto Varlıklara Yönelik Bir Analiz^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Himmet KOÇ^(**)

Öz

Kripto varlıklar; dağıtık defter teknolojisi kullanılarak geliştirilen, kriptografi (şifreleme) adı verilen bir teknolojiyle güvence altına alınan ve sanal alemde varlık gösterebilen değerlerdir. Kripto varlık kavramı kripto paralar, değiştirilemeyen tokenler, hizmet tokenleri ve menkul kıymet tokenleri gibi kavramları kapsayacak şekilde bir üst kavram olarak kullanılmaktadır. Ülkemizde 02.07.2024 tarihinde yürürlüğe giren ve kripto varlıklarla ilgili esasların belirlendiği Sermaye Piyasası Kanunu'nda da bu şekilde kullanılmıştır. Kripto varlıklar alım satım, ödeme aracı olarak kullanıma gibi hukuki işlemlere konu olabilirler ve yatırım aracı olarak değerlendirilebilirler. Öte yandan kripto varlıkların haczedilmeleri, rehin işlemine konu olmaları, miras yolu ile intikal edip etmeyecekleri gibi meseleler tartışmalara neden olmuştur. Merkeziyetsiz bir yapıya sahip olmaları da bu işlemlerin devlet otoritesini ve denetimini açacak şekilde kullanıma olasılığını artırmıştır. Dünya çapında pek çok ülke kripto varlıklarla ilgili düzenleme yapmak durumunda kalmıştır. Zira kripto varlıklarla ilgili en büyük tehlike, bunların kara para aklamada ve terörizmin finansmanında kullanılmasıdır. Öte yandan kripto varlıkların ödeme aracı olarak kullanılmaya başlamaları ve devletlerin kripto varlıkları kendi tekellerinde bulunan para arzı yetkisine bir tehdit unsuru olarak görmeleri de yasal düzenleme yapılmasını elzem hale getirmiştir.

Anahtar Kelimeler

Kripto, Kripto Varlık, Ödeme Aracı, Yatırım Aracı, Para.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 28.01.2025 - Kabul Edildiği Tarih: 04.04.2025.

Atıf Şekli: Himmet Koç, '7518 Sayılı Kanunla Getirilen Düzende Kripto Varlıklara Yönelik Bir Analiz' (2025) 15(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 901, 951.

DOI: 10.52273/sduhfd..1628595.

^(**) Necmettin Erbakan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Konya, Türkiye.

E-posta: himmetkoc92@gmail.com.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3020-0412>.

An Analysis on Crypto Assets in the Order Introduced by The Law No 7518

Abstract

Crypto assets are assets that are developed using distributed ledger technology, secured by a technology called cryptography (encryption) and can exist in the virtual world. The concept of crypto asset is used as a meta-concept to cover concepts such as cryptocurrencies, non-fungible tokens, service tokens and security tokens. It is also used in this way in the The Code of Capital Markets, which entered new version into force in Turkey on 02.07.2024 and determines the principles regarding crypto assets. Crypto assets may be subject to legal transactions such as purchase and sale, use as a means of payment, and may be considered as investment instruments. On the other hand, issues such as the seizure of crypto-assets, being subject to pledge transactions, and whether they can be inherited have caused controversy. Their decentralized nature has also increased the possibility of these transactions being used in a way that circumvents state authority and control. Many countries around the world have had to regulate crypto assets. The biggest danger with cryptoassets is their use in money laundering and terrorism financing. On the other hand, the fact that crypto-assets have started to be used as a means of payment and that states see crypto-assets as a threat to their monopoly money supply authority has also made legal regulation essential.

Keywords

Crypto, Crypto Asset, Payment Instrument, Investment Instrument, Money.

Extended Summary

Cryptographic assets are values developed using Distributed Ledger Technology (DLT) and secured through cryptographic technology, enabling their existence in the virtual realm. Due to their decentralized nature, encapsulating cryptographic assets within a strict regulatory framework is significantly challenging. Notably, the inability of state mechanisms to monitor transactions involving cryptographic assets can lead to tax evasion, unregistered economic activities, money laundering, and possibly even the financing of terrorism.

The concept of cryptographic assets can be categorized differently by various individuals, primarily because such assets have not yet been regulated as a legal institution by most jurisdictions. As a burgeoning field, the cryptographic asset ecosystem is expected to be legally defined by established legal systems over time. In our view, cryptographic assets should be classified as follows: the first type is cryptocurrency, while the remaining types should be categorized as "tokens." Tokens can be further divided into three main groups: non-fungible tokens (NFTs), utility tokens, and security tokens. Although the term "token" translates to meanings like "symbol," "mark," "chip," or "coupon" in Turkish, these concepts have yet to find a localized equivalent in the Turkish language, and the term "token" continues to be used. The representation of a cryptographic asset in the real world is achieved through a process called "tokenization." Tokenization refers to the method through which a cryptographic asset is transformed into a token, representing its digital counterpart.

In Turkey, the law titled "Law Amending the Capital Markets Law," which outlines the principles regarding cryptographic assets, came into effect on July 2, 2024. As the name implies, an independent law addressing cryptographic assets has not been enacted. In our opinion, this approach indicates a lack of adequate attention to cryptographic assets. Law No. 7518 introduces certain amendments to the Capital Markets Law. However, rather than making additions to an existing law, a dedicated law addressing cryptographic assets should have been enacted.

In examining international practices, the European Union has introduced the "Markets in Crypto-Assets Regulation" (MiCA), amending Directive (EU) 2019/1937. This regulation represents a standalone directive addressing the regulation of cryptographic assets and is, to the best of our knowledge and available resources, the most comprehensive text on the subject.

Germany, which has not enacted a standalone law on cryptographic assets, amended its German Banking Act (Kreditwesengesetz, KWG) to include the concept of cryptographic assets as of January 1, 2020. This amendment marked the first introduction of cryptographic assets into the German legal system. Additionally, references to this definition are made in Paragraph 29 of Section 1 of the German Anti-Money Laundering Act (Geldwäschegesetzes, GWG) and Paragraph 5 of Section 2 of the German Securities Institutions Act (Wertpapierinstitutsgesetz, WpIG).

Switzerland have a standalone law on cryptographic assets either (DLT Act). Also the Swiss Financial Market Supervisory Authority (FINMA), which corresponds to the

Capital Markets Board in Turkey, has issued principles that can be considered secondary legislation on cryptographic assets. FINMA's report on the regulation of cryptographic assets defines them as digital assets typically recorded on a blockchain and accessible only through cryptography.

The United Kingdom also acknowledged the developments in cryptographic assets by forming the Cryptoassets Taskforce (CATF) in 2018. This task force produced a final report the same year.

Meanwhile, the United States, due to its federal structure, exhibits varying approaches among states concerning cryptographic assets, lacking uniform application. Although no universally applicable positive law exists, certain federal agencies provide differing classifications of cryptographic assets.

The legal nature of cryptographic assets remains ambiguous, partly because the term encompasses various types, each with the potential to hold distinct legal characteristics. Therefore, the legal nature of each type of cryptographic asset should be evaluated separately.

As of today, it is necessary to recognize cryptographic assets as both a medium of exchange and a means of payment. Many transactions involve payments made using cryptographic assets or the transfer of assets in exchange for goods or services. Similarly, people perceive cryptographic assets as investment instruments, directing their investments toward these assets, thereby confirming their nature as investment tools.

Cryptographic assets can be subject to legal transactions such as buying, selling, and using as a means of payment, as well as being considered investment instruments. However, issues like the seizure of cryptographic assets, their use as collateral, or their inheritance have sparked debates. Their decentralized nature also increases the possibility of these assets being used in ways that bypass state authority and oversight.

Globally, many countries have been compelled to regulate cryptographic assets, primarily due to the risks associated with their potential use in money laundering and terrorist financing. Additionally, as cryptographic assets are increasingly utilized as a means of payment, states perceive them as a threat to their monopoly on currency issuance, necessitating legal regulation.

To provide services to investors within the cryptographic asset ecosystem, provisions concerning cryptographic asset service providers are included in Law No. 7518. Platforms, a specific type of service provider, are also addressed within the same law. These platforms facilitate the legal processes of introducing, distributing, and storing cryptographic assets.

Giriş

Kripto varlıklar merkeziyetsiz bir şekilde meydana gelmelerinden ötürü bir çerçeve içerisine hapsedilmeleri oldukça güçtür. Özellikle yapılan işlemlerin devlet mekanizmaları tarafından takip edilememesi vergi kaçakçılığına, ekonomide kayıt dışılığa, kara paraya ve belki de terörizmin finansmanına yol açabilmektedir. Devletlerin kendi otoritelerini sarsabilecek bu varlıklarla ilgili düzenleme yapmaları, egemenlik haklarının kontrolü bakımından bir gerekliliktir¹. Ancak bu düzenlemeler öylesine hassas bir şekilde yapılmalıdır ki kayıt dışı yapılan işlemler gözetim altında rahatça yapılabilsin. Diğer bir deyişle dünya çapında insanlara cazip gelecek düzenlemeler yapılmalı ki insanlar devlet otoritesinin çizdiği sınırların dışına çıkmadan kripto varlıklarla ilgili işlemlerini gerçekleştirsinsinler. Eğer kripto varlıklarla ilgili düzenlemeler insanları çekmekten ziyade kaçırarak nitelik taşırsa, insanlar diğer ülkelerdeki kripto varlık platformu üzerinden işlem yaparak kolaylıkla kayıt dışı bir şekilde faaliyetlerine devam edebilirler. Bu nedenle tahakküm altına alınmaları belki de imkansız olan kripto varlıklarla ilgili yasal düzenleme yapmayı amaçlayan kanun koyucuların çok dikkatli olmaları gerekir. Kanaatimizce kripto varlıklarla ilgili faaliyetlerin tamamen yasaklanması ya da tamamen serbest bırakılması yerine pozitif hukuk bağlamında “*esnek düzenleyici bir çerçeve*” çizilerek hareket edilmelidir².

Dünyada pek çok ülkenin ardından ülkemizde de kripto varlıklarla ilgili gelişmelere kayıtsız kalınmamıştır. 7518 sayılı “Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”³ yürürlüğe girmiştir⁴. Kanun kripto varlıklarla ilgili uzun süredir beklenen bazı sorulara cevap vermekle birlikte diğer bazı hususların detaylarını ikincil düzenlemelere bırakmıştır. Çalışmanın Kanun’un yürürlük kazanmasından kısa bir süre sonra kaleme alınmış olmasının sebebi, Kanun’daki muhtemel bazı sorunlu yerlerin tespitinin yapılması, bundan sonra yapılacak olan muhtemel kanuni düzenlemelere ve bir ihtimal ikincil düzenlemelere katkı sağlama gayesidir.

¹ Emin Gitmez, ‘Devletlerin Kripto Varlıklara İlişkin Hukuki Düzenlemeleri Üzerinden Bir Değerlendirme’ (2023) 27 (1) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 3.

² Aynı görüş için bkz: Burcu Gediz Oral ve Yusuf Yeşilkaya, ‘Kripto Para İkilemi: Karapara Aklama ve Bitcoin’ (2021) 1 Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 209, 222.

³ Muhtelif yerlerde sadece “Kanun” şeklinde anılacaktır.

⁴ Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7518, Kabul Tarihi: 26.06.2024, RG 02.07.2024/32590.

Kanun koyucu AB düzenlemelerinde olduğu gibi kripto varlıklarla ilgili müstakil bir yasal düzenleme yapmak yerine, 7518 sayılı kanunla yeni bir düzen getirmiş ve SPKn'na bazı eklemeler yapmakla yetinmiştir. Benzer şekilde Almanya'da da kripto varlıklarla ilgili müstakil bir yasal düzenleme bulunmayıp, mer'i mevzuata eklemeler yapılmakla yetinilmiştir. Bu yöntemin kripto varlık piyasasındaki sorunların çözümüne katkı sağlayacağı konusunda çekincelerimizi ifade etmek isteriz. Daha kapsamlı ve müstakil bir kanuni düzenleme yapılsaydı kanaatimizce daha uygun olurdu. Zira 7518 sayılı kanunla getirilen düzen kripto varlıkların hukuki nitelikleri, denetim mekanizmasının netleştirilmesi, platformların tabi olacakları hukuki sistem gibi hususlarda meseleleri net bir şekilde çözümlenmekten uzak kalmıştır. Kripto varlıkların türleri, hukuki nitelikleri, özellikle ödeme aracı olarak kullanılıp kullanılamayacakları, yatırımcıların korunması gibi meseleler çözüme kavuşturulmamıştır.

Ayrı bir uzmanlık gerektirdiği için bu çalışmada 7518 sayılı kanunla getirilen düzenle alakalı olarak kripto varlıkların vergilendirilmeleri, ceza hukuku konusu olarak değerlendirilmeleri, davaya veya icra takibine konu edilmeleri gibi hususlara değinilmeyecektir. Öte yandan, ayrı bir çalışmanın konusunu teşkil etmesi sebebiyle kripto varlık türleri ile ilgili detaylı açıklama yapılmayacak olup, yalnızca yeri geldiğinde sınırlı açıklamalar yapılacaktır.

I. Kavramsal Çerçeve

Kripto varlık (crypto asset) kavramı gayri maddi bir varlığı olan, dijital ortamlarda üretilen, yine dijital ortamlarda saklanabilen ve satış-rehin-haciz gibi hukuki işlemlere konu edilebilen değerlerdir⁵. Diğer bir anlatımla kripto varlıklar; kriptografi yani şifreleme adı verilen bir teknolojiyle güvence altına alınan ve sanal alemde varlık gösterebilen değerlerdir⁶. Kripto varlıkların bu özellikleri varlıklarının güvenli ve şeffaf bir şekilde muhafaza ve devredilebilmesine imkan tanımaktadır⁷. Tüm bu işlemler blok zincir teknolojisi adı verilen ve görece yeni denilebilecek bir teknoloji sayesinde gerçekleştirilir.

⁵ Atul Kumar Verma and Arpit Garg, 'Blockchain: An Analysis On Next- Generation Internet' (2017) 8 (8) International Journal of Advanced Research in Computer Science 429, 429.

⁶ Kriptografi sayesinde cüzdan sahipleri, işlemlerini kişisel bilgilerini açıklamadan-anonim bir şekilde gerçekleştirebilmektedirler (Detaylı bilgi için bkz: <<https://www.occ.gov/topics/char- ters-and-licensing/interpretations-and-actions/2020/int1170.pdf>> Erişim Tarihi 06.08.2024). Diğer bir deyişle kriptografi ile yapılan işlemler blok zincir sayesinde aleni bir şekilde yapılır, ancak işlemi yapan kişilerin kimlikleri belirsizdir (Detaylı bilgi için bkz: <<https://bitcoin.org/tr/hakkimizda#own>> Erişim Tarihi 11.07.2024.) Bu da kripto varlıklara olan ilginin her geçen gün daha da fazla artmasına neden olmaktadır.

⁷ FCA 19/22 Sayılı Kılavuz, Appendix 1, Perimeter Guidance-68; Hanna Halaburda and Miklos Sarvary, *Beyond Bitcoin-The Economics Of Digital Currencies* (Palgrave Macmillian 2016) 157.

Blok zincir teknolojisi, işlemlerin birbirine zincir gibi bağlı olan bellek kayıtları ile yapılabilmesine olanak tanıyan bir sistemdir⁸. Bu kayıtlar merkezi bir sistemin olmadığı alanlarda yer alırlar ve birden fazla veri kayıt kümesi ağında işlem yapılmasını sağlayan bir imkan tanırlar. Kayıtların oluşturulmasının ardından sistemde aynı anda dünya çapında bir zincir oluşturulur ve kaydı oluşturmanın bile bilgilere müdahale etmesi veya usulsüzlük yapması söz konusu olmaz⁹. Eğer kayıtlarda herhangi bir değişiklik yapılması isteniyorsa tüm bloklarda değişiklik yapılması gerekir¹⁰. Bu da dağıtık defter teknolojisinin siber saldırılara maruz kalması olasılığını çok büyük oranda azaltır¹¹.

Esasında kripto varlıkları ikiye ayırıp gruplandırmak daha sağlıklı olacaktır¹². Kripto varlıkların ilk türü kripto para adı verilen değerlerdir. Kripto para dışında kalanlar ise “token” olarak adlandırılmalıdır. Tokenler kendi aralarında değiştirelemeyen tokenler (NFT)¹³, yardımcı tokenler/hizmet tokenleri (utility tokens) ve

⁸ Verma and Garg, (n 5) 429; Albert Schlund and Hans Pongratz, ‘Distributed-Ledger-Technologie und Kryptowährungen - eine rechtliche Betrachtung’ (2018) (Heft 12) Deutsches Steuerrecht, 598, 598; Emre Şafak, Çağlar Arslan, Mesut Gözütok ve Tacettin Köprülü, ‘Dağıtık Defter Teknolojileri ve Uygulama Alanları Üzerine Bir İnceleme’ (2021) (Özel Sayı 29) Avrupa Bilim ve Teknoloji Dergisi 36, 37; Merih Erdem Kütük and Christoph Sorge, ‘Bitcoin im Deutschen Vollstreckungsrecht von der ‘Tulpenmanie’ zur ‘Bitcoinmanie’ (2014) (Heft 10) Multimedia und Recht, 643, 644; Sarah Catherine Rotman, ‘Bitcoin Versus Electronic Money (English)’ (2014) CGAP Brief Washington, D.C.: World Bank Group, 1. <<https://documents.worldbank.org/en/publication/documentsreports/documentdetail/455961468152724527/bitcoin-versus-electronic-money>> Erişim Tarihi 27.11.2024).

⁹ Verma and Garg, (n 5) 429; Rotman (n 8) 2; Schlund and Pongratz (n 8) 599; Şafak, Arslan, Gözütok ve Köprülü (n 8) 37.

¹⁰ Bitcoin özelinde kripto paraları yok etmenin çok zor olduğu, buna karşın geleneksel parayı yok etmenin kolay olduğu yönünde bkz: Halaburda and Sarvary (n 7) 157; Rotman (n 8) 1.

¹¹ Verma and Garg, (n 5) 430; Halaburda and Sarvary (n 7) 158; Rotman (n 8) 1; Şafak, Arslan, Gözütok ve Köprülü (n 8) 37.

¹² Kripto varlık sınıflandırma örnekleri için bkz: Filiz Yüksel, ‘Kripto Varlıklar ve IFRS Kapsamında Kripto Paraların Muhasebeleştirilmesi’ (2020) 13 (2) Muhasebe ve Vergi Uygulamaları Dergisi 429, 437; Osman Gazi Güçlütürk, ‘Türk Hukukunda Kripto Varlıkların Para ve Elektronik Para Niteliğinin İncelenmesi’ (2019) 4 (3) REGESTA Ticaret Hukuku Dergisi 383, 389-390; Asuman Yılmaz, *Türk Sermaye Piyasası Hukuku Açısından Kripto Para Birimi Bitcoin* (İkinci Baskı, Seçkin Yayınevi 2023), 36.

¹³ Kavram olarak NFT; dijital ortamlarda oluşturulmakla birlikte eşi benzeri olmayan, değiştirilemeyen kripto varlıklardır. NFT kavramı bazı malvarlığı değerleri üzerindeki bir özgünlük sertifikası olarak da telakki edilebilir. NFT’ler blok zincir üzerinde depolanırlar ve bu yönüyle kripto paralara benzerler [NFT’ler ile ilgili detaylı bilgi için bkz: Abdulcelil Gazioğlu ve Ahmet Özen ‘NFT’nin Gelişimi ve Vergilendirilmesi Üzerine Genel Değerlendirme’ (2022) 4 (1) İzmir Sosyal Bilimler Dergisi 23, 24-25; Kerem Düzenli ve Nazım Ziya Perdahçı ‘Sanatın Yeni Dijital

menkul kıymet tokenleri (security tokens) olarak üç ana grupta incelenebilir¹⁴. Her ne kadar token kelimesi Türkçe’de “*simge, marka, fiş, jeton, kupon*” gibi anlamlara gelse de¹⁵ bu kavramlar dilimizde henüz bir yere oturtulamamış ve hala token kelimesi kullanılmaktadır¹⁶. Bir kripto varlığın gerçek dünyaya yansıtılması ise tokenizasyon adı verilen yöntemle gerçekleştirilir. Tokenizasyon, bir süreci ifade eder. Tokenizasyon işlemi sonrasında kripto varlık artık token adını alır ve token, kripto varlığın dijital ortamdaki yansımaları/temsildir.

Kripto varlıklar son yıllarda dünya genelinde yaygınlaşmış ve hukuk bilimi de yaygınlaşan bu kavramla ilgili düzenleme yapma gereksinimi duymuştur. ABD, Fransa, Japonya, Almanya, AB gibi kripto varlıklarla ilgili hukuki düzenlemelere sahip ülkelerin yanı sıra Türkiye’de de 2 Temmuz 2024 itibarıyla kripto varlıklar hukuki düzenleme altına alınmıştır.

7518 sayılı kanunda kavramlarla ilgili tanımlar yapılırken kripto para kavramı yerine daha geniş bir şekilde kripto varlık kavramı kullanılmıştır. Kripto varlık kavramı kripto parayı da içine alabilecek, fakat başka kavramları da kapsayacak şekilde genişletir¹⁷. Bitcoin, Ethereum, Litecoin gibi varlıklar kripto para olarak sınıflandırılabilirken; Non-Fungible Token (değiştirilemez token- değiştirilemez jeton/NFT), menkul kıymet tokenleri, hizmet tokenleri, sabit coinler gibi başka kripto varlık türleri de bulunmaktadır. Tüm bunların yanı sıra gelişen teknoloji, gelecekte daha fazla kripto varlık türünün meydana gelebilmesine müsaittir. 7518 sayılı kanunda sadece kripto para ifadesinin değil de daha geniş bir biçimde kripto varlık ifadesinin kullanılması ve düzenlemenin de bu eksende yapılması, kanun koyucunun meseleye daha geniş bir perspektiften bakmak istediğini ortaya koymaktadır.

Çağı: NFT’ler ve Kullanım Alanları’ (2024) yedi: Sanat, Tasarım ve Bilim Dergisi, Sanatta Dijitalizm Özel Sayısı, 17, 20-21]

¹⁴ Ayı bir çalışmayı gerektirdiğinden, kripto varlık türleri ile ilgili daha detaylı açıklamalar yapılmasından imtina edilmiştir.

¹⁵ <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english-turkish/token>> Erişim Tarihi 08.08.2024.

¹⁶ Kavramın dilimizde bir karşılığı olduğunu düşünmediğimizden, bu çalışmada token kelimesini kullanmayı tercih etmekteyiz. İleride kavram karmaşasının sona ermesi durumunda bu görüşümüzü değiştirebiliriz. Token kavramı yerine Türkçe’de jeton kavramının kullanılması gerektiği yönünde bkz: Güçlütürk (n 12) 388.

¹⁷ Yüksel (n 12) 434; Gençler Özdemir, ‘Kripto Paraların Eşya Niteliği’ (2021) 11 (1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 289, 295; Güçlütürk (n 12) 389; Yılmaz (n 12) 36; Ayrıca Bkz: FCA 19/22 Sayılı Kılavuz, Appendix 1, Perimeter Guidance-19.

II. Türk Hukukunda Kripto Varlıklar

Kripto varlıklarla ilgili gelişmeler devletlerin bu konuya ilgisiz kalma ihtimallerini bertaraf etmektedir. Zira her geçen gün kripto varlık sayısı, işlem çeşitliliği ve doğal olarak dolandırıcılık haberleri artmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Devleti, G-7 ülkeleri tarafından OECD bünyesinde kurulan Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesine İlişkin Mali Çalışma Grubu'nun (*Financial Action Task Force on Money Laundering/FATF*) bir üyesidir. Türkiye Cumhuriyeti bu kuruluş tarafından kara paranın aklanmasıyla mücadele konusunda etkin önlemler almadığı gerekçesiyle gri listeye alınmıştır¹⁸. Bu listeden çıkabilmek için kripto varlıklarla ilgili düzenleme yapmak Türkiye Cumhuriyeti için gerekliliklerden biriydi¹⁹. Belki de bu zarureten kaynaklı olarak, 7518 sayılı kanun Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde kabul edilerek yürürlük kazanmıştır.

7518 sayılı kanundan önce kripto varlıklara yönelik ilk pozitif tanım 16 Nisan 2021 tarihinde TC Merkez Bankası (TCMB) tarafından çıkarılan "Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik"²⁰ (Yönetmelik) bünyesindeydi. Anılan yönetmeliğin 3. maddesinin 1. fıkrasında kripto varlık kavramı şu şekilde ifade edilmişti: *"Bu Yönetmeliğin uygulanmasında kripto varlık, dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak sanal olarak oluşturulup dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan, ancak itibari para, kaydi para, elektronik para, ödeme aracı, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmeyen gayri maddi varlıkları ifade eder."*

Yönetmelikteki kripto varlık kavramı ihtiyaçları karşılamaktan ve kripto varlıklara yönelik bir çerçeve çizmekten uzaktı. Bu tanıma dayanılarak hukuki işlem tesis etmek sürdürülebilir değildi. Zira ödeme aracı olarak kullanılması yasaklanan kripto paralarla ödemeler yapılmaya devam ediliyor, platformlar aracılığıyla denetimsiz ve kayıt dışı işlemler yapılıyor, uygulamada rehin-haciz-tedbir gibi işlemlerin nasıl yapılacağı belirsizliğini koruyordu. Geline nokta 7518 sayılı

¹⁸ <https://www.fatf-gafi.org/content/fatf-gafi/en/publications/High-risk-and-other_monitored_jurisdictions/Increased-monitoring-october-2021.html#turkey> Erişim Tarihi 09.08.2024.

¹⁹ Türkiye'nin gri listeden çıkabilmek için tek yapması gereken şeyin kripto varlıklarla ilgili düzenlemeler olduğu yönündeki konuşmalara ait meclis tutanakları için bkz: <https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=3176> Erişim Tarihi 02.08.2024. Ayrıca FATF tarafından yapılan Türkiye ile ilgili güncel değerlendirme için bkz: <<https://www.fatf-gafi.org/content/fatf-gafi/en/publications/High-risk-and-other-monitored-jurisdictions/increased-monitoring-june-2024.html>> Erişim Tarihi 09.08.2024.

²⁰ RG 16.04.2021/31456.

kanunla yeni bir kripto varlık çerçevesi çizilmiştir. 7518 sayılı kanunun 1. maddesi ile Sermaye Piyasası Kanunu'nun²¹ (SPKn) 3/1 maddesinin (bb) bendinde kripto varlık tanımı şu şekilde yapılmıştır: *"Kripto varlık: Dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak elektronik olarak oluşturulup saklanabilen, dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan ve değer veya hak ifade edebilen gayri maddi varlıkları... ifade eder."*

Anılan kanunla getirilen yeni düzende yönetmelik metnindeki tanıma verilmeyerek daha geniş bir yelpazeyi kapsayacak şekilde düzenleme yapılmıştır. Zira Kanun'daki tanımda kripto varlıkların *"...itibari para, kaydi para, elektronik para, ödeme aracı, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı..."* olarak nitelendirilemeyeceğine yönelik kısıtlamaya yer verilmemiştir. Bu nitelendirme kısıtlamasının kaldırılması kanaatimizce isabetli olmuştur.

III. Mukayeseli Hukukta Kripto Varlık Kavramı

A. Avrupa Birliği Çerçeve Düzenlemesi (MiCA)

Avrupa Komisyonu tarafından 2020 yılında teklif halinde sunulan ve Türkçe'de Kripto Varlık Yönergesi olarak adlandırılabilen "on Markets in Crypto-assets, and amending Directive" (EU) 2019/1937 (MiCA) düzenlemesi bulunmaktadır. Bu düzenleme ile Avrupa Komisyonu tarafından, Avrupa Birliği (AB) bünyesinde uygulanacak genel bir kripto varlık yönergesi teklif edilmiştir. Teklif AB Parlamentosu tarafından 20 Nisan 2023'te kabul edilmiş, 9 Haziran 2023'te ise AB Resmi Gazetesi'nde (EUR-Lex) yayımlanmıştır. 29 Haziran 2023 tarihinden itibaren bazı maddeleri yürürlük kazanmaya başlamış olan MiCA tam anlamıyla ancak Aralık 2024'te yürürlük kazanmıştır. Kripto varlık sektöründe söz konusu yönerge ile ilk kez AB düzeyinde bir yasal çerçeve oluşturulmuş olmaktadır.

Yönergenin Tanımlar başlıklı 3. maddesinde kripto varlık kavramı şu şekilde tanımlanmıştır: *"Kripto varlık', dağıtılmış defter teknolojisi veya benzeri bir teknoloji kullanılarak elektronik olarak aktarılabilen ve saklanabilen bir değer ve hakkın dijital temsili anlamına gelir."* Buradan anlaşılacağı üzere 7518 sayılı kanunla getirilen kripto varlık tanımı ile MiCA kapsamındaki kripto varlık tanımı arasında büyük oranda bir benzerlik bulunmaktadır.

²¹ Sermaye Piyasası Kanunu, Kanun Numarası: 6362, Kabul Tarihi: 06.12.2012, RG 30.12.2012/28513.

Madde 1 hükmüne göre, MiCA, kripto varlıklarının ihraç edilmesi ve ticarete kabul edilmesiyle ilgili şeffaflık ve bilgilendirme yükümlülükleri için yeknesak kurallar oluşturmuştur. Ayrıca, kripto hizmet sağlayıcılarının yanı sıra değer referanslı token ve e-para token ihraç edenlerin yetkilendirilmesi ve denetlenmesi için düzenlemeler getirmiştir. MiCA, değer referanslı token ihraç edenlerin, e-para token ihraç edenlerin ve kripto hizmet sağlayıcılarının operasyonları, organizasyonları ve kurumsal yönetimleri ile ilgili gereklilikleri de kapsamıştır. Bunlara ek olarak, kripto varlıklarının ihraç edilmesi, takas edilmesi, tutulması ve ticareti sırasında sağlayıcılar ve ihraççılar tarafından uyulması gereken tüketici koruma düzenlemelerini içermektedir. Son olarak, MiCA, kripto varlıkları piyasaların bütünlüğünü sağlamak amacıyla kötüye kullanılmasını önlemek için tedbirler de sunmuştur (MiCA m. 1/2-e).

Türk hukukunda da MiCA kadar kapsamlı bir kanuni düzenleme yapılması gerekirdi. Kanaatimizce 7518 sayılı kanun ile çizilen sınır oldukça dar kalmıştır. Örneğin MiCA m. 3/16 hükmünde “*kripto varlık hizmeti*” tanımlanmış ve kripto varlık hizmet sağlayıcılarının müşterilerine sunabilecekleri hizmetler sayılmıştır. İlerleyen fıkralarda ise bu hizmetler ayrı ayrı daha detaylı bir şekilde izah edilmiştir. Hizmet sağlayıcıların müşterilerine sunabilecekleri hizmetlerin yasal güvence altına alınması hem belirsizlikleri ortadan kaldırabilir hem de müşterilere güven verebilirdi.

Değiştirilemeyen token olarak ifade edilebilecek NFT’ler MiCA’nın kapsamı dışında bırakılmıştır (MiCA m. 2/3). Fakat 7518 sayılı kanunla getirilen düzende isabetli bir şekilde, kripto varlıklar arasında herhangi bir ayırım yapılmadan, hükümlerin tüm kripto varlıklara uygulanabilmesi mümkün kılınmıştır. Öte yandan MiCA’da kripto varlıkları, içerdikleri risklere bağlı olarak birbirinden ayırt edilmesi ve farklı gerekliliklere tabi tutulması gerekçesiyle üç farklı türde düzenlenmiştir. Bu üç farklı tür ayrımı, kripto varlıkların değerlerini diğer varlıklara atıfta bulunarak sabitlemeye çalışıp çalışmadığı esasına dayanır.

MiCA’da düzenlenen ilk kripto varlık türü elektronik paraya çok benzemekle birlikte elektronik para olarak kabul edilemeyen e-para tokenleridir (MiCA m. 48 vd.). E-para tokenleri yalnızca bir resmi para birimine atıfta bulunarak değerlerini sabitlemeyi amaçlamaktadırlar ve ödeme aracı olarak rahatlıkla kullanılabilirler. İkinci tür ise varlık referanslı token olarak adlandırılmaktadır. Varlık referanslı tokenler bazı resmi para birimleri de dahil olmak üzere başka bir değere veya hakka ya da bunların birleşimine atıfta bulunarak değerlerini sabitlemeyi amaçlarlar (MiCA m. 16 vd.). MiCA’da düzenlenen son kripto varlık türü

ise varlık referanslı tokenler ve e-para tokenleri dışında kalan tüm kripto varlıklardan oluşur ve yardımcı tokenler dahil olmak üzere çok çeşitli kripto varlıkları kapsar (MiCA m. 4 vd.). Bu son gruba diğer kripto varlıklar da denebilir.

B. Alman Hukukunda Kripto Varlıklar

Kripto varlıklar Alman kanun koyucu tarafından da düzenleme altına alınmıştır. Alman kanun koyucusunun temel amacı kripto varlıklar konusunda Almanya'yı cazip/çekici bir ülke haline getirmektir²². Bu kapsamda, birden fazla kanuni düzenlemede kripto varlıklarla ilgili düzenlemelere yer verilmiştir.

Kripto varlıklarla ilgili müstakil bir kanuni düzenleme yapmayan Almanya, Alman Bankacılık Kanunu'nda (KWG) 1 Ocak 2020 yılında yürürlüğe girecek şekilde değişiklik yapmıştır. Bu değişiklik ile ilk kez kripto varlık kavramı Alman hukuk sisteminde yer almıştır. Öte yandan Alman Kara Para Aklama Kanunu'nun (Geldwäschegesetz-GWG) 1. paragrafının 29. fıkrasında ve Alman Menkul Kıymetler Kanunu'nun (Wertpapierinstitutsgesetz - WpIG) 2. paragrafının 5. fıkrasında da bu tanıma itibar edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

KWG'nin Tanımlar başlıklı 1. maddesinde kripto varlıklar şu şekilde tanımlanmıştır: *"Bu yasa kapsamındaki kripto varlıklar, herhangi bir merkez bankası veya kamu otoritesi tarafından ihraç edilmeyen veya garanti edilmeyen ve para birimi veya paranın yasal statüsüne sahip olmayan, ancak gerçek veya tüzel kişiler tarafından bir anlaşma veya fiili uygulama temelinde bir değişim veya ödeme aracı olarak veya yatırım amacıyla kabul edilen ve elektronik olarak aktarılabilen, saklanabilen ve ticareti yapılabilen bir değer dijital temsilleridir."*

Görüleceği üzere Alman hukukunda kripto varlıklarla ilgili temel düzenleme olan KWG'de sadece kripto paranın değil, kripto varlıkların genel bir tanımı yapılmıştır. Ayrıca kripto varlıkların merkezizetsiz olmalarına vurgu yapılarak bunların para olarak kabul edilmeyip değişim aracı, ödeme aracı, yatırım aracı oldukları ifade edilmiştir. Kripto varlıkları sermaye piyasası aracı olarak kabul etmeyip ayrı bir finans aracı²³ olarak kabul eden Alman hukuk sistemi ile Türk hukuk sistemi bu konuda benzerlik arz etmektedir.

²² Anika Patz, 'Überblick über die Regulierung von Kryptowerten und Kryptowertdienstleistungen' (2021) 21 Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht 725, 739.

²³ Patz (n 22) 727.

C. İsviçre Hukukunda Kripto Varlıklar

İsviçre’de de kripto varlıklarla ilgili düzenlemeler içeren müstakil bir kanuni düzenleme bulunmaktadır. Eylül 2020’de İsviçre Parlamentosu, mevcut on federal kanunu seçici olarak kripto varlık dünyasına uyarlayan Federal Yasanın Dağıtılmış Defter Teknolojisindeki Gelişmelere Uyarlanmasına İlişkin Federal Yasa’yı (Federal Act on the Adaptation of Federal Law to Developments in Distributed Ledger Technology) (DLT Yasası) kabul etti. Halen yürürlükte olan bu kanun, İsviçre’deki blockchain ve DLT şirketlerinin koşullarını iyileştirmeyi ve böylece ülkeyi yenilikçi finansal piyasa teknolojilerinin modern düzenlemesinde uluslararası bir öncü haline getirmeyi hedeflemektedir.

DLT Yasası kripto varlıklarla ilgili müstakil bir kanun olmayıp farklı kanunların muhtelif hükümlerinde kripto varlıklara uyum sağlanması amacıyla değişiklik yapılmasını öngörmektedir. Bu usul Türk hukukunda getirilen temel kripto varlık düzenlemesi olan 7518 sayılı kanunun kabul edilme usulü ile benzerdir. Ancak 7518 sayılı kanun sadece SPKn’da değişiklikler yapılmasını öngörmüşken İsviçre’deki DLT Yasası ile Borçlar Kanunu, Federal Borç İcrası ve İflas Kanunu, Finansal Hizmetler Kanunu, Federal Aracılı Menkul Kıymetler Kanunu ve Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu gibi farklı mevzuat düzenlemelerinde değişiklikler yapılması öngörülmüştür. Yapılan değişiklikler 1 Şubat 2021 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

Öte yandan ülkemizdeki Sermaye Piyasası Kurulu’nun karşılığı olarak İsviçre’de faaliyet gösteren Finansal Piyasa Denetleme Kurumu (Financial Market Authority - FINMA), kripto varlıklarla ilgili ikincil mevzuat denilebilecek ilke kararları almıştır. FINMA’nın kripto varlıkları düzenlediği raporunda kripto varlıkların genellikle bir blok zincirine kaydedilen ve sadece kriptografi kullanılarak erişilebilen dijital varlık oldukları ifade edilmiştir²⁴. Anılan düzenlemede kripto varlıkların kara para aklama ve terörizmin finansmanı konularında kullanılması önleneyeceği de ifade edilmiştir.

İsviçre hukukunda kripto varlıkların alım satımını veya bunların herhangi bir hukuki işlemde ödeme aracı olarak kullanılmasını düzenleyen bir yasal metin mevcut değildir. Ancak kripto varlıkların bu işlemlere konu olmasını engelleyici bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu anlamda İsviçre’de kripto varlıklarla ilgili pek çok konunun serbest bırakıldığı yorumu yapılabilir.

²⁴ <https://www.finma.ch/en/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/fakt%20enblaetter/faktenblatt-kryptobasierte-vermoegenswerte.pdf?sc_lang=en&hash=C301BDEC9A7DED4EF2E23634B86F8FEF> Erişim Tarihi 06.08.2024.

D. Birleşik Krallık'ta Kripto Varlık Düzenlemeleri

İngiltere de kripto varlıklarla ilgili gelişmelere kayıtsız kalamayarak 2018 yılında Kripto Varlıklar Görev Gücü (Cryptoassets Taskforce-CATF) adında bir çalışma grubu oluşturmuş ve bu grup tarafından yine 2018 yılında bir nihai rapor hazırlanmıştır. Söz konusu raporda kripto varlıkların tüketiciler için oluşturduğu çeşitli riskleri belirlenmiş, tüketicilerin ilgili riskler hakkında uygun farkındalık olmadan kripto varlık ürünlerini satın aldığı durumlarda zarar görme ihtimaline dikkat çekilmiş, kripto varlık reklamcılığının genellikle perakende yatırımcıları hedef aldığı ve adil veya net olmadığı, yanıltıcı olabileceği ifade edilmiştir. Tüm bu içeriğine rağmen raporda kripto varlıklarla ilgili tanımlama yapılmamıştır.

İlerleyen süreçte kripto varlıklarla ilgili Birleşik Krallık düzenlemelerinin hareket noktası, yasa dışı gelirler elde edilerek terörizmin finansmanının ve kripto varlıkların suç gelirleri olarak kullanılmasının önlenmesi düşüncesi olmuştur.

Londra merkezli, finansal hizmetler sunan firmaların yetkilendirilmeleri ve kayıtlarının tutulması konularında yetkili olan Finansal Yönetim Kurumu (Financial Conduct Authority-FCA), finansal konularda kılavuz/rehber adı verilen düzenlemeleri hazırlama konusunda yetkilidir. Bu yetkiye dayanarak FCA tarafından 2019 yılının ocak ayında, kripto varlıklarla ilgili temel bir çerçeve niteliğinde olan ve "Guidance on Cryptoassets" ismiyle "19/3 Sayılı Rehber" olarak adlandırılacak bir metin hazırlanmıştır²⁵. 19/3 sayılı rehberde anket niteliğinde bazı sorular sorularak paydaşlardan alınan dönütler esas alınmış ve bu dönütlerden de yola çıkılarak "Guidance on Cryptoassets Feedback and Final Guidance to CP 19/3" ismiyle "19/22 Sayılı Rehber" olarak adlandırılacak yeni bir kılavuz yayımlanmıştır²⁶. Bu ikinci kılavuz, Birleşik Krallık'ta kripto varlıklarla ilgili meseleleri düzenleyen temel metindir.

19/22 sayılı rehberde kripto varlıklarla ilgili tanımlama yapılmamıştır. Bunun yerine exchange tokens (değişim tokenleri), utility tokens (yardımcı tokenler/hizmet tokenleri), security tokens (menkul kıymet tokenleri) ve e-money tokens (e-para tokenleri) olarak dört farklı token türü düzenleme altına alınmıştır. Devamında ise kripto varlıklarla ilgili tanımlama yapmaktan kaçınıldığı ifade edilerek bu kılavuzda düzenlenen tokenlerin birer kripto varlık olduğu ifade edilmiştir²⁷.

²⁵ <<https://www.fca.org.uk/publication/consultation/cp19-03.pdf>> Erişim Tarihi 06.08.2024.

²⁶ <<https://www.fca.org.uk/publication/policy/ps19-22.pdf>> Erişim Tarihi 06.08.2024.

²⁷ Appendix 1, Perimeter Guidance-19.

Birleşik Krallık'ta kripto varlıklarla ilgili olarak -tespit edilebilen- tek tanım yine FCA tarafından yapılan tanımdır ve şu şekildedir: *"Kripto varlıklar, bir tür dağıtılmış defter teknolojisi (DLT) kullanan ve elektronik olarak aktarılabilen, saklanabilen veya alınıp satılabilen, değerini veya sözleşmeden doğan hakların kriptografik olarak güvenli dijital temsilleridir."*²⁸.

İlerleyen süreçte Birleşik Krallık'ta FCA tarafından 2022 yılının ocak ayında kripto varlıklar (CP22/2) dahil olmak üzere yüksek riskli yatırımlar için finansal teşvik kuralları hakkında istişarede bulunmak amacıyla bir kılavuz yayımlanmış ve daha öncekine benzer bir süreç yürütülerek anket niteliğindeki sorulara verilen cevaplarla şekillenen başka bir metin ortaya çıkmıştır. Bu nihai metin, 2023 yılının temmuz ayında yayımlanan Financial Promotion Rules for Cryptoassets (Kripto Varlıklar için Finansal Teşvik Kuralları) *"23/6 Sayılı Rehber"* olarak adlandırılabilir²⁹.

E. Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Kripto Varlıklar

Amerika Birleşik Devletleri (ABD) federatif yapısından kaynaklı olarak kripto varlıklarla ilgili yeknesak uygulamalara sahip olmayan, kripto varlıklara yönelik eyaletler arası farklı yaklaşımların görüldüğü bir ülkedir. Pozitif anlamda başvurulabilecek bir metin bulunmamakla birlikte, federal anlamda kripto varlıklarla ilgili farklı nitelendirmeler yapan kurumlar bulunmaktadır.

Örneğin ABD Gelir İdaresi Başkanlığı (Internal Revenue Service - IRS) tarafından yapılan bir açıklamada kripto varlıklarla ilgili bir tanım yapmamasına rağmen kripto varlıkların bir para olarak kabul edilmeyip sadece bir malvarlığı değeri olarak kabul edildiği ifade edilmiştir³⁰. Aynı açıklamanın devamında ise kripto varlıkların özellikleri sayılmış ve bunların kriptografik olarak güvenli, dağıtılmış bir defter veya benzer bir teknoloji kullanılarak üretilmekle birlikte elektronik olarak saklanabileceği, alınıp satılabileceği, devredilebileceği veya takas edilebileceği de ifade edilmiştir³¹. Benzer şekilde ABD Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu (Securities and Exchange Commission - SEC) kripto varlık-

²⁸ <<https://www.fca.org.uk/firms/cryptoassets#:~:text=The%20UK%20Cryptoasset%20Taskforce&text=The%20objective%20of%20the%20Taskforce,to%20consider%20appropriate%20policy%20responses>> Erişim Tarihi 06.08.2024.

²⁹ <<https://www.fca.org.uk/publication/policy/ps23-6.pdf>> Erişim Tarihi 06.08.2024.

³⁰ <<https://www.irs.gov/filing/digital-assets>> Erişim Tarihi 06.08.2024.

³¹ <<https://www.irs.gov/filing/digital-assets>> Erişim Tarihi 06.08.2024.

larla ilgili bir tanım yapmamış, fakat kripto varlıkları menkul kıymet kavramı içinde değerlendirerek incelemeye almıştır³². Son olarak ABD Emtia Vadeli İşlemler Ticaret Komisyonu (Commodity Futures Trading Commission - CFTC), kripto paralar aracılığıyla yapılan bir dolandırıcılık davası esnasında görüş bildirmiştir. Bu görüşte Bitcoin, Ethereum ve Tether gibi kripto varlıkların emtia olduğu görüşü ifade edilmiştir³³.

F. Yasal Düzenlemelerin Kapsamı

7518 sayılı kanunun 2. maddesiyle getirilen düzende sermaye piyasası araçlarının kayden ihraç edilip MKK tarafından izlenmesi yerine kripto varlık olarak ihraç edilmesi ve bu yolla izlenmesi yönünde Kurul'un belirleme yapabileceği ifade edilmiştir. Kurul henüz bu konuda bir düzenleme yapmış değildir.

7518 sayılı kanunda iki tür kripto varlık türünün düzenlendiği görülmektedir. Ancak bu yöntem Kanun'a hatalı olarak işlenmiştir. Şöyle ki; Kanun'da düzenlenen kripto varlık türlerinden ilki SPKn m. 35/B hükmünün 6. fıkrasından çıkarılabilecek olan *"sermaye piyasası araçlarına özgü haklar sağlayan kripto varlıklar"*dır. Sermaye piyasası araçlarına özgü haklar sağlayan kripto varlıklar, sermaye piyasası araçlarına benzer şekilde düzenlenmiş ve pek çok yönden sermaye piyasası araçlarına yönelik hükümlere tabi tutulmuşlardır. Kanun'da düzenlenen ikinci tür kripto varlık ise dağıtık defter teknolojisinin veya benzer bir teknolojik altyapının geliştirilmesi suretiyle oluşturulan kripto varlıklardır. Bu ikinci tür kripto varlıklar da aynı fıkra hükmünden çıkarılabilmektedir. Esasen dağıtık defter teknolojisi veya benzer teknoloji kullanılarak oluşturulma, bir kripto varlıktan bahsedebilmek için aranan temel kıstastır³⁴. Nitekim bu husus kripto varlık kavramının tanımında da yer almaktadır. Fakat burada kanun koyucunun muradı, *"sermaye piyasası araçlarına özgü haklar sağlayan kripto varlıklar"* ile *"sermaye piyasası araçlarına özgü haklar sağlamayan kripto varlıklar"* veya *"adi/alelade/sıradan kripto varlıklar"* olarak iki tür oluşturmaktır. Bu ikinci

³² <<https://www.sec.gov/securities-topics/crypto-assets>> Erişim Tarihi 06.08.2024.

³³ <<https://dailyhodl.com/2022/12/15/cftc-says-bitcoin-ethereum-and-tether-are-commodities-in-fraud-complaint-against-ftx-founder-sam-bankman-fried/>> Erişim Tarihi 06.08.2024.

Ayrıca New York Güney Bölge Mahkemesi tarafından görülen davanın tutanağı için bkz: <<https://www.dropbox.com/scl/fi/bbwe1isn9tb5nx7fn4ga3/CFTC-v.-Bankman-Fried-FTX-Trading-and-Alameda.pdf?rlkey=re25m7ie5kow6qm0v959b5s27&e=2&dl=0>> Erişim Tarihi 06.08.2024.

³⁴ Verma and Garg (n 5) 429.

tür kripto varlıklar, sermaye piyasası araçlarına özgü haklardan yararlanamayacaklardır. MiCA kapsamında ise dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji ile üretilen kripto varlıklar zincir içi; dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji ile üretilmeyen kripto varlıklar zincir dışı olarak nitelendirilmiştir. 7518 sayılı kanunla getirilen düzende de bu şekilde bir ayırım yapılmalıydı. Zira 7518 sayılı kanunla getirilen kripto varlık tanımında, kripto varlıkların dağıtık defter teknolojisiyle veya benzer bir teknoloji ile üretilmiş olması bir unsur olarak yer almaktadır. Başka bir deyişle, dağıtık defter teknolojisi kullanılmadan üretilen kripto varlıklar da mevcuttur. Bu nedenle SPKn m. 35/B hükmünün 6. fıkrasındaki ibare “sermaye piyasası araçlarına özgü haklar sağlamayan kripto varlıklar” veya “adi/alelade/sıradan kripto varlıklar” olarak değiştirilmelidir.

7518 sayılı kanunla getirilen düzen ve MiCA içerdiği çerçeve bakımından karşılaştırıldığında, MiCA’nın daha geniş bir tanım yelpazesine yer verdiği görülmektedir. 7518 sayılı kanunda sadece kripto varlık kavramının genel bir tanımı yapılmış ve Kanun bu genel tanım baz alınarak yürürlük kazanmış olmasına rağmen, MiCA’da kripto varlık kavramına ek olarak varlık referanslı tokenler, e-para token ve yardımcı token kavramları da tanımlanarak bunları da içine alacak geniş bir çerçeve çizilmiştir.

Öte yandan MiCA içeriğinde pek çok yerde kripto varlıkların kara para aklama ve terörizmin finansmanı gibi amaçlarla kullanılmasının önlenmesine ve tüketicinin korunmasına ilişkin hüküm getirilmiştir³⁵. Fakat 7518 sayılı kanunla getirilen düzende kara para aklama ve terörizmin finansmanının önlenmesi ya da tüketicinin korunması gibi meselelere hiç değinilmemiştir. Sermaye piyasasında yatırımcının korunması amacıyla ihdas edilen hükümleri bu konuda yeter-

³⁵ Örneğin Giriş bölümündeki 4. maddede kripto varlıklarla ilgili hizmetlerin sağlanması bakımından düzenlemelerin bulunmamasının hem kara para aklamayla etkin bir mücadele yapılmasının yeterli olmayacağı hem de tüketicinin korunmasının yeterince sağlanamayacağı ifade edilmiştir. Benzer şekilde Giriş bölümündeki 29. maddede tüketicinin korunmasını güvence altına alan AB yasama metinlerinin ve bunlarda yer alan her türlü bilgi yükümlülüğünün, işletme-tüketici ilişkilerini ilgilendirdiği takdirde kripto varlıkların halka arzı için geçerli olmaya devam edeceği düzenlenerek tüketicinin korunmasının öncelendiği vurgulanmıştır. Başka bir örnek olarak ise MiCA m. 1/d hükmünde müşterilerin korunmasının, MiCA’nın genel konuları arasında yer aldığı ifade edilmiştir. Yine MiCA 18/2-g hükmünde belirli kripto varlık hizmet sağlayıcılarına (AB) 2015/849 sayılı Direktif kapsamında kara para aklamanın ve terörizmin finansmanının önlenmesine ilişkin yükümlülüklerle uyumu sağlamak için iç kontrol mekanizmalarının ve prosedürlerinin açıklaması zorunlu tutulmuştur. Son bir örnek daha vermek gerekirse Giriş bölümündeki 16. maddede kripto varlıklarla ilgili olarak yürürlük kazanan herhangi bir yasal düzenlemenin, kara para aklama ve terörizmin finansmanı ile mücadele hedefine de katkıda bulunması gerektiği vurgulanmıştır.

li değildir. Bu yönüyle 7518 sayılı kanunda bir eksiklik bulunduğu vurgulanmalıdır. Bu konulardaki eksikliğin SPKn'na eklenmesi gerekmektedir.

IV. Kripto Varlık Kavramının Hukuki Niteliği

A. Genel Olarak

Kripto varlık kavramının ilk olarak ortaya çıktığı zamandan henüz bir normun belirlenmediği dönemde, söz konusu kavramın bir para birimi, ödeme aracı veya yatırım aracı gibi bir hukuki nitelik taşıyıp taşımadığı meselesi, belirsizliğini korumuştur. TC Merkez Bankası tarafından çıkarılan “Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik” ile cevapsız sorular daha da artmıştı. Zira kripto varlıkların ödemede kullanılmasının yasaklanması en azından hukuk alanında bunların ödeme aracı olarak kullanılamayacağını işaret etmekteydi. 7518 sayılı kanunla getirilen düzende ise kripto varlık kavramının tanımı yapılmış ve hukuki anlamda belirlilik artmıştır. Ancak tabiidir ki, bu kanun ilereleyen süreçte yeni tartışmaları da beraberinde getirecektir.

Kanun koyucu kripto varlıkların tanımını yapmış olmasına rağmen hukuki nitelik ile ilgili bir değerlendirme yapmamıştır. Bu nedenle kripto varlıkların hukuki niteliği ile ilgili tartışmaların devam etmesi kaçınılmazdır. Kanaatimizce kanun koyucu kripto varlıkların para, eşya, değişim aracı, sermaye piyasası aracı gibi bir hukuki niteliğe sahip olduğunu kabul edip düzenlemeleri de bu eksende yapmalıydı.

Kripto varlıklar her şeyden önce gayri maddi varlık özelliğindeki değerlerdir. Bir diğer deyişle kripto varlıklar, sadece dijital ortamlarda varlık gösterebilen ve cismani nitelik taşımayan değerlerdir. Kripto varlıkların gayri maddi varlık niteliğinde oldukları hem 7518 sayılı kanundaki hem de Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik'teki tanımlarda; ayrıca diğer ülkelerdeki muhtelif düzenlemelerde açıkça ifade edilmiştir³⁶.

Kripto varlıkların hukuki nitelikleri tespit edilirken tüm kripto varlıkları kapsayacak şekilde genel bir hukuki nitelik tespiti mümkün değildir. Her ne kadar bir üst kavram olarak kripto varlık kullanılsa da, alt türlerin farklı temellere dayandıkları da bir gerçektir.

³⁶ <<https://www.occ.gov/topics/charters-and-licensing/interpretations-and-actions/2020/int1170.pdf>> Erişim Tarihi 06.08.2024.

B. Kripto Varlıkların Para Olup Olmadığı

Para, insanların ihtiyaçlarını karşılayabilmek amacıyla mal ve hizmet alımlarında karşı bedel olarak verilen değerdir. İktisat alanında, gerçek veya tüzel kişilerin, ihtiyaçlarının karşılanması için sarf etmelerinden sonra elde kalan paralarını tasarruf amaçlı stokladıkları kabul edilir³⁷, ki bu da paranın yatırım amaçlı kullanılması anlamına gelir. Para kavramının üç klasik işlevi ödeme aracı olarak kullanılma, değer saklama ve bir hesap birimi olmadır³⁸. Esasen kripto varlıklara, özellikle de kripto para adı verilen dijital değerlere bakıldığında kuşkusuz bu özelliklerin mevcut olduğu görülmektedir³⁹. Fakat kripto varlıklar, para mefhumundan daha geniş özellikler taşırlar. Bu nedenle kripto varlıklar (özellikle de kripto paralar) para niteliği taşımazlar⁴⁰.

Para, sadece devletlerin yetkili makamları tarafından basılır ve tedavüle çıkarma ve tedavülden çekme gibi işlemleri yine devletlerin resmi makamları⁴¹ yerine getirir⁴². Buna ise fiat para/itibari para adı verilir⁴³. Kripto paralara ve kripto varlıklara ise blokzincir teknolojisinin de altında yatan bir merkeziyetsizlik (decentralisation) hakimdir⁴⁴. FCA 19/22 Sayılı Kılavuz'da e-para tokenlerinin itibari para niteliğinde olmadığı, ancak itibari paraya benzeyebileceği⁴⁵; bunla-

³⁷ M. İlhan Parasız, *Para Banka ve Finansal Piyasalar* (Ezgi Kitabevi 2010) 9.

³⁸ <https://acikders.tuba.gov.tr/pluginfile.php/4392/mod_resource/content/2/hafta01-para-%28s1%2C1%29.pdf> Erişim Tarihi 08.07.2024; Parasız (n 37) 9; Özdemir (n 10) 291-292; Güçlütürk (n 12) 391; Asuman Turanboy, 'Kripto Paraların Ortaya Çıkmaları ve Hukuki Nitelikleri' (2019) 35 (3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 47, 48; Ahmet Aymaz, 'Kripto Paraların Haczi' (2023) 72 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1635, 1648; Eylül Balıkcı, 'Dava ve Takip Konusu Olabilmesi Bakımından Kripto Paralar' (2021) 16 (2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 273, 275; Yılmaz (n 12) 44 vd.

³⁹ Aynı yönde bkz: Ralf Werner, *Die Einzelzwangsvollstreckung in Bitcoins* (Diplomarbeit, Meißen, 2019) 6, <<https://d-nb.info/1215208820/34>> Erişim Tarihi 27.11.2024.

⁴⁰ Özdemir (n 10) 296; Turanboy (n 37) 48; Balıkcı (n 38) 286; Yılmaz (n 12) 49; Alman hukukundaki benzer kabul için bkz: Kütük and Sorge (n 8) 644; Werner (n 39) 7.

⁴¹ İlerleyen süreçte devletlerin para basma yetkilerinin sona erebileceği, dolaşımda sadece kripto paraların olacağı yönündeki varsayım için bkz: Halaburda and Sarvary (n 7) 6.

⁴² Özdemir (n 10) 296; Güçlütürk (n 12) 391; Turanboy (n 37) 48; Balıkcı (n 38) 286; Yılmaz (n 12) 48.

⁴³ Rotman (n 8) 1.

⁴⁴ Yüksel (n 12) 434; Özdemir (n 10) 293; Hasan Alpago, 'Bitcoin'den Selfcoin'e Kripto Para' (2018) 3 (2) Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi 411, 423; Gitmez (n 1) 3; Oral ve Yeşilkaya (n 2) 215; Yılmaz (n 12) 29; Rotman (n 8) 1.

⁴⁵ Kripto paraların itibari para olamayacağı, ancak itibari paranın bir benzeri olabileceği yönünde benzer bir çıkarım Rotman tarafından da kullanılmıştır (Rotman (n 8) 2).

rın ödeme aracı olarak kullanılamayacağı ifade edilmiştir⁴⁶. Merkeziyetsiz olmaları nedeniyle kripto varlıkların, özellikle de kripto para adı verilen varlıkların, hukuki anlamda para olarak kabul edilmemeleri gerekir.

Kripto varlıklar üzerinde her ne kadar mülkiyet veya mülkiyet benzeri hakların ileri sürülmesi mümkün olsa da⁴⁷ kripto varlıkların tedavüle çıkarılması ve tedavülden kaldırılması gibi işlemler herhangi bir devletin kontrolünde değil, merkezi olmayan ve denetlenemeyen ağ yapıları aracılığıyla gerçekleştirilir⁴⁸. Bu nedenle kripto varlıkların para olarak nitelendirilmesi söz konusu değildir.

Ancak şu da bir gerçektir ki, gelişen teknoloji ve globalleşen dünyada her geçen gün yeni düzenlemeler söz konusu olmaktadır. Bir gün bir devlet kendi yetkili makamları aracılığı ile kendisine ait bir kripto varlığı tedavüle çıkarırsa ve bunun hukuki niteliğinin de para olduğunu açıklarsa⁴⁹, o zaman ilgili kripto varlığın hukuki olarak para şeklinde nitelendirilmesinin önünde kanaatimizce bir engel bulunmamaktadır. Bunun yanında mevcut kripto varlıkları yasal ödeme aracı olarak kabul eden ülkeler de mevcuttur⁵⁰. İleride bunların sayısının artması da olasıdır. Söz konusu ülkelerde bu kripto varlıkların hukuki niteliğinin para olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Fakat ülkelerin gerek kendilerine ait kripto paraları tedavüle çıkarmaları gerekse de mevcut kripto paraları ödeme aracı olarak kabul etmeleri ihtimalinin, kripto varlık kavramının temelinde yer alan merkeziyetsizlik (decentralisation) ruhuna aykırı olacağını da vurgulamak gerekir.

Kripto varlıkların, özellikle de kripto para adı verilen değerlerin mal veya hizmet alımlarında değişim aracı olarak kullanılması bunların hukuki niteliğinin para olduğu anlamına gelmemelidir⁵¹. Nitekim trampa, hukukta yeri olan bir hukuki işlemdir. Trampada farklı türden mal veya hizmetler değiştirilir. Bir ev ya da araba gibi mal alındığında ya da bir hizmet alındığında, karşılığında herhangi

⁴⁶ FCA 19/22 Sayılı Kılavuz, Appendix 1, Perimeter Guidance-38.

⁴⁷ Örneğin, FCA 19/22 Sayılı Kılavuz, Appendix 1, Perimeter Guidance-68; Werner (n 39)

⁴⁸ Yüksel (n 12) 434-435; Rotman (n 8) 1.

⁴⁹ Örneğin İngiltere kendi kripto parasını tedavüle çıkarmayı planlıyor <<https://tr.euronews.com/2021/04/19/ingiltere-kendi-kripto-paras-britcoin-i-olusturmay-planl-yor>> Erişim Tarihi 08.07.2024.

⁵⁰ Örneğin ilk olarak El Salvador Bitcoin'i yasal ödeme aracı olarak kabul etmiştir <<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-58474009>> Erişim Tarihi 08.07.2024.

Devamında ise Orta Afrika Cumhuriyeti de Bitcoin'i yasal para birimi olarak kabul etmiştir <<https://coinmarketcap.com/tr/legal-tender-countries>> Erişim Tarihi 26.11.2024.

⁵¹ Turanboy (n 37) 48-49.

bir kripto varlık verilmesi de (Örneğin bir ev karşılığında bir Bitcoin verilmesi) hukuki anlamda bir trampa işlemi olarak değerlendirilmelidir⁵². Kripto varlıkların gayri maddi nitelik taşımaları bu sonucu değiştirmemelidir.

Kripto varlıkların para olarak kabul edilmesi, kanaatimizce ancak bir devletin egemenlik yetkileri çerçevesinde, ilgili kripto varlığı para olarak benimsemesi ile mümkün olmalıdır. Fakat tekrar belirtilmelidir ki, devletlerin kripto varlıkları para olarak kabul etmesi ile kripto varlıkların ortaya çıktığı Blokzincir teknolojisinin temel özelliği olan merkeziyetsizlik ilkesi bağdaşmayacaktır. Ancak bu bağdaşmazlık, hukukun inceleme alanı dışında kalmaktadır. Hukuki anlamda bir devletin kripto varlığı para olarak kabul etmesi, ilgili kripto varlığın hukuki niteliğinin para olarak kabul edilmesi için yeterli olmalıdır. Burada son olarak değinilmesi gereken ise bir devletin hangi kripto varlığı⁵³ para olarak kabul ettiyse, sadece o kripto varlığın hukuki niteliğinin para olacağıdır. Yoksa bir devlet bir kripto varlığı para olarak kabul ettiği için o ülke hukuku bakımından tüm kripto varlıkların hukuki niteliğinin para olduğu söylenemeyecektir.

Kripto varlıkların, özellikle de kripto para olarak ifade edilen değerlerin elektronik para niteliğinde olup olmadıklarının da değerlendirilmesi gerekmektedir. Elektronik para kavramının tanımı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun⁵⁴ m. 3/1, ç hükmünde şu şekilde yapılmıştır: *“Elektronik para: Elektronik para ihraç eden kuruluş tarafından kabul edilen fon karşılığı ihraç edilen, elektronik olarak saklanan, bu Kanunda tanımlanan ödeme işlemlerini gerçekleştirmek için kullanılan ve elektronik para ihraç eden kuruluş dışındaki gerçek ve tüzel kişiler tarafından da ödeme aracı olarak kabul edilen parasal değeri... ifade eder.”*⁵⁵ Kripto paralar dijital ortamda belli şifrelerle yaratılan ve ödeme aracı

⁵² Aynı yönde bkz: Schlund and Pongratz (n 8) 600.

⁵³ Merkeziyetsizlik, bir kripto varlığın herhangi bir devlet organı tarafından kaydının tutulması değil, uçtan uca şifreleme yapılması yoluyla veri girişinin yapılmasıdır. Bu sayede dünya üzerinde aynı anda birden fazla veri kayıt kümesinde işlem yapılması sağlanarak bu kayıtlara müdahale edilmesinin önüne geçilir. Bu özellik blok zincir teknolojisinin ayırt edici bir özelliğidir ve blok zincirin yeni nesil internet olarak adlandırılmasını sağlar [Bkz: Verma and Garg (n 5) 429; Halaburda and Sarvary (n 7) 2; Rotman (n 8) 1].

⁵⁴ Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6493, Kabul Tarihi: 20.06.2013, RG 27.06.2013/28690.

⁵⁵ Elektronik para kavramı ile ilgili farklı tanımlamalar için Bkz: Turgay Geçer, ‘Elektronik Para ve Elektronik Para Kuruluşları’ (2014) 5(3) Journal Of Social Sciences, Istanbul Sabahattin Zaim University 197, 198 vd.

olarak kullanılması da dijital ortamda gerçekleştirilen paradır⁵⁶. Fakat elektronik para, karşılığı nakden ödenmiş ve elektronik para kuruluşu tarafından bankadaki hesapta tutulan paradır. Bu nedenle kripto paraların elektronik para niteliğinde olmadığı kabul edilmelidir⁵⁷. MiCA m. 48/2 hükmünde ise, e-para tokeni olarak ihraç edilen kripto varlıkların elektronik para niteliğinde olduğu açıkça ifade edilmiştir.

Son olarak, kripto varlıkların, özellikle de kripto paraların kaydi para niteliği taşıyıp taşımadıkları meselesi üzerinde durulmalıdır. Kaydi para, elektronik para kavramından daha eski bir geçmişe dayanır. Genel olarak şu şekilde tanımlanabilir: *“Kaydi para hiçbir maddi varlığı olmayan sadece bankaların defterlerine alacak ve borç kaydı düşülmek suretiyle yaratılan bir değişim aracıdır.”*⁵⁸ Tanımdan çıkarılabilen sonuca göre kaydi paranın muhasebe hesaplarında birtakım işlemler yapılarak oluşturulan ve sadece bankalardaki mevduat hesaplarında kendine yer bulan para olduğu söylenebilir⁵⁹. Bu özelliği gereği kripto para kavramının kaydi para niteliğinde olmadığı da söylenmelidir⁶⁰.

Alman hukukunda KWG'deki tanımda kripto varlıkların para niteliği taşımadığının açıkça ifade edilmesi isabetli olmuştur. Benzer bir ifadenin MiCA'da yer alması ise MiCA açısından olumsuzluk olarak değerlendirilebilir.

C. Kripto Varlıkların Eşya Niteliği Taşıyıp Taşımadıkları

Kripto varlıklar hem dağıtık defter teknolojisi veya benzer teknoloji kullanılarak üretilirler hem de bunların dağıtımı dijital ağlar üzerinden yapılır⁶¹. 7518

⁵⁶ Alpago (n 44) 414; Özdemir (n 10) 292; Güçlütürk (n 12) 388-389; Fatih Bilgili ve M. Fatih Cengil 'Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Getirilmesi' (2019) 23 (3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3, 7; Gitmez (n 1) 5; Oral ve Yeşilkaya (n 2) 216.

⁵⁷ Özdemir (n 10) 296-297; Aymaz (n 38) 1654; Güçlütürk (n 12) 400; Balıkcı (n 38) 287; Alman hukukundaki benzer kabul için bkz: Kütük and Sorge (n 8) 644; Werner (n 39) 8; Christian Engelhardt and Sascha Klein, 'Bitcoins - Geschäfte mit Geld, das keines ist: Technische Grundlagen und zivilrechtliche Betrachtung' (2014) (Heft 6) Multimedia und Recht, 355, 356.

⁵⁸ A. Belma Yazarer, 'Kaydi Paranın İktisadi Açidan İncelenmesi' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1986) 1.

⁵⁹ ibid 2.

⁶⁰ Aynı yönde görüş için bkz: Özdemir (n 10) 297.

⁶¹ <<https://www.occ.gov/topics/charters-and-licensing/interpretations-and-actions/2020/int1170.pdf>> Erişim Tarihi 06.08.2024; Kütük and Sorge (n 8) 644; Schlund and Pongratz (n 8) 598.

sayılı kanunda yapılan kripto varlık tanımı, kripto varlıkların gayri maddi varlıklar olduğu vurgusuyla sona erer. Kripto varlıkların gayri maddi varlıklar olması, bunların cismani nitelik taşımadıkları anlamına gelmektedir. Bunun yanında zilyetliğe tabi olma, üzerinde fiili ve hukuki hakimiyet kurulabilme gibi eşyalara özgü kriterlerin kripto varlıklarda bulunmadığı da gerçektir. Bu noktada kripto varlıkların cismani nitelik taşımamaları gerekçesiyle, her ne kadar hukuki işlemlere konu edilebilirlerse de eşya niteliği taşımadıklarını ifade etmek gerekir⁶². Antalya Bölge Adliye Mahkemesi'nde verilen bir kararda⁶³, kripto paraların “*dijital malvarlığı*” niteliğinde olduklarına yönelik olarak yapılan yorum da, kripto paraların cismani nitelik taşımadıklarını destekler niteliktedir. Kripto varlıkların fiziki veri taşıyıcılarda depolanmaları ise kanaatimizce bu çıkarımı değiştirmez⁶⁴. Ancak kanun koyucu, ileride yapacağı hukuki düzenlemelerle kripto varlıklara eşya niteliği hasredebilir. Zira kanun koyucunun nelerin eşya olması gerektiğini tayin etme yetkisini kabul etmek gerekir⁶⁵.

TMK m. 762 hükmünde edinmeye elverişli olan doğal güçlerin de taşınır mülkiyetine tabi olması gerektiği ifade edilmiştir. Bir görüşe göre kripto varlıklar da dijital araçlarla edinmeye elverişli oldukları için TMK m. 762 hükmünde edinmeye elverişli doğal güçlere yönelik düzenlemenin kripto varlıklara da uygulanması gerekmektedir⁶⁶. Bu görüşe katılmaktayız. Kanaatimizce 7518 sayılı kanunla getirilen hükümler, kripto varlıklarla ilgili uyumsuzlukların çözümünde yol gösterici olma konusunda yetersiz kalmıştır. Bu nedenle kripto varlıklarla ilgili uyumsuzluklarda diğer düzenlemelerde çözüm bulunamayan hallerde TMK m. 762 hükmünden hareket edilerek taşınır eşyaya ilişkin hükümler kıyasen kripto varlıklara da uygulanabilmelidir⁶⁷.

Kripto varlıklara yönelik olarak, TMK m. 1/2 ve TMK m. 762 hükümleri birlikte değerlendirilerek taşınır eşyaya ilişkin hükümlerin ilk elden uygulanması

⁶² Aymaz (n 38) 1643; Yılmaz (n 12) 53. Kripto paraların eşya niteliği taşımadıkları, benzer şekilde Alman hukukunda da savunulmaktadır [Kütük and Sorge (n 8) 644.; Werner (n 39) 9; Schlund and Pongratz (n 8) 600; Engelhardt and Klein (n 57) 357]

⁶³ Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi, 1149/905, 13.11.2020 <www.legalbank.net> Erişim Tarihi 09.08.2024.

⁶⁴ Werner (n 39) 10.

⁶⁵ Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku* (Oniki Levha Yayıncılık 2020) 3; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (23. Bası, Filiz Kitabevi 2021) 6.

⁶⁶ Özdemir (n 10) 301-302.

⁶⁷ Taşınmaz hukuku hükümlerinin kripto varlıklara uygulanamayacağı yönündeki görüş için bkz: Alman hukukundaki benzer kabul için bkz: Kütük and Sorge (n 8) 644; Werner (n 39) 11.

gerektiği görüşüne ise katılmamaktayız⁶⁸. Bu uygulama doğrudan değil, yalnızca kripto varlıklara uygulanabilecek başka bir mevzuat hükmünün bulunmaması halinde TMK m. 1/2 hükmünden hareketle söz konusu olmalıdır. Zira kripto varlıkların sermaye piyasası aracı nitelikleri, menkul kıymet tokenleri bakımından menkul kıymet niteliği, hatta paraya benzerlikleri bile eşya niteliğinde olmalarından daha baskındır. Kripto varlıklarla ilgili uyuşmazlıklarda öncelikle sermaye piyasası hükümleri ve paraya ilişkin hükümler öncelikli uygulanmalıdır. Kripto varlıkların eşya olarak nitelendirilmesine ancak bu alanlardaki düzenlemelerde uygulanabilecek herhangi bir hüküm bulunamaması durumunda son çare olarak başvurulmalıdır. Aksi halde gayri maddi varlıkları bulunan kripto varlıklara fütursuzca eşya muamelesi yapılmış olunur ki bu durum kanun koyucunun iradesini bertaraf etmek anlamına gelir.

D. Kripto Varlıkların Ödeme Aracı Niteliği

Kripto varlıklara yönelik ülkemizde yapılan ilk düzenleme olan Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik m. 3/1 hükmündeki tanımda kripto varlıkların ödeme aracı olarak kullanılamayacağı açıkça ifade edilmişti. Fakat 7518 sayılı kanundaki kripto varlık tanımında bu kısıtlamaya yer verilmemiştir. Bu sayede kripto varlıkların hukuki anlamda bir ödeme aracı olarak kabul edilmesinin önündeki belirsizlik de giderilmiştir.

Kripto varlıkların düzenli ve sistemli ilk örneği olarak bilinen Bitcoin'in ortaya çıkışı ile yeni bir ödeme sistemi meydana getirmek amacı güdülmüştür. Meşhur Satoshi Nakamoto rumuzlu bir kişi ya da kişiler tarafından 2008 yılında dolaşıma sokulan makalenin başlığı "Bitcoin: Uçtan Uca Elektronik Ödeme Sistemi (*Bitcoin: A Peer to Peer Electronic Cash System*)" şeklindedir⁶⁹. Bu başlık Bitcoin'in bir ödeme aracı olarak piyasaya sürüldüğü anlamına gelmektedir. Ancak hukuki niteliğin tespitinde kişilerin bir hukuki meseleye atfettikleri niteliğin bir önemi bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, piyasaya sürenlerin Bitcoin'e ödeme aracı niteliği yüklemeleri, Bitcoin'in hukuki nitelik olarak ödeme aracı olmasını zorunlu kılmaz. Nihai noktada belirtmek gerekir ki, Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik'te hatalı olarak getirilen kısıtlamaya 7518 sayılı kanunda yer verilmemesi kanaatimizce isabetli ve kripto varlıkların ruhuna da uygun olmuştur.

⁶⁸ Mezkûr görüş için bkz: ibid 301 vd.

⁶⁹ <<https://bitcoin.org/tr/hakkimizda#own>> Erişim Tarihi 11.07.2024.

E. Kripto Varlıkların Sermaye Piyasası Aracı Niteliği

Sermaye piyasası araçları SPKn m. 3/1-ş hükmünde menkul kıymet kavramından daha geniş olarak şu şekilde tanımlanmıştır: *“Sermaye piyasası araçları: Menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dâhil olmak üzere Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçlarını... ifade eder.”* Kanuni tanımdan anlaşılabileceği üzere herhangi bir değer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğine Sermaye Piyasası Kurulu (Kurul) karar vermektedir. Vurgulamak gerekir ki, bir ülkede sermaye piyasası araçlarının türleri ne kadar fazlaysa, o ülkenin ekonomik gelişmişliği de o derecede artacaktır⁷⁰. Şu ana kadar Kurul kripto varlıklarla ilgili bu yönde bir belirleme yapmamıştır.

Kanaatimizce kripto varlıkların ruhuna en uygun hukuki nitelik sermaye piyasası aracı olmalarıdır⁷¹. Zira 7518 sayılı kanun ile sermaye piyasası araçlarının kripto varlık olarak ihraç edilmesine karar verilebilir⁷². 7518 sayılı kanunun 2. maddesi ile SPKn m. 13/1 hükmüne eklenen cümlelerde yer aldığı haliyle, *“Kurul, sermaye piyasası araçlarının bu madde hükümlerine göre kayden ihraç edilerek MKK tarafından izlenmesi yerine, kripto varlık olarak ihracına ve bunların oluşturulup saklandıkları kripto varlık hizmet sağlayıcıları tarafından sunulan elektronik ortam nezdinde kayden izlenmesine ilişkin esaslar belirleyebilir...”* Buradan anlaşılabileceği üzere sermaye piyasası araçları kripto varlık olarak ihraç edilebilirler. Bu konuda esasları belirleme yetkisi Kurul’dadır. Her ne kadar bu ihtimal kripto varlıkların sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmesinden ziyade kripto varlıkları sermaye piyasası araçlarına yaklaştıracak olsa da, sermaye piyasası araçlarıyla kripto varlıklar arasındaki ilişki ve benzerliğin ne kadar yakın ve yadsınamaz olduğunu ortaya koymaktadır.

Bir varlığın sermaye piyasası aracı olarak kabul edilebilmesi için SPKn m. 3/1-ş hükmünde açıkça zikredilmesi ya da gereken nitelikleri taşımak kaydıyla anılan

⁷⁰ Kürşat Göktürk, ‘Sermaye Piyasası Araçları’ iç Hayrettin Çağlar (ed), *Sermaye Piyasası Hukuku* (Anadolu Üniversitesi Yayınları 2019) 29.

⁷¹ Sadece kripto paralar bakımından yapılan değerlendirmede, kripto paraların sermaye piyasası aracı olamayacağı yönündeki görüş için bkz: Turanboy (n 37) 56-57. Mevcut durumda kripto paraların sermaye piyasası aracı olarak görülmesi kanaatimizce de imkansızdır. Ancak burada de lege feranda bir öneride bulunup, aradaki benzerliklere dikkat çekerek kripto varlıkların sermaye piyasası araçlarından biri olarak düzenlenmesi gerektiği görüşündeyiz.

⁷² SPKn m. 35/B/f. 6 hükmü çerçevesinde sermaye piyasası araçlarına özgü haklar sağlayan kripto varlıklar ile sermaye piyasası araçlarına özgü haklar sağlamayan kripto varlıklar olmak üzere iki farklı tür öngörülmüştür.

hükümde zikredilmemiş olsa bile “diğer sermaye piyasası aracı” olarak değeriendirilebilmesi gerekir⁷³. TCMB tarafından çıkarılan “Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik” m. 3/1 hükmündeki tanımda kripto varlıkların “diğer sermaye piyasası aracı” olarak nitelendirilemeyeceği açıkça ifade edilmişti. Kanun koyucunun, 7518 sayılı kanunla birlikte, kripto varlıkların diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilemeyeceği yönündeki görüşü benimsemeyeceği; diğer bir deyişle, kripto varlıkların diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilebilmesini mümkün kılmak istediği çıkarımı yapılabilmelidir.

Kaldı ki SPKn m. 3/1-ş hükmü gereği bir değerin sermaye piyasası aracı olup olmayacağını belirleme yetkisi Kurul’dadır. T.C. Merkez Bankası tarafından yayımlanan bir yönetmelikte bir değerin sermaye piyasası aracı olup olmayacağı belirlenememelidir. Buradan hareketle, 7518 sayılı kanun ile yeni bir düzen getirilmeseydi bile “Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik” m. 3/1 hükmündeki tanımda bir kripto varlığın sermaye piyasası aracı olamayacağı yönündeki belirlemeye itibar edilmemesi gerekirdi⁷⁴.

Öte yandan 7518 sayılı kanun, hem söz konusu maddesinde hem de pek çok noktada kripto varlıklarla ilgili düzenlemeleri yapması bakımından Kurul’u yetkili kılmıştır. Örneğin, kripto varlık hizmet sağlayıcılarının da tıpkı aracı kurumlar gibi Kurul denetimi altında olması, yatırımcılar açısından ayrıca güven vesilesi olacaktır. Bu sebeple de Kurul’un bu konuda bir düzenleme yaparak kripto varlıkların bir sermaye piyasası aracı niteliğinde olduğunu tartışmaya mahal vermeyecek şekilde tespit etmesi gerekir. Nitekim bu husus 7518 sayılı kanunla SPKn’na eklenen 35/B maddesiyle de düzenleme altına alınmıştır.

SPKn sistematığında sermaye piyasası araçlarını menkul kıymetler, türev araçlar, yatırım sözleşmeleri ve diğer sermaye piyasası araçları olarak dört grupta incelemek mümkündür⁷⁵. Mevcut durumda kripto varlıkların diğer sermaye piyasası araçları başlığı altında değerlendirilmesi mümkündür. Ancak hukuki belirliliğin sağlanması adına kripto varlıkların yeni bir sermaye piyasası aracı olarak düzenlenmesi daha isabetlidir. Diğer bir deyişle, kanuni düzenleme yapılmalı ve sermaye piyasası araçları beş ana türde şu şekilde incelenmelidir.

⁷³ Kripto paraların sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmemesi gerektiği yönündeki görüş için bkz: Yılmaz (n 12) 89.

⁷⁴ Mezkûr yönetmeliğin normlar hiyerarşisi ilkelerine uyulmadan yayımlanmasından hareketle yöneltilen olumsuz eleştiriler için bkz: Yılmaz (n 12) 35 vd.

⁷⁵ Ali İhsan Karacan ve Esra Erişir Karacan, *Sermaye Piyasası Araçları* (Legal Yayıncılık 2021) 37.

Kripto varlıkların piyasaya sunulması için Türkçe’de kripto varlıkların “teknik belgesi” olarak ifade edilmesi gereken, “*Whitepaper*” adı verilen bir belge dizisine ihtiyaç vardır. Her bir kripto varlık için “*Whitepaper*” sunulması MiCA’nın muhtelif hükümlerinde (m. 6 vd.; m. 19 vd.; 51 vd.) zorunlu tutulmuştur (NFT’ler MiCA düzenlemesi dışında tutulduğundan, MiCA uygulama bölgesinde NFT’ler açısından “*Whitepaper*” hazırlanması zorunlu değildir.). Ancak 7518 sayılı kanunun bir eksikliği olarak telakki edilebilecek şekilde kripto varlıklar için bir “*Whitepaper*” bulunması yönünde zorunluluk getirilmemiştir. Fakat uygulamadaki kripto varlıklar incelendiğinde “*Whitepaper*”a sahip olmayan bir kripto varlığa da rastlanamamıştır⁷⁶. Öte yandan kripto varlıkların piyasaya sunulması sermaye piyasası araçlarının halka arz edilmesi ile benzer bir süreçtir. Keza “*Whitepaper*” adı verilen belgeler içerik ve kapsam olarak sermaye piyasası araçlarının halka arzında bir zorunluluk olarak hazırlanan “*İzahname*” adı verilen metinlerle benzerdir. Bu benzerlikler de kripto varlıkların hukuki nitelik olarak sermaye piyasası aracı olmasını gerektirmektedir.

Kripto varlıkların hukuki niteliğini sermaye piyasası aracı olarak kabul etmek, kripto varlıklarla diğer sermaye piyasası araçları arasında bir korelasyon meydana getirip, kripto varlıklarla ilgili herhangi bir uyuşmazlıkta uygulanacak hukuk kuralının tespit edilememesi durumunda sermaye piyasası araçlarıyla ilgili hükümlerin uygulanabilmesine zemin hazırlayacaktır⁷⁷. Bu husus kripto varlıkların sermaye piyasası aracı olarak kabul edilmesini imkan tanımaktadır. Belirsizliklere mahal vermemek adına bir an önce Kurul ilgili düzenlemeleri yapmalıdır.

F. Kripto Varlıkların Menkul Kıymet Niteliği

Menkul kıymet kavramı kelime manası olarak taşınabilen değerleri ifade etmektedir⁷⁸. Her ne kadar “*Kısaltmalar ve tanımlar*” başlıklı SPKn m. 3/1-o hükmünde yer almış olsa da bu tanım yeterli değildir. Zira kanuni tanımda nele-

⁷⁶ Kripto varlıklar bakımından Whitepaper uygulamasının gerekli görüldüğü ifadeler için bkz: <<https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/tr/pdf/2024/01/Kripto-Varliklara-iliskin-Duzenlemeler.pdf>> 10 Erişim Tarihi 04.08.2024; Turgay Yavuzarslan ve Ganite Kurt, ‘Kripto Varlık Arzıyla (ICO) İşletme Finansmanı ve Risklerinin Değerlendirilmesi’ (2021) 23 (2) Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi 222, 230. İlk Whitepaper olan Bitcoin Whitepaper’ı için bkz: <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>> Erişim Tarihi 04.08.2024.

⁷⁷ Yılmaz (n 12) 62.

⁷⁸ Göktürk (n 69) 30.

rin menkul kıymet olduğunu sayma yoluna gidilmiştir⁷⁹. Menkul kıymet, sermaye piyasasında ihraççıların parasal ihtiyaçlarının karşılanması, yatırım, değer muhafazası gibi amaçlarla ihraç edilen finansal varlık olarak tanımlanabilir⁸⁰. Şirket pay senetleri, paylara ilişkin depo sertifikaları, tahviller ve bonolar menkul kıymetlerin bilinen örnekleridir. Ancak para, çek, poliçe ve bononun menkul kıymet niteliği taşımadığı da SPKn m. 3/1-o hükmünde belirtilmiştir.

7518 sayılı kanun kapsamında kripto varlıkların menkul kıymet niteliği taşıyıp taşımadıklarına ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir. Buna karşın ABD Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu (Securities and Exchange Commission - SEC) tarafından kripto varlıklar menkul kıymet kavramı içinde değerlendirilmiştir⁸¹.

Alman hukuk sisteminde 2021 yılında yürürlüğe giren Elektronik Kıymetli Evrak Kanunu'nun (Elektronische Wertpapiere (eWpG)) 16 vd. paragraflarında, isabetli bir şekilde, kripto varlıkların elektronik menkul kıymet olarak da arz edilebilecekleri düzenlenmiştir. Bu şekilde piyasaya sunulabilecek olan kripto varlıklara "kripto menkul kıymetler" adı verilmektedir. Kripto menkul kıymetlerin ise kripto kıymetli evrak siciline kaydedilmesi yönünde bir zorunluluk bulunmaktadır (eWpG m. 16/1). Alman kanun koyucunun kripto varlıklarla ilgili yaklaşımı, bunları yasaklamak yerine hukuk sistemine mümkün olduğunca entegre etmektir. 7518 sayılı kanunla SPKn'na eklenen hükümlerden hareketle Türk kanun koyucusunun da benzer bir yaklaşımı olduğu söylenebilir; fakat kanaatimizce kanuni düzenleme bu yaklaşımı yansıtmamaktadır.

Birleşik Krallık'ta ise 2018 yılında oluşturulan Kripto Varlıklar Görev Gücü (CATF) tarafından oluşturulan nihai raporda, menkul kıymet tokenlerinin tanımı yapılarak bunların nakit veya finansal varlık alma hakkı, oy kullanma hakkı gibi haklar veren ve değeri işletmenin başarısına bağlı olarak belirlenen, bunlara ek olarak sahiplik, paranın belirli bir miktarının geri ödenmesi veya gelecekteki kârlardan pay alma gibi haklar sağlayabilen değerler olduğu ifade edilmiştir⁸². Birleşik Krallık'ta ayrıca FCA 19/22 Sayılı Kılavuz'da, Appendix 1, Perimeter Guidance bölümünün 66. maddesinde menkul kıymet tokenleri düzenlenmiştir. Anılan metinde önce menkul kıymet kavramı ile ilgili bilgi verilerek menkul

⁷⁹ Karacan ve Karacan (n 74) 60.

⁸⁰ Patz (n 22) 727.

⁸¹ <<https://www.sec.gov/securities-topics/crypto-assets>> Erişim Tarihi 06.08.2024.

⁸² <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5bd6d6f0e5274a6e11247059/cryptoassets_taskforce_final_report_final_web.pdf> Erişim Tarihi 06.08.2024.

kıymet tokenlerine de atıf yapılmıştır. Buna göre menkul kıymet; bir işletmedeki ortaklık pozisyonu, bir işletmeyle alacaklılık ilişkisi veya diğer mülkiyet veya kâr hakları gibi değerleri gösteren bir aracın (yani yazılı olsun ya da olmasın bir kaydı) ifade edilmesi için geniş anlamda kullanılır. Menkul kıymet tokenleri ise geleneksel menkul kıymetlerle ilişkili belirli haklar sağladıkları için FCA 19/22 Sayılı Kılavuz kapsamında menkul kıymet olarak kabul edilmiştir.

Bu hususta Türk hukuku bakımından bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Menkul kıymet kavramı, sermaye piyasası araçlarından biridir. Diğer bir deyişle, menkul kıymet kavramı bir sermaye piyasası aracıdır ve SPKn m. 3/1-ş hükmünden anlaşılacağı üzere menkul kıymetlerden başka türev araçlar, yatırım sözleşmeleri gibi sermaye piyasası araçları da vardır. Kanuni düzenlemelerden hareketle, kripto varlıkların menkul kıymet niteliğinde kabul edilmesi için herhangi bir gerekçe bulunmamaktadır⁸³.

Menkul kıymetler fiziki olarak alınıp satılma imkanının yanı sıra, gelişen teknolojiyle paralel bir şekilde kaydi sistemde gün geçtikçe daha çok işlem görmektedir⁸⁴. Kaydi sistemde işlem gören menkul kıymetlerin bir gün yeniden fiziki ortama aktarılması mümkündür. Örneğin halka açık anonim şirketlerin payları kayden izlenirken payların borsa kotasyonundan çıkması durumunda paylar fiziki olarak pay senetlerine basılabilirler. Fiziki olarak da sunulabilme özelliği kripto varlıklarda bulunmamaktadır. Zira kripto varlıklar tamamen dijital yollarla üretilip dağıtımı yapılan ve tüm tanımlarda yer aldığı üzere gayri maddi varlık taşıyan değerlerdir. Bu nedenle kripto varlıkların fiziki/cismani olarak sunulması söz konusu olamaz⁸⁵. Bunun sonucunda da kripto varlıkların menkul kıymet kavramı içerisinde değerlendirilmesi söz konusu olmamalıdır⁸⁶.

Tüm bu çıkarımlara rağmen gelecekte kanun koyucu tarafından kripto varlıkların hukuki niteliğinin menkul kıymet olarak belirlenmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır⁸⁷. Mülga Sermaye Piyasası Kanunu⁸⁸ m. 3/b hükmünde

⁸³ Turanboy (n 37) 54.

⁸⁴ Çağlar Manavgat, 'Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10/A Maddesi Hükmüne Göre Kaydi Sistemin Esasları' (2001) 50 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 159, 159-160.

⁸⁵ <<https://www.occ.gov/topics/charters-and-licensing/interpretations-and-actions/2020/int1170.pdf>> Erişim Tarihi 06.08.2024.

⁸⁶ Turanboy (n 37) 54; Erkan Kızıl, 'Türkiye'de Kripto Paranın Vergilendirilmesi ve Muhasebeleştirilmesi' (2019) 29 (155) Mali Çözüm Dergisi 179, 186.

⁸⁷ Menkul kıymet kavramının kanunda sayılanlarla sınırlı olmadığı, bu kavram içine başka değerlerin de dahil edilebileceği yönünde bkz: Karacan ve Karacan (n 74) 60.

menkul kıymet kavramı tanımlanmışken; yürürlükte olan 6362 sayılı SPKn’nda menkul kıymet kavramının tanımı yapılmamış, bunun yerine nelerin menkul kıymet olduğu sayılmıştır. Kanun koyucu SPKn’ndaki tutumunu devam ettirip, bir kanun değişikliği ile menkul kıymet olarak sayılan değerler arasına kripto varlıkları eklerse, kripto varlıkların menkul kıymet niteliği taşıdıkları çıkarımında bulunulabilir⁸⁹. Fakat şu husus da belirtilmelidir ki; böyle bir olası belirleme hukuka ve yerleşmiş menkul kıymet kavramının ruhuna ve hukuka uygun olmayacaktır.

G. Kripto Varlıkların Hukuki Niteliği ile İlgili Görüşümüz

Kripto varlıkların hukuki nitelikleri ile ilgili olarak bir netlik bulunmamaktadır. Bunun nedenlerinden birisi, kripto varlık kavramının kapsayıcı bir kavram olması ve kripto varlık türlerinden her birinin farklı bir nitelik taşıyabilecek potansiyele sahip olmasıdır. Netice olarak kripto varlık türlerinin hukuki niteliğinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

Günümüzde geline nokta itibariyle kripto varlıkların ödeme aracı ve değişim aracı niteliği taşıdığını kabul etmek gerekir⁹⁰. Zira pek çok işlemde kripto varlıklarla ödeme yapıldığı ya da bir mal veya hizmet karşılığında varlığın transfer edildiği gözlemlenmektedir⁹¹. Benzer şekilde, insanların kripto varlıkları bir yatırım enstrümanı olarak görmeleri ve yatırımlarını kripto varlıklara yöneltmeleri nedeniyle, kripto varlıkların yatırım aracı olma niteliği de bulunmaktadır.

Öte yandan kanaatimizce mevcut düzenlemeler ışığında kripto varlıkların hukuki niteliğine en uygun düşen, sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmesidir. Zira ülkemizde kripto varlıklarla ilgili neredeyse tüm düzenlemeler ve izinler Kurul tarafından verilmektedir. Örneğin kripto varlık hizmet sağlayıcılarının da Kurul’dan alacakları izin ile faaliyete başlamaları gerektiği 7518 sayılı kanunun 3. maddesi ile SPKn’na eklenen 35/B maddesinde hükme bağlanmıştır. Bu yönde kanuni düzenlemenin yapılması gerekir.

⁸⁸ Sermaye Piyasası Kanunu (Mülga), Kanun Numarası: 2499, Kabul Tarihi: 28.07.1981, RG 30.07.1981/17416.

⁸⁹ Benzer yönde bir görüş için bkz: Balıkcı (n 38) 285-286.

⁹⁰ Turanboy (n 37) 49; Alpago (n 44) 416; Yılmaz (n 12) 49; Schlund and Pongratz (n 8) 600.

⁹¹ <<https://coinmarketcap.com/community/articles/668fbd655a5bb40aa45620e4/>> Erişim Tarihi 11.07.2024.

V. Kripto Varlıklarla İlgili Hukuki İşlemler

A. Genel Hukuki İşlemler

Tanımında da yer alan bir ifade olmak üzere, kripto varlıklar gayri maddi varlıklardır. Diğer bir deyişle kripto varlıklar cismani nitelik taşımazlar. Ancak bu nitelik, kripto varlıklar üzerinde hukuki işlem tesis edilmesine engel değildir⁹². Zira Kanun'daki tanımda da yer verildiği üzere, kripto varlıklar bir değer veya hak ifade ederler.

Kripto varlıkların hukuki işlemlere konu olabilmeleri, her şeyden önce 7518 sayılı kanunun 1. maddesiyle SPKn m. 3 hükmüne eklenen tanımlardan Platform kavramının tanımından çıkarılabilmektedir. Söz konusu tanımda kripto varlıkların konu edildiği alım satım, ilk satış, dağıtım, takas, transfer ve saklama gibi işlemlerden bahsedilmektedir. Öte yandan 7518 sayılı kanun m. 3 hükmüyle SPKn'na eklenen 35/B maddesinde rehin ve 7518 sayılı kanun m. 9 hükmüyle SPKn'na eklenen 99/B maddesinde haciz işlemlerinden bahsedilmektedir. Tüm bu düzenlemelerden çıkarılacak neticeye göre kripto varlıklar ilk satış, alım satım, dağıtım, takas, transfer, saklama, rehin, haciz gibi hukuki işlemlere konu edilebilirler⁹³. Ayrıca her ne kadar 7518 sayılı kanunda ve SPKn'da yer almasa bile kripto varlıkların intifa hakkına konu edilebilmeleri, şirket sermayesi olarak getirilebilmeleri ve mirasçılara da geçebilmesi gerekmektedir.

Kripto varlıkların ilk satış işlemine konu olmaları sermaye piyasası araçlarının ihracı işlemi ile benzerdir. Nitekim 7518 sayılı kanunun 2. maddesi ile SPKn m. 13/1 hükmüne eklenen cümlelerde sermaye piyasası araçlarının kripto varlık olarak ihraç edilmesinden bahsedilmiştir. Kripto varlıkların ilk satışı veya ihracı, kripto varlıkları meydana getirenlerin bu varlıkları piyasaya sürmesi işlemidir. Bu bakımdan kripto varlıkların ihracı ile sermaye piyasası araçlarının ihracı arasında temelde bir ayırım gözetilmemelidir. Ancak burada göz ardı edilmemesi gereken husus, kripto varlıkların merkeziyetsiz yapılarının korunması ve devam ettirilmesi gerekliliğidir. Diğer bir deyişle kripto varlıkların ihracı, sermaye piyasası araçlarının ihracında olduğu gibi ihraççıların sorumluluğunu kanaatimizce devam ettirmelidir; fakat kripto varlıkların merkeziyetsizlik özelliklerine halel

⁹² Aymaz (n 38) 1638; Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Eşya Hukuku* (Beta Yayınevi 2018) 25.

⁹³ 7518 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde kripto varlıkların haczedilip haczedilemeyecekleri hususundaki belirsizlik artık ortadan kalkmıştır. Kripto paraların haczedilmesi usulü ile ilgili detaylı bilgi için bkz: Aymaz (n 38) 1664 vd; Kütük and Sorge (n 8) 643.

getirilmemelidir. Merkeziyetsiz olmalarından hareketle, kripto varlıkları piyasa ilk sunanların kimliği pek çok kez bilinemez⁹⁴. Bu nedenle de sermaye piyasası araçlarının ihracı ile kripto varlıkların ihracı arasında farklılıkların bulunması da kaçınılmazdır.

Kripto varlıklara tedbir konulması ve kripto varlıkların haczedilmesi işlemleri hizmet sağlayıcılar tarafından yerine getirilmelidir. Bu husus 7518 sayılı kanunun 9. maddesi ile SPKn'na eklenen 99/B maddesinin 7. fıkrasında şu şekilde ifade edilmiştir: *“Müşterilere ait nakit ve kripto varlıklara ilişkin tedbir, haciz ve benzeri her türlü idari ve adli talepler münhasıran kripto varlık hizmet sağlayıcıları tarafından yerine getirilir...”* Kripto varlıkların haczi ve tedbir işlemleri, icra ve iflâs hukuku açısından önemli ve güncel bir konudur. Borçlunun kripto varlık hizmet sağlayıcıları nezdindeki kripto varlıklarının haczi, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun (İİK) 89. maddesi kapsamında değerlendirilmelidir. Bu süreçte hizmet sağlayıcıların önemli sorumlulukları bulunmaktadır. ACAR'ın da belirtildiği üzere, mevzuatımızda bu konuda net bir düzenleme bulunmamakla birlikte, uygulamada İİK m. 89 hükümleri uygulanmalıdır⁹⁵. Öte yandan Kripto varlıkların haczi sürecinde, bu varlıkların değerinin tespiti de büyük önem taşır. KAYA'nın da haklı olarak vurguladığı gibi, kripto paraların piyasa değerlerindeki yüksek dalgalanmalar, kıymet takdiri süreçlerinde dikkate alınmalıdır⁹⁶. Bu nedenle, hizmet sağlayıcılar, haciz işlemleri sırasında güncel piyasa değerlerini göz önünde bulundurarak kıymet takdiri yapmalı ve bu bilgileri icra daireleriyle paylaşmalıdır. Ayrıca, SPKn m. 99/B/f. 7 hükmünde atıf yapılan İİK m. 78 hükmü gereğince, kesinleşen takip sonucunda alacaklının, borçlunun mal, hak veya alacaklarını Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) üzerinden sorgulaması mümkün olacaktır. Ancak, mevcut durumda UYAP sisteminde kripto varlıkların sorgulanmasına ilişkin bir mekanizma bulunmamaktadır. Dolayısıyla, sistemin güncellenerek kripto varlıkların sorgulanmasına imkan tanıyacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, bu eksiklik, icra dairesinin borçlunun kripto varlıklarının haczi için doğrudan kripto varlık hizmet sağlayıcılarına müzekkere yazmasına engel teşkil etmemektedir.

⁹⁴ FCA 19/22 Sayılı Kılavuz, Appendix 1, Perimeter Guidance-21.

⁹⁵ Ayşe Ece Acar, 'Kripto Varlık Hizmet Sağlayıcıları Yedindeki Kripto Paraların İcra ve İflas Kanunu m. 89 Hükmü Kapsamında Haczi ve Paraya Çevrilmesi' (2023) 19 (55) Medenî Usûl ve İcra - İflâs Hukuku Dergisi 419 vd.

⁹⁶ Serkan Kaya, 'İcra-İflâs Hukuku Kapsamında Kripto Varlıkların Kıymet Takdiri' (2024) 14 (2) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1091, 1113.

Kripto varlıklar üzerinde ilk satış işlemi tesis edildikten sonra malikleri tarafından bir başkasına devredilebilirler⁹⁷. Bu da kripto varlıkların alım satım işlemine konu edilebileceği anlamına gelir. Benzer şekilde kripto varlıklar üzerinde rehin ve intifa hakkı kurulması mümkün olmalıdır. Zira TMK m. 794/1 kapsamında haklar üzerinde intifa hakkı ve TMK m. 955/3 kapsamında hak rehni kurulabilmesi mümkündür. Tıpkı haciz işlemindeki gibi rehin ve/veya intifa işleminin de kripto varlık hizmet sağlayıcıları tarafından yerine getirilmeleri gerekir.

Kripto varlıkların takas işlemine konu edilmeleri de mümkün olmalıdır. Takas, özdeş ve muaccel edimlerin birbirleri ile mahsup edilmesi şeklinde gerçekleşen ve tek taraflı irade beyanı ile hüküm ve sonuç doğuran bir işlemdir (TBK m. 139). Kripto varlıklar bakımından önem arz eden nokta, sadece aynı tür kripto varlıkların mı takas edilebilecekleri, yoksa kripto varlık olmalarının yeterli olması ve farklı türdeki kripto varlıkların da takas edilebilecek olmaları bakımındandır. Kanaatimizce takasa konu olabilecek değerlerin her ikisinin de kripto varlık olması yeterli olup bunların aynı türden olmaları aranmamalıdır. Takasa konu olarak iki değer de kripto varlık niteliğinde olmaları Kanun'da aranan özdeşlik şartının yerine getirilmesi açısından yeterli kabul edilmelidir. Örneğin Bitcoin ile bir token takas edilebilmelidir.

Kripto varlıklar murisin terekesine dahil edilmeli ve mirasçılara da geçebilmelidir. Hatta bu konu Yargı kararlarına da konu olmuştur. Örnek olarak Antalya Bölge Adliye Mahkemesi'nde verilen bir kararda, kripto paralar ile ilgili yapılan bir değerlendirmede isabetli bir şekilde “*dijital malvarlığı*” niteliğinde oldukları ifade edilerek bunların terekeye dahil edilmesi ve mirasçılara intikal etmesi gerektiğine karar verilmiştir⁹⁸.

B. Kripto Varlıkların Saklanması

Kripto varlıkların saklanması müstakil bir süreç gerektirmektedir. 7518 sayılı kanunla SPKn'na eklenen m. 3/1-çç hükmünde saklama hizmeti şu şekilde ifade edilmiştir: “*Platform müşterilerinin kripto varlıklarının veya bu varlıklara ilişkin cüzdandan transfer hakkı sağlayan özel anahtarların saklanması, yönetimini veya Kurulca belirlenecek diğer saklama hizmetlerini... ifade eder.*” Aynı maddenin (dd) bendine göre ise saklama işlemini platformlar yerine getirir⁹⁹.

⁹⁷ FCA 19/22 Sayılı Kılavuz, Appendix 1, Perimeter Guidance-68.

⁹⁸ Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi, 1149/905, 13.11.2020 <www.legalbank.net> Erişim Tarihi 09.08.2024.

⁹⁹ Platformlarla ilgili olarak detaylı bilgi ileride VI, B başlığı altına verilecektir.

Saklama hizmeti esasen fiziki olarak icra edilen bir faaliyettir ve sermaye piyasasında da sıkça başvurulanan bir işlemdir. Sermaye piyasası araçları bakımından saklama hizmeti uzun yıllardır sağlanan bir hizmettir. Saklama hizmetinin esasları SPKn m. 56 hükmünde ve Portföy Saklama Hizmetine ve Bu Hizmette Bulunacak Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliği'nde¹⁰⁰ detaylı olarak düzenlenmiştir. Söz konusu tebliğin 4. maddesinin 1. fıkrasında saklama hizmeti şu şekilde tanımlanmaktadır: “...Portföy saklama hizmeti, kolektif yatırım kuruluşlarına ait finansal varlıkların saklanması ve/veya kayıtların tutulması, diğer varlıkların aidiyetinin doğrulanması ve takibi, kayıtlarının tutulması, varlık ve nakit hareketlerine ilişkin işlemlerin yerine getirilmesinin kontrolü ile bu Tebliğde belirtilen diğer görevlerin yerine getirilmesidir.”

7518 sayılı kanunda kripto varlıkların saklanmasıyla ilişkin olarak, finansal varlıkların saklanması hizmetinden farklı bir düzen getirilmemiştir. Yatırım portföyleri bakımından saklama işlemi finansal varlıkların kayıtlarının tutulması ve takibinin yapılması gibi işlemleri esas alır (SPKn m. 35/C/f. 5)¹⁰¹. Bu kriterler kripto varlıklar bakımından da kabul edilmeli ve kripto varlık platformlarına yüklenen saklama hizmeti içerisinde aynı işlemlerin gerçekleştirilmesi şeklinde icra edilmelidir.

Saklama hizmeti bakımından kripto varlıklara özgü olan hizmet, kripto varlıkların cüzdanlarının oluşturulması, idaresi ve cüzdanın muhafaza edilmesidir¹⁰². Cüzdanın muhafaza edilmesinden, cüzdan sahibinin talebi halinde fiziki cüzdanların zilyetliğinin elde tutulması, elektronik/sanal cüzdanların ise yazılımlarının elde tutularak erişilebilirliğin mümkün kılınması anlaşılmalıdır. Ayrıca kripto varlıkların idare edilmesi hizmeti hem üçüncü tarafların özel kriptografik anahtarlarının dijital olarak depolanmasının sağlanmasını hem de bu anahtarların depolandığı fiziksel veri taşıyıcılarının (örneğin bir USB belleğin veya bir kağıdın) depolanmasını içerir¹⁰³. Tüm bunlardan hareketle denilebilir ki kripto varlıklar bakımından saklama hizmetinin temelinde şu yatar: Özel kriptografik anahtarın saklanması yoluyla kripto varlık sahibine kriptografik değerlerin merkezi olmayan bir şekilde saklandığı açık adreslere erişim imkanı tanınmasıdır¹⁰⁴.

¹⁰⁰ RG 02.07.2013/28695.

¹⁰¹ <<https://spk.gov.tr/kurumlar/portfoy-saklama-kuruluslari/tanitim-rehberi>> Erişim Tarihi 15.07.2024.

¹⁰² Patz (n 22) 729; Bilgili ve Cengil (n 56) 6.

¹⁰³ Patz (n 22) 729.

¹⁰⁴ ibid 729.

Kripto varlıklarla ilgili saklama hizmeti Kurul'ca yetkilendirilip BDDK tarafından uygun görülen bankalar tarafından veya Kurul tarafından yetkilendirilmiş saklama kuruluşları tarafından yerine getirilebilir (7518 s. K. m. 4/6; SPKn m. 35/C/f. 6). Alman hukukunda müşterilerine saklama hizmeti sunmak isteyen kuruluşlar bunun için ayrı bir lisans (izin) almalıdırlar (KWG m. 1A/6). Benzer şekilde ABD genelinde Para Birimi Denetleme Ofisi (Office of the Comptroller of the Currency - OCC) tarafından alınan kararda bankaların kripto varlıklarla ilgili saklama hizmeti ifa edebilecekleri, bu saklama hizmetinin ise kriptografik anahtarların tutulmasını da kapsayacağı ifade edilmiştir¹⁰⁵. Son olarak İsviçre'de de saklama hizmeti belli bir lisansın alınması şartına bağlanmıştır¹⁰⁶. Benzer şekilde 7518 sayılı kanunla Türkiye'de faaliyet gösteren platformlar için de saklama hizmeti bakımından ayrı bir lisans/izin sistemi öngörülmüştür (7518 s. K. m. 4/6; SPKn m. 35/C/f. 6). Diğer bir deyişle, kripto varlıklarla ilgili faaliyetlerde bulunmak isteyen platformların özel bir yetki almaları durumunda müşterilerine saklama hizmeti de verebileceklerini kabul etmek gerekir. Öte yandan MiCA m. 37/4 hükmünde, kripto varlıkları ihraç edenlerin saklama hizmeti veremeyecekleri düzenlenmiştir. 7518 sayılı kanunda da en azından bu şekilde bir ayırım yapılmalıydı.

Saklama hizmetinin bankalar nezdinde yapılması durumunda bu kapsamdaki kripto varlıkların ve müşterilere ait nakitlerin 5411 sayılı Bankacılık Kanunu (Bank)¹⁰⁷ m. 63'te düzenlenen mevduat ve katılım fonu sigortası hükümlerine tabi olmayacağı SPKn m. 35/C/f. 6 düzenlemesinde açıkça ifade edilmiştir. Bank m. 63 hükmünde; sigortalanması öngörülen para, müşteriler ile banka arasında akdedilen mevduat veya katılım sözleşmesi çerçevesinde bankaya bırakılan meblağlardır. Kanun koyucu eğer kripto varlıkların ve bu kapsamda bankada tutulan paraların da sigortalanmasını arzu etseydi bunu yapabilirdi. Mevcut durum, bankalarda tutulan kripto varlıkların ve müşterilere ait paraların, mevduattan ve katılım fonundan ayrı olarak ele alınması yönündedir. Bankalarca saklanan kripto varlıkların ve bu kapsamda müşterilere ait nakitlerin mevduat ve katılım sigortasına benzer şekilde sigortalanmayacak olması kanaatimizce

¹⁰⁵ <<https://www.occ.gov/topics/charters-and-licensing/interpretations-and-actions/2020/int1170.pdf>> Erişim Tarihi 06.08.2024.

¹⁰⁶ <https://www.finma.ch/en/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/faktenblaetter/faktenblatt-kryptobasierte-vermoegenswerte.pdf?sc_lang=en&hash=C301BDEC9A7DED4EF2E23634B86F8FEF> Erişim Tarihi 06.08.2024.

¹⁰⁷ Bankacılık Kanunu, Kanun Numarası: 5411, Kabul Tarihi: 19.10.2005, RG 01.11.2005/725983.

yerinde değildir. Zira kripto varlık yatırımcısının da mevduat ve katılım fonu sigortasına benzer bir güvence ile teminat altına alınması, kuşkusuz yatırımcılar için kripto varlıklara duyulan ilgiyi artırır. Kanun koyucu kripto varlıkların zaten merkeziyetsiz olan yapısını mümkün mertebe güvenilir bir yatırım aracı haline getirmeyi amaçlamalıydı¹⁰⁸. Kanun'un bu haliyle kripto varlıklar ne serbest bırakılmış ne de sınırlı da olsa bir güvence altına alınmıştır.

C. Kripto Varlıkların Şirket Sermayesi Olarak Getirilmesi

Kripto varlıklar bir şirkete sermaye olarak da getirilebilir. TTK m. 127 hükmünde sermaye olarak getirilebilecek değerler sayılırken ilgili maddenin 1. fıkrasının (j) bendinde *“Devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer...”*in şirket sermayesi olarak getirilebileceği açıkça ifade edilmiştir. Buradan hareketle kripto varlıkların da tartışmaya yer bırakmayacak şekilde sermaye olarak getirilebileceği kabul edilmelidir¹⁰⁹.

Öte yandan kripto varlıkların nakdi sermaye niteliğinde mi yoksa aynı sermaye niteliğinde mi olacağının da ayrıca tespit edilmesi gerekir. Nakdi sermaye ve aynı sermaye ayrımı, şirketlerin sermaye yapısını düzenleyen hukuki ve ekonomik ilkeler çerçevesinde şekillenir. Bu ayrımın temel dayanağı, sermayenin şirketin faaliyetlerini sürdürebilmesi için gereken finansal kaynağı nasıl sağladığını ve bu kaynağın şirkete nasıl aktarıldığını belirlemektir. Nakdi sermaye, pay sahipleri tarafından şirkete doğrudan para olarak sağlanan sermayedir. Nakdi sermaye, şirketin finansal kaynak ihtiyacını karşılamak için en likit ve doğrudan harcanabilir varlık olarak kabul edilir. Paranın bir değişim aracı olması ve ekonomik değerinin sabit bir ölçü birimi ile ifade edilebilmesi nedeniyle nakdi sermaye, muhasebe kayıtlarına kolayca işlenebilir ve şirketin özkaynak yapısının güvenilirliğini artırır. Aynı sermaye ise nakit dışındaki ekonomik değere sahip varlıkların şirkete sermaye olarak konulmasıdır. Bu varlıklar arasında taşınmazlar, makineler, patentler, fikri mülkiyet hakları, alacak hakları ve menkul kıymetler yer alabilir. Aynı sermayenin temel mantığı, bir varlığın şirkete doğrudan ekonomik fayda sağlayarak, parasal katkıya eşdeğer bir şekilde işletmenin faaliyetlerine katkıda bulunmasıdır. Özellikle aynı sermaye olarak şirkete getirilen varlıkların devredilebilir olup olmadığı, üçüncü kişilere karşı herhangi bir

¹⁰⁸ Alman hukuk sisteminde kripto varlıklar diğer niteliklerinin yanı sıra yatırım aracı olarak kabul edilmiş, hatta müstakil bir yatırım aracı olarak kripto menkul kıymetlerle ilgili düzenleme yapılmıştır [eWpG m. 16 vd.; Patz (n 22) 728 vd]

¹⁰⁹ Bilgili ve Cengil (n 56) 8.

sınırlamaya tabi olup olmadığı gibi hususlar büyük önem taşır. Aynı sermayenin değerlendirilmesi ve tescili zorunluluğu, bu riskleri en aza indirmek için oluşturulmuş bir mekanizmadır.

Özellikle kripto para adı verilen kripto varlıkların para olarak değerlendirilmesi neticesinde bunların şirket sermayesi olarak getirilmeleri ihtimalinde nakdi sermaye olarak kabul edileceği fikri akıllara gelebilir. Kripto varlıkların hukuki niteliği ile ilgili açıklamalar yapılırken bunların para niteliğinde olmadıkları, kripto varlıkları yasal para birimi olarak kabul eden ülkeler açısından para niteliği taşımaları gerektiği ifade edilmişti¹¹⁰. Aynı ifadelerden hareketle şu çıkarım yapılmalıdır: Sadece kripto paraların hukuki nitelik bakımından para olarak kabul edilmesi durumunda bunların şirket sermayesi olarak getirilmeleri nakdi sermaye olarak kabul edilebilir. Bunun dışındaki ihtimallerde ise kripto paralar olsa olsa sermaye piyasası aracı ya da bir yatırım enstrümanı olarak kabul edilebilirler, ki bu durumda da şirkete nakdi sermaye olarak getirilemezler; ancak aynı sermaye olarak getirilmiş olurlar¹¹¹.

Kripto para dışındaki kripto varlıklar bakımından ise değerlendirme kanaatimizce daha nettir. Zira kripto para dışındaki kripto varlıkların hukuki niteliklerinin para olması söz konusu değildir. Bu nedenle söz konusu varlıkların şirket sermayesi olarak getirilmeleri, ancak aynı sermaye olarak kabul edilmeleri halinde mümkün olur. Bunun için hukuki altyapının netleşmesi, değerlendirme mekanizmalarının belirlenmesi ve ticaret sicil müdürlükleri ile düzenleyici kurumların kripto varlıkları sermaye olarak tanıma konusundaki yaklaşımlarını kesinleştirmesi gerekmektedir.

VI. Kripto Varlık Hizmet Sağlayıcıları ve Platformları

A. Kripto Varlık Hizmet Sağlayıcıları

Kripto varlık hizmet sağlayıcısı kavramı 7518 sayılı kanunla SPKn m. 3 hükmüne eklenen tanımlarda, (cc) bendinde yer almıştır: *“Platformları, kripto varlık saklama hizmeti sağlayan kuruluşları ve bu Kanuna dayanılarak yapılacak düzenlemelerde kripto varlıkların ilk satış ya da dağıtımı dâhil olmak üzere kripto varlıklarla ilgili olarak hizmet sağlamak üzere belirlenmiş diğer kuruluşları... ifade eder.”*

¹¹⁰ Bkz: III, B başlığı altındaki açıklamalar.

¹¹¹ Bilgili ve Cengil (n 56) 8.

Hizmet sağlayıcıları için 7518 sayılı kanunla SPKn'na yeni 35/B maddesi eklenmiştir. Anılan maddede hizmet sağlayıcılarının kurulabilmeleri ve faaliyete başlayabilmeleri için Kurul'dan izin alınması gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca hizmet sağlayıcıları münhasıran Kurulca belirlenecek faaliyetleri yerine getirirler. Kurul, bu konuda izin verme konusunda ülkemizdeki yetkili makamdır.

Kurul 05.08.2024 tarihinde kripto varlık hizmet sağlayıcılar ile ilgili bir duyuru yayımlamıştır¹¹². Bu duyuruda SPKn m. 35/B hükmünden kaynaklı yetkisini kullanarak kripto varlık hizmet sağlayıcısı olarak faaliyette bulunacakların bir listesi yer almıştır. Öte yandan, aranan şartları yerine getiremediği için tasfiye edilen kuruluşların listesi de aynı duyuruda yer almıştır. Duyurunun devamında ise bazı eksiklikleri bulunanların bu eksiklikleri tamamlamaları halinde faaliyette bulunanlar listesine alınacakları da ifade edilmiştir. Son olarak ise faaliyette bulunanlar listesinde yer alan hizmet sağlayıcıların bu listede yer almalarının, Kurul tarafından yetkilendirildikleri anlamına gelmediği ifade edilmiştir.

Kripto varlık hizmet sağlayıcılarına verilecek izin bakımından yetkili makamın Kurul olması kanaatimizce de yerinde olmuştur. Zira 7518 sayılı kanunla getirilen düzende kripto varlıklar bakımından merkezde “*sermaye piyasası araçlarına özgü haklar sağlayan kripto varlıklar*” yer almaktadır. Diğer bir deyişle kanun koyucunun gayesi kripto varlıklara sermaye piyasası araçlarına özgü haklar sağlamaktır. Düzenlemeyi bu şekilde yaparak kanun koyucu kripto varlıkları sermaye piyasası araçlarına yaklaştırmak ve sermaye piyasası araçlarına özgü bazı kurallara tabi kılmak istemektedir. Bu nedenle izin verme konusunda yetkili makamın sermaye piyasası araçları hususunda da yetkili olan Kurul olması son derece isabetli olmuştur.

Kripto varlık hizmet sağlayıcılarının tüzel kişi veya diğer teşebbüs niteliğinde olmaları gerektiği MiCA m. 3/15 ve 59/1 hükümlerinde açıkça ifade edilmiştir. Buradan hareketle MiCA kapsamında faaliyet gösteren kripto varlık hizmet sağlayıcılarının tüzel kişilik çatısı altında faaliyet gösterebilecekleri gibi tüzel kişiliği haiz olmayan bir ticari işletme ya da adi ortaklık çatısı altında da faaliyet icra edebilecekleri sonucu çıkarılabilmelidir. 7518 sayılı kanunla düzenlenen kripto varlık hizmet sağlayıcıları bakımından ise sadece “*kuruluş*” oldukları belirtilmiş, tüzel kişilik taşımalarının gerekip gerekmediğine ilişkin bir bilgi verilmemiştir. Söz konusu durum 7518 sayılı kanun bakımından bir eksikliktir. De-

¹¹² Duyurunun tam metni için bkz: <https://spk.gov.tr/duyurular/basin-duyurulari/2024/kripto-varlik-hizmet-saglayicilara-iliskin-duyuru_05082024> Erişim Tarihi 13.08.2024.

vam eden süreçte 08.08.2024 tarihinde yayımlanan Sermaye Piyasası Kurulu Bülteni'nde kripto varlık platformlarıyla ilgili bazı ilke kararları alındığı ilan edilmiştir¹¹³. Söz konusu kararlarda kripto varlık platformlarının anonim şirket şeklinde kurulmaları gerektiği düzenlenmiştir. Nihai olarak, kripto varlık hizmet sağlayıcılarla ilgili olarak SPK tarafından iki farklı tebliğ çıkarılmıştır. Bu tebliğlerden ilki Kripto Varlık Hizmet Sağlayıcıların Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Tebliğ (III-35/B.1) (Kuruluş Tebliği)¹¹⁴; ikincisi ise Kripto Varlık Hizmet Sağlayıcıların Çalışma Usul ve Esasları ile Sermaye Yeterliliği Hakkında Tebliğ (III-35/B.2)¹¹⁵ (Çalışma Tebliği)'dir. Her iki tebliğde de kripto varlık hizmet sağlayıcılara ilişkin tanım yapılmıştır. Ancak bu tanımlar SPKn m. 3/1-cc hükmünde yapılan tanımın tekrarı niteliğindedir. Kuruluş Tebliği'nin 5. maddesinde kripto varlık hizmet sağlayıcılarla ilgili kuruluş şartları sayılırken anonim şirket şeklinde örgütlenmiş olmaları gerekliliği ifade edilmiştir.

Kanaatimizce bu düzenlemeler yersizdir. Oldukça hassas bir konuda faaliyet gösterecek olan kripto varlık hizmet sağlayıcılarının tamamının tıpkı bankalar ve sigorta şirketleri¹¹⁶ gibi anonim şirket şeklinde örgütlenmeleri gerekliliği 7518 sayılı kanunda düzenlenmeliydi. Kripto varlık hizmet sağlayıcılarının anonim şirket şeklinde örgütlenmesi zorunluluğunun bir tebliğ yerine doğrudan kanunla düzenlenmesi gerekliliği, hukuki güvenlik ve normlar hiyerarşisi ilkeleri çerçevesinde yorumlanmalıdır. Öncelikle, anonim şirket olarak örgütlenme yükümlülüğü, tüzel kişiliğin yapısına ve dolayısıyla şirketin sorumluluk rejimine, sermaye yapısına ve kurumsal yönetim ilkelerine doğrudan etki eden bir düzenlemedir. Bu türden bir yükümlülük, yalnızca şekli değil, aynı zamanda maddi anlamda da temel hak ve yükümlülük doğuran bir nitelik taşır. Dolayısıyla, bu düzenlemenin tebliğ gibi ikincil bir mevzuatla değil, doğrudan kanunla yapılması, hukukun öngörülebilirliği ve öznelerin hak ve yükümlülüklerini açık biçimde bilme hakkı bakımından bir gerekliliktir. Öte yandan kripto varlık hizmet sağlayıcıları, finansal sistemin bütünlüğünü ve yatırımcı güvenliğini doğrudan etkileyen bir alanda faaliyet göstermektedir. Bankalar ve sigorta şirketlerine benzer şekilde kamu güvenliği açısından kritik bir rol üstlenmektedirler. Bu nedenle, bunların yapısal çerçevesinin, özellikle de anonim şirket gibi sermaye ve dene-

¹¹³ <<https://spk.gov.tr/data/66b51e688f95db021892940c/2024-38.pdf>> Erişim Tarihi 13.08.2024.

¹¹⁴ RG 13.03.2025/32840.

¹¹⁵ RG 13.03.2025/32840.

¹¹⁶ Sigorta şirketlerinin kooperatif şeklinde örgütlenmeleri de mümkündür (6102 sayılı TTK m. 1402).

tim bakımından belirli yükümlülükleri içeren bir formda örgütlenmelerinin, doğrudan kanunla düzenlenmesi, hem sektörün istikrarı hem de düzenleyici çerçevenin meşruiyeti açısından daha isabetli olurdu.

Kripto varlık hizmet sağlayıcılarda kurucu ve ortakların taşımaları gereken şartlar ise Kuruluş Tebliği'nin 6. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca kripto varlık hizmet sağlayıcılarının faaliyette bulunmaları için Kurul'dan faaliyet izni almaları gerekir (Kuruluş Tebliği m. 9). Tebliğde kripto varlık hizmet sağlayıcılarının teşkilat yapıları, organları, denetim esasları, kripto varlıklara yönelik yaptırılması gereken sigortalar, uyulması gereken kurallar gibi meselelere ayrıntılı olarak yer verilmiştir.

Kripto varlık hizmet sağlayıcılarının çalışma ve faaliyet esasları ise Çalışma Tebliği'nde detaylı olarak düzenlenmiştir. Söz konusu tebliğde vurgulanan en önemli husus, kripto varlık hizmet sağlayıcılarının, yürütecekleri hizmet ve faaliyetlerden her biri için Kurul'dan ayrı ayrı izin almaları gerekliliğidir. Bu düzenleme kanaatimizce isabetli olmuştur. Kripto varlık hizmet sağlayıcılarının yürütecekleri her bir hizmet ve faaliyet için ayrı ayrı izin alma zorunluluğu, özellikle bu alanın doğası gereği son derece yerinde ve koruyucu bir yaklaşımdır. Kripto varlık piyasası, geleneksel finansal piyasalara kıyasla hem teknolojik gelişmelere daha açık hem de volatilitesi oldukça yüksek bir yapıya sahiptir. Bu nedenle bu piyasada faaliyet gösterecek kuruluşların, her bir hizmet özelinde denetlenmesi ve değerlendirilmeye tabi tutulması, yalnızca yatırımcıyı koruma açısından değil, sistemin bütününe güven tesis edilmesi bakımından da kritik öneme sahiptir. Her faaliyet alanının kendine özgü riskleri, teknik yeterlilik gereklilikleri ve operasyonel sorumlulukları vardır. Örneğin, kripto varlıkların saklanması hizmeti ile alım-satım platformu işletme faaliyeti aynı düzeyde teknik ve güvenlik altyapısı gerektirmez; benzer şekilde danışmanlık hizmetiyle portföy yönetimi arasında da niteliksel farklılıklar bulunur. Bu farklılıkların göz ardı edilerek tek bir genel izin altında bu hizmetlerin tümünün yürütülmesine izin verilmesi, denetimin yüzeysel kalmasına ve bazı risklerin gözden kaçmasına neden olabilir. Ayrı ayrı izin mekanizması, düzenleyici otoriteye her bir faaliyet türü için daha hedefli ve derinlemesine bir değerlendirme yapma imkânı tanır. Bu sayede, her bir hizmetin sunulması için gerekli olan kurumsal yapı, insan kaynağı, bilgi teknolojileri altyapısı ve iç kontrol mekanizmaları daha etkin biçimde denetlenebilir. Aynı zamanda bu yaklaşım, piyasaya girişte zorlayıcı bir filtre işlevi de görür; yalnızca gerçekten hazırlıklı ve yeterliliği olan kuruluşlar faaliyete geçebilir. Bununla birlikte, yatırımcı açısından da daha şeffaf ve güvenli bir piyasa yapısı oluşur. Yatırımcılar, bir hizmet sağlayıcının yalnızca yetkili

olduğu alanlarda faaliyet gösterdiğini bilerek işlem yapar, böylece yanlış yönlendirilme veya yeterlilik dışı hizmet sunulmasından kaynaklanan zararların önüne geçilir. Nihayetinde, her faaliyet türü için ayrı izin alınması zorunluluğu, bu piyasaya duyulan kamu güveninin inşa edilmesi ve uzun vadeli sürdürülebilirliğin sağlanması adına son derece isabetli ve yerinde bir düzenlemedir.

AB hukuku bakımından ise kripto varlık hizmet sağlayıcılarının yetkilendirilmesi MiCA m. 59 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda hizmet sağlayıcılarının yetki almaları gerekmektedir. MiCA m. 60 hükmünden anlaşılacağı üzere AB sınırları içerisinde kripto varlık hizmet sağlayıcısı olarak faaliyette bulunmak üzere yetki almak isteyen kişiler, bu yetkiyi merkezlerinin bulunduğu AB üyesi ülkedeki yetkili makamlardan almalıdırlar. Bu da her AB üyesi ülkenin hizmet sağlayıcılara yetki verecek makamı belirleme yükümlülüğü olduğu anlamına gelmektedir. Benzer şekilde FCA 19/22 Sayılı Kılavuz'da da kripto varlıklarıyla ilgili faaliyetlerde bulunacakların önceden FCA'dan izin almaları ve FCA'nın gereken denetimi yapacağı ifade edilmiştir¹¹⁷.

B. Kripto Varlık Platformları

Kripto varlık platformları 7518 sayılı kanun 1. maddesiyle SPKn m. 3 hükmüne eklenen (dd) bendinde şu şekilde tanımlanmıştır: *“Platform: Kripto varlık alım satım, ilk satış ya da dağıtım, takas, transfer, bunların gerektirdiği saklama ve belirlenebilecek diğer işlemlerin bir veya daha fazlasının gerçekleştirildiği kuruluşları... ifade eder.”* Kripto varlık platformları pek çok işlemin yapılması bakımından yetkili kılınmışlardır.

Platformlar kripto varlıklarıyla ilgili temel kuruluşlardır. Kripto varlık hizmet sağlayıcılarla ilgili bir önceki başlıkta yer alan tanımdan, platformların da aslında bir kripto varlık hizmet sağlayıcısı olduğu anlaşılmaktadır. Platformlarla aynı düzeyde olmakla birlikte platformlardan başka kripto varlık hizmet sağlayıcıları da bulunmaktadır. Platformlar üzerinden yapılacak işlemlere ilişkin düzenlemeleri yapma yetkisi Kurul'dadır (7518 s. K. m. 3/4; SPKn m. 35/B/f. 4).

Kanun'da kripto varlık platformlarının tüzel kişilik taşımalarının gerekip gerekmediğine yönelik bir bilgi yer almamaktaydı. 08.08.2024 tarihinde yayımlanan Sermaye Piyasası Kurulu Bülteni'nde¹¹⁸ kripto varlık platformlarıyla ilgili

¹¹⁷ FCA 19/22 Sayılı Kılavuz, Appendix 1, Perimeter Guidance-24.

¹¹⁸ <<https://spk.gov.tr/data/66b51e688f95db021892940c/2024-38.pdf>> Erişim Tarihi 13.08.2024.

bazı ilke kararları alınmıştır. Bu ilke kararlarından bir tanesi de kripto varlık platformlarının anonim şirket şeklinde kurulmalarının zorunlu tutulmuş olmasıdır. Mezkûr ilkelerde anonim şirket olarak kurulmaları zorunlu tutulan kripto varlık platformlarının yapılarıyla ilgili olarak pek çok belirleme yapılmıştır. Kripto varlık platformlarının anonim şirket şeklinde örgütlenmeleri yönündeki bir şartın getirilmesi isabetli olmuştur, ancak söz konusu zorunluluğun kanunla getirilmesi kanaatimizce daha uygun olurdu.

Hukuki konum olarak platformlar sermaye piyasası araçlarının alım satımı konusunda yetkili olan aracı kurumlarla eş pozisyonundadır. Platformların faaliyete başlayabilmeleri için Kurul'dan izin almaları gerekir ve platformlar üzerinde, tıpkı aracı kurumlarda olduğu gibi Kurul'un bir denetim yetkisi bulunmaktadır (7518 s. K. m. 4; SPKn m. 35/C).

Kanun koyucu, 7518 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden önce piyasada kripto varlık platformu olarak ortaya çıkan teşkilatlanmış toplulukları yasal düzenleme şemsiyesi altına almıştır. Kanaatimizce bu yöntem eksik olmuştur. Kripto varlık platformları adı ile yeni bir yapı oluşturmaya imkan tanımının yanı sıra, halihazırda kripto varlık platformlarının yapabilecekleri işlemler bakımından bankaların ve/veya aracı kurumların da yetkilendirilmesi daha isabetli olurdu. Bankalar ve aracı kurumlar zaten yıllardır para ve sermaye piyasalarında faaliyet gösteren kadim tüzel kişilerdir. Kripto varlıkların ihracı, dağıtımı, alım satımı gibi işleri de mevcut teşkilatlanmaları sayesinde kolaylıkla icra edebilirlerdi. Alman hukukunda isabetli bir şekilde, bankaların da kripto varlık alım satımına ve kripto varlık saklama hizmeti sunabilmelerine imkan tanınmaktadır (KWG m. 32).

Öte yandan 7518 sayılı kanunun 3. maddesiyle SPKn'na eklenen 35/A maddesinden kripto varlık hizmet sağlayıcılarının Kurul'dan izin alarak faaliyete başlayacakları ifade edilmiş olmasına rağmen bu iznin çerçevesine yönelik bir bilgi verilmemiştir. Örneğin bir kripto varlık platformu sadece alım-satım işlemlerinde faaliyet göstermek isterken diğer bir başkası alım-satım işlemlerinin yanı sıra kripto varlık saklama işlemlerinde de faaliyet göstermek isteyebilir. Kripto varlık platformlarının Kurul'dan genel bir izin almasının yeterli mi olacağı, yoksa icra etmek istediği her bir faaliyet için ayrı ayrı izin almak zorunda mı olacağı Kanun'dan anlaşılamamaktadır. Kanunun yürürlük kazandığı dönemde söz konusu bilginin ikincil düzenlemelerde detaylı bir şekilde izah edilmesi gerektiği düşüncesindeydik. Bu konuda çelişkilerin giderilmesi, Çalışma Tebliği ile sağlanmıştır. Anılan tebliğin 6. maddesinde, faaliyet gösterilmek istenen her bir

alandaki Kurul'dan izin alınması gerekliliği düzenlenmiştir. Mezkûr düzenleme isabetli olmuştur.

Platformların yanı sıra kripto varlıklarla ilgili işlemleri yürütmek isteyen bankaların ve aracı kurumların Kurul'dan ayrıca izin/lisans almaları zorunluluğu getirilebilirdi. Kanaatimizce ileride Kanun'da bir değişiklik yapılarak bu yolun açılması gerekir. Bu sayede platformların yanı sıra işlemlerin zaten teşkilatlanmış yapılara sahip olan bankalar ve aracı kurumlar vasıtasıyla da gerçekleştirilmesi sağlanmış olur.

VII. Kripto Varlık Yatırımcısının Korunması

Kanun çerçevesinde bakılacak olursa kripto varlıklar bakımından yatırımcı, platformların müşterileridir. Öte yandan kripto varlık yatırımcısı kavramı bir kripto varlığa malik olan kişileri ifade etmek için kullanılabilir. Kripto varlık yatırımcısı kavramı kripto varlığa malik olan, kripto varlık üzerinde tasarruf yetkisi olan, kripto varlığı yatırım aracı olarak ya da ödeme aracı olarak mülkiyetinde bulunduran, gerektiğinde satış sözleşmesi ile gerektiğindeyse ödeme aracı olarak kullanmak suretiyle elden çıkarabilen kişileri ifade etmek için kullanılmalıdır¹¹⁹. Kripto varlıkların mülkiyetinin elde edilmesinin akabinde spekülasyon, manipülasyon, kripto varlık hizmet sağlayıcılarından kaynaklanan herhangi bir neden, siber saldırı gibi nedenlerle kripto varlık yatırımcısı zarara uğramış olabilir. Örneğin, platformun alım satım işlemini sağlama konusundaki anlık bir eşgüdüm zafiyeti nedeniyle yatırımcı, planladığı alım veya satım işlemini yapamamış ve maddi bir zarara uğramış olabilir. Bu durumda kripto varlık yatırımcısının uğradığı zararı tazmin edebileceği bir mekanizma olup olmadığının da tespit edilmesi gerekmektedir.

7518 sayılı kanunun 4. maddesi ile SPKn'na eklenen 35/C maddesinin 4. fıkrası şu şekildedir: *“Platformlar ile bunların müşterileri arasındaki ilişkiler ve platformlarda gerçekleştirilen işlemler nedeniyle taraflar arasında oluşan uyuşmazlıklar genel hükümlere tabidir. Platformlara Kurul tarafından faaliyet izni verilmiş olması, işlemlerin kamunun güvencesi altında olduğu anlamına gelmez. Kripto varlıklar bu Kanunun 82 nci maddesinde düzenlenen yatırımcı tazmin hükümlerine tabi değildir.”* Anılan düzenlemeden çıkarılan sonuca göre platformların yaptığı işlemlerden kaynaklı oluşan zararlar bakımından kanun koyucu bir güvence vermemiştir. İşlemlere yönelik kamunun güvencesinin ol-

¹¹⁹ Patz (n 22) 728; Güçlütürk (n 12) 391; Balıkcı (n 38) 285; Yılmaz (n 12) 22; Rotman (n 8) 3.

mayacağı ifadesi Türk hukuk sistemini işaret etmektedir. Türkiye’de ihraç edilmiş ve kripto varlığın yurt dışında faaliyet gösteren bir platformdan satın alındığı ihtimalde, oluşan zararlardan elbette Türk hukuk sistemi kapsamında zarar talep edilemeyecektir. Ancak kripto varlık yatırımcılarının yurt içinde faaliyet gösteren platformlardan kaynaklı zararlardan, SPKn m. 82 vd. hükümlerinde düzenlenen yatırımcıların tazmini imkanlarından faydalandırılması gerekirdi.

Yatırımcıların tazmini, yatırım kuruluşlarının nakit ödeme yükümlülüklerini ve sermaye piyasası araçlarını teslim yükümlülüklerini yerine getiremeyeceklerinin tespit edilmesi durumunda, Kurul’un alacağı bir karara dayanır (SPKn m. 82/1). Yatırımcıların bu kapsamdaki zararları Yatırımcı Tazmin Merkezi tarafından karşılanır (SPKn m. 83). SPKn m. 35/C/f. 4 hükmünde kripto varlıkların yatırımcıların tazmini kapsamı dışında bırakılmasından hem kripto varlık platformlarının SPKn kapsamında bir yatırım kuruluşu olarak tanınmadığı, hem de kripto varlıkların sermaye piyasası aracı olarak kabul edilmediği anlaşılabılır. Bu yaklaşımı doğru bulmamaktayız. Kripto varlıklara malik olup da yatırım yapma gayesi güden gerçek ve tüzel kişilerin yatırımcı olarak kabul edilmesi, kripto varlık yatırımı için altyapıları hazır halde tutan platformların da yatırım kuruluşu olarak kabul edilmesi gerekir. Temelde SPKn kapsamında yatırım kuruluşu olarak kabul edilen kuruluşlar ile yatırım kuruluşu olarak kabul edilmediği dolaylı olarak anlaşılan kripto varlık platformlarının icra ettikleri faaliyetler arasında genel bir farklılık bulunmamaktadır. Bu nedenle kripto varlık platformlarının da yatırım kuruluşu olarak kabul edilmesi ve kripto varlık yatırımcılarının da yatırımcı tazmini imkanlarından yararlandırılmaları gerekirdi.

SPKn’nun temel amaçlarından birisi yatırımcıların korunmasıdır (SPKn m. 1). Kanun koyucu kripto varlıkların hukuki çerçevesi ile ilgili olarak müstakil bir kanun yapmayıp, kripto varlıklarla ilgili olarak SPKn’na eklemeler yapmayı tercih etmiştir. Bu tutum kripto varlıkların da bir sermaye piyasası enstrümanı olarak kabul edilmek istendiği anlamına gelir. Her ne kadar kanun koyucu kripto varlıkların bir sermaye piyasası aracı olduğunu açıkça düzenlememişse de kripto varlıklara yönelik temel kanuni düzenlemenin SPKn olması, kripto varlık yatırımcılarının da bu kanun kapsamında korunmasını beraberinde getirmelidir¹²⁰. Kripto varlıkları ve sermaye piyasası araçlarını aynı kanunda sermaye piyasası araçlarına yatırım yapanları korumak ve kripto varlıklara yatırım yapan-

¹²⁰ Kripto varlıkların hukuki niteliğinin sermaye piyasası aracı olarak değerlendirilmesi gerekliliğine yönelik açıklamalar için bkz: III, E başlığı altındaki açıklamalar.

ları bu korumadan mahrum bırakmak kanaatimizce yerinde değildir. Bu varsayım kanunun bütünlüğüne zarar vermektedir. Bu nedenle kripto varlık yatırımcısının da SPKn m. 82 vd. hükmünün dışında tutulmaması ve yatırımcıların en azından SPKn m. 82 vd. kapsamında korunması gerekirdi.

Sonuç

Kripto varlıkların ortaya çıktığı zamanlardan günümüze kadar pek çok tartışma gündeme gelmiştir. Her ne kadar devletler kripto varlıklarla ilgili düzenleme yapma konusunda çekimser kalsalar da, bireylerin bu varlıklara olan yoğun ilgisi ve ekonomik etkileri nedeniyle mevzuat geliştirme gerekliliğine kayıtsız kalamamışlardır. Türk kanun koyucusu da benzer şekilde hareket etmiş; önce sessiz kalmış, sonrasında ABD ve AB düzenlemelerine paralel olarak kripto varlıklarla ilgili yasal düzenlemeyi yapmak durumunda kalmış ve 7518 sayılı “Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” 02.07.2024 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

Dünya genelinde kripto varlıklarla ilgili halen pek çok tartışma devam etmekteyken ve halen pozitif düzenlemeler yetersizken konunun tüm yönleriyle ele alındığı bir kanun yapmak, bir fırsattı. Muhtemel sorunların tamamını olmasa bile pek çoğunu çözümlayebilecek bir kanuni düzenleme yapılabilseydi, Türkiye belki de global çapta kripto varlıklarla ilgili faaliyetlerin merkezi haline getirilebilirdi. Ancak ne yazık ki bu fırsat yeterince değerlendirilememiş ve kanuni düzenleme yetersiz kalmıştır.

Kripto varlıklarla ilgili dünya genelinde devletlerin iki temel çekincesi bulunmaktaydı. Bunlar kripto varlıkların merkeziyetsiz ve denetimsiz özellikte olmalarının bir sonucu olarak kara para aklamada ve terörizmin finansmanında kullanılma ihtimaliydi. Ayrıca tüketicilerin dolandırılma, siber saldırı, finansal bilgi eksikliği gibi nedenlerle zarara uğramalarının önlenmesi, tüketicinin korunması düşüncesi hakimdi. Dünya genelinde kanun koyucuların mutabık kalarak bu amaçları gerçekleştirecek şekilde düzenleme yapmaları gerekmekteydi. Türk kanun koyucusu ise kripto varlıklarla ilgili temel kanuni düzenlemede bu hususlara hiç değinmemiş, adeta görmezden gelmiştir. Halbuki kripto varlıkların kara para aklamada ve terörizmin finansmanında kullanılmasını önleyecek ve tüketicinin korunmasını sağlayacak düzenlemeler yapılabilmesi için imkanlar mevcuttur.

Kripto varlıklarla ilgili yasal düzenleme gereksinimi iki şekilde giderilebilirdi. İlk ihtimalde konuyla ilgili müstakil bir düzen oluşturulabilirdi. Örneğin müstakil

ve daha detaylı hükümler ihtiva eden bir kanun yapılabilirdi. Öte yandan kripto varlık platformları, saklama hizmeti sunanlar, araçlar, kripto varlık üzerindeki hukuki işlemler gibi meseleler sadece kripto varlıklara özgü bir şekilde ortaya konulabilirdi. İkinci ihtimalde ise kripto varlıklara özgü düzenlemeler ya da hukuki kurumlar tesis etmeyip mevcut hukuki düzen içerisindeki uygulamaların kripto varlıklara da uygulanabileceği bir sistem hayata geçirilebilirdi. Örneğin kripto varlıkların sadece mevcut aracı kurumlar eliyle alınıp satılacağı, kripto varlıkların da diğer sermaye piyasası araçları gibi MKK bünyesinde saklanacağı, banka hesaplarındaki varlıkların da tasarruf mevduatı kapsamında sigorta ettirilmesi gerektiği gibi zorunluluklar getirilebilirdi. Fakat ne yazık ki 7518 sayılı kanunla getirilen durum her iki ihtimalin de kısmen uygulandığı bir durumu ortaya koymuştur. FATF tarafından yapılan listelemelerden çıkabilmek amacıyla yürürlüğe konulan kanunda kripto varlıklarla alakalı pek çok noktaya ilgili çözüm bulunamaması bir kenara; kripto varlıkların hukuki nitelikleri, kara para aklama ve terörizmin finansmanı gibi tehlikelere nasıl önlem alınacağı, saklama hizmetlerinin hangi usullerle ve nasıl yapılacağı, kripto varlıkların vergilendirilme esasları gibi konulara cevap verilmemiştir. Pek çok gelişmiş ülke düzenlemelerinde yer alan tüketicinin korunması için alınan önlemler, 7518 sayılı kanunda yer almamıştır. Bu yönüyle 7518 sayılı kanun kanaatimizce kripto varlıklarla ilgili konularda tercihlerini net bir şekilde ortaya koymamış, muhtemel uyuşmazlıkların çözümünde başvurulacak temel esaslar getirmemiştir.

Kripto varlıklarla ilgili kanuni düzenlemede kripto varlıkların yurt içinde faaliyet gösteren platformlar aracılığıyla alınıp satılması için cazip/kolaylaştırıcı imkanlar sunan düzenlemelerin yapılması gerekirdi. Bu kapsamda yatırımcılara hukuki güvence sağlanması, finansal getiri imkanları sunulması ve işlem kolaylığı tesis edilmesi gerekirdi. Örneğin yatırımcılara güven vermek adına kripto varlıkların veya müşterilere ait nakitlerin tutulduğu banka hesaplarına Bank m. 63 hükmündeki mevduat ve katılım fonu sigortasına tabi tutulması gerekirdi. Benzer şekilde kripto varlık yatırımcılarının SPKn m. 82 hükmü çerçevesinde yatırımcıların tazmini imkanından faydalandırılmaları gerekirdi. Bu şekilde cazip hale getirilmeden Kanun'un yürürlüğe konması yatırımcıların yurt dışında faaliyet gösteren platformlara yönelmesine neden olacak ve vergi kaybı, likidite kaybı, prestij kaybı gibi sonuçların meydana gelmesi kaçınılmaz olacaktır. Bu nedenle kanuni düzenlemenin daha özgürlükçü olmakla birlikte denetim sınırlarının net bir şekilde çizilerek şeffaf bir biçimde; diğer bir deyişle *“esnek düzenleyici bir çerçeve”* çizilerek ortaya konması gerekirdi. Nitekim MiCA düzenlemesinin temelinde bu ilkeler yatmaktadır ve MiCA ile AB bu amaca oldukça yaklaşmıştır.

7518 sayılı kanunun 5. maddesiyle SPKn m. 46 hükmüne 7. ve 8. fıkralar eklenmiştir. Anılan düzenlemelerde “yatırım kuruluşu” ibaresi kullanılmış olmasına rağmen bu ibarenin ne anlama geldiği açıklanmamıştır. Kanaatimizce “yatırım kuruluşu” kavramından kripto varlık hizmet sağlayıcılarının anlaşılması ve bu kavrama kripto varlık platformlarının da dahil edilmesi gerekmektedir. Öte yandan kripto varlık yatırımcılarına ait olan nakitlerin bankalar nezdinde tutulması durumunda bunların ayrı hesaplar açılarak izlenmesi; bunların bankalar tarafından kredi teminatı olarak gösterilemeyecek olması; bunlarla ilgili her türlü tedbir, haciz, rehin gibi işlemlerin de yatırım kuruluşları tarafından yerine getirilecek olması (SPKn m. 46/7) yerinde bir belirleme olmuştur. Zira kripto varlıklara sahip olan kişilerin hukuki uyumsuzlıklardan kaynaklı borçlarının cebri icra kanallarıyla da olsa tahsil edilmesi gerekir. Ayrıca kripto varlıklar üzerinde rehin, intifa gibi sınırlı ayni hakların da tesis edilebileceği bir düzen oluşturmak gerekir.

7518 sayılı kanunla getirilen düzende yatırımcıların korunması ile ilgili herhangi bir hüküm getirilmemiştir. Oysa MiCA’da kripto varlık yatırımcıları tüketici olarak kabul edilmiş ve bu yatırımcıların/tüketicilerin korunmasına yönelik olarak muhtelif hükümler ihdas edilmiştir. Benzer şekilde, temel amaçlarından biri tüketicinin korunması için eylem planları hazırlamak olan FCA tarafından yayımlanan FCA 19/22 Sayılı Kılavuz’da, muhtelif bölümlerde tüketicinin korunması için düzenlemeler yapılmıştır¹²¹. Yine Birleşik Krallık’ta FCA tarafından önce 22/2 sayılı istişare metninin sunulması, devamında 23/6 sayılı kılavuzun yayımlanmasının temelinde tüketicinin korunması saiki yatmaktadır.¹²² Mezkûr kılavuz 22/2 sayılı istişare metnindeki sorunlara bir cevap olarak hazırlanmış ve tamamen tüketicinin korunması için alınacak önlemleri konu edinmiştir. En azından 7518 sayılı kanunda kripto varlık yatırımcılarından tüketici niteliğini haiz olanların 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (RG 28.11.2013/28825.) kapsamındaki haklarını ileri sürebileceklerine dair bir ifade yer almalıydı. Ülkemizdeki kripto varlık yatırımcılarının kendilerini koruyucu hükümler tesis eden MiCA kapsamında faaliyet gösteren kripto varlık hizmet sağlayıcıları aracılığıyla işlem yapmaları ülkemiz adına vergi kaybı, para transferlerinin izlenememesi, kayba yol açacaktır.

¹²¹ Appendix 1, Perimeter Guidance-1.

¹²² FCA 23/6 Sayılı Kılavuz, Summary-1.20/1.21.

Kaynakça

- Acar AE, 'Kripto Varlık Hizmet Sağlayıcıları Yedindeki Kripto Paraların İcra ve İflas Kanunu m. 89 Hükmü Kapsamında Haczi ve Paraya Çevrilmesi' (2023) 19 (55) Medenî Usûl ve İcra - İflâs Hukuku Dergisi 419-446
- Alpago H, 'Bitcoin'den Selfcoin'e Kripto Para' (2018) 3 (2) Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi 411-428
- Akipek J, Akıntürk T ve Ateş D, *Eşya Hukuku* (Beta Yayınevi 2018)
- Aymaz A, 'Kripto Paraların Haczi' (2023) 72 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1635-1700
- Balıkçı E, 'Dava ve Takip Konusu Olabilmesi Bakımından Kripto Paralar' (2021) 16 (2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 273-312
- Bilgili F ve Cengil M F, 'Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Getirilmesi' (2019) 23 (3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3-23
- Düzenli K ve Perdahçı N Z 'Sanatın Yeni Dijital Çağı: NFT'ler ve Kullanım Alanları' (2024) yedi: Sanat, Tasarım ve Bilim Dergisi, Sanatta Dijitalizm Özel Sayısı 17-33
- Engelhardt C and Klein S, 'Bitcoins - Geschäfte mit Geld, das keines ist: Technische Grundlagen und zivilrechtliche Betrachtung' (2014) (Heft 6) Multimedia und Recht 355-360
- Gazioğlu A ve Özen A, 'NFT'nin Gelişimi ve Vergilendirilmesi Üzerine Genel Değerlendirme' (2022) 4 (1) İzmir Sosyal Bilimler Dergisi 23-33
- Geçer T, 'Elektronik Para ve Elektronik Para Kuruluşları' (2014) 5(3) Journal Of Social Sciences, Istanbul Sabahattin Zaim University 197-207
- Gitmez E, 'Devletlerin Kripto Varlıklara İlişkin Hukuki Düzenlemeleri Üzerinden Bir Değerlendirme' (2023) 27 (1) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-26
- Göktürk K, 'Sermaye Piyasası Araçları' iç Hayrettin Çağlar (ed), *Sermaye Piyasası Hukuku* (Anadolu Üniversitesi Yayınları 2019)
- Güçlütürk OG, 'Türk Hukukunda Kripto Varlıkların Para ve Elektronik Para Niteliğinin İncelenmesi' (2019) 4 (3) REGESTA Ticaret Hukuku Dergisi 383-408
- Halaburda H and Sarvary M, *Beyond Bitcoin-The Economics Of Digital Currencies* (Palgrave Macmillian 2016)
- Hatemi H, *Eşya Hukuku* (Oniki Levha Yayıncılık 2020)
- Karacan Aİ ve Erişir Karacan E, *Sermaye Piyasası Araçları* (Legal Yayıncılık 2021)
- Kaya S, 'İcra-İflâs Hukuku Kapsamında Kripto Varlıkların Kıymet Takdiri' (2024) 14 (2) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1091-1123

- Kızıl E, 'Türkiye'de Kripto Paranın Vergilendirilmesi ve Muhasebeleştirilmesi' (2019) 29 (155) Mali Çözüm Dergisi 179-196
- Kütük ME and Sorge C, 'Bitcoin im Deutschen Vollstreckungsrecht Von der 'Tulpenmanie' zur 'Bitcoinmanie' (2014) (Heft 10) Multimedia und Recht 643-646
- Manavgat Ç, 'Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10/A Maddesi Hükmüne Göre Kaydi Sistemin Esasları' (2001) 50 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 159-191
- Oğuzman MK, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, *Eşya Hukuku* (23. Bası, Filiz Kitabevi 2021)
- Oral BG ve Yeşilkaya Y, 'Kripto Para İnkilemi: Karapara Aklama ve Bitcoin' (2021) 1 Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 209-239
- Özdemir G, 'Kripto Paraların Eşya Niteliği' (2021) 11 (1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 289-306
- Parasız Mİ, *Para Banka ve Finansal Piyasalar* (Ezgi Kitabevi 2010)
- Patz A, 'Überblick über die Regulierung von Kryptowerten und Kryptowertendienstleistern' (2021) 21 Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht 725-739
- Rotman SC, 'Bitcoin Versus Electronic Money' (2014) CGAP Brief Washington, D.C.: World Bank Group. <<https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/455961468152724527/bitcoin-versus-electronic-money>> Erişim Tarihi 27.11.2024
- Schlund A and Pongratz H, 'Distributed-Ledger-Technologie und Kryptowährungen - eine rechtliche Betrachtung' (2018) (Heft 12) Deutsches Steuerrecht 598-604
- Şafak E, Arslan Ç, Gözütok M ve Köprülü T, 'Dağıtık Defter Teknolojileri ve Uygulama Alanları Üzerine Bir İnceleme' (2021) (Özel Sayı 29) Avrupa Bilim ve Teknoloji Dergisi 36-45
- Turanboy A, 'Kripto Paraların Ortaya Çıkmaları ve Hukuki Nitelikleri' (2019) 35 (3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 47-62
- Verma AK and Garg A, 'Blockchain: An Analysis On Next-Generation Internet' (2017) 8(8) International Journal of Advanced Research in Computer Science 429-432
- Werner R, *Die Einzelzwangsvollstreckung in Bitcoins* (Diplomarbeit, 2019) <<https://d-nb.info/1215208820/34>> Erişim Tarihi 27.11.2024
- Yararer AB, 'Kaydî Paranın İktisadi Açından İncelenmesi' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1986)
- Yavuzarslan T ve Kurt G, 'Kripto Varlık Arzıyla (ICO) İşletme Finansmanı ve Risklerinin Değerlendirilmesi' (2021) 23 (2) Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi 222-253
- Yılmaz A, *Türk Sermaye Piyasası Hukuku Açısından Kripto Para Birimi Bitcoin* (İkinci Baskı, Seçkin Yayınevi 2023)
- Yüksel F, 'Kripto Varlıklar ve IFRS Kapsamında Kripto Paraların Muhasebeleştirilmesi' (2020) 13 (2) Muhasebe ve Vergi Uygulamaları Dergisi 429-452

İnternet Kaynakları

- <<https://www.dropbox.com/scl/fi/bbwe1isn9tb5nx7fn4ga3/CFTC-v.-Bankman-Fried-FTX-Trading-and-Alameda.pdf?rlkey=re25m7ie5kow6qm0v959b5s27&e=2&dl=0>> Erişim Tarihi 06.08.2024
- <<https://dailyhodl.com/2022/12/15/cftc-says-bitcoin-ethereum-and-tether-are-commodities-in-fraud-complaint-against-ftx-founder-sam-bankman-fried/>> Erişim Tarihi 06.08.2024.
- <[https://www.fca.org.uk/firms/cryptoassets#:~:text=The%20UK%20Cryptoasset%20Taskfor-
ce&text=The%20objective%20of%20the%20Taskforce,to%20consider%20appropria
te%20policy%20responses](https://www.fca.org.uk/firms/cryptoassets#:~:text=The%20UK%20Cryptoasset%20Taskforce&text=The%20objective%20of%20the%20Taskforce,to%20consider%20appropriate%20policy%20responses)> Erişim Tarihi 06.08.2024
- <<https://www.irs.gov/filing/digital-assets>> Erişim Tarihi 06.08.2024
- <[https://www.finma.ch/en/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/
faktenblaetter/faktenblatt-kryptobasierte-
vermoegenswerte.pdf?sc_lang=en&hash=C301BDEC9A7DED4EF2E23634B86F8FE](https://www.finma.ch/en/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/faktenblaetter/faktenblatt-kryptobasierte-vermoegenswerte.pdf?sc_lang=en&hash=C301BDEC9A7DED4EF2E23634B86F8FE)> Erişim Tarihi 06.08.2024
- <[https://acikders.tuba.gov.tr/pluginfile.php/4392/mod_resource/content/2/hafta01-
para-%28s1%2C1%29.pdf](https://acikders.tuba.gov.tr/pluginfile.php/4392/mod_resource/content/2/hafta01-para-%28s1%2C1%29.pdf)> Erişim Tarihi 08.07.2024
- <[https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/tr/pdf/2024/01/Kripto-Varliklara-
iliskin-Duzenlemeler.pdf](https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/tr/pdf/2024/01/Kripto-Varliklara-iliskin-Duzenlemeler.pdf)> Erişim Tarihi 04.08.2024
- <<https://bitcoin.org/tr/hakimizda#own>> Erişim Tarihi 11.07.2024
- <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>> Erişim Tarihi 04.08.2024
- <<https://coinmarketcap.com/community/articles/668fbd655a5bb40aa45620e4/>> Erişim Tarihi 11.07.2024
- <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english-turkish/token>> Erişim Tarihi 08.08.2024
- <<https://coinmarketcap.com/tr/legal-tender-countries>> Erişim Tarihi 26.11.2024
- <<https://spk.gov.tr/data/66b51e688f95db021892940c/2024-38.pdf>> Erişim Tarihi 13.08.2024
- <[https://spk.gov.tr/duyurular/basin-duyurulari/2024/kripto-varlik-hizmet-saglayicilara-
iliskin-duyuru_05082024](https://spk.gov.tr/duyurular/basin-duyurulari/2024/kripto-varlik-hizmet-saglayicilara-iliskin-duyuru_05082024)> Erişim Tarihi 13.08.2024
- <<https://spk.gov.tr/kurumlar/portfoy-saklama-kuruluslari/tanitim-rehberi>> Erişim Tarihi 15.07.2024
- <[https://tr.euronews.com/2021/04/19/ingiltere-kendi-kripto-paras-britcoin-i-
olusturmay-planl-yor](https://tr.euronews.com/2021/04/19/ingiltere-kendi-kripto-paras-britcoin-i-olusturmay-planl-yor)> Erişim Tarihi 08.07.2024
- <<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-58474009>> Erişim Tarihi 08.07.2024

- <<https://www.fca.org.uk/publication/consultation/cp19-03.pdf>> Erişim Tarihi 06.08.2024
- <<https://www.fca.org.uk/publication/policy/ps19-22.pdf>> Erişim Tarihi 06.08.2024
- <<https://www.fatf-gafi.org/content/fatf-gafi/en/publications/High-risk-and-other-monitored-jurisdictions/Increased-monitoring-october-2021.html#turkey>> Erişim Tarihi 09.08.2024
- <<https://www.fatf-gafi.org/content/fatf-gafi/en/publications/High-risk-and-other-monitored-jurisdictions/increased-monitoring-june-2024.html>> Erişim Tarihi 09.08.2024
- <https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=3176> Erişim Tarihi 02.08.2024
- <<https://www.occ.gov/topics/chartersandlicensing/interpretationsandactions/2020/int1170.pdf>> Erişim Tarihi 06.08.2024
- <<https://www.fca.org.uk/publication/policy/ps23-6.pdf>> Erişim Tarihi 06.08.2024
- <<https://www.sec.gov/securities-topics/crypto-assets>> Erişim Tarihi 06.08.2024
- <www.legalbank.net> Erişim Tarihi 09.08.2024.

Son Gelişmeler Ekseninde Çekin Şekil Şartları^(*)

Arş. Gör. Dr. Selman Yavuz GÖKCE^(**)

Öz

Kambiyo senetlerinden olan çek ticari hayatta sıklıkla kullanılır ve genellikle bir borcun ödenmesi için kullanılır. Diğer kambiyo senetleri olan poliçe ve bonodan farklı olarak, çek bir kredi aracı değil, ödeme aracıdır. Hukukumuzda borç ilişkilerinin kurulmasında kural olarak şekil serbestisi geçerlidir. Başka bir anlatımla, kanunlarda yer alan veya almayan birçok borç ilişkisinin tesis edilmesinde kural, şekle tabi olmamaktır. Bununla beraber borç altına girmenin bir çeşidi olan ve uygulamada önemli bir yer tutan çekte ise durum tam tersidir. Kambiyo senetlerinin, özellikle de çekin sıkı şekil şartlarına tabi olduğunu belirtmek gerekir. Bu şekil şartları o derecede önemlidir ki, kanun koyucu çeki ilişkin olarak ayrı bir kanun sevk etmiş ve bu kanunda da bir takım şekil şartlarını öngörmüştür. Öte yandan, söz konusu kanunda belirtilen unsurların eksikliği, TTK'da aranan unsurların bulunması kaydıyla bir çekin geçerliliğini etkilemeyecektir. Bu nedenle çalışma, çekin şekil şartlarına ilişkin olarak TTK hükümlerine hasredilmiştir. Çekte bulunması gereken unsurlar TTK m. 780'de gösterilmiştir. Bu unsurları içermeyen çekler, 781. maddede gösterilen ayrık durumlar hariç olmak üzere, çek niteliğini kazanamaz.

Anahtar Kelimeler

Kıymetli Evrak, Kambiyo Senetleri, Çek, Şekil Şartı.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 14.11.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 28.11.2024.

Atıf Şekli: Selman Yavuz Gökçe, 'Son Gelişmeler Ekseninde Çekin Şekil Şartları' (2025) 15(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 953, 979.

DOI: 10.52273/sduhfd..1585528.

^(**) Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Isparta, Türkiye.

E-posta: yavuzgokce@sdu.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0027-6803>.

Formal Requirement of Cheques in the Light of Recent Legislation

Abstract

Cheque, which is one of the bills of exchange, is frequently used in business life and is generally used for the payment of a debt. Unlike other bills of exchange, a cheque is not a credit instrument but a means of payment. In our legal system, as a rule, freedom of form principle is valid in the establishment of debt relations. In other words, the rule is that many debt relationships, whether specified in laws or not, do not require a specific form. However, in the case of checks, which is a type of incurring debt and hold significant practical importance, the situation is quite the opposite. It should be noted that bills of exchange, especially cheques, are subject to strict formal requirements. These formal requirements are so crucial that the legislator has enacted a separate law on cheques and stipulated certain formal requirements in this law. On the other hand, the absence of the elements specified in this law will not affect the validity of a cheque, provided that the elements required under the TCC are present. Therefore, the study has been specialised to the provisions of the TCC regarding the formal requirements of the cheque. The elements that must be present in a cheque are specified in Article 780 of the TCC.

Keywords

Negotiable Instrument, Bills of Exchange, Cheque, Formal Requirement.

Extended Summary

Cheque, which is a bill of exchange, has been a means of carrying economic value from ancient times to the present day. Cheque is a type of bill of exchange used to meet the needs of commercial life and at the same time to overcome the various challenges of carrying cash. It is a commonly preferred payment tool in commercial transactions. Although the cheque is designed as a means of payment, it is also a bill of exchange that is widely used for credit purposes. For this reason, legislation regarding cheque has been amended over time in order to enhance the confidence in cheques, protect cheque holders and facilitate payments through cheque. One of the main issues subject to amendments in order to achieve these objectives is the elements of the cheque.

Strict formal requirements, similar to those for other other bills of exchange, are prescribed for cheques to ensure their validity and circulation security. These formal requirements regarding the validity of the cheque are regulated in Articles 780 and 781 of the Turkish Commercial Code No. 6102. In order to talk about the validity of a cheque, the formal requirements in the relevant provisions must be fulfilled and the cheque must not have any elements that would cause it to be invalid. Additionally, Article 70 of the 'Law Amending Certain Laws for the Improvement of the Investment Environment' numbered 6728 amended Article 780 of the Turkish Commercial Code, which determines the elements of cheques. With this amendment, the serial number issued by the bank and the QR code have been added to the formal elements. Consequently, the use of cheques with QR codes, which started as an optional practice, has become mandatory.

Thus, the mandatory elements of a cheque are "the word 'cheque', 'an unconditional order to pay a specific amount', 'the trade name of the payee (addressee)', 'the signature of the drawer', 'the date of issue', 'the QR code' and 'the serial number issued by the bank', 'the place of issue' and 'the place of payment'. However, the legislator has also taken into consideration that the application of the "QR code" and "serial number issued by the bank" may differ from country to country, and an exception has been granted for checks issued by foreign banks, stating that the absence of these two elements will not affect the validity of the check. Additionally, with the Regulation Amending the Decree No. 32 on the Protection of the Value of Turkish Currency, which entered into force on September 13, 2018, checks issued in foreign currency or indexed to foreign currency were restricted. In this context, if the reason for issuance is a contract that cannot be issued in foreign currency or indexed to foreign currency, it is prohibited to write the amount on the check in foreign currency or indexed to foreign currency. However, the violation of this prohibition will not affect the validity of the check and will merely result in the imposition of an administrative fine.

The first requirement stipulated by the TCC for a promissory note to qualify as a check is the presence of the word "check" in the text of the promissory note. The requirement to include the word "check" in the text of the promissory note has been a subject of debate, especially in international trade, where the promissory notes are

drafted in different languages. If the bill is drafted in a foreign language, the equivalent of the word “check” in that language should be written in the text of the bill. Issues arise when multiple languages are used in the text of the document. A check should include an unconditional order to pay a specific amount, often referred to in practice as "pay to the order." The consideration must be denominated in money. It is possible to show the amount in Turkish Lira or foreign currency. The consideration may be shown in numerical or written form. The regulation that only a bank can be the drawee has led to debates about whether investment and development banks can be considered as drawees. In the decisions of the Court of Cassation, it is observed that discussions on the validity of checks drawn on a fictitious bank continue. Although Article 815 of the TCC states that only real banks can be the addressee, the interpretations regarding the validity of checks drawn on fictitious bank names differ. Art. 781/2-3 of the TCC sets forth the substitute rules to be applied in case of lack of place of payment and place of issue. Similar regulations are found in international comparisons, particularly in European countries. The date of issue is one of the elements that must be included in the check. The lack of this element causes the bill to lose its character as a check. The signature of the drawer is sufficient for the validity of the check; it is not necessary to write his/her name and surname, nor does it matter if it is written incorrectly or incorrectly. Even if a completely fictitious name is used, the check is valid; as what matters is the presence of the signature. The QR-coded check is a check application that allows information about the account holder to be accessed by scanning the QR code with the likelihood of the payee or any third party being a holder. With the QR code check application, it is aimed to increase the reliability of the check and, accordingly, to make commercial life more reliable and transparent. However, there is criticism that the limits of the beneficiary's right of access to information are not drawn in the applications regarding the QR code system.

Giriş

Çek, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) kıymetli evrak kitabının dördüncü kısmı olan kambiyo senetleri arasında düzenlenmiştir¹. Bu doğrultuda diğer kambiyo senetleri olan poliçe ve bonoda olduğu gibi çek için de sıkı şekil şartları öngörülmüştür. Çekin şekline ilişkin bu unsurların ne olduğu TTK m. 780'de sayılmış, hemen devamında 781. maddede bu unsurların bulunmamasının sonuçları ortaya konmuştur. Anılan hükümler uyarınca çekin unsurlarından birinin dahi eksikliği senedin çek vasfını ortadan kaldırır².

Öte yandan 5941 sayılı Çek Kanunu'nun (ÇekK) çekin şekline ilişkin hükümlerine de değinmek gerekir. ÇekK m. 2/5 uyarınca çek defterleri bankalarca bastırılır. Ayrıca çek defterinin her bir yaprağına ÇekK m. 2/7'de öngörülen hususlar yazılır. Bu hükümler karşısında çeke ilişkin TTK'da öngörülen şekil şartlarının genişleyip genişlemediği sorunu ortaya çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle TTK m. 780'de sayılan unsurları taşıyan bir çekin çek olarak kabul edilebilmesi için ayrıca banka tarafından bastırılması ve üzerine ÇekK'da gösterilen hususların yazılması da gerekecek midir? Buna ilişkin açıklık olmaması dolayısıyla mülga 3167 sayılı Kanun döneminde vuku bulan tartışmalara yeni ÇekK m. 2/9 son vermiştir. Söz konusu hükme göre TTK'da sayılan unsurları taşıyan bir çek, ÇekK'da yer alan koşullara aykırı olsa bile geçerlidir³.

¹ Buna karşılık mehz İsvBK'nun "Kambiyo Senetleri" başlığını taşıyan dördüncü kısmında yalnızca poliçe ve bono düzenlenmiş; çekler ise beşinci başlık altında düzenlenmiştir. Dolayısıyla kambiyo senetleri başlığı, çekleri de içine alacak şekilde genişletilemez [Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (21. Bası, Turhan Kitabevi 2017) 219].

² "Çek, Türk Ticaret Kanunu'na göre kıymetli evrak mahiyetinde bir kambiyo senedir ve hukuki niteliği itibarıyla bir havaledir. Bu havalenin yazılı şekilde yapılması, belli şekil şartlarını içermesi ve kayıtsız şartsız bir ödeme yetkisi biçiminde olması gerekir. Diğer kambiyo senetlerinde olduğu gibi çekte de sıkı sıkıya şekle bağlılık esası geçerlidir. Zorunlu unsurlardan birinin bile eksikliği çekin bu niteliğini ortadan kaldırır. Çekin zorunlu unsurları Türk Ticaret Kanunu'nun 692-693. maddelerinde gösterilmiştir." (Y İBGK 1/5, 14.12.1992, <lib.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 02 Ağustos 2024). Bununla birlikte kanun koyucu bazı unsurların bulunmaması halinde doğrudan bu sonuca varmamış, düzenlenme yerinin gösterilmemiş olması halinde düzenleyenin adı (daha doğru bir ifadeyle imzası) yanında yazılı olan yeri düzenleme yeri kabul etmiş (TTK m. 781/3); ödeme yerinin bulunmaması halinde de son çare olarak muhatabın merkezini ödeme yeri kabul etmiş ve böylece ödeme yerini -tabiri caizse- zorunlu unsur olmaktan çıkarmıştır (TTK m. 781/2). Hemen belirtelim ki düzenleyenin imzasının yanında herhangi bir yer gösterilmemişse senet çek vasfını kaybedecektir. Ayrıca yabancı bankalarca verilen çeklerde seri numarası ve karekod bulunmaması çekin geçerliliğini etkilemez (TTK m. 781/son).

³ Dolayısıyla çekin matbu olması şart değildir. Bu husus tamamen banka ile keşideci arasındaki çek anlaşmasına bağlıdır. Bu anlaşmayla banka, matbu formların kullanılmasını talep edebilir. Ancak anlaşmaya aykırı olarak, banka tarafından verilen matbu formlar kullanılsa bile TTK

Sonuç olarak çekin zorunlu şekil şartları bağlamında TTK m. 780’de gösterilen unsurların mütalaa edilmesi gerekmektedir. Biz de çalışmamızda TTK’da öngörülen sistematik içerisinde her bir unsuru tek tek ele alacağız.

I. “Çek” Kelimesi

Bir senede çek vasfını kazandırabilmek için TTK’nın öngördüğü ilk şart senet metninde “çek” kelimesinin yer almasıdır⁴. TTK m. 780/1, a hükmüne göre çek “senet metninde çek kelimesini ve eğer senet Türkçeden başka bir dille yazılmış ise o dilde “çek” karşılığı olarak kullanılan kelimeyi” içermelidir. Hüküm, eski TTK’dan farklı olarak, çek kelimesinin senet metninde yer almasını açıkça öngördüğü için metin içinde yer almamakla beraber senedin herhangi bir yerine yazılan çek kelimesi, bu şartın gerçekleşmesi için yeterli değildir⁵. Zira “metin”, senette mündemich iradenin intizamı bir cümle ile ifade edilmesidir⁶.

m. 780’de düzenlenen unsurları taşıyan çek yine de geçerlidir (Özta, *Ders Kitabı* (n 1) 225, 226). Bununla birlikte öğretide Özta böyle bir çeke, karşılıksız çeke ilişkin ceza hükümlerinin uygulanmayacağı kanaatindedir (Özta, *Ders Kitabı* (n 1) 226). Yazarın bu fikrine katılma olanağı yoktur. Zira bir çeke karşılıksız işlemi yapılabilmesi için çekin yasaya uygun düzenlenmiş olması lazımdır. Bu da ancak TTK m. 780’de öngörülen şekle ilişkin şartların yerine getirilmesi ile olur; yoksa Çekk’da yer alan koşulların mevcudiyeti gerekli değildir [Hasan Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları* (5. Bası, Adalet Yayınevi 2017) 404; Ali Bozer ve Celal Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku* (6. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2017) 405; Abuzer Kendigelen ve İsmail Kırcı, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Güncellenmiş 8. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2024) 344]. Ancak Özta da karşılıksız çeke ilişkin açıklamalarında bu hususu dile getirmiş; bir anlamda kendisi ile çelişkiye düşmüştür [Özta, *Ders Kitabı* (n 1) 295].

Buna karşılık 6728 sayılı Kanun m. 70 ile TTK m. 780/1’e eklenen “banka tarafında verilen seri numarası” ve “karekod” karşısında konu tamamen teoride kalmıştır. Dolayısıyla çek yapraklarının banka tarafından bastırılması fiilen zorunlu hale gelmiştir. Aynı yönde bkz. Bozer ve Göle (n 3) 219, 220; Şafak Narbay ve Zehra Güney, ‘6728 sayılı Kanun’un Çeke İlişkin Hükümlerinin “Çekte Şekil Şartları” Bakımından Değerlendirilmesi’ (2017) 12 (126) Terazi Hukuk Dergisi 42, 53. Karekod ve seri numarasının zorunlu unsur olarak kabulünden önce dahi banka tarafından bastırılan çeklerin kullanılmasının geçerlilik şartı olduğu hakkında bkz. Seza Reisoğlu, *Çek Hukuku* (2011) 105, 106.

⁴ Çek kelimesi yerine aynı anlama gelen “banka havalesi” ibaresinin kullanılması bu şartın gerçekleşmesini sağlamaz [Abuzer Kendigelen, *Çek Hukuku* (Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2021) 95]. Aynı yönde bkz. Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya ve N. Füsün Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (13. Bası, Vedat Kitapçılık 2021) 282.

⁵ Özta, *Ders Kitabı* (n 1) 226; Kendigelen ve Kırcı (n 3) 289; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 282. Bununla beraber öğretide senedin başlığının senet metnine dâhil olduğu ileri sürülerek çek kelimesinin senette sadece başlık olarak yer alabileceği de ileri sürülmüştür [Bozer ve Göle (n 3) 223]. Pulaşlı ise çek kelimesinin senet metni içinde yer alması gerektiği konusunda kanunda hiçbir hüküm bulunmadığını iddia etmektedir [Pulaşlı (n 3) 280].

⁶ Reha Poroy ve Ünal Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları* (Gözden Geçirilmiş ve Yeniden Yazılmış 22. Bası, Vedat Kitapçılık 2018) 150.

Senet yabancı dilde düzenlenmişse senet metnine çek kelimesinin⁷ o dildeki karşılığı yazılmalıdır (TTK m. 780/1, a). Senette birden fazla dil kullanılması durumunda nasıl bir yol izleneceği ise hükümde gösterilmemiştir. Buna ilişkin olarak Öztan “çek” kelimesinin, havaleyi belirten “ödeyiniz” ifadesinin yazıldığı dildeki karşılığının yazılması gerektiğini ileri sürmüştür⁸. Reisoğlu ise bu hususa uyulmamış olmasının çeki geçersiz hale getirmeyeceği kanaatinde⁹. Kanaatimizce son görüşte isabet bulunmamaktadır. Zira senet metni keşidecinin iradesini yansıtmaktadır. Ayrıca TTK m. 780/1, a senet metninin hangi dilde yazılmışsa “çek” kelimesinin de o dilde yazılmasını aradığından, buradan hareketle irade ile beyan arasındaki uyumun gözetilmesi ve “çek” keşide etmek yönündeki iradeyle “ödeyiniz” şeklindeki beyanın aynı dilde yazılması gerektiği kanaatindeyiz.

Senet metninde çek kelimesini içermeyen senetler çek niteliğini kazanamaz. TTK m. 826’da da açıkça çekten bahsedilmemesinden dolayı çek kelimesini içermeyen bir senedin -diğer unsurları tamam olsa bile- emre yazılı havale sayılıp sayılmayacağı konusu öğretide tartışmalıdır. Bir görüş böyle bir senedin ancak adi havale hükmünde olacağını ileri sürerken, aksi görüş emre yazılı havale olarak kabul edilebileceğini belirtmektedir¹⁰. Kanaatimizce ilk görüşe öncelik verilmelidir. Bununla birlikte günümüzde, çek yapraklarının uygulamada neredeyse tamamen matbu¹¹ olduğu göz önüne alındığında bu tartışmanın teoride kaldığını söylemek mümkündür. Öte yandan, geçmişte yabancı mahkemelere intikal eden bazı olaylar neticesinde yabancı mahkemelerin verdikleri kararları zikretmek pek

⁷ Senet hangi dilde kaleme alınmış olursa olsun çek kelimesinin kısaltılmadan yazılması gerekir [Öztan, *Ders Kitabı* (n 1) 227; Bozer ve Göle (n 3) 223; Reisoğlu (n 3) 60].

⁸ Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (2. Baskı, Turhan Kitabevi 1997) 1041; Kendigelen (n 4) 95; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 282.

⁹ Reisoğlu (n 3) 60.

¹⁰ Bozer ve Göle (n 3) 223; Reisoğlu (n 3) 77 vd; Pulaşlı (n 3) 280. Mehmet Köle ve Fatma Görgülü, ‘Son Düzenlemeler Işığında Çekin Şekil Şartları ve Çeke Dayalı Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları’ (2016) 21 (35) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 79, 89. Aksi görüşte bkz. Öztan, *Ders Kitabı* (n 1) 233. Yazara göre çek kelimesini içermeyen senet açıkça emre yazılı ise ve ibrazında ödenmek üzere düzenlenmişse, çekin diğer unsurlarının da tamam olması halinde, söz konusu senet emre yazılı havale olarak kabul edilebilir. *Kendigelen* böylesi bir senedin ilke olarak adi havale hükmünde olduğunu belirttikten sonra, Öztan’a paralel biçimde, anılan koşulları sağlaması halinde senedin emre yazılı havale olarak nitelendirilebileceğini ifade etmiştir [Kendigelen (n 4) 96, 97].

¹¹ TTK ekseninde çekin matbu olması şekil şartı değildir. Fakat 6728 sayılı Kanunla eklenen seri numarası ve karekod unsurları artık çekin matbu olarak basımını zorunlu kılmaktadır [Narbay ve Güney (n 3) 53].

mühimdir. Bir çek hakkında karşılıksızdır işlemi yapılabilmesi için, söz konusu çekin kanuna uygun düzenlenmiş olması gerekir. “Çek” kelimesi bir senedin çek olarak nitelendirilebilmesi için olmazsa olmaz koşuldur. Buna karşılık Fransız Yargıtay’ı vermiş olduğu eski tarihli bazı kararlarında, çekin şekil şartlarını bilerek eksiltten kötü niyetli düzenleyenlerin karşısında iyi niyetli hamilleri korumak amacıyla, bir senede çek vasfını kazandıran “çek” kelimesini içermeyen çekleri dahi karşılıksız çek düzenleme suçunda çek olarak kabul etmiş ve düzenleyenleri cezalandırmıştır. Yüksek Mahkemenin bu konularda benimsediği ölçüt, belgenin çek görünüşünde olması ve bu şekilde kabul edilmesidir¹². Belirtmek gerekir ki, Fransız Yargıtay’ının bu kararlarına katılmak imkanı yoktur.

II. Belirli Bir Bedelin Kayıtsız Şartsız Ödenmesi İçin Havale

Çek, uygulamada *ödeyiniz* şeklinde ifade edilen¹³, kayıtsız ve şartsız¹⁴ belirli bir bedelin ödenmesi için havaleyi içermelidir (TTK m. 780/1, b). Bedel mutlaka para ile gösterilmelidir; paradan başka bir değer ile çek keşide edilemez^{15,16}. Aynı zamanda bedelin “belirli” (muayyen)¹⁷ olması da gerekli olup¹⁸; bedel,

¹² Fransız Yargıtayı yalnızca “çek” kelimesinin değil, düzenlenme yerinin eksikliğinde de benzer kararlar vermiş ve düzenlenme yerini içermeyen senetleri de çek olarak kabul etmiştir. Fransız Yargıtayı’nın verdiği bu kararlar için bkz. Yargıtay CGK 95/321, 01.06.1987, <lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 03 Ağustos 2024.

¹³ Uygulamada genellikle “ödeyiniz” biçiminde kullanılan havalenin nasıl ifade edileceği hususunda kanunda herhangi bir şekil şartı getirilmemiştir [Öztan, *Ders Kitabı* (n 1) 80, 227]. Buna karşılık havaleyi ifade eden kelimeler yerine “ödeyeceğim” şeklindeki ödeme vaadine ilişkin kelimelerin kullanılması poliçeyi/çeki geçersiz kılar [Öztan, *Kıymetli Evrak* (n 8) 1042 dpn 8; Naci Kinacıoğlu, *Kıymetli Evrak Hukuku* (5. Baskı, Nobel Yayın 1999) 105; Kendigelen (n 4) 97].

¹⁴ Bu kuralın mutlak olmadığı ve çeke konulabilecek kayıtlara ilişkin detaylı örnekler için bkz. Bozer ve Göle (n 3) 227, 228, 264 vd.

¹⁵ Bozer ve Göle (n 3) 223, 224; Pulaşlı (n 3) 281. “Para” ile kastedilen kanuni ödeme vasıtasıdır; dolayısıyla altın üzerinden çek keşide edilemez [Öztan, *Ders Kitabı* (n 1) 227]. Aynı yönde bkz. Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 284.

¹⁶ Tedavülden kalkmış, para değeri bulunmayan eski Türk Lirası üzerinden çekilen bir çek, bedel unsurunu taşımadığından geçersizdir [Reisoğlu (n 3) 62].

¹⁷ Belirlenebilir olması yeterli değildir, bedel kesin olmalıdır. Örneğin çekte atıf yapılan faturanın çeke eklenmesi belirlilik unsurunu karşılamaz [Kendigelen (n 4) 98].

¹⁸ Meblağ yazılı ancak paranın türü yazılı değilse çek geçerli olmaz [Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku - II Ticari Senetler* (Sevinç Matbaası 1970) 104]. Aynı görüşte bkz. Bozer ve Göle (n 3) 224. Ayrıca rakam kesin olmalıdır; hesapla bulunacak biçimde açıklama yapılamaz [Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 145; Öztan, *Ders Kitabı* (n 1) 227; Bozer ve Göle (n 3) 224]. Yargıtay altının bedel olarak kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir. Bkz. Yargıtay 12 HD 11073/14219, 15.11.1999 [Kendigelen (n 4) 98, dpn 139].

senet metninde veya imzanın kapsamına giren herhangi bir alanda yer almalıdır¹⁹. Burada önemle belirtilmelidir ki, TTK'da kullanılan "bedel" ifadesi isabet-sizdir. Bedel bir hizmetin veya ticari malın karşılığını ifade eder²⁰. Oysa çekin konusu yalnızca paradır²¹. Dolayısıyla kanundaki ifadenin para olarak değiştirilmesi gerekir.

Bedelin Türk Lirası veya döviz²² cinsinden gösterilmesi mümkündür²³. Öte yandan birden fazla para cinsinin alternatifli olarak gösterilmesi bedelin belirsizliğine ve dolayısıyla çekin geçersizliğine neden olur²⁴. Yabancı para cinsinden düzenlenen çekler aynen ödeme (efektif) kaydı içerip içermediğine göre bir ayrıma tabi tutulmalıdır. Aynen ödeme veya bu anlama gelen başka bir ifade yoksa²⁵ muhatap banka yabancı paranın çekin ibrazı tarihindeki kuru²⁶ üzerinden Türk Lirası karşılığını ödeyebilir²⁷ (TTK m. 802/1). Buna karşılık, aynen öde-

¹⁹ Kınacıoğlu (n 13) 105, 106. Öztan ise bedelin metin içinde yer alması gerektiği; metin dışına yazılan bedelin yeterli olmayacağı kanaatindedir [Öztan, *Ders Kitabı* (n 1) 81]. Aynı görüşte Karayalçın (n 18) 185 dpn 15; Poroy ve Tekinalp (n 6) 154; Pulaşlı (n 3) 133. Bedelin senet üzerinde gösterilmesinin yeterli olduğu, nerede yazıldığına bir önemi olmadığı yönünde bkz. Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 284.

²⁰ Oğuz İmregün, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Filiz Kitabevi 1995) 41.

²¹ Bozer ve Göle (n 3) 247; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 284.

²² Burada önemle belirtilmelidir ki, Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2008-32/34) m. 8/22 uyarınca, sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılamayan sözleşmeler kapsamında düzenlenecek kıymetli evraklarda yer alan bedellerin döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak belirlenmesi mümkün değildir. Fakat bu düzenlemeye aykırılık çeki geçersiz kılmamaktadır [Kendigelen (n 4) 100, 101]. Yalnızca bu yükümlülükler aykırı hareket edenlerin para cezasına (1567 sayılı Kanun m. 3) çarptırılmasına neden olmaktadır.

²³ Öztan, *Ders Kitabı* (n 1) 227; Pulaşlı (n 3) 281; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 283; Kendigelen (n 4) 98.

²⁴ Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 283; Kendigelen (n 4) 98. İmregün'e göre ise böyle bir yazım TTK m. 818/1,b atfıyla uygulanacak olan TTK m. 676 (eTK m. 588) dolayısıyla geçerlidir [İmregün (n 20) 41].

²⁵ Örneğin "10.000 USD veya Türk Lirası karşılığı" gibi. Böyle bir ibarenin çeke yazılması mümkündür [Bozer ve Göle (n 3) 225; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 283; Kendigelen (n 4) 98; Pulaşlı (n 3) 133; Sami Karahan, Zekeriyya Arı, Hayri Bozgeyik, Tahir Saraç ve Mücahit Ünal, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Mimoza Yayıncılık 2014) 174].

²⁶ Çekte belirtilen yabancı paranın kanuni rayici yoksa bu paranın değeri ödeme yerindeki ticari teamüllere göre belirlenir. Bununla birlikte keşideci ödenecek tutarın çekte yazılan belirli bir rayice göre hesaplanmasını şart kılabilir (TTK m. 802/2).

²⁷ Burada önemli olan yabancı para borcunun ifasında temerrüde düşmemektir. Eğer ödemede gecikilirse hamil BK m. 99 uyarınca seçim hakkına sahip olur; dilerse yabancı para üzerinden

me kaydı var ise borçlu ancak çekin düzenlendiği cinsten paranın ödenmesi ile borcundan kurtulabilir (TTK m. 802/3). Bu durumda çekle işleyen hesabın, çekte gösterilen para birimi ile açılmamış olduğu varsayımında karşılıksızdır işleminin yapılması gerekir²⁸.

Çekte gösterilen bedel, düzenleme ve ödeme ülkelerinde aynı adı taşıyan (Amerikan, Kanada veya Avustralya doları gibi) ancak kıymetleri birbirinden farklı olan para ile gösterildiği takdirde ödeme yerindeki para kastedilmiş olur²⁹ (TTK m. 802/4).

Bedel rakamla veya yazı ile gösterilebilir³⁰. Bedel yalnızca yazı veya yalnızca rakamla birden fazla yazılmışsa ve aralarında farklılık varsa en az olan bedel geçerli sayılır (TTK m. 818/1, b'nin atfıyla TTK m. 676). Bedelin hem yazı hem de rakamla gösterilmesi ve aralarında farklılıklar olması halinde yazı ile belirtilen bedele itibar olunur. Zira bedel belirtilirken yazıda hata yapmak, rakamda hata yapmaya kıyasla oldukça güçtür. Belirtilmelidir ki, bu hükmün uygulanabilmesi için yazı veya rakamda tahrifat bulunmamalıdır³¹. Bu konuda Yargıtay Ceza Genel

dilerse ibraz veya fiili ödeme günündeki ülke parası ile ödeme talebinde bulunabilir [Öztañ, *Ders Kitabı* (n 1) 138, 227]. Ödemenin yabancı para üzerinden talep edilmesi halinde icra takibi talep tarihindeki Türk Lirası üzerinden başlatılır (İİK m. 58/2, b. 3). Ancak yabancı para borcunun tutarı ve bunun ödeme günündeki rayice göre istemi de takip talebine yazılır [Pulaşlı (n 3) 281].

²⁸ Reisoğlu (n 3) 61. *Bozer ve Göle*'ye göre böyle bir durumda muhatap banka, hesapta Türk Lirası mevcutsa yabancı para borcunun ödeme günündeki rayicine göre Türk Lirasını yabancı para birimine çevirerek ödeme yapmalıdır [Bozer ve Göle (n 3) 286]. Efektif kaydına değinmemekle birlikte benzer görüşte bkz. Pulaşlı (n 3) 281.

²⁹ Bununla birlikte bedelin, düzenleme ve ödeme yerindeki para biriminden farklı ancak birden fazla ülkede kullanılan para birimi üzerinden kararlaştırılmış olması halinde durum daha da karmaşıktır. Bu durumda bedel belirsiz olduğu için poliçenin/çekin geçersiz olduğu veya borçluya daha az külfet getiren para biriminin kastedildiği şeklinde iki farklı görüş ileri sürülmüştür [Kendigelen (n 4) 99 ve orada dpn. 143; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 25) 172, 173]. Yargıtay ise cinsi belirtilmeden dolar üzerinden düzenlenen senedin, Türkiye'de yaygın olarak Amerikan Doları kullanılması dolayısıyla, Amerikan doları üzerinden düzenlenmiş olduğunu kabul etmiştir [Talih Uyar, 'İcra Hukukunda Çekin Geçerlilik Koşulları' (Kasım-2007) *Legal Hukuk Dergisi* 3519, 3522; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 25) 173]. Yargıtay'ın bu kararları ile şekle bağlılık ilkesini ihlal ettiği yönünde bkz. Bilge Utkan Mersin, 'Birden Fazla Vadeyi İçeren Bononun Geçerliliği' (2016) 22 (3) *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 1945, 1950.

³⁰ Uygulamada matbu çek yapıtları bedelin hem yazı ile hem de rakamla yazılmasına imkân verecek tarzda düzenlenmektedir [Bozer ve Göle (n 3) 225].

³¹ Öztañ, *Ders Kitabı* (n 1) 80; Bozer ve Göle (n 3) 225; Gönen Eriş, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak* (Seçkin Yayıncılık 2014) 681. Tahrifatın keşideciyi bağlayabilmesi için keşidecinin parafına ihtiyaç vardır [Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 284]. Buna

Kurulu'nun vermiş olduğu bir karar dikkat çekicidir. Karara konu olayda yüksek mahkeme çekin matbu kısmında yer alan "Türk Lirası ödeyiniz" ibaresinin başına "yeni" kelimesi eklenmesinin, çekin unsurlarına ve geçerliliğine bir tesirinin olmadığı, herhangi bir hukuki sonuç doğurmayan bu eylemi sahtecilik olarak kabul etmenin mümkün olmadığını belirterek hamil hakkında beraat kararı vermiş ve çekin geçerliliğine hükmetmiştir³². Kanaatimizce, ilk bakışta hatalı gibi görünen bu karar isabetlidir. Nitekim karara konu olayda, çek yaprağının bedele ilişkin rakam kısmında "650.00 YTL", yazı kısmında ise "Altıyüzellibin YTL" yazmaktadır. Çek yaprağı YTL'ye geçilmeden önceki dönemde basıldığı için matbu kısımda "Türk lirası ödeyiniz" ibaresi yer almaktadır. Hamilin "yeni" kelimesini eklediği kısım burasıdır. İlk derece mahkemesi ve Yargıtay özel dairesi bu eylemi suç kabul ederek mahkûmiyet kararı vermiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazı ile dosya Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na intikal etmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 5083 sayılı Kanun m. 3³³ e dayanarak senette tahrifat olmadığına ve dolayısıyla TTK m. 818/1, b atfıyla uygulanacak olan TTK m. 676/1 uyarınca çekin 650.000 YTL bedelle geçerli olduğuna isabetli bir biçimde hükmetmiştir.

Bununla birlikte Yargıtay Ceza Genel Kurulu, çek bedelinin rakamla "140.000 USD Doları", yazıyla "One hundred forty USA Dolar" gösterildiği bir olayda ise TTK m. 676/1'in uygulanmasına temkinli yaklaşmıştır. Söz konusu olayda Yargıtay 10. Ceza Dairesi anılan hükmü uygulayarak yazı ile gösterilen düşük bedele itibar etmiş ve karşılıksız çek düzenleyen kişi hakkında bu bedeli göz önünde tutarak ceza vermiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı üzerine dosyayı görüşen genel kurul "... Çek üzerinde rakam ve yazı ile belirtilen bedeller arasında fark bulunması durumunda hangisine itibar edileceği, 6762 sayılı Türk Ticaret Yasası'nın 730/2. maddesi yollamasıyla aynı Yasanın 588/1. maddesinde borçlunun tahrifat iddiasında bulunmaması koşuluyla "çek bedeli hem yazı, hem de rakamla gösterilip de iki bedel arasında fark bulunursa yazı ile gösterilen bedele itibar olunur" denilmek suretiyle çözüme kavuşturulmuştur.

karşılık Yargıtay bir kararında rakamla gösterilen kısımda tahrifat yapılmış olmasına rağmen yazıyla yazılan kısma itibar etmiştir (Yargıtay 19 HD, 4419/1367, 24.02.2003, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 54, 2004, s. 374). Ayrıca, TTK m. 676 hükmünün uygulanabilmesi için rakamla yazılan bedelin tahrifata uğramamış olması gerektiği yönünde bkz. Reisoğlu (n 3) 60.

³² Yargıtay CGK, 240/120, 08.03.2016, <legalbank.net> Erişim Tarihi 09 Ağustos 2024

³³ "Kanunlarda ve diğer mevzuatta, idarî işlemlerde, yargı kararlarında, her türlü hukukî muamelelerde, kıymetli evrak ve hukukî sonuç doğuran diğer belgeler ile ödeme ve değişim araçlarında Türk Lirasına veya liraya yapılan atıflar, 2 nci maddede belirtilen değişim oranında Yeni Türk Lirasına yapılmış sayılır".

Ceza yargılamasının amacı, usul kurallarının öngördüğü ilkeler doğrultusunda somut gerçeğin, her türlü kuşkudan uzak bir biçimde kesin olarak saptanmasıdır. Gerek 1412 sayılı CYUY, gerekse 5271 sayılı CYY, adil, etkin ve hukuka uygun bir yargılama yapılması suretiyle maddi gerçeğe ulaşmayı amaçlamaktadır. Bunun sonucu olarak, hüküm kesinleşinceye kadar, inceleme olanağı bulunan kanıtların ele alınıp değerlendirilmesi gerekir. Diğer bir deyişle, adaletin tam olarak gerçekleştirilmesi için öne sürülen ve olaya ışık tutabilecek tüm kanıtların araştırılıp tartışılması zorunludur.

Somut olayda sanığın, çek bedelinin, yazı veya rakamla yazılı olan miktarlarından hangisi olduğuna dair açık bir kabulü bulunmadığı gibi, çek üzerindeki imzanın kendisine ait olduğunu, diğer yazıların ise kendisine ait olmadığını belirterek, buna ilişkin olarak da başka bir soruşturma kapsamında alınan ekspertiz raporunu ibraz ettiği gözetilerek, çek aslının ya da ibraz anındaki muhatap banka tarafından alınan onaylı örneğinin getirtilip, gerektiğinde bilirkişi görüşüne başvurulup, savunmada belirtilen menfi tespit dava dosyayı da celp edilerek, çek bedelinin kuşkuyla yer vermeyecek şekilde saptanması, (...) gerekirken, eksik soruşturma ile karar veren yerel mahkeme hükmü ile bunu düzelterek onayan Özel Daire kararında isabet bulunmamaktadır³⁴” şeklindeki ifadelerle özel dairenin onama kararını kaldırmıştır. Belirtmeliyiz ki, ceza hukuku perspektifinden kabul edilebilir görünen bu yaklaşım, kıymetli evrak hukuku prensipleri ile uyumamaktadır.

Çekte yer alacak belirli bir bedelin ödenmesi kayıtsız ve şartsız olacağından çeke faiz ve cezai şart kaydı yazılamaz³⁵. Aynı şekilde vade, manevi tazminat, vekâlet ücreti gibi kayıtların yazılması da geçerli değildir. Bu tip kayıtlar yazılsa dahi yazılmamış sayılır ve çekin geçerliliğini etkilemez³⁶. Buna karşılık, çekin ödenmesini bir koşula bağlayan kayıtlar senedin çek vasfını kaybetmesine neden olur³⁷.

³⁴ Yargıtay CGK, 37/71, 26.04.2011, <lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 09 Ağustos 2024

³⁵ Öztan, *Ders Kitabı* (n 1) 227. Ancak faiz alacağı ayrı bir dava konusu yapılabilir (Pulaşlı (n 3) 282).

³⁶ Öztan, *Ders Kitabı* (n 1) 239; Pulaşlı (n 3) 306; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 283; Poroy ve Tekinalp (n 6) 314; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 25) 349.

³⁷ Poroy ve Tekinalp (n 6) 152; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 283; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 25) 349; Bozer ve Göle (n 3) 226; Pulaşlı (n 3) 280 ve orada dñn 753'te yer alan Yargıtay kararı. Söz konusu karara göre “...takip konusu çekin taraflar arasında imzalanan sözleşme karşılığında verildiğı alacaklı tarafından açıkça kabul edilmiştir. Bununla birlikte, borçlu tarafından da tam iki tarafa borç yükleyen ve taraflar arasında varlığı

III. Muhatabın Ticaret Unvanı

Çeki ödeyecek muhatabın ticaret unvanının çekte mutlaka belirtilmesi gereklidir (TTK m. 780/1, c). Türkiye’de ödenecek çeklerde muhatap yalnızca banka olabilir³⁸ (TTK m. 782/1). Başka bir kişi üzerine çekilen çek havale hükmündedir (TTK m. 782/2). Banka kavramından hangi kurumların anlaşılacağı ise Bankacılık Kanunu (BankK)’na göre belirlenir (TTK m. 815). Bu maddenin yollama yaptığı BankK’nun 3. maddesine göre bankalar mevduat bankaları, katılım bankaları ve kalkınma ve yatırım bankalarıdır³⁹. Ancak anılan bankaların hepsinin pasif çek ehliyetine, diğer bir anlatımla muhatap olabilme ehliyetine sahip olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Sorunun odak noktası anılan son bankanın, yani kalkınma ve yatırım bankalarının BankK’da sayılan faaliyetlerden mevduat toplama ve fon kabul etme işlemlerini yapamamasıdır (BankK m. 4/2). Bundan dolayı bir görüş kalkınma ve yatırım bankalarının muhatap olarak gösterilemeyeceğini savunmaktadır⁴⁰. Ancak çoğunluk görüşü ise söz konusu bankalar üzerine çek keşidesinin mümkün olduğu yönündedir⁴¹.

Benzer bir tartışma hayali, uydurma bir banka üzerine çekilen çeklerde de mevcuttur. Bir görüşe göre TTK’nın muhatap unsuru bakımından gerekli gördüğü husus çek metninde banka namıyla bir muhatabın gösterilmiş olmasıdır; dolayısıyla hayali bir bankanın muhatap olarak gösterilmesi senedin çek niteliğini kazanmasını engellemez⁴². Karşı görüş ise TTK m. 815 hükmünün açıklığı

çekişmesiz olan bu sözleşme uyarınca alacaklının üstlendiği edimi yarım bıraktığı ve bu nedenle çekin bedelsiz kaldığı yönündeki şahsi defi ileri sürüldüğüne göre, alacağın varlığı ve miktarı genel mahkemede yapılacak yargılama sonucu belirleneceğinden takip konusu çek, kayıtsız şartsız para borcu içermemektedir. O halde takibin iptali yönünde hüküm tesisi yerinde olup... mahkeme kararının... onanması gerekmektedir” (Yargıtay 12 HD, 873/4355, 02.03.2015).

³⁸ Muhatap olarak birden fazla bankanın gösterilmesine engel bir hüküm TTK’da yoktur [Öztan, *Kıymetli Evrak* (n 8) 1048; Kendigelen (n 4) 105]; ancak ÇekK m.2/7 uyarınca matbu çek yapıtları üzerinde çek hesabının bulunduğu banka şubesinin adı da bulunacağından bu husus fiilen mümkün değildir [Reisoğlu (n 3) 63]. Birden fazla muhatap gösterilmesinin yalnızca fiilen değil, hukuken de mümkün olmadığı yönünde bkz. Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 287.

³⁹ Anılan bankaların banka olarak kabul ediliş süreçleri hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Pulaşlı (n 3) 282, 283.

⁴⁰ Kinacioğlu (n 13) 263.

⁴¹ Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 287; Öztan, *Ders Kitabı* (n 1) 228; Pulaşlı (n 3) 283, 284; Bozer ve Göle (n 3) 229; Poroy ve Tekinalp (n 6) 315; Ömer Korkut, ‘Pasif Çek Ehliyeti Bakımından Kalkınma ve Yatırım Bankalarının Hukuki Durumu’ in Mehmet Ünal (ed), *Prof. Dr. Ali Naim İnân’a Armağan* (Seçkin Yayıncılık 2009) 506, 507.

⁴² Karayalçın (n 18) 268; Kinacioğlu (n 13) 264; Kendigelen (n 4) 105, 106.

karşısında ve ayrıca çek defterlerinin bankalarca bastırılması hususunu da nazara alarak hayali ve uydurma banka üzerine çekilen çeklerin, zorunlu unsur olan muhatabın eksikliği nedeniyle geçersiz olacağını savunmaktadır⁴³. Bizce de bu görüş isabetlidir.

Muhatap banka, çekte lehtar olarak gösterilebileceği gibi banka kendi üzerine de çek keşide edebilir⁴⁴ (TTK m. 818/1, a'nın atfıyla TTK m. 673).

Muhatabın senet metninde yer alıp almadığının bir önemi yoktur; çekin üzerinde herhangi bir yerde gösterilebilir⁴⁵.

Çek üzerinde muhatap bankanın ticaret unvanı gösterilmemişse çek geçersiz olacağı gibi, böyle bir çeki havale saymak da mümkün değildir⁴⁶.

IV. Ödeme Yeri

Ödeme yeri TTK m. 780/1, d'de çekin zorunlu unsurları arasında sayılmıştır. Bununla birlikte kanun koyucu çekte ödeme yerinin bulunmaması halinde bu boşluğu dolduracak yedek kurallar sevk etmiş, sonuç itibarıyla de ödeme yerini çekin zorunlu unsurlarından çıkarmıştır⁴⁷ (TTK m. 781/2). Buna göre çekte ödeme yerinin gösterilmemiş olması durumunda çek muhatabın ticaret unvanının yanında gösterilen yerde ödenir; burada birden fazla yer gösterilmesi durumunda ilk gösterilen yer ödeme yeri sayılır. Şayet muhatabın ticaret unvanı yanında bir yer gösterilmemişse ve buna ilişkin başka bir kayıt da yoksa çek muhatabın merkezinin bulunduğu yerde ödenir. Türkiye'de ödenecek çeklerde muhatabın ancak banka olabileceği; bankaların da ancak anonim şirket şeklinde faaliyet gösterebileceği dikkate alındığında muhatabın merkezinin bulun-

⁴³ Bu konuda detaylı açıklamalar ve tespitleri için bkz. Pulaşlı (n 3) 284 vd. Aynı görüşte Bozer ve Göle (n 3) 229.

⁴⁴ Banka çeki olarak da tabir edilen bu tür çeklerin hukuken geçerli bir çek olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır [Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 318; Kendigelen (n 4) 105; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 25) 351; Alper Erdem, 'Çekin Zorunlu Unsurları Ekseninde Banka Çeki' (Ocak 2012) (65) Terazi Hukuk Dergisi 39, 41]. Geçerli olduğu yönünde bkz. Poroy ve Tekinalp (n 6) 315; Erdem (n 44) 42, 43; Erol Ulusoy, 'Keşide Çeki' in Sabih Arkan (ed), *Fırat Öztan'a Armağan C. II* (Turhan Kitabevi 2010) 2241, 2242. Aksi görüşte bkz. Ömer Teoman, 'Banka Çekleri Hukuken Çek Midir?' (1994) 54 İÜHFM 261, 263 vd.

⁴⁵ Öztan, *Kıymetli Evrak* (n 8) 1047.

⁴⁶ Bu durumda havale ödeyicisi belli olmadığı için senet ancak delil başlangıcı olarak değerlendirilir [Kendigelen (n 4) 106].

⁴⁷ Pulaşlı (n 3) 298, 299; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 287, 288; Poroy ve Tekinalp (n 6) 315.

maması gibi bir durum söz konusu olamaz⁴⁸ ve son tahlilde çek bu merkezin bulunduğu yerde ödenir⁴⁹. Sonuç olarak ödeme yerinin çekin mutlak zorunlu unsurlarından olmadığı söylenebilir.

Ödeme yeri çekin ibraz süresinin belirlenmesinde önem taşır⁵⁰. Çünkü bir çek düzenlendiği yerde ödenecekse 10 gün; düzenlendiği yerden başka bir yerde ödenecekse 1 ay içerisinde muhataba ibraz edilmelidir (TTK m. 796). Bu itibarla keşideci ödeme yerini göstererek ibraz süresini kısaltabilir ya da uzatabilir. Buna karşılık ödeme yeri, çekin ibraz edileceği yerin tayini açısından etkin bir rol oynamamaktadır⁵¹. Nitekim ÇekK m. 3/1'e göre çek, hesabın bulunduğu şubeden başka muhatap bankanın herhangi bir şubesine ibraz edilerek ödeme talep edilebilir⁵². Esasında bu hüküm ve günümüz imkânları göz önüne alındığında TTK m. 796 hükmünün gözden geçirilerek tek bir ibraz süresinin kabul edilmesi gerektiğini ifade edebiliriz.

V. Düzenlenme Tarihi ve Yeri

A. Düzenlenme Tarihi

Düzenlenme tarihi çekte mutlaka bulunması gereken unsurlardandır (TTK m. 780/1, e). Bu unsurun eksikliği senedin çek vasfını yitirmesine neden olur⁵³ (TTK m. 781/1).

⁴⁸ Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 288; Kendigelen ve Kırca (n 3) 291.

⁴⁹ ÇekK m. 2/7 uyarınca matbu çek yapraklarında çekle işleyen hesabın bulunduğu şubenin adı yer aldığından uygulamada bu şube ödeme yeri olmaktadır [Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 288; Bozer ve Göle (n 3) 254; Pulaşlı (n 3) 299; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 25) 352].

⁵⁰ Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 288. Bundan başka ödeme yeri pasif çek ehliyetinin tayini (TTK m. 819), ödemeye ilişkin konular (TTK m. 822), şekil ve süreler (TTK m. 820) gibi hususlarda hangi ülke kanunun uygulanacağını tespitinde önem taşır [Öztan, *Ders Kitabı* (n1) 229; Kendigelen ve Kırca (n 3) 291].

⁵¹ Bozer ve Göle (n 3) 255; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 25) 352.

⁵² Bununla birlikte kanun koyucu, poliçede olduğu gibi, çekte de adresli veya yerleşim yerli çek düzenlenmesine imkân tanımıştır. Ancak her halükarda muhatap banka olmalıdır (TTK m. 787). Ödeme yerinde çek hesabının bulunduğu bankanın şubesinin bulunmaması gibi durumlarda adresli veya yerleşim yerli çek düzenlenerek sorun çözüme kavuşturulur. Ancak hemen belirtilmelidir ki, poliçenin aksine, çekte adres veya yerleşim yeri kaydı yalnızca düzenleyen tarafından konulur; muhatapın böyle bir yetkisi yoktur [Poroy ve Tekinalp (n 6) 315, 316].

⁵³ Öztan, *Ders Kitabı* (n 1) 230; Pulaşlı (n 3) 289; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 288; Reisoğlu (n 3) 64; Bozer ve Göle (n 3) 229. Aynı yönde bkz. Poroy ve Tekinalp (n 6) 316

Düzenlenme tarihi belirli ve mümkün olmalıdır. Dolayısıyla çek üzerinde birden fazla veya çelişkili düzenlenme tarihi yer almaması gerektiği gibi bu tarih aynı zamanda takvimde mevcut olan bir tarih de olmalıdır⁵⁴. Tarihin sadece yıl olarak gösterilmesi yeterli değildir; gün-ay-yıl şeklinde açıkça gösterilmelidir⁵⁵. Çek, takvimleri farklı olan iki yer arasında çekilirse, düzenlenme günü, ödeme yerinde takvimde o günü karşılayan güne dönüştürülür⁵⁶ (TTK m. 797).

Aynı tarihin senede birden fazla yazılması senedi geçersiz kılmaz⁵⁷; ancak birbirinden farklı tarihlerin varlığı halinde senedin geçerliliği hakkında doktrin-

Bu durumda senet adi havale hükmündedir [Öztan, *Kıymetli Evrak* (n 8) 1052; Kendigelen (n 4) 118]. Yargıtay da bir kararında düzenlenme tarihi bulunmayan çekin alelade havale olduğuna hükmetmiştir (Yargıtay 6 CD, 1599/1672, 14.03.1978, <legalbank.net> Erişim Tarihi 14 Ağustos 2024). Fakat bu sonuca çekin nama veya emre düzenlenmiş olması halinde ulaşılır; şayet çek hamiline düzenlenmişse havale alıcısı mevcut olmadığı için havale ilişkisinden bahsedilemez [Ali Ayli ve Didem Yardımcıoğlu, 'Çekte Düzenleme Tarihi ve Önemi' (2014) 16 (Özel Sayı) DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan) 3195, 3209]. Uyar ise bu senedin ancak delil başlangıcı sayılacağı kanaatindedir (Uyar (n 29) 3523).

⁵⁴ Yargıtay senedin üzerindeki 31 tarihini şubat ayı dışındaki ayların son günü; 29 tarihini de şubat ayının 29 çekmediği yıllar için şubat ayının son günü kabul etmekteydi. Ancak Yargıtay bu görüşünü sonradan değiştirmiş, şubat ayı da dâhil olmak üzere 31 gün olmayan aylar için belirtilen 31 tarihini o ayın son günü kabul etmiştir. Bu konu hakkında detaylı açıklamalar ve Yargıtay kararları için bkz. Kendigelen, s. 112 vd; Mehmet Bahtiyar, 'Yargıtay Kararları Işığında Kambiyo Senetlerinde Keşide Tarihi ve İmkânsızlığı' (1999) 20 (1) Batider 41, 48 vd. Karşı fikirde bkz. Öztan, *Kıymetli Evrak* (n 8) 1053. Ancak 32.12.2017 gibi takvimde bulunmayan bir tarihi düzenleme tarihi olarak kabul etmek mümkün değildir [Öztan, *Kıymetli Evrak* (n 8) 1053; Kendigelen (n 4) 115; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 289; Pulaşlı (n 3) 290; Bozer ve Göle (n 3) 230; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 25) 354].

⁵⁵ Dolayısıyla örneğin ramazan bayramının ilk günü veya cumhuriyet bayramı ya da anneler günü düzenleme tarihi olarak gösterilemez [Öztan, *Ders Kitabı* (n1) 83; Bahtiyar (n 54) 46]. Aksi fikirde bkz. Bozer ve Göle (n 3) 232. Gün, ay veya yıldan herhangi birinin eksikliği çeki geçersiz kılar [Pulaşlı (n 3) 289; Bozer ve Göle (n 3) 229; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 25) 353]. Açıkça belli olmak kaydıyla gün ve ayın yerleri değiştirilebileceği gibi [Kendigelen (n 4) 111; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 289; Pulaşlı (n 3) 290; Reisoğlu (n 3) 66; Uyar (n 29) 3524], yılın kısaltılarak -08.12.17 gibi- yazılması da mümkündür [Kendigelen (n 4) 111; Öztan, *Kıymetli Evrak* (n 8) 1052; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 289; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 25) 353, Uyar (n 29) 3524]. Tarihin rakamla veya yazıyla belirtilmesi mümkündür [Öztan, *Ders Kitabı* (n1) 230; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 289]. Bununla birlikte burada borcun ifası için gün belirtmeksizin sadece ay belirlenmesi durumunda bundan ayın son gününün anlaşılacağına ilişkin BK m. 91/2 hükmü uygulama alanı bulamamalıdır [Bozer ve Göle (n 3) 230].

⁵⁶ Süreler de bu güne göre hesap edilir [Poroy ve Tekinalp (n 6) 316; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 25) 354].

⁵⁷ Karşı görüşteki Bahtiyar'a göre ise düzenleyenin birden fazla olması durumunda dahi düzenleme tarihi bir tane olmalıdır [Bahtiyar (n 54) 47].

de farklı görüşler ileri sürülmüştür. Öztan'a göre çek üzerinde birden fazla ve birbirinden farklı tarihlerin mevcut olması senedin çek olma vasfını kaybetti-rir⁵⁸. Diğer görüş ve Yargıtay'a göre ise farklı tarihlerin mevcudiyeti halinde daha yeni olan tarih vade olarak kabul edilip, bu tarih TTK m. 795/1 uyarınca yazılmamış sayılır; daha eski olan tarih de düzenlenme tarihi kabul edilir⁵⁹.

Düzenlenme tarihinin gösterilmesi şart ise de bu tarihin mutlaka gerçek tarih olması gerekmez⁶⁰. Diğer bir anlatımla, çekin düzenlendiği tarih olarak çek üzerine çekin fiilen düzenlendiği gün yazılabileceği gibi daha önceki veya daha sonraki bir tarih de yazılabilir⁶¹. Önemli olan şeklen geçerli bir tarihin senette mevcut olmasıdır. Düzenlenme tarihi senedin ön yüzünde herhangi bir yerine yazılabilir⁶².

Düzenlenme tarihi, tıpkı ödeme yeri gibi, birçok hususun tespitinde önem arz eder. Senedin geçerliliği, ibraz sürelerinin belirlenmesi, düzenleyenin ehli-yetinin varlığı gibi olgular düzenlenme tarihi dikkate alınarak belirlenir⁶³.

B. Düzenlenme Yeri

Senette düzenlenme yerinin de yer alması gerekir (TTK m. 780/1, e). Düzenlenme yerinin bulunmaması çeki geçersiz kılar. Ancak kanun koyucu doğrudan bu sonuca varmamış, bu kuralı yumuşatan bir yedek kural öngörmüştür⁶⁴.

⁵⁸ Öztan, *Kıymetli Evrak* (n 8) 1052. Aynı görüşte Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 289; Reisoğlu (n 3) 66; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 25) 353; Ömer Teoman, 'İki Farklı Keşide Tarihi İçeren Çeklerin Hukuki Durumu', *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar XXIII* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2009) 17 vd.

⁵⁹ Kendigelen (n 4) 115; Pulaşlı (n 3) 290; Bozer ve Göle (n 3) 232, 233; Ayli ve Yardımcıoğlu (n 53) 3212. Bununla birlikte ileri tarihli çekleri geçerli sayan ÇekK m. 3/8 ve Geçici Madde 3/5 hükümleri karşısında Yargıtay'ın görüşünü gözden geçirmesi gerektiği hakkında bkz. Kendigelen (n 4) 117

⁶⁰ Öztan, *Ders Kitabı* (n 1) 230; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 289; Bozer ve Göle (n 3) 233; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 25) 353; Reisoğlu (n 3) 64; Ayli ve Yardımcıoğlu (n 53) 3213.

⁶¹ Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 289; Bozer ve Göle (n 3) 233; Ayli ve Yardımcıoğlu (n 53) 3213.

⁶² Öztan, *Ders Kitabı* (n 1) 230; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 289; Ayli ve Yardımcıoğlu (n 53) 3211; Bahtiyar (n 54) 46

⁶³ Pulaşlı (n 3) 290; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 289; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 25) 352. Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. Ayli ve Yardımcıoğlu (n 53) 3214 vd; Bahtiyar (n 54) 41 vd.

⁶⁴ Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 291.

Gerçekten de TTK m. 781/3'e göre düzenlenme yeri gösterilmeyen çek, düzenleyeninin adının⁶⁵ yazılı olduğu yerde düzenlenmiş sayılır. Bununla birlikte düzenleyeninin adı yanında yazılı bir yer yoksa artık çek geçerliliğini kaybedecektir⁶⁶. Nitekim bir kararında Yargıtay yetki sözleşmesi ile tespit edilen yerin düzenlenme yeri olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığına hükmetmiştir⁶⁷.

Düzenlenme tarihinde olduğu gibi, düzenlenme yerinin de mutlaka gerçeğe uygun olması şart değildir⁶⁸. Dolayısıyla düzenlenme yeri olarak fiilen çekin düzenlendiği yer yazılabileceği gibi başka bir yer de yazılabilir.

Çekte düzenlenme yeri olarak bir mülkî idari birimin adı⁶⁹ gösterilmelidir⁷⁰; bunun haricinde bir yer yazılması (Kasımpaşa, Taksim, Bağdat Caddesi, Sayfiye Sokak gibi) düzenlenme yeri olarak kabul edilmez⁷¹. Bununla birlikte Yargıtay

⁶⁵ Hükümde her ne kadar “düzenleyeninin adı”ndan bahsedilmişse de TTK m. 780/1, f uyarınca zorunlu unsur “düzenleyeninin imzası” olduğundan düzenleyeninin adı ibaresini imzayı da kapsayacak şekilde geniş yorumlamak lazımdır [Kendigelen (n 4) 119]. Bununla beraber düzenleyeninin değil de lehtarın adının veya muhatabın ticaret unvanı yanında ya da yetkili mahkeme-yi göstermek amacıyla yazılan yerler düzenleme yeri olarak kabul edilemez [Kendigelen (n 4) 120; Bozer ve Göle (n 3) 250; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 25) 355].

⁶⁶ Öztan, *Ders Kitabı* (n 1) 231; Bozer ve Göle (n 3) 249; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 291; Poroy ve Tekinalp (n 6) 316; Reisoğlu (n 3) 67. Böyle bir çek ancak havale olarak nitelendirilebilir [Pulaşlı (n 3) 295; Bozer ve Göle (n 3) 250; Poroy ve Tekinalp (n 6) 316; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 25) 355]. Düzenlenme yeri bulunmayan bir çekin delil başlangıcı olacağı yönünde bkz. Uyar, s. 3529. Keşide yerinin bulunmamasının yanında çek hamiline düzenlenmişse bu çeki havale saymak mümkün değildir (Murat Alışkan, ‘Teori ve Uygulamada Kambyo Senetlerinde Lehtar Unsuru: Lehtar Unsurunun Hukuki Niteliği, Eksikliğinin Sonuçları, Lehtarın İşletme Adı Yazılarak Gösterilmesinin Sonuçları’ (Ocak 2011) Legal Hukuk Dergisi 83, 95, 96).

⁶⁷ Yargıtay 12 HD, 33937/13587, 09.05.2016, <lib.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2024.

⁶⁸ Öztan, *Ders Kitabı* (n 1) 231; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 291; Reisoğlu (n 3) 67. Bununla birlikte olmayan bir yer düzenleme yeri olarak gösterilemez (Bozer ve Göle (n 3) 251; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 25) 354).

⁶⁹ Çokları yerine bkz. Kendigelen (n 4) 122, 123.

⁷⁰ Sorun daha çok ibraz sürelerinin tespiti bağlamında önem taşımakta ise de burada 6360 sayılı Kanun’a değinmekte fayda vardır. Anılan Kanun ile Kanun’un 1. ve 2. maddelerinde sayılan şehirlerde sınırları il mülki sınırları olmak üzere aynı adla büyükşehir belediyeleri kurulmuştur. Dolayısıyla bu il sınırları içinde bir çek keşide edilmesi durumunda, ödeme yeri başka bir ilçe olsa bile, çekin ibraz süresi on gün olacaktır. Örneğin Gazipaşa’da düzenlenen çekin ödeme yeri Kaş ise ibraz süresi on gündür. Bu konu hakkında daha detaylı açıklamalar için bkz. Pulaşlı (n 3) 295 vd.

⁷¹ Öztan, *Ders Kitabı* (n 1) 83; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 291; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 25) 355; Pulaşlı (n 3) 297. Ayrıca *Pulaşlı*’ya göre aynı ismi taşıyan ilçelerin düzenleme yeri olarak gösterilmesi halinde karışıklığa neden olmaması ve ibraz sürelerinin doğru tespiti için ilçe adının yanında il adının da (örneğin Konya/Ereğli-

İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun kararında⁷² açıklandığı üzere “çeklerde keşide yerinin hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde anlaşılabilir olması koşulu ile” kısaltılarak yazılması mümkündür⁷³.

Düzenlenme yeri senedin ön yüzünde⁷⁴ herhangi bir yere yazılabilir⁷⁵. Ancak birden fazla düzenlenme yeri yazılması durumunda çek geçersiz olur⁷⁶.

VI. Düzenleyenin İmzası

Hukuken geçerli bir çekten bahsedebilmek için çekin düzenleyen tarafından el⁷⁷ ile imzalanması gerekir⁷⁸ (TBK m.15/1, TTK m. 780/1, f; karş. TTK m. 1526/1). Nitekim Yargıtay bir kararında, imzanın kaşeden ibaret olması halinde çekin geçerli olmayacağına hükmetmiştir⁷⁹. İmzanın şekli hakkında mevzuatta herhangi bir hüküm olmadığından düzenleyen kendine özgü biçimlerle ya da

Zonguldak/Ereğli, Balıkesir/Edremit-Van/Edremit, Burdur/Kemer-Antalya/Kemer gibi) gösterilmesi gerekir [Pulaşlı (n 3) 297]. Düzenleme yerinin mutlaka idari birim olmasının gerekmediği yönünde bkz. Erdoğan Moroğlu, ‘Kambiyo Senetlerinde Düzenleme Yeri’, *Prof. Dr. Fahri-man Tekil’in Anısına Armağan* (Beta Yayınevi 2003) 160, 161; Bozer ve Göle (n 3) 252, 253. Bir ildeki cadde ismi düzenleme yeri olarak gösterilemez (Yargıtay 12 HD, 16912/9208, 13.06.2017, <lib.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 21 Ağustos 2024)

⁷² Yargıtay İBGK 1/5, 14.12.1992, <lib.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 02 Ağustos 2024

⁷³ Nitekim Yargıtay “Ç.K.” ve “Ç.Kale” şeklindeki ifadelerin idari birimi ifade etmediği ve düzenleme yerinin olmadığına hükmetmiştir (Yargıtay 12 HD, 27940/36504, 19.11.2013; 11 HD 343/6765, 25.09.2024, <lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 21 Ağustos 2024).

Buna ilişkin çeşitli örnekler ve Yargıtay kararları için. Kendigelen (n 4) 125 vd; Pulaşlı (n 3) 297, 298; Bozer ve Göle (n 3) 251; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 291, 292; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 25) 356; Reisoğlu (n 3) 67, 68.

⁷⁴ Reisoğlu (n 3) 67. Çekin arkasında yazılan yer düzenleme yeri olarak kabul edilmez [Uyar (n 29) 3529; Reisoğlu (n 3) 69; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 25) 354].

⁷⁵ Reisoğlu (n 3) 67.

⁷⁶ Öztan, *Ders Kitabı* (n 1) 231; Bozer ve Göle (n 3) 249, 250; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 291.

⁷⁷ Bu nedenle yalnızca parmak izi basılarak veya mühür kullanılarak ya da mekanik veya dijital araçlarla geçerli bir çek düzenlenemez [Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 117, 292]; buna karşılık parmak izinin yanında imza ya da parafa benzeyen işaretler varsa bu çek geçerlidir [Pulaşlı (n 3) 287; Reisoğlu (n 3) 71]. El yazısı şartı, imza dışındaki şekil şartları için aranmamaktadır (Argun Karamanlioğlu, ‘Kambiyo Senetlerinde Düzenleyenin İmzası ve Bulunmamasının Sonuçları’ (2013) 1 (2) Kadir Has Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi 89, 99).

⁷⁸ Öztan, *Ders Kitabı* (n 1) 82; 231; Pulaşlı (n 3) 287; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 292; Bozer ve Göle (n 3) 242; Reisoğlu (n 3) 73. İmzanın yokluğu halinde senet delil başlangıcı olabilir [Kendigelen (n 4) 130].

⁷⁹ Yargıtay 12 HD 4779/9202, 04.11.2024, <lib.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 26 Ağustos 2024; 12 HD, 9988/28029, 25.09.2012, <legalbank.net> Erişim Tarihi 26 Ağustos 2024

sadece adını soyadını yazarak⁸⁰ da imza atabilir⁸¹. Görme engellilerin, talepleri halinde, imzalarında şahit aranır; aksi halde görme engellilerin imzalarını el ile atmaları yeterlidir⁸² (TBK m. 15/3).

Düzenleyenin imzası çekin geçerliliği için yeterlidir⁸³; adını soyadını yazmasına gerek olmadığı gibi bunun yanlış veya hatalı yazılmasının da bir önemi yoktur⁸⁴. Hatta gerçek olmayan tamamen hayali bir isim kullanılsa dahi çek geçerlidir; zira önemli olan imzanın atılmış olmasıdır⁸⁵. Senet üzerinde birden fazla kimsenin imzası varsa, tereddüt halinde, bu kişileri müşterek düzenleyen kabul etmek gerekir⁸⁶.

İmza, senedin ön yüzüne ve senette yer alan tüm beyanları kapsayacak şekilde atılmalıdır⁸⁷. Tüzel kişileri temsilen çek düzenlemek isteyen temsile yetkili kişilerin, şirket kaşesi kullanmaları halinde imzalarını kaşenin üzerine atması gerekir; bunun yanında kaşe basılmaksızın senedin boş bir yerine daha imza atarlarsa aval vermiş sayılırlar⁸⁸. Aynı şekilde, kaşe veya unvan kullanılmadan çekin imzalanması durumunda imza sahipleri bizzat sorumluluk altına girer⁸⁹.

⁸⁰ Bununla düzenleyen imza atmak amacıyla olmalıdır [Kendigelen (n 4) 129; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 25) 187]. Yargıtay da bu yönde karar vermiştir (Yargıtay 12 HD, 32833/4052 26.02.2015, <lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 27 Ağustos 2024).

⁸¹ Reisoğlu (n 3) 70; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 25) 187, 356.

⁸² Bozer ve Göle (n 3) 245; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 153; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 25) 189.

⁸³ Karşı görüşte bkz. Reisoğlu (n 3) 70. Kambiyo senetlerinde imza yalnızca senedin geçerliliği bakımından değil, sorumluların tespiti bakımından da önemlidir; zira kambiyo senetlerinde yalnızca imzası bulunanlar sorumluluk altına girer [Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 25) 187 dñn 1].

⁸⁴ Kendigelen (n 4) 138, 139; Öztan, *Ders Kitabı* (n 1) 231; Pulaşlı (n 3) 287; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 25) 188, 356; Reisoğlu (n 3) 70. *Bozer ve Göle* de aynı fikirde olmakla beraber adın soyadın çek üzerinde yer almasının faydalı olacağını, hatta bankaların matbu çek yapraklarında buna özgü boşluk bırakmaları gerektiğini ileri sürmüştür [Bozer ve Göle (n 3) 247].

⁸⁵ Öztan, *Ders Kitabı* (n 1) 82; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 25) 188; Reisoğlu (n 3) 71.

⁸⁶ Öztan, *Ders Kitabı* (n 1) 82. Çekle işleyen hesap, üzerinde müştereken tasarruf edebilecek birden fazla kişiye ait olursa bu takdirde çekin üzerinde sadece bir kişinin imzasının bulunması halinde dahi çek geçerli olur [Kendigelen (n 4) 140].

⁸⁷ Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 292. İmzanın, senedin alt kısmına atılmak zorunda olduğu; metnin içine, senedin yanına veya üstüne atılan imzaların geçersiz olduğu yönünde bkz. Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 25) 187. Açıkça ifade etmemekle beraber aynı görüşte bkz. Reisoğlu (n 3) 71; Bozer ve Göle (n 3) 245; Uyar (n 29) 3527.

⁸⁸ Pulaşlı (n 3) 287.

⁸⁹ Reisoğlu (n 3) 70. Bu durumda çekin şirkete ait olması da sonucu değiştirmez [Pulaşlı (n 3) 288, karşı Reisoğlu (n 3) 70].

Çekk m. 5/3'e göre çek hesabı sahibi gerçek kişi kendisi adına çek düzenlemek üzere temsilci veya vekil tayin edemezse de bu hükme aykırılık çeki geçersiz kılmaz. Nitekim söz konusu hükümde buna aykırılığın neticesi geçersizlik olarak kabul edilmemiş; dahası düzenlenen çekten dolayı hukuki ve cezai sorumluluğun çek sahibine ait olacağı belirtilmiştir⁹⁰ (karş. yetkisiz temsile ilişkin TTK m. 678 ve 818/1, c). Dolayısıyla çekin üçüncü kişi adına veya hesabına düzenlenmesi mümkündür^{91,92}.

Çeki düzenleyenin imzasının sahteliği, çek üzerine imza koymuş olan diğer ciranta ve avalistlerin sorumluluğunu etkilemez⁹³ (TTK m. 818/1, c'nin atfıyla TTK m. 677).

VII. Banka Tarafından Verilen Seri Numarası ve Karekod

A. Seri Numarası

Seri numarası, 6728 sayılı Kanun m. 70 ile çekin zorunlu unsuru olarak TTK'ya eklenmiştir. Dolayısıyla bankaların bastıracağı çeklerde seri numarasının bulunması zorunludur; aksi halde senet çek olarak geçerliliğini yitirir⁹⁴. Bu zo-

⁹⁰ Kendigelen (n 4) 130, 131; Bozer ve Göle (n 3) 243; Karamanlioğlu (77) 110; Metin Topçuoğlu, 'Yeni Çek Kanunu Çerçevesinde Çeklerde Gerçek Kişilerin Temsili ve Temsilin Sonuçları' (2010) 26 (4) Batider 135, 140; H. Ali Dural, '5941 Sayılı Çek Kanununa Göre Gerçek Kişilerin Temsilci Aracılığıyla Çek Düzenlemesi ve Gerçek Kişi Tacirin Ticari Mümessilinin Çek Düzenleme Yetkisi' (2010) 1 (1) GS Hukuk Fakültesi Dergisi (Köksal Bayraktar'a Armağan) 667, 673; Narbay ve Güney (n 3) 50, 51. Buradaki yasağın iradi temsilciye yönelik olup yasal temsilciyi kapsamadığı yönünde bkz. Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 25) 358; Dural (n 90) 669, 670; Topçuoğlu (n 90) 144.

⁹¹ Öztan, *Ders Kitabı* (n1) 231; Poroy ve Tekinalp (n 6) 317. Adi ortaklığı temsilen çekilen çekten, çek üzerinde imzası bulunmayan ortak da sorumlu olur [Pulaşlı (n 3) 287; Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 25) 359]. Adi ortaklık adına çek düzenlenemeyeceği hakkında bkz. Poroy ve Tekinalp (n 6) 317.

⁹² Temsil yetkisi olmadığı halde temsilci sıfatıyla veya yetkisini aşarak çek düzenleyen kişi senedin ödenmemesinden bizzat sorumludur (TTK m. 678). Bununla birlikte doktrinde, işlemin yapıldığı sırada temsilcinin yetkisiz olduğunu veya yetkisini aştığını hamilin bildiği veya bilmesi gerektiğinin ispatlanması durumunda yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun doğmayacağı fikri ileri sürülmüştür [Bozer ve Göle (n 3) 245].

⁹³ Reisoğlu (n 3) 70, 73; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 294. İmzanın borçlu tarafından atıldığı tanıkla ispat edilebilir [Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç ve Ünal (n 25) 188]. Çekteki imzanın sahteliği, hayatın olağan akışına göre, senedin hamil tarafından ödenmek üzere ibraz edildiği sırada ileri sürülmelidir. Bununla birlikte ödeme yapılıp senet alındıktan sonra da imzanın sahte olduğunun ileri sürülmesi mümkündür [Pulaşlı (n 3) 288]. Bu konudaki örnek Yargıtay kararı hakkında bkz. Pulaşlı (n 3) 288.

⁹⁴ Pulaşlı (n 3) 291; Bozer ve Göle (n 3) 234; Narbay ve Güney (n 3) 53.

runluluğa yabancı bankalar⁹⁵ açısından bir istisna getirilmiş ve bu bankaların bastırdığı çeklerde seri numarasının olmamasının çekin geçerliliğini etkilemeyeceği hüküm altına alınmıştır (TTK m. 780/4).

Seri numarası ile çek kendisine ibraz edilen banka, çek üzerinde çek hesabının bulunduğu şubenin adının veya çek hesabının numarasının bulunmadığı varsayımlarda, söz konusu çekin muhatap bankanın hangi şubesine ait olduğunun tespit edebilir⁹⁶.

B. Karekod

Türkiye Bankalar Birliği (TBB) ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB)'nin işbirliği ile hayata geçirilen karekod sisteminin kullanımı ilk olarak zorunlu değilken sonradan 6728 sayılı Kanun m. 70 ile TTK'ya eklenmiş ve çekin zorunlu unsuru haline getirilmiştir⁹⁷. TTK gm. 11'e göre 31/12/2016 tarihinden sonra bankalar çek hesabı sahiplerine karekod ve seri numarası unsurlarını içermeyen çek yaprağı veremeyecektir; ancak bu tarihten önce basılan çeklerde bu unsur aranmaz⁹⁸.

Sonuç olarak karekod⁹⁹ günümüzde çekin zorunlu unsurudur, yokluğu halinde senet çek olma vasfını kaybeder¹⁰⁰. Bununla birlikte yabancı bankalar tarafından verilen çeklerde karekodun bulunmaması çekin geçerliliğini etkilemez (TTK m. 781/4).

Bankalar çek hesabı açtıkları gerçek kişi ile tüzel kişiyi ve hesap açılış tarihi itibarıyla tüzel kişi tarafından bildirilen tüzel kişinin işlem yetkililerini karekod okutma ve bilgi paylaşım sistemine kaydeder (ÇekK m. 2/3, son cümle). Söz konusu hüküm, ileri tarihli düzenlenen çeklerin¹⁰¹ ibrazı anında ortaya çıkabile-

⁹⁵ Yabancı banka teriminden ne anlaşılacağı hususunda açıklık olmadığı yönünde değerlendirme ve tespit için bkz. Bozer ve Göle (n 3) 235, 236.

⁹⁶ Bozer ve Göle (n 3) 234.

⁹⁷ Bozer ve Göle (n 3) 236; Pulaşlı (n 3) 291. Böylelikle Türkiye, karekodlu çek kullanımını öngören ve bunu yasal olarak zorunlu hale getiren ilk ülke olmuştur [Narbay ve Güney (n 3) 49].

⁹⁸ Narbay ve Güney (n 3) 54.

⁹⁹ Karekodun mahiyeti ile ilgili açıklamalar için bkz. Bozer ve Göle (n 3) 236, 237; Narbay ve Güney (n 3) 48, 49.

¹⁰⁰ Bozer ve Göle (n 3) 237; Pulaşlı (n 3) 291; Narbay ve Güney (n 3) 53.

¹⁰¹ İleri tarihli çeklerin 31/12/2025 tarihine kadar üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce ödenmek üzere ibrazı geçerli değildir (ÇekK gm. 3/5). Bu hüküm dolayısıyla TTK m. 795/2 anılan tarihe kadar uygulanamayacaktır.

çek muhtemel yetkisizlik iddialarını bertaraf etmeye yöneliktir. Aynı husus Çekk m. 3/10'da da öngörülmüştür. Bu hükme göre karekodlu çeki alan lehdar bu çeki karekod okutma ve paylaşım sistemine kaydeder¹⁰². Kayıt tarihinden sonra çek düzenleyen tüzel kişinin temsilcilerinde meydana gelen değişiklikler tüzel kişinin sorumluluğunu etkilemez.

Lehdarın çeki sisteme kaydetmesi ile çek hesabı sahibine verilen çek yapıtlarının hangilerinin tedavüle çıkarıldığı hangilerinin halen çek sahibinde bulunduğu bilgilerine ulaşılabilir. Bununla çek alacaklıları, ellerinde bulunan çek ile çek hesabı sahibine ve bu çeki düzenleyenlere ilişkin verilere karekod aracılığıyla ulaşabilir (TTK m. 780/2) ve gerekirse çekle ödemeyi kabul etmeyebilir¹⁰³. Bu verilere ulaşılmasını sağlayacak karekod okutma ve bilgi paylaşım sistemi TBB Risk Merkezi tarafından oluşturulur (TTK m. 780/3).

Anlatılanlardan hareketle denilebilir ki karekod sistemi, çekin lehdarı veya hamili tarafından düzenleyene ait mali bilgilerin ve ödeme geçmişinin öğrenbilmesini hedefleyen, bu sayede çekle ödemelerde güveni artıran ve bunun sonucunda çekin kullanımının yaygınlaşmasını sağlayacak olan bir sistemdir¹⁰⁴.

Sonuç

Ticari hayatta oldukça yaygın olarak kullanılan çek, nakit dışı ödemelerde en sık kullanılan yöntemdir. Kendisine gösterilen bu itibar nedeniyle, kanun koyucu çekin güvenilirliğini artırmak için çek düzenlenmesine ilişkin olarak TTK'da sıkı şekil şartları koşmuştur. Kanun koyucu bununla yetinmemiş, ayrı bir Çekk daha ihdas etmiş ve bu Kanunda çeke ilişkin çeşitli unsurların bulunması gerektiğini hüküm altına almıştır. Bununla birlikte Çekk'da da belirtildiği üzere, bu unsurların bulunmaması çekin geçersizliğine yol açmayacaktır. Kanun koyucunun çekin TTK kapsamında sıkı şekil şartlarına yönelik bu tavrı uygulamaya da yansımış, yargıya akseden uyuşmazlıklarda şekil kuralları dolayısıyla çekin geçersizliğine yol açan nedenlerle karşılaşmıştır. Hiç şüphesiz bu durum hem çekin güvenilirliğini sarsmakta hem de çek kullanan kişilerin tedirgin olmasına neden olmaktadır.

¹⁰² Lehdarın bu sorumluluğuna aykırı davranmasının yaptırımını öngörülmemiştir [Bozer ve Göle (n 3) 241].

¹⁰³ Bozer ve Göle (n 3) 240. 6728 sayılı Kanun'la getirilen düzenlemenin temelinde karşılıksız çeklerle mücadele düşüncesi vardır [Narbay ve Güney (n 3) 46].

¹⁰⁴ Bozer ve Göle (n 3) 242; Narbay ve Güney (n 3) 48.

TTK m. 780 hükmü bir çekin taşınması gereken unsurları saymıştır. Bu unsurların noksanlığı çekin geçersizliğine neden olur. Bu minvalde, öncelikle senet metninde “çek” kelimesinin bulunması gerekir. Kanun koyucu bu ifadenin senet metni içerisinde yer alması gerektiğini açıkça belirtmiştir. Belirli “bedel”in ödenmesine yönelik TTK’daki ifadenin hatalı olduğu kanaatindeyiz. Zira çekte mündemiç hak ancak bir miktar para olabilir. Ayrıca bu paranın belirli olması ve ödenmesinin hiçbir kayıt veya şarta bağlı olmaması gerekir. Buna aykırı kayıtlar çekin geçersizliğine sebebiyet verir.

Türkiye’de düzenlenen çeklerin muhatabı ancak banka olabilir. Bankadan ne anlaşılması gerektiği hususunda doktrinde tartışma vardır. Kanaatimizce banka tabirinden BankK’ya tabi bankaların anlaşılması gerekmektedir. Dolayısıyla hayali bir banka üzerine keşide edilen çekin geçersiz olacaktır.

Ödeme yeri ve düzenleme yeri de çekin zorunlu unsurlarındandır. Fakat bu noktada kanun koyucu bu unsurlara ilişkin olarak alternatifler sunmuş, giderek ödeme yerini zorunlu unsur olmaktan çıkarmıştır. Düzenleme yerinde ise düzenleyenin adının yanında bir yer ismi yoksa artık çeki ayakta tutma imkânı yoktur. Burada uygulamada karşılaşılan sorun, yer kavramının yargı içtihatları ile şekillenmiş mülki idari birimi ifade etmesi gerekliliğidir. Düzenleme yerinin önemi çekin hangi süre içerisinde ibraz edileceğini tespit etmekte ortaya çıkmaktadır. Günümüzde çekin, ülkemizin neresinde olursa olsun 10 günlük süre içerisinde muhataba veya takas odasına ibrazı mümkün olduğundan, düzenleme yerinin mutlaka idari birim olması gerektiği yönündeki sert tutumun yumuşatılması gerektiği kanaatindeyiz. Zira bu husus aşırı şekilcilik olup, uygulamada hak kayıplarına neden olmaktadır. Hatta bir adım daha ileri giderek, sabit bir ibraz süresinin kabulü olasılığında düzenlenme yerinin çekin zorunlu unsurlarından çıkarılması da kanaatimizce kabul edilebilir görünmektedir.

Çekte somutlaşan iradenin, düzenleyenin el yazısı ile atacağı imzası ile tasdiklenmesi gerekmektedir. Bu noktada önemli olan, çekte yer alan tüm hususları kapsayacak şekilde senedin ön yüzüne imza atılmasıdır.

Tüm bu çabalar ve bu doğrultuda yapılan düzenlemeler aslında bir noktaya işaret etmektedir: Çek, onu kullanacak olan kişilerce en baştan hazırlanamayacak kadar önem taşıyan bir kıymetli evraktır. Zira çekin içerdiği hakkın ehemmiyeti ve piyasalarda sahip olduğu olağanüstü tedavül kabiliyeti, onun sahtecilikten ve geçersizlik tehlikesinden çok uzak bir şekilde hukuk hayatına girmesini gerektirmektedir. Bu nedenle, kanaatimizce gerek TTK’nın çeki ilişkin hükümleri gerek ÇekK’da yer alan hükümler üzerinde titiz bir çalışma yapılmalı, bu

hükümler tek bir potada eritilip ister münferit bir kanunda ister TTK içerisinde ayrıca düzenlenmelidir. Yine kanaatimizce bu düzenlemeler içerisinde çekin mutlaka matbu formlarda olması gerektiği hüküm altına alınmalıdır. Bu sayede hem sahteciliklerin hem de çeke ilişkin geçersizlik tartişmalarının önüne geçilecektir.

Kaynakça

- Alışkan M, 'Teori ve Uygulamada Kambiyo Senetlerinde Lehtar Unsuru: Lehtar Unsurunun Hukuki Niteliği, Eksikliğinin Sonuçları, Lehtarın İşletme Adı Yazılarak Gösterilmesinin Sonuçları' (Ocak 2011) Legal Hukuk Dergisi 83-130
- Ayli A ve Yardımcıoğlu D, 'Çekte Düzenleme Tarihi ve Önemi' (2014) 16 (Özel Sayı) DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan) 3195-3239
- Bahtiyar M, 'Yargıtay Kararları Işığında Kambiyo Senetlerinde Keşide Tarihi ve İmkânsızlığı' (1999) 20 (1) Batider 41-53
- Bozer A ve Göle C, *Kıymetli Evrak Hukuku* (6. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2017)
- Dural, HA, '5941 Sayılı Çek Kanununa Göre Gerçek Kişilerin Temsilci Aracılığıyla Çek Düzenlemesi ve Gerçek Kişi Tacirin Ticari Mümessilinin Çek Düzenleme Yetkisi' (2010) 1 (1) GS Hukuk Fakültesi Dergisi (Köksal Bayraktar'a Armağan) 667-677
- Erdem A, 'Çekin Zorunlu Unsurları Ekseninde Banka Çeki' (Ocak 2012) (65) Terazi Hukuk Dergisi 39-43
- Eriş G, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak* (Seçkin Yayıncılık 2014)
- İmregün O, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Filiz Kitabevi 1995)
- Karahan S, Arı Z, Bozgeyik H, Saraç T ve Ünal M, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Mimoza Yayıncılık 2014)
- Karamanlioğlu A, 'Kambiyo Senetlerinde Düzenleyenin İmzası ve Bulunmamasının Sonuçları' (2013) 1 (2) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 89-116
- Karayalçın Y, *Ticaret Hukuku - II Ticari Senetler* (Sevinç Matbaası 1970)
- Kınacıoğlu N, *Kıymetli Evrak Hukuku* (5. Baskı, Nobel Yayın 1999)
- Kendigelen A, *Çek Hukuku* (Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2021)
- Kendigelen A ve Kırca İ, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Güncellenmiş 8. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2024)
- Korkut Ö, 'Pasif Çek Ehliyeti Bakımından Kalkınma ve Yatırım Bankalarının Hukuki Durumu' in Mehmet Ünal (ed), *Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan* (Seçkin Yayıncılık 2009)
- Mersin, BU, 'Birden Fazla Vadeyi İçeren Bononun Geçerliliği' (2016) 22 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1945-1961
- Moroğlu E, 'Kambiyo Senetlerinde Düzenleme Yeri', *Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan* (Beta Yayınevi 2003) 155-163
- Narbay Ş ve Güney Z, '6728 sayılı Kanun'un Çeke İlişkin Hükümlerinin "Çekte Şekil Şartları" Bakımından Değerlendirilmesi' (2017) 12 (126) Terazi Hukuk Dergisi 42-60
- Öztan F, *Kıymetli Evrak Hukuku* (2. Baskı, Turhan Kitabevi 1997) (Kıymetli Evrak)

- -, *Kıymetli Evrak Hukuku* (21. Bası, Turhan Kitabevi 2017) (Ders Kitabı)
- Poroy R ve Tekinalp Ü, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları* (Gözden Geçirilmiş ve Yeniden Yazılmış 22. Bası, Vedat Kitapçılık 2018)
- Pulaşlı H, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları* (5. Bası, Adalet Yayınevi 2017)
- Reisoğlu S, *Çek Hukuku* (2011)
- Teoman Ö, 'Banka Çekleri Hukuken Çek Midir?' (1994) 54 İÜHFM 261-267 (Banka Çeki)
- -, 'İki Farklı Keşide Tarihi İçeren Çeklerin Hukuki Durumu', *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar XXIII* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2009) s. 11-20 (Keşide Tarihi)
- Topçuoğlu M, 'Yeni Çek Kanunu Çerçevesinde Çeklerde Gerçek Kişilerin Temsili ve Temsilin Sonuçları' (2010) 26 (4) Batider 135-154
- Ulusoy E, 'Keşide Çeki' in Sabih Arkan (ed), *Fırat Öztan'a Armağan C. II* (Turhan Kitabevi 2010) 2213-2242
- Uyar T, 'İcra Hukukunda Çekin Geçerlilik Koşulları' (Kasım-2007) Legal Hukuk Dergisi 3519 -3535
- ÜlgenH, Helvacı M, Kaya A ve Nomer Ertan NF, *Kıymetli Evrak Hukuku* (13. Bası, Vedat Kitapçılık 2021)

Yargıtay ve BAM Kararları Işığında Sigorta Şirketine Yapılan Yazılı Başvurunun Arabuluculuk Bakımından İncelenmesi^(*)

Öğr. Gör. Zeliha KARAMAN OKAY^(**)

Öz

Uyuşmazlıkların çözümünde geleneksel olarak devlet yargısı esas alınmakla birlikte, tarafların yargısal süreçlere başvurmadan önce alternatif yollarla çözüm yollarına yönelmesi, hukuki sistemlerde desteklenen bir uygulamadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında müzakere, arabuluculuk ve tahkim gibi süreçler öne çıkmaktadır. Arabuluculuk, Türkiye’de 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile yasal bir çerçeveye kavuşturulmuştur. Dava şartı olarak arabuluculuk kavramı, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile iş uyuşmazlıklarında, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na eklenen 5/A maddesi ile ticari uyuşmazlıklarda ve 7251 sayılı Kanun ile tüketici uyuşmazlıklarında zorunlu hale getirilmiştir. Ancak, 6325 sayılı Kanun’un 18/A maddesi, belirli uyuşmazlıklar açısından dava şartı arabuluculuk uygulamasına istisna getirmektedir. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 97. maddesi uyarınca, zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamında zarar gören kişinin dava açmadan önce sigorta şirketine yazılı başvuruda bulunması gerekmektedir. Ancak, sigorta şirketine yapılan bu başvurunun dava şartı arabuluculuk sürecine etkisi, hukuki tartışmalara yol açmaktadır. Bu çalışmada, ticari uyuşmazlıklarda dava şartı olarak arabuluculuğun sigorta şirketine yapılan başvuruyla ilişkisi ele alınacak ve konuya ilişkin

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 20.03.2025 - Kabul Edildiği Tarih: 29.04.2025.

Atıf Şekli: Zeliha Karaman Okay, ‘Yargıtay ve BAM Kararları Işığında Sigorta Şirketine Yapılan Yazılı Başvurunun Arabuluculuk Bakımından İncelenmesi’ (2025) 15(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 981, 1010.

DOI: 10.52273/sduhfd..1662202.

^(**) Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi, Ağlasun Meslek Yüksekokulu, Büro Hizmetleri ve Sekreterlik Bölümü, Burdur, Türkiye.

E-posta: zkaraman@mehmetakif.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4537-7146>.

Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) kararları incelenerek hukuki değerlendirmeler yapılacak ve çözüm önerileri sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler

Sigorta Şirketine Başvuru, Dava Şartı, Arabuluculuk, Müzakere, Karayolları Trafik Kanunu (KTK) m. 97.

Analysis of the Written Application to the Insurance Company in Terms of Mediation in Light of Supreme Court and Regional Court of Appeal Decisions

Abstract

Although state jurisdiction has traditionally been the primary method for resolving disputes, encouraging parties to seek alternative dispute resolution (ADR) mechanisms before resorting to litigation is a widely supported practice in legal systems. Among ADR methods, negotiation, mediation, and arbitration stand out as prominent processes. Mediation was granted a legal framework in Turkey with the enactment of the Law on Mediation in Civil Disputes No. 6325. The concept of mandatory mediation as a precondition for litigation was introduced into Turkish law with the Labor Courts Act No. 7036 for labor disputes, Article 5/A of the Turkish Commercial Code No. 6102 for commercial disputes, and Law No. 7251 for consumer disputes. However, Article 18/A of Law No. 6325 provides exceptions to the mandatory mediation requirement for certain disputes. According to Article 97 of the Highways Traffic Law No. 2918, an injured party must submit a written application to the insurance company before filing a lawsuit within the scope of compulsory motor vehicle liability insurance. However, the impact of such an application on the mandatory mediation process has led to legal debates. This study examines the relationship between mandatory mediation in commercial disputes and applications to insurance companies, analyzing relevant Supreme Court and Regional Court of Appeal decisions, providing legal assessments, and offering potential solutions.

Keywords

Application to the Insurance Company, Condition for Litigation, Mediation, Negotiation, Highways Traffic Law (HTL) Art. 97.

Extended Summary

This article explores the legal nature and procedural function of written applications submitted to insurance companies within the framework of compulsory mediation under Turkish law. The focus is on how this process is interpreted by the Court of Cassation (Yargıtay) and the Regional Courts of Appeal (BAM), particularly in relation to disputes arising from traffic accidents governed by Article 97 of the Turkish Highway Traffic Law No. 2918. While litigation continues to be the traditional route for resolving disputes, alternative dispute resolution (ADR) mechanisms such as negotiation, mediation, and arbitration have become increasingly prominent in contemporary legal systems. Within this evolving landscape, the study addresses whether the written application procedure constitutes a valid substitute for mandatory mediation or whether both steps are required independently.

The legal framework for mediation in Turkey is primarily regulated by the Law on Mediation in Civil Disputes No. 6325. Initially introduced as a voluntary option, mediation has gradually become a mandatory precondition in certain areas, such as employment, commercial, and consumer disputes. Particularly, Article 5/A of the Turkish Commercial Code, introduced by Law No. 7155, requires parties to attempt mediation prior to initiating lawsuits in commercial disputes involving monetary claims. Nevertheless, Article 18/A of the Mediation Law recognizes exceptions to this obligation in situations where special laws impose different procedures or when alternative dispute resolution mechanisms such as arbitration apply. Under this broader legal structure, Article 97 of the Highway Traffic Law imposes a mandatory requirement on claimants to submit a written application to the relevant insurance company before initiating legal action, especially in claims involving compulsory motor vehicle liability insurance. The purpose of this provision is to encourage out-of-court resolution by giving insurers the opportunity to assess and respond to claims within a designated period. However, it remains unclear whether this requirement can fulfill the role of mandatory mediation or if it is an entirely separate procedural step that must be followed in addition to mediation. To evaluate this issue, the study first examines the theoretical framework of negotiation as an ADR mechanism and analyzes whether the written application to the insurer reflects the essential features of negotiation. Negotiation is defined by direct interaction between parties, the exchange of proposals and responses, and the possibility of reaching a consensual outcome without third-party intervention. The written application process exhibits several of these elements, as it involves a formal claim, a required response from the insurer within a set timeframe, and a potential for resolution through communication between the parties.

The distinction between negotiation and mediation is then explored. Although both processes are based on party autonomy and aim for amicable settlement, mediation differs fundamentally in that it involves a neutral third party who facilitates communication and resolution. Despite this difference, the article argues that the written application process, characterized by legal timeframes, reciprocal communication, and the potential for settlement, may be regarded as a form of structured negotiation. Based on this conceptual framework, the article further

examines the legal consequences of treating the written application as a negotiation-oriented alternative dispute resolution method by conducting a comprehensive analysis of judicial rulings. The Court of Cassation and various Regional Courts of Appeal have adopted divergent approaches. In some decisions, courts have accepted the written application as a valid alternative to mediation, exempting the claimant from initiating formal mediation. These decisions often cite Article 18/A of the Mediation Law and interpret Article 97 of the Highway Traffic Law as a special procedural requirement that effectively replaces the mediation obligation. Other rulings, however, maintain that the written application and mediation are separate legal procedures that must both be completed. According to this view, failure to satisfy either requirement renders the lawsuit procedurally inadmissible. This judicial split is particularly evident in commercial disputes, where courts are often reluctant to accept the written application as a substitute for the mediation process required under the Commercial Code.

The article also examines whether initiating mediation without first submitting a written application complies with procedural requirements. While some courts have deemed such mediation valid, others argue that the absence of a prior written application violates Article 97 and undermines the procedural integrity of the claim. This divergence in judicial practice underscores the urgent need for legislative clarification to ensure legal certainty and consistency. In addition to judicial interpretations, the article reviews doctrinal perspectives that support the classification of the written application as a form of negotiation. Legal scholars argue that since insurers are legally obligated to respond within a specific timeframe, and claimants may act based on that response, the process embodies the essential dynamics of negotiation. Nonetheless, the article cautions that unless this interpretation is explicitly codified by law, the ambiguity surrounding the legal status of the written application will persist in practice. In conclusion, the article contends that although the written application process under Article 97 of the Highway Traffic Law exhibits important features of negotiation and supports the overall goals of alternative dispute resolution, its legal equivalence to mandatory mediation remains contested. The inconsistent judicial interpretations have created uncertainty and hindered uniform legal practice. The study therefore recommends legislative reform to explicitly determine whether the written application may be regarded as an alternative to mediation, or alternatively, to formally integrate both procedures into a unified framework. By requiring the submission of relevant documentation during mediation and treating the written application as a preparatory stage, lawmakers can promote procedural efficiency and enhance consistency in the resolution of insurance-related disputes in Turkey.

Giriş

Hukukun temel amaçlarından biri toplumda adaletin sağlanması ve hukuki uyuşmazlıkların etkili bir şekilde çözüme kavuşturulmasıdır. Bu kapsamda, geleneksel yargılama usullerine ek olarak, taraflar arasında müzakereleri teşvik eden ve yargı yükünü hafifletmeye yönelik alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri günümüzde giderek daha fazla önem kazanmaktadır¹. Müzakere, arabuluculuk ve tahkim gibi alternatif çözüm yolları, uyuşmazlıkların dostane bir şekilde çözülmesini amaçlayan esnek mekanizmalardır². Bu yöntemler, yalnızca tarafların menfaatlerini korumakla kalmaz, aynı zamanda mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesine ve uzun süren yargılama süreçlerinin önüne geçilmesine katkı sağlar³.

Sigorta uyuşmazlıkları, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulanabildiği önemli alanlardan biridir. Özellikle zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamında meydana gelen trafik kazalarından doğan tazminat taleplerinde, dava açılmadan önce belirli usul ve şekil şartlarının yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesi, dava açmadan önce özel kanunlarla belirlenmiş farklı çözüm yollarına başvuru zorunluluğu getirilmişse, dava şartı olarak arabuluculuk hükümlerinin uygulanmayacağını düzenlemektedir. Bu hüküm doğrultusunda, sigorta uyuşmazlıklarında arabuluculuğun zorunluluğu ve sigorta şirketine başvuru şartı arasındaki ilişki tartışmalı bir konu hâline gelmiştir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun (KTK) 97. maddesi uyarınca, sigortalının veya zarar görenin öncelikle sigorta şirketine yazılı başvuruda bulunması ve ancak bu başvurudan sonuç alınamaması hâlinde dava açması gerekmektedir. Ancak, sigorta şirketine yapılan yazılı başvurunun hukuki niteliği, bu başvurunun bir müzakere süreci olarak kabul edilip edilemeyeceği ve arabuluculuk sürecinin sigorta şirketine başvuru şartını karşılayıp karşılamadığı hususları uygulamada ve yargı kararlarında farklı yorumlara konu olmaktadır.

Bu çalışmada, sigorta şirketine yapılan yazılı başvurunun hukuki niteliği, bu başvurunun bir müzakere süreci olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği,

¹ Lukasz Rozdeiczer and Alejandro Alvarez de la Campa, *Alternative Dispute Resolution Manual: Implementing Commercial Mediation* (The World Bank Group 2006) 1.

² Joseph Stulberg, 'Negotiation Concepts and Advocacy Skills: The ADR Challenge' (1984) 48 Albany Law Review 719, 720.

³ Joseph Stulberg, 'ADR Paradigms and Intervenor Values' (1985) Journal of Dispute Resolution Art 3, 1, 22.

arbuluculuk süreciyle ilişkisi ve dava şartı açısından yerine getirilmesi gereken bir koşul olup olmadığı detaylı bir şekilde ele alınacaktır. Ayrıca, konuya ilişkin Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri (BAM) tarafından verilen kararlar incelenerek, bu kararlar arasındaki farklı yaklaşımlar analiz edilecek ve mevcut hukuki belirsizliğin giderilmesi adına öneriler sunulacaktır.

I. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerine Genel Bakış

Uyuşmazlıkların çözümünde esas yöntem, devletin yargı organları nezdinde yürütülen yargılama sürecidir. Ancak, geleneksel yargılama yöntemlerinin uzun sürmesi, yüksek maliyetli olması ve taraflar arasındaki uyuşmazlığı derinleştirebilmesi gibi sebeplerle, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri giderek daha fazla önem kazanmaktadır⁴. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, taraflara mahkemeye başvurmadan veya dava sürecine ek olarak anlaşma yoluyla çözüm üretme imkânı tanıyan mekanizmalar bütünü olarak tanımlanabilir⁵.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin temel amacı, taraflar arasında ki iletişimi teşvik ederek, karşılıklı menfaatleri dengede tutan bir çözüm geliştirilmesine olanak sağlamak ve böylece uzun sürebilecek yargılama süreçlerine kıyasla daha hızlı, daha ekonomik ve daha taraf odaklı bir çözüm mekanizması sunmaktır⁶. Bu yöntemler, yalnızca tarafların menfaatlerini korumakla kalmayıp, mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesi ve yargılama sürelerinin kısaltılması açısından da önemli bir işlev üstlenmektedir⁷.

⁴ Rozdeiczner and Alvarez de la Campa (n 1) 2; Zahidul Islam, 'Legal Enforceability of ADR Agreement' (2013) 2 (1) International Journal of Business and Management Invention 40, 41; Serpil Işık, 'Mediation as an Alternative Dispute Resolution Method and Mediation Process in Turkish Law System: An Overview' (2016) 48 Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul 55, 59.

⁵ Benzer tanımlar için bkz. Gülgün İldır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (Adalet 2003) 30; Süha Tanrıver, 'Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk' (2006) 64 TBB Dergisi 151, 153; Mehmet Kamil Yıldırım, 'İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında' (2007) 1 Prof. Dr. Yavuz Alango'ya Armağan 349, 350; Serdar Mustafa Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (3. Baskı, Yetkin 2013) 167; İbrahim Özbay, 'Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri' (2016) X (3-4) EBYÜHFD 459, 460; Ömer Ekmekçi, Muhammet Özekes ve Murat Atalı, *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk* (On İki Levha 2018) 1 vd; Hakan Pekcanıtez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (9. Baskı, Yetkin 2021) 626; İsmail Ercan, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı* (8. Baskı, Seçkin 2025) 1423.

⁶ Alternatif çözüm yöntemleriyle ilgili daha fazla bilgi için bkz. Ekmekçi, Özekes ve Atalı (n 5) 1423 vd; Özbay (n 5) 460 vd; Işık (n 4) 59 vd.

⁷ Özbek (n 5) 167 vd.

Bu bağlamda, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin en belirgin özelliklerinden biri, tarafların yargı yoluna başvurmadan önce müzakere ve uzlaşma ile çözümü ulaşımlarını teşvik etmesidir⁸. Taraflar arasında yapılan görüşmelerde anlaşılabilmesinin halinde tarafların yargı yoluna başvurma hakları korunmaktadır⁹.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, katı usul kurallarıyla sınırlandırılmamış olup, farklı hukuk sistemlerinde değişkenlik gösterebilmektedir¹⁰. Her ülke, kendi sosyal, ekonomik ve hukuki yapısını dikkate alarak bu yöntemlerden bir veya birkaçını benimseyebilir. Tarihsel gelişimi ve uygulama biçimleri açısından, müzakere, arabuluculuk ve tahkim gibi temel süreçler, zaman içinde bazı özellikleri birleştirilerek yeni bir forma dönüştürülebilir¹¹. Ancak bu yöntemlerin etkin ve işlevsel olabilmesi için, hukuki çerçevede tanınması ve uygulanabilir hale getirilmesi gerekmektedir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri oldukça çeşitlidir. Bunlar arasında en yaygın olarak kullanılanlar müzakere (doğrudan görüşme), arabuluculuk, uzlaştırma, tahkim ve bazı hukuk sistemlerinde yer alan tarafsız ön değerlendirme ile kısa jüri yargılamasıdır¹². Çalışmamızla doğrudan ilişkili olması nedeniyle, burada müzakere ve arabuluculuk yöntemleri ele alınacaktır.

A. Müzakere (Doğrudan Görüşme) ve Uyuşmazlık Çözümündeki Rolü

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan müzakere, tarafların herhangi bir üçüncü kişinin müdahalesi olmaksızın doğrudan iletişim kurarak uyuşmazlığı çözmeye çalıştıkları bir süreçtir¹³. Tarafların karşılıklı menfaatlerini

⁸ Cenk Akil, 'Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hakkında Usûl Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirme' (2020) 11 (41) TAAD 307, 318.

⁹ Tanrıver (n 5) 2. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan tahkimde ise durum farklıdır. Tahkim kararları kural olarak bağlayıcıdır ve esastan denetlenemez; ancak, usule aykırılık, kamu düzenine aykırılık veya yetki aşımı gibi sınırlı sebeplerle mahkemeler tarafından iptal edilebilir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Derya Buluttek, 'Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Tahkimin Değerlendirilmesi' (2022) 27 (46) DÜHFD 251-294; Seyhan Selçuk, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Hakem Kararlarının İptali* (2017) 189.

¹⁰ Işık (n 4) 60.

¹¹ Ceylan Şule Şahin, *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (2009) 122-148.

¹² Ejder Yılmaz, 'Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi' 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı (2005) 845.

¹³ Rozdeiczner and Alvarez de la Campa (n 1) 2; Ekmekçi, Özekes ve Atalı (n 5), 11; Mustafa Özbek, 'Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü' (2002) 51 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 121, 138.

koruma, haklarını gözetme ve en iyi sonucu elde etme amacıyla yürüttükleri bir pazarlık süreci olan müzakere, uyuşmazlık çözümünde en temel ve en yaygın kullanılan yöntemlerden biridir¹⁴.

Müzakere süreci, tarafların doğrudan ya da temsilcileri aracılığıyla görüşmeler yaparak uyuşmazlığı çözmeye çalışmalarına dayanmaktadır. Genel olarak sürece üçüncü bir kişi dahil edilmezse de bazı müzakere türlerinde tarafların danışman, avukat veya uzman desteği alması mümkündür¹⁵.

Müzakere sonucunda taraflar, iradelerine uygun olarak bir anlaşmaya varabilirler¹⁶. Bu anlaşmanın hukuki bir sözleşme niteliği kazanabilmesi için ise ilgili hukuk sistemindeki geçerlilik şartlarının sağlanması gerekmektedir. Tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri özel hukuk uyuşmazlıklarında, karşılıklı beklentilerini dile getirerek ve çözüm önerileri sunarak ortak bir anlaşmaya varmaya çalışmaları, müzakere sürecinin temel özelliklerinden biridir¹⁷. Sürecin sonunda taraflar, varılan sulh anlaşmasına bağlı kalmakla yükümlüdür. Bununla birlikte, anlaşmanın icra edilebilir hale gelebilmesi için mahkeme onayının alınması veya ilam niteliğinde bir belge olması gerekmektedir. İcra ve İflas Kanunu'nun 38. maddesi uyarınca, mahkeme huzurunda yapılan sulh anlaşmaları ilam niteliğinde belge sayılarak doğrudan icra edilebilir hale gelmektedir¹⁸. Eğer taraflar arasında geçerli bir sözleşme akdedilmişse, bu sözleşmeye aykırılık halinde taraflar mahkemeye başvurarak ifa, tazminat veya diğer hukuki yollarla haklarını talep edebilirler.

Müzakere, yalnızca genel hukuk uyuşmazlıklarında değil, ticari ve sigorta hukuku gibi özel alanlarda da önemli bir çözüm yöntemi olarak kullanılmaktadır. Sigorta hukukunda, tarafların yargıya başvurmadan önce müzakere yoluyla uyuşmazlığı çözmeye çalışmaları yaygın bir uygulamadır. Bazı hukuki düzenlemeler, sigorta uyuşmazlıklarında müzakereyi teşvik etmekte, hatta belirli durumlarda zorunlu kılmaktadır. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde, sigorta hukukunda müzakerenin yeri ve bu kapsamda getirilen hukuki düzenlemeler ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

¹⁴ Şamil Demir, *Avukatlar İçin Müzakere Yetenekleri* (Adalet 2015) 25.

¹⁵ Ekmekçi, Özekes ve Atalı (n 5) 11; Demir (n 14) 25.

¹⁶ Rozdeiczner and Alvarez de la Campa (n 1) 2.

¹⁷ Özbek (n 13) 138.

¹⁸ Ali Yeşilırmak, *Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim* (On İki Levha 2011) 13.

B. Arabuluculuk ve Uyuşmazlık Çözümündeki Rolü

Uyuşmazlıkların çözümünde tarafların etkin bir rol oynadığı, iletişim ve müzakere sürecine dayalı alternatif yöntemlerden biri de arabuluculuktur¹⁹. Arabuluculuk, sistematik teknikler kullanarak tarafları müzakere amacıyla bir araya getiren, aralarındaki iletişimi sağlayarak kendi çözümlerini üretmelerine yardımcı olan, tarafların anlaşmaya varamaması durumunda çözüm önerileri sunabilen, uzmanlık eğitimi almış tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi tarafından yürütülen, kamu hizmeti niteliğinde ihtiyari bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. (HUAKY m. 4/1 c. c.) Arabuluculuk, geleneksel yargı yoluna alternatif olarak geliştirilmiş ve tarafların uyuşmazlıklarını mahkeme dışı yollarla çözmesine imkân tanıyan bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir²⁰.

Modern hukuk sistemlerinde giderek daha fazla önem kazanan arabuluculuk, tarafların kontrollü bir müzakere süreci içerisinde, tarafsız üçüncü kişinin rehberliğinde anlaşmaya varmalarını hedefleyen etkin bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir²¹. Mahkemeler, uyuşmazlıkların çözümünde temel başvuru mercii olmakla birlikte, yargılamanın uzun sürmesi, yüksek maliyetler ve taraflar arasındaki ilişkilerin zarar görme riski gibi nedenlerle arabuluculuğa duyulan ilgi giderek artmaktadır²². Bu bağlamda, arabuluculuk süreci, tarafların menfaatlerini koruyarak hızlı, ekonomik ve esnek bir çözüm sunması nedeniyle, modern hukuk sistemlerinde önemli bir yer edinmiştir²³.

Arabuluculuk, tarafların serbestçe tasarruf edebileceği konularda uygulanabilen, ortak menfaatleri gözeterek adil, kalıcı ve tarafların ihtiyaçlarına uygun

¹⁹ Rozdeiczner and Alvarez de la Campa (n 1) 2.

²⁰ Melis Tuğsavul Taşpolat, *Türk Hukukunda Arabuluculuk* (Yetkin 2012) 3 vd; Seda Özmumcu, *Uzakoğlu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış* (3. Baskı, On İki Levha 2013) 19; Elif Kısmet Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler* (3. Baskı, Adalet 2016) 23; Dursun Çelik, *Mediation im deutschen und türkischen Verwaltungsrecht* (Verlag Dr. Kovac 2020) 13; Pekcanitez, Atalay ve Özekes (n 5) 631; Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medenî Usûl Hukuku* (7. Baskı, Yetkin 2021) 811; Süha Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk* (2. Baskı, Yetkin 2022) 43; Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (5. Baskı, Yetkin 2022) 657; Ercan (n 5) 1425; Yeşilirmak (n 18) 18.

²¹ Özbek (n 20) 559; Işık (n 4) 63.

²² Tania Sourdin, *Alternative Dispute Resolution (ADR) Principles, From Negotiation to Mediation* (Jurisprudence Collection 2014) 181; Demir (n 14) 5 vd.

²³ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (Yetkin 2016) 609.

bir çözüm sunmayı amaçlayan bir yöntemdir²⁴. Ticari ve iş uyuşmazlıkları gibi bazı alanlarda dava şartı olan arabuluculuk, mahkemeye başvurmadan önce tarafları uzlaşmaya teşvik eden bir mekanizma olarak işlev görmektedir. Uyuşmazlıkların dostane yollarla çözülmesine katkı sağlayarak hem tarafların zaman ve maliyet kaybını önlemekte hem de mahkemelerin iş yükünün azalmasına yardımcı olmaktadır.

Özel hukuk uyuşmazlıklarında etkin şekilde uygulanan arabuluculuk, esnek yapısı sayesinde tarafların kendi ihtiyaçlarına ve önceliklerine uygun çözümler geliştirmesine olanak tanımaktadır²⁵. Belirli uyuşmazlık türlerinde dava şartı olarak öngörülmesi, tarafların arabulucu aracılığıyla iletişim kurarak uyuşmazlıklarını çözmelerini sağlamış; bu sayede dava şartı arabuluculukla çözümlenen uyuşmazlıklar yargıya intikal etmeyerek yargı üzerindeki yükü hafifletmiştir. Böylece, tarafların iletişim yoluyla anlaşmazlıklarını karşılıklı rıza ile çözmeleri teşvik edilmiş ve sosyal barışa katkıda bulunulmuştur.

Arabuluculuk yalnızca hukuki bir süreç olmanın ötesinde, toplumsal uzlaşma ve barış kültürünü güçlendiren bir mekanizma olarak değerlendirilmektedir²⁶. Bu yönüyle, yalnızca bireyler ve kurumlar için değil, aynı zamanda toplumun genel hukuk anlayışının gelişmesine katkı sağlayan önemli bir yöntemdir²⁷.

C. Müzakere ve Arabuluculuk

Müzakere ve arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içinde yer alan ve birçok ortak özelliği barındıran iki temel yöntemdir. Her ikisi de yargı dışı çözüm yolları olup, tarafların karşılıklı menfaatlerini gözетerek uzlaşmaya varmalarını hedefler. Özellikle uyuşmazlıkların dostane ve hızlı bir şekilde çözüme kavuşturulmasına imkân tanımaları bakımından büyük benzerlik göstermektedirler²⁸. Ancak arabuluculuk sürecinde bir üçüncü kişinin sürece dâhil olması ve belirli usul kurallarına tabi olması gibi bazı farklar da bulunmaktadır. Bununla birlikte, müzakere ile arabuluculuk arasındaki farklar, her iki yöntemin

²⁴ Arabuluculuğun faydalarına ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek (n 20) 256 vd.; Ekmekçi, Özkes ve Atalı (n 5) 15 vd.; Demir (n 14) 16 vd.; Banu Bilge Sarıhan, 'Tüketici Hukuku Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması' (2021) 4 (2) Tüketici Hukuku Dergisi 417, 418.

²⁵ Işık (n 4) 70.

²⁶ Sourdin (n 22) 192.

²⁷ Pekcanıtez, Atalay ve Özkes (n 23) 669.

²⁸ Yeşilirmak (n 18) 18.

temel mantığını değiştirecek düzeyde olmayıp, bu yöntemler esas itibarıyla aynı amaca hizmet etmektedir.

Müzakere ve arabuluculuk, tarafların serbest iradelerine dayanan ve yargısal çözüm yollarına alternatif sunan uyuşmazlık çözüm yöntemleridir²⁹. Her iki yöntemin de temel amacı, tarafları bir araya getirerek, iletişim kurmalarını sağlamak ve böylece onların kendi menfaatleri doğrultusunda bir çözüm geliştirmelerine imkân tanımaktır. Süreç içerisinde taraflar, kendi taleplerini özgürce dile getirme hakkına sahip olup ve ulaşılan mutabakat, yine tarafların özgür iradeleriyle şekillenmektedir.

Müzakere ve arabuluculuk süreçleri gizlilik prensibine dayanır. Uyuşmazlık sürecinde taraflarca sunulan bilgi ve belgeler, kural olarak yargı mercileri nezdinde delil olarak ileri sürülemez. Aynı zamanda, tarafların doğrudan katılımına dayanır. Üçüncü bir tarafın karar verme yetkisi yoktur. Arabuluculuk sürecinde bir arabulucu bulunmakla birlikte, arabulucu yalnızca tarafların müzakerelerini kolaylaştırmakta, ancak bağlayıcı bir karar vermemektedir³⁰. Bu yönüyle arabuluculuk, müzakerenin daha sistematik bir formu olarak değerlendirilebilir.

Her iki yöntemde de tarafların kendi çözümlerini üretmeleri esastır. Ne müzakere ne de arabuluculuk süreci, mahkemelerde olduğu gibi taraflardan bağımsız bir otoritenin uyuşmazlığı çözmesiyle sonuçlanmaktadır. Tarafların sürece etkin katılımı ve iş birliği içerisinde bulunmaları, başarıya ulaşmanın en önemli unsurlarıdır. Aynı zamanda, müzakere ve arabuluculuk sürecinde sağlanan anlaşmalar, tarafların üzerinde uzlaştığı hususlar doğrultusunda düzenlenir. Ayrıca anlaşma belgesi gerekli şartları sağlaması halinde icra edilebilirlik kabiliyeti de kazanabilecektir.

Müzakere ve arabuluculuk birçok ortak yönü paylaşmakla birlikte, bazı yapısal farklara da sahiptir. Müzakere süreci tamamen tarafların kendi kontrolünde yürütülürken, arabuluculuk sürecinde tarafsız bir üçüncü kişi olan arabulucu devreye girerek süreci yönlendirmeye yardımcı olur³¹. Ancak bu fark, arabuluculuğun müzakereden tamamen farklı bir yöntem olduğu anlamına gelmeyip aksine arabuluculuk müzakerenin daha yapılandırılmış ve yönlendirilmiş bir versiyonu olarak görülmelidir.

²⁹ ibid.

³⁰ Arabulucu, tarafların kendi çözümlerini üretmediği durumlarda çözüm önerisi sunabilir (HUAKY m. 4/c). Ancak, taraflar bu öneriyi kabul etmekle yükümlü değildir.

³¹ Özbek (n 13) 138.

Müzakere ve arabuluculuk arasındaki bir diğer fark, tarafların rolü ve sürecin yönetimidir. Müzakerede taraflar kendi başlarına bir çözüm yolu ararken sürece dışarıdan bir müdahale söz konusu değildir. Buna karşılık, arabuluculuk sürecinde arabulucu, tarafların iletişimini kolaylaştırmak, tarafların menfaatlerini daha iyi anlamalarına yardımcı olmak ve anlaşmaya varmalarını teşvik etmek amacıyla sürece dâhil olmaktadır³². Ancak arabulucu, taraflara bir çözüm dayatmayıp; müzakereleri kolaylaştıran ve yönlendiren bir aktör olarak hareket eder.

Bağlayıcılık açısından da bir farklılık söz konusudur. Müzakere sonucunda varılan anlaşmalar, tarafların özgür iradelerine dayanmakta olup, ancak yazılı hale getirilip sözleşmeye dönüştürüldüğünde hukuken bağlayıcılık kazanabilir. Buna karşılık, arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmaların, arabulucu tarafından yazıya dökülerek; taraflar ve avukatları ile birlikte arabulucu tarafından, ticari uyuşmazlıklarda ise yalnızca avukatlar ve arabulucu tarafından imzalanması hâlinde, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılması mümkündür (HUAk m. 18/4).

Kanaatimizce, müzakere ve arabuluculuk, büyük ölçüde ortak hedefleri paylaşan ve benzer yöntemleri içeren uyuşmazlık çözüm yollarıdır. Arabuluculuk, esasen müzakerenin daha yapılandırılmış ve yönlendirilmiş bir versiyonu olup, temel amacı yine tarafların kendi çözümlerini üretmelerini sağlamaktır. Süreç içerisindeki en büyük fark, arabuluculukta tarafsız bir üçüncü kişinin süreci yönlendirmesi ve iletişimi kolaylaştırmasıdır³³. Ancak bu, arabuluculuğun müzakereden tamamen farklı bir yöntem olduğu anlamına gelmemektedir. Aksine, arabuluculuk, müzakereden doğmuş, onun gelişmiş ve daha sistematik hale getirilmiş bir türü olarak görülmelidir.

D. Türk Hukukunda Dava Şartı Arabuluculuk

Arabuluculuğun modern hukuk sistemlerindeki yerinin güçlenmesiyle birlikte, Türkiye'de de bu yöntem, 2012 yılında yürürlüğe giren 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu³⁴ ile yasal bir zemine kavuşmuştur. Başlangıçta ihtiyari olarak düzenlenen bu yöntem, zamanla belirli uyuşmazlık-

³² Çelik (n 20) 13.

³³ Pekcanıtez, Atalay ve Özkes (n 23) 607.

³⁴ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Kanun Numarası: 6325, Kabul Tarihi: 07.06.2012, 22.06.2012/28331.

larda zorunlu hale getirilerek hukuki süreçlerde önemli bir yer edinmiştir. Bu kapsamda, dava şartı arabuluculuk kavramı, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun³⁵ 3. maddesi ile Türk hukuk sistemine girmiş olup ilk olarak iş uyuşmazlıklarında 1 Ocak 2018, ardından 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na 7155 sayılı Kanun³⁶ ile eklenen 5/A maddesi kapsamında ticari uyuşmazlıklarda 1 Ocak 2019, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a 7251 sayılı Kanun ile eklenen 73/A maddesi çerçevesinde ise tüketici uyuşmazlıklarında 28 Temmuz 2020 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanmıştır.

Ticari davalarda dava şartı arabuluculuğun zorunlu hale getirilmesi, 7155 sayılı Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'un 20. maddesi ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na eklenen 5/A maddesi ile gerçekleştirilmiştir. Bu düzenleme uyarınca, 1 Ocak 2019 tarihinden itibaren, Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödemesi olan alacak ve tazminat taleplerinde dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartı olarak kabul edilmiştir (TTK m. 5/A).

Dava şartı arabuluculuk, belirli uyuşmazlıklarda mahkemeye başvurmadan önce arabuluculuk sürecine katılmanın zorunlu olduğu bir sistemdir³⁷. Ticari uyuşmazlıklara barışçıl çözümler sunmak amacıyla getirilen bu düzenlemenin en önemli amaçlarından biri, mahkemelerin iş yükünü hafifletmek ve taraflara mahkemeye gitmeden önce hızlı, ekonomik ve tarafların kontrolünde bir çözüm imkânı sunmaktır. Bu yönüyle arabuluculuk, ticari uyuşmazlıkların daha hızlı ve maliyet açısından daha uygun bir şekilde çözülebileceği önemli bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak ön plana çıkmaktadır³⁸.

Türk Ticaret Kanunu'nun *"Dava Şartı Olarak Arabuluculuk"* başlıklı 5/A maddesine göre³⁹, *"Bu Kanunun 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen*

³⁵ İş Mahkemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 7036, Kabul Tarihi: 12.10.2017, 25.10.2017/30221.

³⁶ Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 7155, Kabul Tarihi: 6.12.2018, 19.12.2018/30630.

³⁷ Süha Tanrıver, 'Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler' (2020) 147 TBB Dergisi 111, 113.

³⁸ Özbek (n 20) 256 vd.; Ekmekçi, Özkes ve Atalı (n 5) 15 vd.; Demir (n 14) 16 vd.; Sarıhan (n 24) 417.

³⁹ Ticari davalar TTK'nin 4 üncü maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. TTK'nin 4 üncü maddesinin birinci fıkrası *"Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın; a) Bu Ka-*

ticari davalardan, konusu bir miktar para olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.” Ancak bu kuralın istisnaları da bulunmaktadır.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 18/A maddesi, bazı uyuşmazlıklar açısından dava şartı arabuluculuğun uygulanmasına istisna getirmektedir. Nitekim, söz konusu madde belirli durumlarda arabuluculuğun zorunlu olmasını öngörmemektedir. Anılan Kanun’un “*Dava Şartı Olarak Arabuluculuk*” başlıklı beşinci bölümünün 18/A maddesinin 18. fıkrasında, “*Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz*” hükmü yer almaktadır. Buna göre, tahkim veya özel kanunlarla öngörülen başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemine başvuru zorunluluğu bulunan hallerde, dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulanmayacaktır.

Arabuluculuk dışında, özel kanunlarda uzlaşma, müzakere, ön değerlendirme ve kısa duruşma gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurma zorunluluğu öngörülmüşse, dava şartı olarak arabuluculuk hükümlerinin uygulanmayacağı kabul edilmiştir (HUAK m. 18/A). Dolayısıyla, tarafların dava şartı arabuluculuğa başvurmadan önce özel kanunlarla belirlenmiş başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma yükümlülüğü varsa, öncelikle bu yöntemin işletilmesi gerekmektedir.

KTK’nin 97. maddesi uyarınca, zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamında zarar gören kişinin dava açmadan önce sigorta şirketine yazılı başvuruda bulunması gerekmektedir. Ancak, sigorta şirketine yapılan yazılı başvurunun, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 18/A madde-

nunda, b) Türk Medenî Kanununun, rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962 ilâ 969 uncu maddele rinde, c) 11.1.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203, rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447, yayın sözleşmesine dair 487 ilâ 501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen 515 ilâ 519, komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ilâ 545, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için öngörülmüş bulunan 547 ilâ 554, havale hakkındaki 555 ilâ 560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ilâ 580 inci maddelerinde, d) Fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta, e) Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde, f) Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde, öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişme siz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır. Ancak, herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen ha vale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar bundan istisnadır” şeklinde düzenlenmiştir.

sinde düzenlenen istisnalar kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu uygulamada önemli tartışmalara yol açmaktadır.

Yargıtay ve BAM kararlarında bu konuya ilişkin farklı değerlendirmeler yapılmıştır. Bazı kararlarda, sigorta şirketine başvurunun arabuluculuğa başvurma zorunluluğunu ortadan kaldırdığı kabul edilirken, bazı kararlarda ise sigorta şirketine yapılan yazılı başvurunun arabuluculuk sürecinin yerine geçemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır⁴⁰. Bu çalışmada, öncelikle sigorta şirketine yapılan yazılı başvurunun hukuki niteliği incelenecek, ardından bu konuda verilen Yargıtay ve BAM kararları değerlendirilerek bir hukuki çerçeve oluşturulacaktır.

II. Sigorta Şirketine Yapılan Yazılı Başvuru ve Müzakere Kavramının Değerlendirilmesi

Sigorta hukukunda, zarar görenin dava açmadan önce sigorta şirketine yazılı başvuruda bulunma zorunluluğu, taraflar arasında bir müzakere sürecinin başlamasına ve uyuşmazlığın mahkemeye taşınmadan çözülmesine olanak tanımaktadır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) m. 18/A/18 uyarınca, özel kanunlarla tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğu getirilmişse ya da taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi mevcutsa, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz. Bu düzenleme, belirli uyuşmazlıklarda arabuluculuk sürecine başvurma zorunlu olmayacağını belirtmekte ve taraflara alternatif çözüm yollarını kullanma imkânı tanımaktadır. Dolayısıyla, öncelikli olarak başvurulması gereken bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu mevcutsa, tarafların öncelikle bu yolu tüketmeleri gerekmektedir⁴¹.

Bu bağlamda, KTK'nin 97. maddesi uyarınca zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamında ve 100. madde gereğince ihtiyari mali sorumluluk sigortası bakımından, zarar gören kişi dava açmadan önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı olarak başvurmak zorundadır. Anılan hükümde, sigorta şirketine başvurunun dava şartı olarak düzenlendiği açıkça belirtilmiştir. Benzer şekilde, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları kapsamında da "*Sigortacıya Başvuru ve Yetkili Mahkeme*" başlığı altında, zarar görenin dava yoluna gitmeden önce sigortacıya yazılı başvuruda bulunması gerektiği hüküm

⁴⁰ Bu yönde verilen kararlardan bazıları şunlardır; Yargıtay 4. HD, 3476/3999, 30.06.2021; Yargıtay 4. HD, 14429/5729, 29.09.2021; Gaziantep BAM 17. HD, 1053/1017, 25.05.2022; Antalya BAM 4. HD, 2684/1801, 23.11.2023. <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi: 20 Ekim 2024.

⁴¹ Akil (n 8) 318.

altına alınmıştır. Söz konusu hükme göre, “Zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde, dava yoluna gitmeden önce, bu Genel Şartların Ek-6’sında belirtilen tazminat ödemelerinde istenecek belgelerin tamamı ile birlikte ilgili sigortacıya yazılı başvuruda bulunması gerekir.”

Kanun hükmüne göre, sigorta kuruluşu, başvuru tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde başvuruyu yazılı olarak yanıtlamalıdır. Sigorta kuruluşunun bu süre içinde cevap vermemesi veya verdiği cevabın zarar görenin talebini karşılamaması hâlinde, zarar gören taraf dava açabilir veya 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu çerçevesinde tahkim yoluna başvurabilir. Ancak, uygulamada sigorta kuruluşuna yapılan yazılı başvurunun dava şartı arabuluculuk süreci yerine geçip geçmeyeceği konusunda farklı yaklaşımlar bulunmaktadır.

Başvuru sonrasında sigorta şirketinin 15 gün içinde yazılı cevap vermemesi veya verilen cevabın talebi karşılamaması durumunda, zarar görenin doğrudan dava açması hâlinde arabuluculuğa başvurma zorunluluğu olup olmadığı tartışmalı bir husustur. Bu noktada, KTK m. 97’nin dava şartı arabuluculuğa ilişkin düzenlemelerle nasıl örtüştüğünün ve “sigorta şirketine yapılan yazılı başvurunun” 6325 sayılı HUAK m. 18/A kapsamında bir istisna teşkil edip etmediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Konuya ilişkin belirsizliklerin giderilmesi adına, ilgili kanun hükümlerinin ve yargı kararlarının birlikte ele alınması önem arz etmektedir.

Çalışmada “müzakere” başlığı altında ayrıntılı şekilde ifade edildiği üzere, müzakere, tarafların herhangi bir üçüncü kişinin müdahalesi olmaksızın doğrudan iletişim kurarak uyuşmazlıklarını çözmeye çalıştıkları esnek bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Tarafların hak ve menfaatlerini gözетerek uzlaşmaya varmalarını amaçlayan bu süreç, doğrudan görüşmeler veya temsilcileri aracılığıyla yürütülebilir. Müzakere sürecinin temel özelliklerinden biri, tarafların karşılıklı beklentilerini dile getirerek ve uyuşmazlığın çözümüne yönelik öneriler sunarak ortak bir anlaşmaya varmaya çalışmalarıdır. Müzakerenin temelini, tarafların serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri ve sözleşmeye konu olabilecek bir uyuşmazlık halinde, karşılıklı görüşmeler yoluyla çözüm aramaları oluşturmaktadır. Müzakere sürecinde taraflar, doğrudan görüşmelerle çözüm arayışına girerek iradelerini ortaya koymaktadır.

Sigorta şirketine yapılan yazılı başvurunun müzakere süreci olarak kabul edilmesi gerektiği öğretide ele alınan bir konudur⁴². Öğretide, KTK’nin 97. mad-

⁴² Efe Direnisa, ‘Sigortacıya Dava Açmadan Önce Yazılı Başvuruda Bulunulmasının (KTK m. 97) Medenî Usûl Hukuku Yönüyle Değerlendirilmesi’ (2023) 81 (3) İstanbul Hukuk Mecmuası 645, 651.

desinde düzenlenen yazılı başvuru sürecinin, zarar gören üçüncü kişinin sigorta şirketine başvurarak zararının karşılanması talep etmesini içerdiği ve aynı zamanda taraflar arasında bir müzakere sürecinin başlamasına olanak tanıdığı kabul edilmektedir⁴³. Bu görüşe göre, sigorta şirketi kendisine iletilen yazılı talebi değerlendirerek, gerektiğinde zarar gören kişiyle iletişime geçip görüş alışverişinde bulunarak tazminat ödeme kararı verebilmektedir. Bu doğrultuda, sigorta şirketine yapılan yazılı başvurunun, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan müzakere kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁴.

Sigorta şirketine yapılan yazılı başvurunun müzakere kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini ortaya koyabilmek için öncelikle müzakere- nin temel özelliklerini incelemek gerekmektedir.

Müzakere, tarafların herhangi bir üçüncü kişinin müdahalesi olmaksızın doğrudan iletişim kurarak uyuşmazlıklarını çözmeye çalıştıkları esnek bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Tarafların doğrudan veya temsilcileri aracılığıyla yürüttüğü bu süreçte, karşılıklı talepler ve çözüm önerileri müzakere edilerek bir anlaşmaya varılması amaçlanmaktadır.

Bu doğrultuda, müzakerenin temel unsurları ile KTK m. 97’de düzenlenen yazılı başvuru süreci karşılaştırıldığında, sigorta şirketine yapılan başvurunun müzakere niteliği taşıdığı yönündeki görüşü destekleyen önemli benzerlikler bulunmaktadır. Öncelikle, her iki süreç de taraflar arasında doğrudan bir iletişim mekanizması kurmaktadır. Müzakerede taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı çözmek için iletişim kurarken, KTK m. 97 uyarınca yapılan başvuruda da zarar gören, sigorta şirketine doğrudan başvurarak talebini iletmekte ve bir cevap beklemektedir.

İkinci olarak, tarafların uyuşmazlığı kendi iradeleriyle çözme çabası her iki süreçte de belirleyici bir unsurdur. Sigorta şirketine yapılan başvuruda, sigorta- cı zarar talebini kabul edebilir, reddedebilir veya ek bilgi talep ederek süreç içerisinde farklı çözüm yolları sunabilir. Bu da müzakere sürecinde olduğu gibi, tarafların karşılıklı pozisyonlarını değerlendirerek çözüm üretme sürecine girdi- ğini göstermektedir.

⁴³ ibid.

⁴⁴ ibid.

Üçüncü olarak, müzakere ve sigorta başvuru süreci, ihtilafın yargıya taşınmadan çözümlenmesini hedeflemektedir. Müzakere sürecinin amacı, taraflar arasında doğrudan bir anlaşma sağlanarak mahkemeye başvurunun önlenmesidir. Benzer şekilde, KTK m. 97 kapsamında sigorta şirketine yapılan başvurunun amacı da uyuşmazlığı sigorta şirketi ile zarar gören kişi arasında doğrudan çözerek, dava yoluna gidilmeden sorunun hallolmasını sağlamaktır. Sigorta şirketi, başvuruyu değerlendirip olumlu bir yanıt verdiğinde süreç tamamlanacak olup zarar görenin sigorta şirketine dava açmasına gerek kalmayacaktır. Bu durum, müzakere sürecinde varılan anlaşmaların bağlayıcılığı ile de paralellik göstermektedir.

Dördüncü olarak, tarafların çözüm sürecine aktif katılımı, müzakerenin olduğu kadar KTK m. 97 kapsamında yürütülen sigorta başvurularının da temel unsurlarından biridir. Müzakere sürecinde taraflar, doğrudan veya temsilcileri aracılığıyla çözüm önerilerini tartışırken, sigorta başvurusunda da zarar gören, taleplerini yazılı olarak bildirerek sürecin gidişatını etkilemektedir. Sigorta şirketi, başvuruya yanıt verirken zarar görenle müzakere edebilir ve ek belgeler talep edebilir. Ayrıca, uzlaşma sağlayarak ödeme yapma yoluna da gidebilir. Bu yönüyle, sigorta başvurusu da bir tür kontrollü müzakere süreci olarak değerlendirilebilir.

Tüm bu unsurlar göz önünde bulundurulduğunda, müzakerenin tarafların doğrudan iletişim kurduğu, kendi çözüm yollarını geliştirdiği, esnek ve tarafların menfaatlerini korumaya yönelik bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu anlaşılmaktadır. Sigorta şirketine başvuru süreci de KTK m. 97 kapsamında, zarar görenin dava açmadan önce sigorta şirketine yazılı başvuruda bulunmasını zorunlu kılmakta ve böylece taraflar arasında doğrudan bir iletişim kurulmasını sağlamaktadır. Sigorta şirketi, başvuruyu değerlendirerek talebi kabul edebileceği gibi reddedebilecektir hatta ek bilgi ve belge de talep edebilecektir.

Bu kapsamda değerlendirildiğinde, sigorta şirketine yapılan başvurunun müzakerenin temel özellikleri ile örtüştüğü görülmektedir. Her iki süreçte de taraflar doğrudan iletişim kurmakta, bir çözüm arayışı içine girmekte ve anlaşma sağlandığında uyuşmazlık mahkemeye taşınmadan çözüme kavuşmaktadır. Sigorta şirketinin zarar talebini kabul etmesi halinde süreç tamamlanmakta ve bağlayıcı hale gelmektedir.

Bu süreçlerin temel farkı, müzakerenin taraf iradesine bağlı olarak başlatılmasına karşılık, KTK m. 97'deki başvurunun zorunlu olmasıdır. Ancak, bu fark sürecin müzakere olarak kabul edilmesine engel teşkil etmemektedir. Bazı hukuk

sistemlerinde, dava açılmadan önce müzakerenin zorunlu bir aşama olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu nedenle, sigorta şirketine yapılan yazılı başvurunun, zorunlu olmasına rağmen müzakere sürecinin bir aşaması olarak değerlendirilmesi mümkündür. Dahası, sigorta şirketinin sunduğu tazminat teklifi üzerinde pazarlık yapılabilmesi, başvurunun doğrudan bir çözüm mekanizmasına dönüşmesi ve sürecin tarafların iradelerine göre yönlendirilmesi gibi unsurlar, yazılı başvurunun müzakere kapsamında değerlendirilmesini desteklemektedir.

Bütün bu değerlendirmeler ışığında, KTK m. 97 uyarınca sigorta şirketine yapılan yazılı başvuru, temel nitelikleri itibarıyla müzakere sürecine benzemektedir. Her iki süreç de tarafların doğrudan iletişimini, çözüm üretmeye yönelik müzakerelerini ve anlaşma sağlanması halinde uyuşmazlığın yargıya taşınmadan çözüme kavuşmasını öngörmektedir. Sigorta şirketine başvurunun zorunlu olması, sürecin müzakere olarak değerlendirilmesine engel teşkil etmemekte, aksine, belirli hukuk sistemlerinde görüldüğü gibi bazı müzakere süreçlerinin zorunlu hale getirilebileceği gerçeği ile örtüşmektedir.

Kanaatimizce, öğretide *Direnisa*⁴⁵ tarafından ileri sürülen bu yaklaşım isabetlidir. Sigorta şirketine yapılan yazılı başvuru, temel müzakere unsurlarını taşıyan bir süreç olup, taraflar arasında doğrudan iletişim kurulmasını ve uyuşmazlığın çözümüne yönelik karşılıklı değerlendirme yapılmasını sağlamaktadır. Başvurunun yargısal sürecin önüne geçmeyi amaçlaması, taraflara çözüm üretme fırsatı sunması ve doğrudan iletişim mekanizması oluşturması gibi hususlar dikkate alındığında, bu sürecin müzakere kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmaktayız.

III. Yargıtay ve BAM Kararları Çerçevesinde Sigorta Şirketine Yapılan Başvurunun Alternatif Bir Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Değerlendirilmesi

Yargıtay ve BAM kararları incelendiğinde, sigorta şirketine yapılan yazılı başvurunun, arabuluculuk sürecinin yerine geçen bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu kabul edilmektedir.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 2021/3476 E., 2021/3999 K., 30.06.2021 T. Sayılı Kararında⁴⁶ sigorta şirketine yapılan başvurunun, arabuluculuk zorunluluğunu

⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Direnisa* (n 42) 651.

⁴⁶ Anılan karar şu şekildedir: “...2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesiyle, zorunlu mali sorumluluk sigortasından faydalanmak isteyen hak sahiplerinin dava yoluna gitmeden

ortadan kaldırdığını ve özel kanunlarda öngörülen alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının varlığı halinde arabuluculuğun uygulanmayacağını açıkça belirtmiştir. Benzer şekilde Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 2021/14429 E., 2021/5729 K., 29.09.2021 T. Sayılı Kararı'nda⁴⁷ da sigorta şirketine yapılan başvuruyu, özel bir dava şartı olarak değerlendirmiş ve bu şartın yerine getirilmiş olması nedeniyle ayrıca arabuluculuğa başvurmanın zorunlu olmadığı sonucuna varmıştır.

Gaziantep BAM 17. Hukuk Dairesi de 2020/1053 E., 2022/1017 K., 25.05.2022 T. Sayılı Kararında⁴⁸; sigorta şirketine yapılan başvurunun KTK'nin

önce sigortacıya yazılı başvuru yapması gerektiği düzenlenmiş olmakla birlikte, bu başvuru yapılmadan dava yoluna gidilmesi halinin dahi HMK'nın 115 /2.maddesi gereği tamamlanabilir dava şartı olduğu Dairemiz'in yerleşik uygulamaları ile kabul edilmektedir. Bu başvurunun yapıldığı; ancak, eksik ya da usule uygun olmayan belge ile başvurulduğu savunmasının olduğu durumlarda ise, usule uygun olmadığı savunulan belgedeki eksikliğin her halükarda tamamlanabileceği açıktır. Arabuluculuk Kanunun'da "Dava Şartı Olarak Arabuluculuk" başlığı altında düzenlenen 18/A maddesinde "Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz." hükmü yer almıştır. Sigortacılık Kanun'unun 30/13.maddesi "Komisyona gidilebilmesi için, sigortacılık yapan kuruluşla uyuşmazlığa düşen kişinin, uyuşmazlığa konu teşkil eden olay ile ilgili olarak sigortacılık yapan kuruluşa gerekli başvuruları yapmış ve talebinin kısmen ya da tamamen olumsuz sonuçlandığını belgelemiş olması gerekir. Sigortacılık yapan kuruluşun, başvuru tarihinden itibaren onbeş iş günü içinde yazılı olarak cevap vermemesi de Komisyona başvuru için yeterlidir." düzenlenmesine yer vermektedir. Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvuru için dava şartı olarak sigorta şirketine başvuru şartı düzenlenmiş olup ayrıca arabuluculuğa gidilmesinin zorunlu olmadığı ve arabulucuya gidilmiş olmasının bir dava şartı olmadığı hususu dikkate alınarak karar verilmesi gereklidir." <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi: 20 Ekim 2024.

⁴⁷ Anılan karar şu şekildedir: "...Somut olayda davacı vekilinin 16/05/2018 tarihli dilekçesi ile davalı ... şirketine araç değer kaybına ilişkin tazminat talebi için başvuruda bulunduğu ancak davalının ödeme talebine cevap vermediği anlaşılmaktadır. Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvuru bulunduğu hallerde dava şartı olarak arabuluculuğa başvurulamayacağının düzenlemesine göre, davacı vekilinin özel dava şartı olarak düzenlenen Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesi kapsamında zorunlu başvuru şartını yerine getirdiği gözetilerek işin esasına girilerek karar verilmesi gerekirken davanın usulden red kararı verilmesi doğru olmamış, hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir..." <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi: 20 Ekim 2024.

⁴⁸ Anılan karar şu şekildedir: "...6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 18/A maddesinin birinci fıkrasında; "İlgili kanunlarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiş ise arabuluculuk sürecine ilişkin aşağıdaki hükümler uygulanır." hükmü; aynı maddenin 18. fıkrasında ise; özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz." düzenlemesi yer almaktadır. Kanunun bu özel düzenlemesi karşısında dava şartı olarak zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanma yeri bulamaz. Somut olayda, davacı vekilinin 10/04/2018 tarihli dilekçesi ile davalı sigorta şirketine bedensel zarardan doğan tazminat için başvuruda

97. maddesi kapsamında özel bir dava şartı olduğunu ve bu başvurunun, alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu nedenle, Hukuk HUAK m. 18/A'nın 18. fıkrası gereği, zarar gören üçüncü kişinin ayrıca arabulucuya başvurmasının zorunlu olmadığına karar verilmiştir⁴⁹.

Yargıtay ve BAM kararları, sigorta şirketine başvurunun, alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu kararlar ışığında, sigorta şirketine yapılan başvurunun müzakere sürecine benzer bir işleyişe sahip olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Taraflar doğrudan iletişim kurmakta, bir çözüm sürecine girmekte ve sigorta şirketinin ödeme yapması durumunda uyuşmazlık mahkemeye taşınmadan çözüme kavuşmaktadır.

Sigorta şirketine başvurunun müzakere süreci olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüş, öğretide yeni gelişen bir tartışma olmakla birlikte, mevcut yargı kararları ve akademik değerlendirmeler bu yaklaşımı destekler niteliktedir.

Öğretide *Direnisa*⁵⁰ tarafından savunulan ve bizim de katıldığımız görüşe göre, sigorta şirketine yapılan yazılı başvuru, müzakerenin temel unsurlarını barındırmakta ve bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak değerlendirilmektedir. KTK'nin 97. maddesi kapsamında öngörülen yazılı başvuru sürecinin, HUAK m. 18/A'nın 18. fıkrası uyarınca alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilmesi gerektiği açıktır. Dolayısıyla, zarar gören üçüncü kişinin ayrıca zorunlu arabuluculuğa başvurmasına gerek bulunmamaktadır.

bulunduğu ancak davalının ödeme talebine cevap vermediği anlaşılmaktadır. Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvuru zorunluluğu bulunduğu hallerde dava şartı olarak arabuluculuğa başvurulamayacağının düzenlenmiş olmasına göre, davacı vekilinin özel dava şartı olarak düzenlenen Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesi kapsamında zorunlu başvuru şartını yerine getirdiği gözetilerek işin esası hakkında karar verilmesi gerekirken, davanın usulden reddine karar verilmesi doğru olmamış, bu yönde davacı vekili tarafından yapılan istinaf itirazının kabulü ile mahkeme kararının kaldırılmasına karar vermek gerekmiştir..." <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi: 19 Ekim 2024.

⁴⁹ Benzer yönde verilen kararlar için bkz. Antalya BAM 4. HD, 2684/1801, 23.11.2023. <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi: 20 Ekim 2024.

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Direnisa* (n 42) 651.

IV. Sigorta Şirketine Yazılı Başvuru Yapılmadan Doğrudan Arabuluculuğa Başvurulması

Sigorta şirketine yapılan yazılı başvurunun dava şartı olarak değerlendirilmesi ve bu başvurunun arabuluculuk süreciyle olan ilişkisi, yargı kararlarında farklı açılardan ele alınmaktadır. Özellikle, KTK'nin 97. maddesi uyarınca sigorta şirketine yazılı başvurunun dava açılmadan önce yerine getirilmesi gereken bir dava şartı olup olmadığı ve arabuluculuk başvurusunun bu şartı karşılayıp karşılamadığı hususunda yargı mercileri tarafından farklı değerlendirmeler yapılmaktadır. İncelenen kararlar, sigorta şirketine başvuru şartının hukuki niteliğini ve arabuluculuk süreciyle olan bağlantısını ortaya koymaktadır.

KTK'nin 97. maddesi uyarınca, zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamında öngörülen sınırlar içinde dava yoluna gitmeden önce sigorta şirketine yazılı başvuruda bulunması zorunludur. Bu başvurunun yapılmaması hâlinde dava açılması mümkün olmadığı gibi, arabuluculuk sürecine başvurulmuş olması da sigorta şirketine yapılan yazılı başvuru şartını ortadan kaldırmamaktadır. Nitekim İstanbul BAM 9. Hukuk Dairesi'nin 30.06.2021 tarihli, 2021/1034 E. ve 2021/1266 K. sayılı kararında⁵¹, sigorta şirketine başvurunun dava şartı olduğu ve arabuluculuk sürecinin bu başvurunun yerine geçemeyeceği açıkça belirtilmiştir.

Anılan karara konu olayda, davacı şirket, trafik kazası sonucu meydana gelen zarar nedeniyle davalı sigorta şirketine karşı maddi tazminat talebiyle dava açmıştır. Davalı sigorta şirketi ise, davacı tarafın dava açılmadan önce sigorta şirketine usulüne uygun bir başvuruda bulunmadığını, dolayısıyla dava şartının yerine getirilmediğini ileri sürerek davanın usulden reddini talep etmiştir. İlk derece mahkemesi, sigorta şirketine başvuru yapılmasının KTK'nin 97. maddesi kapsamında özel bir dava şartı olduğunu belirterek, başvurunun yapılmaması nedeniyle davayı usulden reddetmiştir.

Davacı şirket, mahkeme kararına karşı istinaf başvurusunda bulunarak, sigorta şirketine yazılı olarak başvuru yapılmasının hukuken arabuluculuk başvurusu ile yerine getirilebileceğini savunmuştur. Dilekçesinde: *"2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesi uyarınca sigorta şirketine yazılı olarak başvuru yapılmasını öngörmüş olup, başvurunun şekline dair yazılı olmasından başka herhangi bir kıstas öngörülmediğini, müvekkili şirketin, her iki şartı da*

⁵¹ <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi: 19 Ekim 2024.

sağlamak adına arabuluculuğa yazılı olarak başvurduğunu, tarafların arabulucuda anlaşamadıklarını, arabuluculuk yoluna yapılan başvurunun KTK anlamında sigorta şirketine başvuru yapılmasının bütün gerekliliklerini karşıladığından ayrıca bir başvuru yapmaya gerek bulunmadığını” ifade etmiştir.

İstinaf incelemesini yapan mahkeme, sigorta şirketine yapılan yazılı başvurunun arabuluculuk başvurusuyla karşılanamayacağını değerlendirmiştir. Bu doğrultuda, KTK m. 97 kapsamında başvurunun doğrudan sigorta şirketine yapılması gerektiğini belirterek istinaf başvurusunu esastan reddetmiştir. Mahkeme, zarar görenin sigorta şirketine yazılı başvuru yapması gerekliliğini tamamlanabilir bir dava şartı olarak değerlendirmiş ve bu şartın yerine getirilmemesi hâlinde davanın usulden reddedilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Benzer bir uyuşmazlık Adana BAM 3. Hukuk Dairesi 2022/3319 E., 2023/477 K., 06.04.2023 T. Sayılı Kararı’na⁵² konu olmuştur. Ancak bu kararda arabuluculuk süreci ile sigorta şirketine başvuru şartının karşılanıp karşılanamayacağı hususunda farklı bir değerlendirme yapılmıştır. Somut olayda, davacılar, trafik kazası sonucu murislerinin vefat etmesi nedeniyle destekten yoksun kalma tazminatı talebiyle sigorta şirketine karşı dava açmıştır. İlk derece mahkemesi, sigorta şirketine önceden başvuruda bulunulmadığını tespit ederek davayı dava şartı yokluğundan usulden reddetmiştir.

Davacılar vekili, arabuluculuğa başvurulduğunu, sigorta şirketine de başvurunun yapıldığını ve sigorta şirketinin hasar dosyası açmasına rağmen ödeme yapmadığını ileri sürerek istinaf kanun yoluna başvurmuştur. BAM, daha önce verdiği kararda, arabulucuya başvurulduğunun tespit edilmesi üzerine, arabuluculuk tutanağının aslı veya onaylı suretinin sunulması için davacı vekiline kesin süre verilmesi ve buna göre karar verilmesi gerektiğini belirtmiş, ilk derece mahkemesinin doğrudan davayı reddetmesini hukuka aykırı bulmuş ve kararı kaldırmıştır. Dosyanın yeniden incelenmesi neticesinde, davacıların arabuluculuğa başvurmuş olmaları nedeniyle sigorta şirketine başvuru şartının yerine getirildiği değerlendirilerek mahkemenin davayı usulden reddetmesinin hatalı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

İstinaf mahkemesi, “2918 Sayılı KTK’nin 97. maddesi belirtilen sigorta şirketine başvuruya ilişkin dava şartı incelendiğinde, işbu başvurunun yazılı şekil şartı dışında başka bir şekil şartına bağlanmadığı ve yine bu başvurunun arabu-

⁵² <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi: 20 Ekim 2024.

lucu vasıtasıyla yapılmasını engelleyen bir hükümde bulunmadığı dikkate alındığında; davacılar vekilinin özel dava şartı olarak düzenlenen Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesi kapsamında zorunlu başvuru şartını (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 18/A maddesinin birinci fıkrasında) zorunlu arabuluculuk vasıtası ile yerine getirdiği gözetilerek işin esasına girilmesi gerekir” şeklinde belirtmiş; sigorta şirketine başvurunun yazılı şekil dışında başka bir şekil şartına bağlanmadığı ve arabulucu vasıtasıyla yapılmasını engelleyen bir hükmün bulunmadığı değerlendirmesinde bulunarak, davacıların arabuluculuk sürecini işletmekle dava şartını yerine getirdiklerini kabul etmiş ve ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak davanın esasına girilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Arabuluculuk başvurusunun sigorta şirketine yapılan yazılı başvurunun yerine geçip geçemeyeceğine dair bir diğer önemli karar Adana BAM 3. Hukuk Dairesi'nin 27.12.2022 tarihli, 2021/1838 E. ve 2022/2492 K. sayılı kararında⁵³ verilmiştir. Bu kararın önemi, muhalefet şerhi ile birlikte değerlendirildiğinde daha da belirginleşmektedir. Dava, trafik kazası sonucu hayatını kaybeden kişinin yakınları tarafından açılan destekten yoksun kalma ve manevi tazminat taleplerine ilişkindir. Davacılar, zorunlu mali sorumluluk sigortacısı olan sigorta şirketine ve araç sürücüsüne karşı tazminat davası açmış, ilk derece mahkemesi ise davanın kısmen kabulüne karar vermiştir.

İstinaf başvurusunda, sigorta şirketi, davacıların kendilerine dava açılmadan önce usulüne uygun bir başvuruda bulunmadıklarını belirterek sorumluluklarının bulunmadığını ileri sürmüştü, ayrıca faiz başlangıç tarihi ve ıslah edilen kısım için faiz işletilmesi hususunda itirazda bulunmuştur. İstinaf incelemesini yapan BAM, arabuluculuk sürecinin tamamlandığını ve tarafların anlaşmazlığa düştüğünü belirlemiş, sigorta şirketine başvuru şartının, arabuluculuk başvurusu ile yerine getirildiğini kabul ederek davanın esasına girilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Mahkeme, ilk derece mahkemesinin kararını hukuka uygun bularak sigorta şirketinin istinaf başvurusunu reddetmiştir. Ancak, muhalif üye bu değerlendirmeye katılmamış ve karşı oy kullanmıştır. Muhalefet şerhinde, davanın açılabilmesi için iki ayrı dava şartının (arabuluculuğa başvuru ve sigorta şirketine yazılı başvuru) birlikte aranması gerektiği, arabuluculuğa başvurulmasının sigorta şirketine yazılı başvuru yapılması şartını ortadan kaldırmayacağı savunulmuştur. Muhalif üye, KTK 97. maddesinin sigorta şirketine yazılı başvuru

⁵³ <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi: 20 Ekim 2024.

ruyu dava şartı olarak açıkça düzenlediğini ve arabuluculuk süreci ile bu şartın yerine getirilemeyeceğini belirtmiştir. Bu nedenle, sigorta şirketine yazılı başvuru yapılmadan açılan davanın dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddedilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Bu bağlamda, farklı BAM kararları sigorta şirketine başvurunun arabuluculuk başvurusu ile yerine getirilip getirilemeyeceği konusunda farklı içtihatlar geliştirmiştir. Bazı kararlar sigorta şirketine yazılı başvurunun dava şartı olduğu ve arabuluculuk sürecinin bu başvurunun yerine geçemeyeceğini vurgularken, bazı kararlar ise arabuluculuğa başvurunun sigorta başvurusu şartını sağladığını değerlendirmiştir.

Çalışmada daha önce ifade edildiği üzere; Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları kapsamında da *“Zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde, dava yoluna gitmeden önce, bu Genel Şartların Ek-6’sında belirtilen tazminat ödemelerinde istenecek belgelerin tamamı ile birlikte ilgili sigortacıya yazılı başvuruda bulunması gerektiği”* hükme bağlanmıştır. Anılan hükümde zorunlu belgelerin başvuruya eklenmesi gerektiği düzenlenmiştir. Zorunlu belgelerin eklenmemesi hâlinde, sigorta şirketi zararı hesaplayamayacağından, olayın teminat kapsamında olup olmadığını değerlendirme, zarar tespiti yapma ve ödeme kararı verme imkânından yoksun kalacaktır⁵⁴. Bu nedenle sigorta şirketine başvurulmadan doğrudan arabuluculuğa başvurulmasının KTK’nin 97. maddesinde öngörülen yazılı başvuru şartını karşılamayacağı kanaatindeyiz⁵⁵.

Arabuluculuk başvurusuna, sigorta şirketine yapılan yazılı başvuruda aranması gereken zorunlu belgelerin eksiksiz şekilde eklenmesi hâlinde, bu şartın sağlandığı kabul edilebilir⁵⁶. Bu durumda, arabuluculuk sürecinin tamamlanmasının ardından zarar görenin, sigorta şirketine ayrıca başvurmaksızın dava açabileceği; yazılı başvuruya ilişkin dava şartının arabuluculuk süreci ile tamamlanmış sayılacağı sonucuna ulaşılabilir.

Kanaatimizce, sigorta şirketine yapılan yazılı başvuru özünde bir müzakeredir. Müzakere ve arabuluculuk, büyük ölçüde ortak hedefleri paylaşan ve benzer yöntemleri içeren uyumsuzluk çözüm yollarıdır. Arabuluculuk, müzake-

⁵⁴ Direnisa (n 42) 665.

⁵⁵ Benzer yönde görüş için bkz. Direnisa (n 42) 665.

⁵⁶ ibid.

renin daha yapılandırılmış ve yönlendirilmiş bir versiyonu olup, temel amacı tarafların kendi çözümlerini üretmelerini sağlamaktır. Buradaki temel fark, arabuluculukta tarafsız bir üçüncü kişinin süreci yönlendirmesi ve iletişimi kolaylaştırmasıdır. Ancak bu, arabuluculuğun müzakereden tamamen farklı bir yöntem olduğu anlamına gelmemektedir. Aksine, arabuluculuk, müzakereden doğmuş, onun gelişmiş ve daha sistematik hale getirilmiş bir türü olarak değerlendirilmelidir. Bu çerçevede, arabuluculuk başvurusuna sigorta şirketine yazılı başvuruda aranması gereken belgelerin eklenmesi, sürecin müzakere niteliğini güçlendirecek ve dava şartı bağlamında hukuki bir anlam kazanmasını sağlayacaktır.

Sonuç

Sigorta şirketine başvuru ve arabuluculuk süreçlerinin dava şartı olarak değerlendirilmesine ilişkin yargı kararlarındaki farklılıklar, uygulamada önemli bir hukuki belirsizliğe yol açmaktadır. Bu belirsizliğin giderilmesi adına mevzuat değişikliği, içtihadı birleştirme kararı ve uygulamaya yönelik reformlar gibi çeşitli çözüm yolları üzerinde durulması gerekmektedir.

Kanaatimizce, KTK'nin 97. maddesinde yapılacak olası bir değişiklikle, sigorta şirketine yazılı başvurunun arabuluculuk süreciyle tamamlanıp tamamlanamayacağı hususu açık bir şekilde düzenlenmelidir. Eğer sigorta şirketine başvurunun ayrı ve kesin bir dava şartı olarak öngörülmesi amaçlanıyorsa, ilgili maddeye *"Bu başvuru, arabuluculuk süreci ile yerine getirilemez"* şeklinde bir hüküm eklenmesi uygun olacaktır. Buna karşılık, arabuluculuk başvurusunun sigorta şirketine başvuru yerine geçerli sayılması hedefleniyorsa, arabuluculuk sürecinde sigorta şirketine gerekli belgelerin sunulması ve başvurunun doğrudan sigorta şirketine yönlendirilmesi gibi kriterlerin belirlenmesi gerekmektedir.

Mevcut yargı kararları incelendiğinde, sigorta şirketine yapılan yazılı başvurunun dava şartı olup olmadığı ve arabuluculuk süreciyle karşılanıp karşılanamayacağı konusunda mahkemeler arasında görüş birliği bulunmamaktadır. Örneğin, İstanbul BAM 9. Hukuk Dairesi, sigorta başvurusu ile arabuluculuk başvurusunun birbirinden bağımsız olduğu ve sigorta şirketine yazılı başvuru yapılmadan doğrudan arabuluculuğa gidilmesinin dava şartını yerine getirmediği yönünde karar vermiştir. Buna karşın, Adana BAM 3. Hukuk Dairesi, arabuluculuk başvurusunun sigorta şirketine yapılan başvuru yerine geçebileceğini belirterek farklı bir içtihat geliştirmiştir. Bu görüş ayrılığı, sigorta başvurusunun

şekli bir dava şartı mı yoksa tamamlanabilir bir süreç mi olduğu konusundaki farklı yorumlardan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, uygulamada yeknesaklığın sağlanması ve mahkemeler arasındaki çelişkilerin giderilmesi adına Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararı vermesi isabetli olacaktır.

Sigorta uyuşmazlıklarının etkin şekilde çözümlenebilmesi için arabuluculuk süreci ile sigorta başvurusu arasında dengeli ve işlevsel bir ilişki kurulmalıdır. Bu doğrultuda, sigorta başvurusu ile arabuluculuk mekanizmasının birbiriyle uyumlu hale getirilmesi önem taşımaktadır. Buna yönelik olarak, sigorta şirketine yazılı başvuru zorunlu tutulmalı, ancak başvurunun içeriği ve şekli konusunda belirli bir esneklik sağlanmalıdır. Özellikle, sigorta şirketinin yazılı başvuruya 15 gün içinde yanıt vermemesi durumunda, zarar gören tarafın arabuluculuğa başvurması gerektiği yönünde bir düzenleme yapılması faydalı olacaktır. Ayrıca, sigorta başvurusu yapılmadan doğrudan arabuluculuğa gidilmesi hâlinde, arabuluculuk sürecinde sigorta şirketine zarar tespitine ilişkin gerekli belgelerin sunulmasının zorunlu hale getirilmesi gerekmektedir. Böylelikle, her iki sürecin birbiriyle uyum içinde işletilmesi sağlanarak, hem sigorta şirketlerinin yükümlülüklerini yerine getirmesi hem de uyuşmazlıkların hızlı ve etkin şekilde çözümlenmesi mümkün olacaktır.

Sonuç olarak, sigorta başvurusu ile arabuluculuk süreci arasındaki ilişkinin net bir çerçeveye oturtulması, hukuki belirsizliklerin önlenmesi açısından büyük önem taşımaktadır. Bu kapsamda, sigorta başvurusu ve arabuluculuk sürecinin birbirinden bağımsız tutulması öngörülüyorsa, bu hususun mevzuatta açıkça düzenlenmesi gerekmektedir. Eğer süreçlerin entegrasyonu amaçlanıyorsa, arabuluculuk başvurusunda sigorta şirketine sunulması gereken belgelerin eksiksiz şekilde ibraz edilmesi zorunlu hale getirilmelidir. Bu çerçevede, Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararı vermesi veya KTK 97. maddesinde yapılacak bir değişiklik, hukuki belirsizliği ortadan kaldırarak uygulamada yeknesaklığı sağlayacaktır.

Sigorta uyuşmazlıklarının hızlı, etkili ve öngörülebilir bir şekilde çözülebilmesi için, arabuluculuk süreci ve sigorta başvurusu arasındaki hukuki uyumun güçlendirilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda, yasal çerçevenin netleştirilmesi ve süreçlerin uyumlu hale getirilmesi, hem tarafların hak arama özgürlüğünü güçlendirecek hem de sigorta sisteminin daha sağlıklı işlemesine katkı sağlayacaktır.

Kaynakça

- Akil C, 'Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hakkında Usûl Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirme' (2020) 11 (41) TAAD 307-324
- Buluttekin D, 'Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Tahkimin Değerlendirilmesi' (2022) 27 (46) DÜHFD 251-294
- Çelik D, *Mediation im deutschen und türkischen Verwaltungsrecht* (Verlag Dr. Kovac 2020)
- Demir Ş, *Avukatlar İçin Müzakere Yetenekleri* (Adalet 2015)
- Direnisa E, 'Sigortacıya Dava Açmadan Önce Yazılı Başvuruda Bulunulmasının (KTK m. 97) Medenî Usûl Hukuku Yönüyle Değerlendirilmesi' (2023) 81 (3) İstanbul Hukuk Mecmuası 645-673
- Ekmekçi Ö, Özkes M ve Atalı M, *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk* (On İki Levha 2018)
- Ercan İ, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı* (8. Baskı, Seçkin 2025)
- Ildır G, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (Adalet 2003)
- Islam Z, 'Legal Enforceability of ADR Agreement' (2013) 2 (1) International Journal of Business and Management Invention 40-43
- Işık S, 'Mediation as an Alternative Dispute Resolution Method and Mediation Process in Turkish Law System: An Overview' (2016) 48 Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul 55-87
- Kekeç EK, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler* (3. Baskı, Adalet 2016)
- Lukasz Rozdeiczner and Alejandro Alvarez de la Campa, *Alternative Dispute Resolution Manual: Implementing Commercial Mediation* (The World Bank Group 2006)
- Özbay İ, 'Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri' (2016) X (3-4) EBYÜHFD 459-475
- Özbek MS, 'Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü' (2002) 51 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 121-162
- -, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (3. Baskı, Yetkin 2013)
- -, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (5. Baskı, Yetkin 2022)
- Özsumcu S, *Uzakdoğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış* (3. Baskı, On İki Levha 2013)
- Pekcanitez H, Atalay O ve Özkes M, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (4. Baskı, Yetkin 2016)
- -, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (9. Baskı, Yetkin 2021)
- Sarıhan BB, 'Tüketici Hukuku Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması' (2021) 4 (2) Tüketici Hukuku Dergisi 417-440

- Selçuk S, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Hakem Kararlarının İptali* (2017)
- Sourdin T, *Alternative Dispute Resolution (ADR) Principles, From Negotiation to Mediation* (Jurisprudence Collection 2014).
- Şahin CŞ, *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (2009)
- Stulberg J, 'Negotiation Concepts and Advocacy Skills: The ADR Challenge' (1984) 48 Albany Law Review 719-735
- -, 'ADR Paradigms and Intervenor Values' (1985) Journal of Dispute Resolution Art 3, 1-24
- Tanrıver S, 'Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler' (2020) 147 TBB Dergisi 111-142
- -, 'Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk' (2006) 64 TBB Dergisi 151-178
- -, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk* (2. Baskı, Yetkin 2022)
- Taşpolat MT, *Türk Hukukunda Arabuluculuk* (Yetkin 2012)
- Yeşilirmak A, *Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim* (On İki Levha 2011)
- Yılmaz E, 'Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi' 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı (2005) 843-856
- Yılmaz E, Taşpınar SA ve Hanağası E, *Medenî Usûl Hukuku* (7. Baskı, Yetkin 2021)
- Yıldırım MK, 'İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında' (2007) 1 Prof. Dr. Yavuz Alango'ya Armağan 337-360

Hukuk Yargılamasında Hedef Süre Uygulaması^(*)

Dr. Öğr. Üyesi İsmet MAZLUM^(**)

Öz

Adil yargılanma hakkının temel unsurlarından biri olan makul sürede yargılama ilkesi, Türkiye’de uzun yargılama süreleri nedeniyle sıklıkla ihlal edilmiştir. Bu sorunu gidermek amacıyla geliştirilen ‘Yargıda Hedef Süre Uygulaması’, 1 Ocak 2019 itibarıyla tüm yargı çevrelerinde uygulanmaya başlanmıştır. Hukuki dayanağını 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile ilgili yönetmelikten alan sistem, dava ve soruşturmalara ilişkin öngörülebilir tamamlanma süreleri belirleyerek yargılama süreçlerini disipline etmeyi amaçlamaktadır. Hedef süreler, dava türüne ve iş yüküne göre Hakimler ve Savcılar Kurulu’nun (HSK) görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından belirlenir. UYAP sistemi aracılığıyla taraflara bildirilir ve süreç boyunca izlenir. Bu uygulama, hem yargı mensuplarının performansını değerlendirmede kriter oluşturmakta hem de vatandaşlar için şeffaflık sağlamaktadır. Ancak hedef süreler, bağlayıcı bir hak doğurmamakta; idari planlama aracı olarak işlev görmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) makul süre içtihatlarıyla da uyumlu olan bu sistem, adil yargılanma hakkının hayata geçirilmesi yönünde olumlu bir adım olarak değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Hedef Süre, Makul Süre, Adil Yargılanma.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 14.04.2025 - Kabul Edildiği Tarih: 23.05.2025.

Atıf Şekli: İsmet Mazlum, ‘Hukuk Yargılamasında Hedef Süre Uygulaması’ (2025) 15(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1011, 1043.

DOI: 10.52273/sduhfd..1675632.

^(**) Çankaya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye.

E-posta: ismetmazlum@cankaya.edu.tr.

Orcid: https://orcid.org/0000-0002-3243-356X.

Target Time Application in Civil Proceedings

Abstract

One of the essential components of the right to a fair trial is the principle of adjudicating cases within a reasonable time. In Turkey, judicial proceedings have often been criticized for excessive delays, both at the national level and by the European Court of Human Rights (ECtHR). To address this issue, the 'Judicial Target Time Practice' was introduced and implemented nationwide as of January 1, 2019. Based on legal grounds established in the Judges and Prosecutors Act No. 2802 and the related regulation, the system aims to discipline judicial processes by setting predetermined timeframes for the completion of cases and investigations. These target times are determined by the Ministry of Justice, in consultation with the Council of Judges and Prosecutors (HSK), considering the case type and regional workload. They are communicated to the parties via the National Judiciary Informatics System (UYAP) and monitored throughout the proceedings. This mechanism not only provides transparency for citizens but also serves as a performance criterion for judicial personnel. However, target times do not create enforceable rights for parties and function as an administrative planning tool. Aligned with the ECtHR's case law on the 'reasonable time' principle, this system is considered a positive step toward realizing the right to a fair and timely trial.

Keywords

Target Time, Reasonable Time, Fair Trial.

Extended Summary

One of the fundamental components of the right to a fair trial, as protected under Article 6 of the European Convention on Human Rights (ECHR) and Article 36 of the Turkish Constitution, is the right to have one's case heard within a reasonable time. In Turkey, prolonged judicial proceedings have historically been a significant concern, leading to numerous condemnations by the European Court of Human Rights (ECtHR). In response to this structural issue and in alignment with recommendations made by the Council of Europe's Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), Turkey has adopted the 'Judicial Target Time Practice' (JTTP) as a comprehensive judicial reform initiative. The legal foundation of the JTTP was laid with the amendment to Article 28 of the Judges and Prosecutors Law (No. 2802) through Law No. 6723 in 2016. This amendment authorized the Ministry of Justice to determine target times for investigations, prosecutions, and trials, in consultation with the Council of Judges and Prosecutors (HSK). The implementing regulation, titled 'Regulation on Determination and Implementation of Target Times for Investigation, Prosecution or Adjudication,' was published in the Official Gazette on June 23, 2017, and came into force on September 1, 2017. As of January 1, 2019, the practice became operational nationwide. The core objective of the JTTP is to ensure the timely completion of judicial processes by introducing a system of measurable and case-type-specific timeframes. These target times are not binding judicial deadlines but rather administrative benchmarks aimed at improving efficiency, transparency, and predictability in judicial services. For each new case or investigation initiated after the implementation date, the relevant target time is automatically assigned through Turkey's National Judiciary Informatics System (UYAP). Parties are informed of the target duration, enabling them to anticipate the approximate timeline of their case.

Target times vary based on the type of case (e.g., civil, criminal, administrative) and are determined by taking into account factors such as the average processing time for similar cases, regional caseloads, and available judicial resources. These durations are not static and are reviewed at least biennially. Revisions are made in light of empirical data, stakeholder feedback, and CEPEJ guidelines. For instance, the government has set specific goals, such as completing appellate review in regional courts within six months and ensuring hearings are held at two-month intervals at most. The JTTP includes both judicial and prosecutorial bodies across the first instance and appellate levels, including courts of general jurisdiction, administrative courts, and public prosecutors' offices. It is fully integrated with UYAP, allowing judges and prosecutors to monitor each file's progress through color-coded indicators. If a file exceeds its target time, it is marked in red, and the responsible judicial officer must record the reasons for the delay within the system. Common reasons include delayed expert reports, unavailability of parties, or administrative bottlenecks. This process allows for data-driven analysis and improvement. Crucially, the JTTP serves multiple purposes. Firstly, it addresses the right to be tried within a reasonable time by establishing internal control mechanisms. Secondly, it contributes to performance evaluation within the judiciary. For example, the 'Appeal Review Evaluation Forms Regulation' considers compliance with target times as a criterion in promotion decisions for judges

and prosecutors. In this way, the system promotes a culture of efficiency and accountability while still acknowledging that target times should not compromise procedural fairness or the quality of judicial decisions. The practice does not generate new procedural rights or legal claims for litigants. Target times do not function as statutory deadlines, and their breach does not automatically result in the dismissal of cases or sanctions. However, prolonged delays that exceed reasonable time standards may still form the basis for claims of violation under existing mechanisms, such as individual applications to the Turkish Constitutional Court or complaints to the ECtHR. The target times, therefore, act as a tool to preempt such violations by facilitating better case management. The Turkish Constitutional Court reviewed the constitutionality of the JTTP, particularly the Ministry of Justice's role in determining target times. The Court upheld the system, emphasizing that the target times are determined in consultation with the HSK and that they do not infringe upon judicial independence. The Court also highlighted that these durations are merely performance indicators and not decisive factors in judicial evaluations or disciplinary proceedings. From a comparative perspective, the JTTP aligns with international best practices. Countries such as Italy, France, and Germany have also implemented measures to shorten judicial delays. For instance, Italy introduced the Pinto Act to provide compensation for excessive trial lengths. Likewise, in Anglo-American systems, particularly in criminal proceedings, the right to a speedy trial is constitutionally guaranteed, and exceeding certain statutory limits can result in dismissal. However, Turkey's model stands out for its centralized and technologically integrated structure. Statistical data demonstrate the positive impact of the JTTP. In 2021, the overall compliance rate with target times in Turkey reached approximately 86%. This rate was highest in administrative courts (88.38%) and lowest in civil courts (85.65%). Criminal courts and prosecutors' offices achieved compliance rates of 86.86% and 84.01%, respectively. The Ministry of Justice reported that the average case duration across various jurisdictions has shown significant improvement since the implementation of the JTTP. The system has also been credited with increasing public trust in the judiciary by making judicial timelines more predictable and transparent. Nevertheless, criticisms remain. Scholars and legal professionals argue that a standardized target time may not adequately reflect the complexity and individual circumstances of each case. There is concern that a focus on quantitative goals could compromise the quality of justice. Moreover, while the JTTP contributes to the 'reasonable time' element of a fair trial, it must be implemented alongside broader structural reforms, including enhancing judicial independence, investing in human resources, and modernizing court infrastructure.

Giriş

Adil yargılanma hakkı, yargılamanın temel ilkelerinden biri olarak kabul edilmekte olup, bireylerin yargı önünde hak arama özgürlüklerini güvence altına alan en önemli anayasal ve uluslararası güvencelerden biridir. Bu hakkın içeriğini oluşturan unsurlar arasında, davaların makul süre içinde sonuçlandırılması ilkesi özel bir önem taşımaktadır. Zira, yargılamanın gereksiz yere uzaması, sadece bireylerin hak arama özgürlüğünü fiilen etkisiz hâle getirmekle kalmamakta, aynı zamanda hukuk sistemine olan güveni zedelemekte, kamu vicdanını yaralamakta ve toplumsal adalet duygusunu olumsuz yönde etkilemektedir.

Türkiye’de uzun yargılamalar, özellikle 2000’li yıllardan itibaren hem ulusal kamuoyunun hem de uluslararası denetim mekanizmalarının dikkatini çeken yapısal bir sorun hâline gelmiştir. AİHM, Türkiye hakkında verdiği birçok kararda, yargılamaların makul süreyi aşması nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 6’ncı maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bu durum, ülkemizin uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmesi yönünde ciddi bir baskı oluşturmuştur. Bu çerçevede, yargı süreçlerinin daha etkin ve zamanında yürütülebilmesi amacıyla çeşitli reform adımları atılmış, 1 Ocak 2019 tarihi itibarıyla ‘Yargıda Hedef Süre Uygulaması’ resmi olarak devreye alınmıştır. Bu uygulama, yargılamaların ve soruşturmaların belirli bir süre içerisinde tamamlanmasını hedefleyen, hem yönetsel hem de teknolojik araçlarla desteklenen bir zaman yönetimi modeli olarak kurgulanmıştır. Hukuki dayanağını, 6723 sayılı Kanun ile 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu’na eklenen düzenlemelerden alan uygulama, ‘Soruşturma, Kovuşturma veya Yargılama Hedef Sürelerinin Belirlenmesi ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’ ile normatif çerçevesine kavuşturulmuştur¹.

Yargıda hedef süre uygulaması, yalnızca süreçlerin hızlandırılmasını amaçlayan teknik bir düzenleme değil, aynı zamanda makul sürede yargılanma hakkının kurumsal düzeyde güvence altına alınmasına hizmet eden yapısal bir reformdur. Hedef sürelerin belirlenmesinde her dava türünün kendine özgü yapısı, iş yükü ve bölgesel farklılıklar dikkate alınmakta; böylece yargılamaların daha gerçekçi bir planlama ile yürütülmesi hedeflenmektedir. UYAP (Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi) sistemi üzerinden tanımlanan hedef süreler aracılığıyla, hem yargı mensuplarının iş yönetimi kolaylaştırılmakta hem de davanın taraflarına süreç hakkında önceden bilgi verilerek yargının şeffaflığı artırılmaktadır.

¹ Soruşturma, Kovuşturma veya Yargılama Hedef Sürelerinin Belirlenmesi ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, RG 23.06. 2017/30105.

Bu çalışmada, yargıda hedef süre uygulamasının ortaya çıkışı, hukuki temelleri, işleyiş mekanizmaları ve uygulamaya ilişkin değerlendirmeler ayrıntılı şekilde ele alınacaktır. Uygulamanın Anayasa ve AİHS ile ilişkisi, yargı bağımsızlığı açısından taşıdığı anlam ve karşılaştırmalı hukuk bağlamında örneklerle desteklenerek analiz edilecektir. Nihai olarak, bu uygulamanın adil yargılanma hakkına ne ölçüde hizmet ettiği değerlendirilecek ve sürdürülebilirliği açısından yapılması gerekenler tartışmaya açılacaktır.

I. Hedef Süre Uygulamasının Ortaya Çıkış ve Hukukî Dayanağı

Adil yargılanma hakkının temel unsurlarından biri, davaların makul süre içinde sonuçlandırılmasıdır. Türkiye’de geçmişte yargılamaların uzun sürmesi gerek ulusal düzeyde gerek AİHM kararlarında eleştiri konusu olmuştur. Bu soruna çözüm arayışlarının bir parçası olarak, 1 Ocak 2019’dan itibaren ‘Yargıda Hedef Süre Uygulaması’ hayata geçirilmiştir.

Yargıda hedef süre uygulaması, 2016 yılında yapılan yasal değişikliklerle oluşturulmuştur. 01.07.2016 tarihli 6723 sayılı Kanun’un 25’inci maddesiyle 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nun 28’inci maddesine eklenen fıkra, ‘*soruşturma, kovuşturma veya yargılamanın tamamlanması için öngörülen hedef sürelerin, Hâkimler ve Savcılar Kurulunun görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından belirleneceğini*’ düzenlemiştir. Bu düzenleme üzerine hazırlanan ‘*Soruşturma, Kovuşturma veya Yargılama Hedef Sürelerinin Belirlenmesi ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik*’, 23.06.2017 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak 01.09.2017’de yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmelik, hedef sürelerin nasıl belirleneceği ve uygulanacağına dair usul ve esasları düzenlemektedir².

Yargıda Hedef Süre Yönetmeliği³, soruşturma ve davaların belirli bir sürede tamamlanmasına yönelik bir zaman yönetimi modelidir. Yönetmelik uyarınca Adalet Bakanlığı, Hâkimler ve Savcılar Kurulu ile koordineli şekilde her bir dava türü ve suç tipi için hedef süreler belirlemektedir (Hedef Süre Yön. m. 5). Belirlenen hedef süre, *soruşturmanın başlatıldığı veya davanın açıldığı tarihten*

² 23.06.2017 tarihli 3015 sayılı Resmî Gazete ’de yayımlanarak 01.09.2017 tarihinde yürürlüğe giren “Soruşturma, Kovuşturma veya Yargılama Hedef Sürelerinin Belirlenmesi ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik” hükümlerinde öngörülen usullere göre belirlenen hedef sürelerin, adli yargı ilk derece mahkemeleri ile idari yargı ilk derece mahkemelerinde uygulanmasına 03.09.2018 tarihi itibarıyla başlanmıştır. Cumhuriyet başsavcılıklarında ise yargıda hedef süre uygulamasına 01.10.2018 tarihi itibarıyla başlanmıştır.

³ “Soruşturma, Kovuşturma veya Yargılama Hedef Sürelerinin Belirlenmesi ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik” için makalede, kısaltma olarak “Yargıda Hedef Süre Yönetmeliği” ifadesi kullanılacaktır.

itibaren hükmün verilmesine kadar geçmesi öngörülen süredir. Her yeni dava dosyasında, UYAP bilişim sistemi üzerinden ilgili hedef süre otomatik olarak tanımlanmakta ve bu süre davanın taraflarına tebliğ edilmektedir. Bu sayede taraflar, haklarında açılan bir dava veya soruşturmanın ne kadar zaman içinde sonuçlanmasının planlandığını baştan öğrenebilmektedir. Yönetmelik, kapsamına giren tüm adli ve idari yargı mercilerini bağlayacak şekilde uygulanır⁴. İlk derece adli yargı mahkemeleri ile bölge adliye (istinaf) mahkemeleri, idari yargı mercileri ve Cumhuriyet başsavcılıkları bu sisteme dahildir. Hedef süreler, her il ve yargı çevresinin iş yoğunluğu ve dava türünün özellikleri dikkate alınarak belirlenebilmektedir; gerektiğinde farklı mahkeme türleri için değişken süreler belirlenmiştir. Ayrıca, uygulamanın dinamik bir şekilde iyileştirilmesi amacıyla hedef süreler belirli aralıklarla güncellenmektedir; yönetmelik gereği en geç iki yılda bir sürelerin yenilenmesi öngörülmüştür (Hedef Süre Yön. m. 9). Bu çerçevede, pilot uygulamalardan alınan sonuçlar ve Avrupa Konseyi Avrupa Adaletinin Etkinliği Komisyonu (CEPEJ) tavsiyeleri de dikkate alınarak süreler üzerinde düzenli gözden geçirme yapılmaktadır⁵. Yönetmeliğin temel amacı, makul süre-

⁴ “Soruşturma, Kovuşturma veya Yargılama Hedef Sürelerinin Belirlenmesi ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’in 2’nci maddesinde kapsamı belirlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre, bu Yönetmelik, bölge adliye mahkemeleri ve Cumhuriyet başsavcılıkları, adli yargı ilk derece mahkemeleri ve Cumhuriyet başsavcılıkları, bölge idare mahkemeleri ile idari yargı ilk derece mahkemeleri tarafından yürütülen soruşturma, kovuşturma veya yargılamalara ilişkin hedef sürelerin belirlenmesi ve uygulanmasını kapsar.

⁵ Avrupa Adaletinin Etkinliği Komisyonu CEPEJ, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin kararı ile 2002 yılında oluşturulmuştur. CEPEJ’in amacı üye devletlerde yargının etkinliğini ve işleyişini iyileştirmek ve Avrupa Konseyi tarafından bu amaçla hazırlanmış olan sistemlerin uygulamasını geliştirmektir. CEPEJ, Avrupa’da hukuk devleti ve demokrasinin geliştirilmesi üzerine odaklanmıştır. Avrupa Konseyi’ne üye 47 devlete, bütün yargı süreçlerini dikkate alarak yargının yapılandırılması konusunda uygulamaya yönelik öneriler sunmak ve makul süre içerisinde adil yargılamayı sağlamaya yönelik etkili yollar bulmak amacıyla kurulmuştur. 2002/12 sayılı kararın ekinde yer alan Tüzüğü’nün 2’nci maddesinde CEPEJ’in görevleri, genel istatistiki kriterleri ve değerlendirme araçlarını kullanarak, farklı adli sistemler tarafından ulaşılan sonuçları gözden geçirmek, adli sistemlerin fonksiyonlarıyla ilgili sorunlar ile mümkün olan ilerlemeleri belirlemek ve bu konularda görüş alışverişinde bulunmak, özel ihtiyaçlarını da dikkate alarak, üye ülkelerin adli sistemlerinin ölçülmesine ve işlevlerinin geliştirilmesine yönelik somut yöntemleri belirlemek, üye ülkelere, talepleri üzerine, AK standartlarına uygun olarak yardım sağlamak, gerektiğinde ve AK’nin yönetim kurulları (özellikle Avrupa Hukuk İşbirliği Komitesi) tarafından ihtiyaç duyulduğunda, Bakanlar Komitesi’ne sunulmak üzere, yeni uluslararası hukukî belgelerin oluşturulması ya da mevcut olanların değiştirilmesine yönelik taslak teklifleri hazırlamaktır. CEPEJ tarafından tüm çalışmaların yürütülmesi için üye ülkeleri kapsayan bir iletişim ağı oluşturulmuştur. Üye ülkelerin belirlediği kontak kişiler bilgileri CEPEJ in oluşturduğu ağ üzerinden CEPEJ sekreteryasına gönderilmektedir. Avrupa Adaletinin Etkinliği Komisyonu (CEPEJ) ile “Yargıda Zaman Yönetimi Çalışma Toplantısı” 18.06.2021 tarihinde gerçekleştirilmiştir.

de yargılanma ilkesini somut bir biçimde hayata geçirmektedir⁶. Anayasa'nın 36'ncı maddesiyle güvence altına alınan adil yargılanma hakkı ve Anayasa'nın 141'inci maddesinin dördüncü fıkrasında davaların en az giderle ve mümkün olan süratle bitirilmesi gereği, bu düzenlemenin temelini oluşturmuştur. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 30'uncu maddesi, hâkimin yargılamayı makul süre içinde, düzenli ve ekonomik şekilde yürütme yükümlülüğünü düzenlerken, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 190'ıncı maddesi de duruşmaların ara verilmeksizin yürütülmesini, zorunlu hallerde dahi davanın makul sürede bitirilmesini sağlayacak şekilde ara verilebileceğini hükme bağlamıştır. Bu kanunî düzenlemeler, makul süre ilkesini teminat altına alır. Yargıda hedef süre uygulaması ise bu ilkenin hayata geçirilmesini sağlamak amacıyla geliştirilen bir araç konumundadır. Benzer şekilde, AİHS'in 6'ncı maddesinde düzenlenen makul süre hakkının sağlanabilmesi için devletlerin yargılama süreçlerini etkin şekilde yönetmesi gerektiği düşüncesiyle, Avrupa Konseyi organlarınca üye ülkelere dava bazlı hedef süre uygulamaları tavsiye edilmiştir. Yönetmelik, bu bağlamda Türkiye'nin ulusal ve uluslararası yükümlülükleri doğrultusunda yargılamaların gereksiz gecikmeler olmadan sonuçlandırılması ve yargıya güvenin arttırılması hedeflerine hizmet edecek bir araç olarak tasarlanmıştır.

Türkiye'de yargılamaların süre yönetimine ilişkin reform çalışmaları 2010'lu yıllarda hız kazanmıştır. 2013 yılında bazı pilot adliyelerde hedef süre uygulaması denenmiş, başarılı sonuçlar alınması üzerine 2015'te ülke genelinde uygulanmasına karar verilmiştir. Yukarıda değinilen yasal ve idari düzenlemelerin tamamlanmasıyla teknik altyapı oluşturulmuş ve uygulama fiilen devreye alınmıştır. Adli yargı ilk derece mahkemeleri ile idari yargı mahkemelerinde 3 Eylül 2018 itibarıyla, Cumhuriyet başsavcılıklarında ise 1 Ekim 2018 itibarıyla hedef süre uygulaması başlamıştır. Bu tarihlerden sonra açılan tüm soruşturma ve davalara ilgili suç veya dava türü için belirlenen hedef süreler belirlenmiştir. 1 Ocak 2019 tarihinden itibaren de belirlenen bu hedef süreler yargılama başında taraflara resmen bildirilmeye başlanmıştır⁷. Bu şekilde taraflar, açılan

⁶ Soruşturma, Kovuşturma veya Yargılama Hedef Sürelerinin Belirlenmesi ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 1'inci maddesinde amaç belirlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre, soruşturma, kovuşturma veya yargılamaların tamamlanması için öngörülen hedef sürelerin belirlenmesi ve uygulanmasına dair usul ve esasları düzenlemek, Yönetmelik'in amacını oluşturmaktadır.

⁷ <<https://sgb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/yargida-hedef-sure-uygulamasi-baslamistir>> Erişim Tarihi 15 Ocak 2025.

soruşturma veya davalarının ne kadar sürede sonuçlanmasının öngörüldüğünü baştan öğrenme imkânına kavuşmuştur.

II. Yargıda Hedef Süre Uygulamasının Amacı ve Kapsamı

Yargıda hedef süre uygulaması, her bir dava ve soruşturma türü için önceden belirlenen bir tamamlanma süresi (hedef süre) öngörülmesine dayanır. Bu süreler, o dava türünün niteliğine ve ortalama görülme süresine göre uzmanlarca tespit edilen azami makul sürelerdir⁸. Uygulamanın temel amaçlarından biri olarak, yargılamaların süre yönetimi gösterilebilir. Her dava için öngörülen süre aşıldığında, dosyanın uzama sebeplerinin analiz edilmesi ve çözüm üretilmesi amaçlanır. Böylece yargılama süreçlerinde tıkanma veya gecikmeye yol açan sorunlar tespit edilerek giderilecektir. Bir diğer amaç olarak, makul sürede yargılanma hakkının tesis edilmesi gösterilebilir. Bu kapsamda, uygulama, Anayasa ve AİHS ile güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının somut olarak hayata geçirilmesine hizmet eder. Yargı Reformu Stratejisi ve İnsan Hakları Eylem Planı'nda da makul sürede yargılamanın güçlendirilmesi hedefi kapsamında bu uygulamaya özel önem atfedilmiştir⁹.

⁸ Soruşturma, Kovuşturma veya Yargılama Hedef Sürelerinin Belirlenmesi ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 5'inci maddesinin ikinci fıkrasında hedef süreler belirlenirken dikkate alınacak olan durumlar düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre, 10/11/2005 tarihli ve 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanununa dayanılarak oluşturulan Resmi İstatistik Programı (RİP) kapsamında ve 29/3/1984 tarihli ve 2992 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun uyarınca Bakanlıkça hazırlanan adli istatistiklerde gösterilen ortalama soruşturma, kovuşturma veya yargılama süreleri, fiilen görev yapan hâkim ve Cumhuriyet savcı sayısı, her bir daire, mahkeme, hâkim veya Cumhuriyet savcısına düşen derdest dosya sayısı veya puanı, soruşturma veya yargılama usul kuralları, 8 inci maddenin üçüncü fıkrası uyarınca Cumhuriyet başsavcılıkları ile adalet komisyonu başkanlıklarınca gönderilen yıllık raporlar. Hedef süre uygulamasının kapsamının oldukça geniş olduğunu söylemek mümkündür. Adalet Bakanlığı bünyesinde hâkimler, savcılar ve akademisyenlerden oluşan bir komisyon tarafından ülke genelindeki *1.438 farklı dava türü* ve *220 soruşturma (suç) türü* için hedef süreler belirlenmiştir. Bu süre belirleme sürecinde Yargıtay, Danıştay, Hakimler ve Savcılar Kurulu, Türkiye Barolar Birliği gibi kurumların görüşleri alınmış, yaklaşık üç yıllık bir çalışma sonucunda nihai süreler tespit edilmiştir. Belirlenen hedef süreler coğrafi veya mahkeme bazında farklılıklar gösterebilir. Ancak her yargılamada, ilgili dosyaya özgü hedef süre UYAP üzerinden sisteme tanımlanmakta ve tüm ilgililere bildirilmektedir.

⁹ Yargı Reformu Stratejisi ve İnsan Hakları Eylem Planı'nda, Makul Sürede Yargılanma Hakkının Güçlendirilmesi başlığı altında, Adliye ve dosya bazlı analiz sonuçları doğrultusunda "Yargıda Hedef Süre" uygulamasının makul sürede yargılamayı sağlayacak şekilde geliştirilmesine yönelik yeni adımlar atılacağı ve Yargılamaların hızlı sonuçlandırılması ve vatandaşların mağduriyetlerinin engellenmesi amacıyla hedef süre uygulaması istinaf yargılamalarını ve Adli Tıp Kurumu işlemlerini de kapsayacak şekilde yaygınlaştırılacağına vurgu yapılmıştır. Bununla bir-

Yargıda hedef süre uygulamasının devreye girmesiyle birlikte, yargı süreçlerinde öngörülebilirlik ve planlama bakımından önemli bir adım atıldığı gözlemlenmektedir. Taraflara, dosyanın hedef süre bilgisi verildiğinden, belirsizliği azaltan bir şeffaflık sağlanır. UYAP sistemine entegre edilen hedef süre modülü, hâkim ve savcılara her dosyanın zaman çizelgesini renkli uyarılarla izleme imkânı vermekte; böylece gecikme riski taşıyan işler erken tespit edilerek idari tedbir alınabilmektedir. Bu yönüyle uygulama, yargı mensupları için de bir iş yönetimi kolaylığı sağlamıştır. Hedef süre uygulamasının bir diğer katkısı, yargı yönetiminde performans odaklı bir kültürün yerleşmeye başlamasıdır. Yönetmelikle, belirlenen sürelerle riayet edilip edilmediği takip edilmekte ve özellikle çok uzun süredir derdest olan dosyalar yönünden sorunun tespiti kolaylaşmaktadır. Hâkim ve savcılarının performans değerlendirmeleri kapsamında da hedef süre kriteri dikkate alınmaya başlanmıştır. Nitekim terfi sistemine ilişkin çıkarılan Kanun Yolu Değerlendirme Formlarının Düzenlenmesine İlişkin Yönetmelik¹⁰'de, *soruşturma, kovuşturma veya yargılamanın hedef sürede tamamlanması* hususu bir değerlendirme ölçütü olarak sayılmıştır¹¹.

III. Hedef Süre Uygulamasının Yöntemi ve İşleyişi

Hedef sürelerin belirlenmesi ve uygulanması konusunda teknolojik altyapı ve idari takip mekanizmaları devreye sokulmuştur. Adalet Bakanlığı tarafından UYAP üzerinde gerekli yazılımsal güncellemeler yapılarak, hâkim ve savcılara her bir dava için öngörülen hedef süreyi gösteren ekranlar hazırlanmıştır¹². Bu kapsamda uygulamanın işleyişine ilişkin olarak, yargı mensupları, önlerindeki

likte, Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığının Güçlendirilmesi başlığı altında da, Hâkim ve savcılarının terfi sistemleri; hedef süreye uyum, kararların yeterli gerekçeyle yazılıp yazılmadığı, isabet oranı ve insan haklarına duyarlılık gibi objektif performans kriterleri çerçevesinde yeniden yapılandırılacağı belirtilmiştir (<https://insanhaklarieylemplani.adalet.gov.tr/resimler/insanhaklarieylemplaniTR.pdf>). Erişim Tarihi 22 Ocak 2025.

¹⁰ Kanun Yolu Değerlendirme Formlarının Düzenlenmesine İlişkin Yönetmelik, RG 30.09.2016/29843. İlgili Yönetmelik'in 5'inci maddesinin birinci fıkrasının c bendinde kanun yolu değerlendirme formu düzenlenirken soruşturma, kovuşturma veya yargılamanın hedef sürede tamamlanması, dikkate alınır.

¹¹ Adalet Bakanlığı 2025 Yılı Performans Programı verilerine göre, 2024 yılı itibarıyla ilk derece mahkemelerinde görülmekte olan hukuk davaları, idari davalar ile soruşturma ve kovuşturmalarda hedef süreye uyulma oranı ortalama %86 olarak tespit edilmiştir (http://www.sp.gov.tr/upload/xSPRapor/files/524mG+Adalet_25_PP.pdf). Erişim Tarihi 22 Ocak 2025.

¹² <<https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/31/dosya/sgb-yargida-hedef-sure-uygulamasi17-07-202017-10.pdf>>Erişim Tarihi 22 Ocak 2025.

UYAP ekranında ilgili dava türünün hedef süresini görebilmektedir. Ayrıca her dosya için bir hedef süre çizelgesi oluşturulmuştur. Bu çizelgede dosyanın işlemleri ve zaman çizelgesi renkli göstergelerle takip edilir. Dosya süreci ilerledikçe çizelge işlenir, eğer hedef süresi dolmasına rağmen sonuçlanmamışsa sistemde o dosya *kırmızı* renk ile işaretlenir. Bu görsel uyarı, hâkim ve savcılara söz konusu dosyanın gecikmekte olduğunu açıkça gösterir. Sistem, her bir dosyanın süreç verilerini toplamaktadır. Örneğin, ortalama duruşma sayısı ve duruşmaların süresi, tebligat işlemlerinin ortalama süresi, bilirkişi incelemelerinin dosyaya kattığı süre, istinaf ve temyiz gibi kanun yollarının süresi gibi istatistikler UYAP üzerinden elde edilebilmektedir. Bu veriler, yargı süreçlerinin hangi aşamalarda uzadığını tespit etmek açısından önemli bir veri tabanı oluşturmaktadır. Eğer bir dosya, öngörülen hedef süre içinde sonuçlandırılmazsa, sistem üzerinde o dosya için gecikme nedenleri girişi yapılır. İlgili hâkim veya savcı, dosyanın neden süresinde bitirilemediğine dair seçeneklerden uygun olanları işaretler veya açıklama girer. Bu sayede, yargılamaların uzamasına yol açan başlıca faktörler tespit edilmekte ve raporlanmaktadır. Örneğin bilirkişi raporunun geç gelmesi, davacının adresinin tespit edilememesi, taraflardan kaynaklı usulî gecikmeler, mahkemenin iş yükü gibi sebepler sistemde kodlanır. Hedef sürelerle uyum, düzenli raporlarla izlenir. Her yıl Ocak ayı başında, Türkiye genelindeki tüm adalet komisyonu başkanlıkları ve Cumhuriyet başsavcılıklarının UYAP ekranlarında, önceki yılın hedef süreye uyum performansı gösterilir (Hedef Süre Yön. 8, II). Ayrıca her adliyenin ilgili birimleri, Ocak ayı sonuna kadar kendi yargı çevresinde hedef sürelerin gerçekleşme durumunu analiz eden bir rapor hazırlarlar. Bu raporda, gecikme sebepleri ve çözüm önerileri de yer alır ve HSK ile Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı'na gönderilir (Hedef Süre Yön. 8, III). HSK Teftiş Kurulu da denetimlerinde bu verileri dikkate almaktadır; hatta istinaf ve temyiz incelemelerinde doldurulan “kanun yolu değerlendirme formlarında” dosyanın hedef sürede tamamlanıp tamamlanmadığı da bir kriter olarak yer almaktadır. Bu geri bildirim sayesinde, hedef sürelerin uygulanmasında yaşanan sorunlar tespit edilerek sonraki dönem için önlemler geliştirilmekte ve gerekirse hedef sürelerde revizyona gidilmektedir.

IV. Hedef Sürenin Belirlenmesi

A. Genel Olarak

Hedef Süre Yönetmeliği'nin 5'inci maddesinde hedef sürenin nasıl belirleneceğine ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, soruşturma, kovuşturma

veya yargılama türleri ile bunlara ilişkin hedef süreler, HSK'nın görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından belirlenir. Hedef süreler belirlenirken dikkate alınacak durumlar ise 10/11/2005 tarihli ve 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanununa dayanılarak oluşturulan Resmi İstatistik Programı (RİP) kapsamında ve 29/3/1984 tarihli ve 2992 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun uyarınca Bakanlıkça hazırlanan adli istatistiklerde gösterilen ortalama soruşturma, kovuşturma veya yargılama süreleri, fiilen görev yapan hâkim ve Cumhuriyet savcı sayısı, her bir daire, mahkeme, hâkim veya Cumhuriyet savcısına düşen derdest dosya sayısı veya puanı, soruşturma veya yargılama usul kuralları ve Cumhuriyet başsavcılıkları ve adalet komisyonu başkanlıkları, başkan, üye, hâkim ve Cumhuriyet savcılarının da görüşünü alarak her yıl ocak ayı sonu itibarıyla hedef sürelerin gerçekleşmesinde yaşanan gecikmelerin sebepleri ile çözüm önerilerine ilişkin yetki çevresini de kapsayacak şekilde hazırlanan raporlardır.

B. Hedef Süre Belirleme Kriterleri

1. Ceza Yargılaması Hedef Süre Belirleme Kriterleri

Hedef süre, soruşturma işlemlerinde suç şüphesinin yetkili mercilerce öğrenildiği, ceza mahkemelerinde iddianamenin kabul edildiği, hukuk, idare ve vergi mahkemelerinde davanın esas kaydının yapıldığı, bölge adliye ve bölge idare mahkemelerinde dosyanın daireye geldiği tarihte başlar. Soruşturma evresinde soruşturmayı bitiren kararla, kovuşturma veya yargılamalarda gerekçeli kararın yazımı ile son bulur (Hedef Süre Yön. m. 6)¹³. Suç şüphesinin yetkili

¹³ Ceza mahkemelerinde suç türüne göre süreler ayrı ayrı belirlenmemiş olup tek süre tespit edilmiştir. Ceza mahkemelerinde hedef süreler iddianamenin kabulü ile başlayıp gerekçeli kararın yazımı ile sona ermektedir. Ceza mahkemelerinde hedef süreler mahkemeye düşen derdest dosya puanına göre belirlenmiştir. Ağır ceza mahkemelerinde 40.000 derdest dosya puanından başlanılarak 20.000'er artırımlı basamakları gösteren bir tablo düzenlenmiştir. Ağır ceza mahkemelerinde derdest dosya puanının üst sınırı 100.000 olarak belirlenmiştir. Ağır ceza mahkemelerinde derdest dosya puanının 100.000'i geçmesi durumunda; her 700 puanlık artış için belirlenen süreler 1 güne kadarlık sürenin eklenmesine karar verilmiştir. Asliye ceza mahkemelerinde 36000 derdest dosya puanından başlanılarak 24.000'er artırımlı basamakları gösteren bir tablo düzenlenmiştir. Asliye ceza mahkemelerinde derdest dosya puanının üst sınırı 125.000 olarak belirlenmiştir. Asliye ceza mahkemelerinde derdest dosya puanının 125.000'i geçmesi durumunda; her 900 puanlık artış için belirlenen süreler 1 güne kadarlık sürenin eklenmesine karar verilmiş Bozma üzerine yeni esas numarası alan dosyaların yargılamasının 180 güne kadar içerisinde, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması kararlarının kaldırılması üzerine açılan dosyalar ile denetimli serbestliğe uyulmaması üzerine açıl-

mercilerce öğrenilmesi durumunda, ceza muhakemesi süreci, kural olarak, bir suç işlendiği yönünde yeterli şüphenin oluşması ve bu şüphenin yetkili makamlarca öğrenilmesiyle başlar¹⁴. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 160'ıncı maddesine göre, Cumhuriyet savcısı bir suç işlendiği izlenimini veren bir durumu öğrendiği anda kamu davası açıp açmamaya karar verebilmek amacıyla derhal soruşturmaya başlamakla yükümlüdür. Bu bağlamda, "suç şüphesinin öğrenilmesi" ceza muhakemesi hukukunda soruşturma evresinin başlangıç noktası olarak kabul edilir¹⁵. Suç şüphesinin öğrenilmesi, yalnızca bilgiye ulaşılması anlamında değil, aynı zamanda bu bilginin somut bir suç işlendiği izlenimini uyandıracak nitelikte olması anlamına gelir. Bu nedenle, yetkili merciin olaydan haberdar olduğu her durumda değil, ancak bu haberdarlığın suç şüphesine dönüşecek düzeyde olması halinde soruşturma başlatma yükümlülüğü doğar. Öğrenme anı; uygulamada genellikle bir ihbar, şikâyet, suçüstü hali ya da başka bir adli işlem esnasında elde edilen bilgi ile ortaya çıkabilir. Bu anın doğru tespiti, özellikle, tutukluluk sürelerinin hesaplanması, yargılama ve soruşturma süresine

lan dosyaların yargılaması ise 75 güne kadar tamamlanır. Tefrik, üst mahkemenin görevsizlik kararını kaldırması, üst mahkemenin yetkisizlik kararını kaldırması, üst mahkemenin davanın ertelenmesi kararını kaldırması, Yargıtay'ın CMK 8/2 inci maddesi gereğince iadesi, üst mahkemenin ek kararı kaldırması, son soruşturma kararının kaldırılması üzerine açılış, durumlardan birinin bulunması halinde yargılama için öngörülen hedef süre bu durumun ortadan kalkmasından itibaren baştan başlar. Mahkemenin kapatılması üzerine açılan derdest dosya (Mahkemenin kapatılması halinde devredilen mahkemede dosyaların yeni esas alması durumu.) bulunması halinde, hedef süre kapatılan mahkemenin kaldığı süreden devam eder. Belirlenen hedef sürelerin aşılması durumunda gecikme nedenlerinden bir ya da birde fazlası hâkim tarafından UYAP ekranında düzenlenmiş olan 'gecikme nedenleri ekranına' işaretlenecektir. Listede yar almayan bir gecikme nedeninin hedef sürenin aşılması sonucunu oluşturduğu durumlarda, bu neden UYAP ekranında yer alan 'diğer' butonuna işaretleme yapmak suretiyle 100 karakteri aşmayacak şekilde ifade edilebilecektir (<https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/31/dosya/ceza-yargilamasi-hedef-sure-belirleme-kistaslari17-07-202017-11.pdf>). Erişim Tarihi 08 Şubat 2025.

¹⁴ Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (17. Baskı, Seçkin 2024) 162; Uğur Ersoy, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Adalet 2024) 289; Murat Volkan Dülger ve Şaban Cankat Taşkın, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (2. Baskı, Seçkin 2024) 325; Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (12. Baskı, Seçkin 2024) 124; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (23. Baskı, Adalet 2024) 145; Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15. Baskı, Seçkin 2024) 100; Recep Gülşen, 'Adli Soruşturmanın Başlaması' (2011) 3 (21) *Fasikül Hukuk Dergisi* 30, 34; Esra Alan Akcan, 'Soruşturma Evresinde Mağdurun Hakları ve Yükümlülükleri' (2015) 2 (2) *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, 22; Bilge Burhanettin Gülcü, 'Soruşturma Evresinin Tanımı, İşlevi, Özellikleri, Ülkemizdeki Tarihçesi', (2024) 1 (10) *Sosyal Bilimler Dergisi* 89, 92.

¹⁵ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 14) 167; Ersoy (n 14) 290; Dülger ve Taşkın (n 14) 327; Yenisey ve Nuhoğlu (n 14) 124; Ünver ve Hakeri (n 14) 146; Şahin ve Göktürk (n 14) 100; Gülşen (n 14) 33, Alan Akcan (n 14) 23; Gülcü (n 14) 101.

ilişkin hedef sürelerle uyum, zamanaşımı süresinin işlemesi, delil toplama faaliyetlerinin yasallığı, gibi birçok yönüyle ceza muhakemesi sürecini doğrudan etkilemektedir. Ceza mahkemelerinde iddianamenin kabulü, kamu davasının açılması, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 170'inci maddesi uyarınca düzenlenen iddianamenin görevli ve yetkili mahkeme tarafından kabul edilmesiyle mümkün hâle gelir. İddianame, Cumhuriyet savcısının kamu davası açma yetkisini somutlaştıran ve sanık hakkında isnat edilen fiilin yargı makamları önünde değerlendirilmesine olanak sağlayan resmî belgedir¹⁶. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 174'üncü maddesi uyarınca mahkeme, iddianamenin kanunda öngörülen şartları taşıyıp taşımadığını değerlendirmekle yükümlüdür. Bu bağlamda mahkeme, esasa dair herhangi bir inceleme yapmaksızın yalnızca şekli anlamda bir ön inceleme gerçekleştirir. Bu ön inceleme neticesinde iddianame kabul edilirse, kovuşturma evresi başlar ve artık mahkemenin görevi, iddianamede ileri sürülen isnatları maddi vakıalarla karşılaştırarak bir hükme varmaktır. İddianamenin kabulüyle birlikte, ceza yargılamasının kovuşturma evresi başlar, ilgili kişi artık şüpheli değil, sanık sıfatını kazanır, mahkeme, artık re'sen soruşturma işlemleri yapamaz; yargılama iddianameyle sınırlı hâle gelir (CMK m. 225/1) ve duruşma günü belirlenir ve sanığa, mağdura veya katılana gerekli tebligatlar yapılır.

2. Hukuk Yargılaması Hedef Süre Belirleme Kısıtları

Hukuk mahkemelerinde hedef süreler davanın esas kaydının yapıldığı tarihte başlayıp gerekçeli kararın yazımı ile sona ermektedir. Hedef süreler heyet halinde çalışan mahkemelerde mahkemeye düşen derdest dosya sayısına göre, heyet halinde çalışmayan mahkemelerde ise hâkim başına düşen derdest dosya sayısına göre belirlenmiştir. Mahkemece görevsizlik, yetkisizlik, gönderme kararının verilmesi halinde dosyanın bu kararlardan biriyle geldiği mahkemede dava için öngörülen hedef süre baştan başlar. Bozma üzerine yeni esas numarası alan dosyaların yargılaması 180 gün içerisinde bitirilir; ancak bozma kararı görevsizlik, yetkisizlik ya da gönderme kararı üzerine verilmişse dava için öngörülen hedef süre bu durumda baştan başlar. Yargılamanın Yenilenmesi, tefrik, yargı yeri belirleme hallerin bulunması halinde dava için öngörülen hedef süre baştan başlar. Ek dava açılması halinde asıl davaya birleştirme kararı 100 gün içerisinde verilir. Birim kapatılması nedeniyle aktarma (mahkemenin kapatıl-

¹⁶ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 14) 168; Ersoy (n 14) 290; Dülger ve Taşkın (n 14) 327; Yenisey ve Nuhoglu (n 14) 124; Ünver ve Hakeri (n 14) 146; Şahin ve Göktürk (n 14) 101; Gülşen (n 14) 34, Alan Akcan (n 14) 23; Gülcü (n 14) 101.

ması halinde dosyanın devredildiği mahkemede yeni esas alması durumu) bulunması halinde, hedef süre eski mahkemenin kaldığı süreden devam eder. Belirlenen hedef sürelerin aşılması durumunda gecikme nedenlerinden bir ya da birden fazlası hâkim tarafından UYAP ekranında düzenlenmiş olan gecikme nedenleri ekranına işaretlenecektir¹⁷.

Hukuk yargılamasında, esas defterine kayıt, dava dilekçesinin hukuken geçerli kabul edilerek, ilgili mahkemeye “esas numarası” verilmek suretiyle kayıt altına alınmasıdır¹⁸. Böylece dava, artık yalnızca potansiyel bir başvuru olmaktan çıkmakta; sistematik biçimde takibi yapılabilecek bir yargılamaya dönüşmektedir. Esas defteri, mahkemede açılmış olan tüm davaların esas numaralarıyla birlikte sıralandığı resmi kayıttır. Bu işlem, şekli anlamda yargılamanın başlangıcını oluşturur ve özellikle bazı sonuçları doğurur. Bu kapsamda, dava dosyasına bir esas numarası verilir, uyuşmazlık mahkeme nezdinde takip edilebilir ve işleme konulabilir bir hâle gelir, yargılama harçlarının ve giderlerinin tahakkuku gündeme gelir, taraflara yönelik tebligat ve cevap süreci başlar, hak düşürücü sürelerin kesilmesi gibi sonuçlar ortaya çıkar ve dosya, mahkemenin iş yükü ve istatistikleri bakımından dikkate alınır. Esas defterine kayıt, yargılamanın şekli başlangıcını oluşturan; tarafların usul haklarının doğduğu, mahkemenin ise davayla resmen ilgilenmeye başladığı aşamadır. Bu işlem yalnızca teknik bir kayıt olarak değil, mahkemeye erişim hakkının pratiğe dökülmüş bir görünüm biçimi olarak değerlendirilmelidir. Bölge adliye ve bölge idare mahkemelerinde dosyanın daireye geldiği tarih, istinaf başvurusunun kabul edilerek dosyanın ilgili bölge adliye veya idare mahkemesi dairesine fiziksel ya da elektronik ortamda ulaştığı ve daire tarafından kayda alındığı tarihi ifade eder¹⁹. Bu tarih, UYAP sisteminde dosya girişi veya daireye geliş başlığı altında kayıt altına alınır ve hem taraflar hem de yargılamaya ilişkin denetim mekanizmaları bakımından izlenebilir. Dosyanın daireye gelişle birlikte, istinaf incelemesini yapı-

¹⁷ Adalet Bakanlığı, Hukuk Yargılaması Hedef Süre Belirleme Kistasları (<https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/31/dosya/hukuk-yargilamasi-hedef-sure-belirleme-kistaslari17-07-202017-10.pdf>) Erişim Tarihi 10 Şubat 2025.

¹⁸ Baki Kuru ve Burak Aydın, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı* (4. Baskı, Yetkin 2025) 448; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku* (10. Baskı, Yetkin 2024) 355; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku* (12. Baskı, On İki Levha 2024) 244; Seda Özsumcu, ‘Davanın Açılmasına Bağlanan Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi’ (2012) 2 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 183, 185.

¹⁹ Baki Kuru ve Burak Aydın (n 18) 449; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası (n 18) 355; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes (n 18) 245.

cak daire belirlenmiş olur, taraflara tebligat, cevap süreci, duruşma yapılmasına karar verilmesi gibi usuli işlemler bu tarihten sonra gerçekleştirilir, hedef süre uygulamaları açısından bu tarih, ölçüt alınan başlıca tarihlerden biridir.

C. Yargı Bağımsızlığına Etkisinin Değerlendirilmesi

Hedef süreler, HSK'nın görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından belirlenmesinin yürütmenin, yargı sürelerine müdahale etmesi olarak değerlendirilip yargı bağımsızlığına aykırılık teşkil edip etmediği sorunu ortaya çıkmıştır. Anayasa Mahkemesi, yapılan başvuru üzerine bu durum hakkında bir değerlendirme yapmıştır²⁰. Anayasa Mahkemesi, yaptığı değerlendirmede söz konusu kuralın Anayasa'nın yargı bağımsızlığı ilkesiyle çelişmediğine karar vermiştir²¹.

²⁰ 2021 yılında, 2802 sayılı Kanun'un 28/7 hükmü (hedef sürelerin HSK görüşü alınarak Bakanlıkça belirlenmesi) Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi tarafından esastan incelenmiştir (Anayasa Mahkemesi, E. 2021/17, K. 2021/103, T. 30.12.2021).

²¹ '2802 sayılı Kanun'un 15. maddesinde hâkimlik ve savcılık mesleğinin üçüncü sınıf, ikinci sınıf, birinci sınıfa ayrılmış ve birinci sınıf olmak üzere dört sınıfa ayrıldığı belirtilmiştir. Hâkim ve savcılar belirtilen sınıf ve derecelere yükselmesinde aranan şartlar ise söz konusu Kanun'un 21. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan madde uyarınca kanun yolu değerlendirme formları hâkim ve savcılar derece yükselmelerinin yapılabilmesi için gözönünde bulundurulması gereken hususlar arasında yer almaktadır. Derece yükselmesinin yapılmasına ya da yapılmamasına Kanun'un çeşitli maddelerinde bazı sonuçlar bağlanmıştır. Bunların başında bir derecede iki veya bir sınıfta üç defa yükselmeye layık görülme hâkim ve savcılar meslekte kalmalarının uygun olup olmayacağının Kurul tarafından değerlendirilmesi yer almaktadır. Bu itibarla Kanun'un 30. maddesine göre yapılacak değerlendirme sonucunda meslekte kalmaları uygun görülme hâkim ve savcılar görevlerinin sonlandırılacağı açıktır. Yine Kanun'un 103. maddesinde düzenlenmiş olan aylık tablosunda hâkim ve savcılar için ödenen aylık ve yargı ödeneği toplamından oluşan malî haklar da hâkim ya da savcının bulunduğu sınıf veya dereceye göre belirlenmiştir. Bunun yanı sıra Yargıtay veya Danıştay üyeliğine seçilmek için aranan şartlar arasında da *birinci sınıfa ayrıldıktan sonra en az üç yıl süre ile başarılı görev yapmış ve birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş* olmak bulunmaktadır. Bu itibarla kanun yolu değerlendirme formu hâkim ve savcılar meslekte kalıp kalmamalarının değerlendirilmesine, mesleki kariyerlerinin ilerlemesine ve bu bağlamda özlük haklarına etki eden hususlardan birini oluşturmaktadır. İtiraz konusu kural, kanun yolu değerlendirme formunun düzenlenmesinde dikkate alınan ölçütlerden biri olan hedef sürenin belirlenmesini hüküm altına almaktadır. Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının bir ögesini makul sürede yargılanma hakkı oluşturmaktadır. Bu bağlamda Anayasa'nın 141. maddesi de davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğunu belirtmekle bu konuda bir yükümlülük öngörmektedir. Soruşturma ve yargılamaların makul sürede tamamlanması tarafların uzun süren soruşturma ve yargılama faaliyeti nedeniyle maruz kalacakları maddi ve manevi baskı ile sıkıntılardan korunmasıyla adaletin gerektiği şekilde temini ve hukuka olan inancın muhafazasının sağlanmasında önemli bir role sahiptir. Bu itibarla kuralın soruşturma ve yargılamaların makul sürede tamamlanması amacıyla düzenlendiği anlaşılmaktadır. Kanun'un 28. maddesinde kuralın öngördüğü şekilde belirlenecek olan hedef sürenin bir ölçüt olarak dikkate alındığı kanun yolu değerlendirme for-

Kararda, hedef süre uygulamasının hâkim ve savcılarının terfiinde tek belirleyici

munun düzenlenmesi ve değerlendirilmesine ilişkin kapsamlı bir düzenlemenin bulunduğu görülmektedir. Bu çerçevede hâkim ve savcılarının özlük haklarına etki eden kanun yolu değerlendirme formunun düzenlenmesine ilişkin temel kuralların belirlenmesinden sonra hedef sürelerin tespiti şeklindeki uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususun yürütmenin türevsel nitelikteki işlemlerine bırakılmasında Anayasa'yla bağdaşmayan bir yön bulunmamaktadır. İtiraz konusu kuralın da yer aldığı Kanun'un 28. maddesinde kanun yolu değerlendirme formu, içinde kovuşturma ve yargılamanın hedef sürede tamamlanmasının da bulunduğu birçok hususun dikkate alınmasıyla düzenlenmektedir. Formun düzenlenmesine etki edecek birçok unsur bulunmakta iken kovuşturma veya yargılamanın hedef sürede tamamlanması unsurunun tek başına anılan formun belirleyici ögesi olduğunu söylemek mümkün değildir. Anılan Kanun hükmü uyarınca hâkim ve savcı hakkında olumlu veya olumsuz bir değerlendirme yapılabilmesi için kanun yolu değerlendirme formunun düzenlenmesinde dikkate alınan hususların aynı anda ve aynı oranda gerçekleşmesi de gerekmemektedir. Bu bağlamda kararı hukuka uygun ve isabetli olan bir hâkimin yargılamayı hedef sürede tamamlayamamış olması o hâkimin kesin olarak olumsuz değerlendirmeyle karşı karşıya kalacağını göstermediği gibi yargılamayı hedef sürede tamamlayan ancak yukarıdaki kanun hükmünde belirtilen hususlara aykırı işlem yapan bir hâkim hakkında da kesin olarak olumlu değerlendirme yapılması gerektiği söylenemez. Bu aşamada Kanun'un kanun yolu değerlendirme formunun hâkim ve savcılarının derece yükselmelerinde hakkaniyete aykırı olarak kullanılmasını önleyebilecek güvenceyi de öngördüğünün belirtilmesi gerekir. Kanun'un 28. maddesinin beşinci fıkrasında hakkında değerlendirme formu düzenlenenlerin formun Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi'ne kaydedilmesinden itibaren bir ay içinde gerekçelerini belirtmek suretiyle değerlendirme formunun yeniden incelenmesini isteyebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu durum formun düzenlenmesinde gözetilen diğer hususlar yönünden geçerli olduğu gibi hedef sürede soruşturma ve kovuşturmanın tamamlanması yönünden de geçerlidir. Öte yandan yargılamanın hedef sürede tamamlanmasının kanun yolu değerlendirme formunun tek ölçütü ve belirleyicisi olmamakla birlikte anılan formun düzenlenmesinde gözetileceği ve bu formun da Kanun'un 21. maddesi gereği hâkim ve savcılarının derece yükselmelerinde dikkate alınacağı açıktır. Anılan maddede hâkim ve savcılarının derece yükselmeleri için sadece kanun yolu değerlendirme formunun değil bunun yanında belli birtakım süre ve ceza şartları ile hâkim ve savcılarının ahlaki gidişleri, meslekî bilgi ve anlayışları, gayret ve çalışkanlıkları, gördükleri işlerin birikmesine sebep olup olmadıkları, çıkardıkları işlerin miktar ve mahiyetleri, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulanmasına ilişkin çalışmaları, göreve bağlılıkları ve devamları, üst merciler ve müfettişlerce haklarında düzenlenen hâl kâğıtları ve sicil fişleri, kanun yolu incelemesinden geçen işleri, örnek karar ve mütalâaları ve varsa meslekî eser ve yazıları ile katıldıkları meslek içi ve uzmanlık eğitimleri gibi hususların da gözetilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda kovuşturma ve yargılamanın hedef sürede tamamlanması ölçütünün kanun yolu değerlendirme formunun tek belirleyicisi olmadığı, hâkim ve savcılarının derece yükselmelerinin aralarında kanun yolu değerlendirme formunun da bulunduğu birçok unsurun birlikte değerlendirilmesiyle yapıldığı, bu değerlendirmeyi yapmakla görevli Kurulun mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatına sahip olduğu gözetildiğinde hedef süreye ilişkin itiraz konusu kuralın hâkim ve savcılarının bağımsızlığını ihlal ettiği söylenemez. Ayrıca kuralda hedef sürelerin belirlenmesinde Kurulun görüşünün alınacağının belirtilmesi suretiyle Kurulun konuya ilişkin görüşlerinin Bakanlık tarafından gözetilmesi imkânı da sağlanmıştır. Bu nedenle kuralın mahkemelerin bağımsızlığı ilkesiyle çelişen bir yönü de bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi açıklanan gerekçelerle kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın reddine karar vermiştir.' (Anayasa Mahkemesi, E. 2021/17, K. 2021/103, T. 30.12.2021)

kriter olmadığı, sadece kanun yolu değerlendirme formlarındaki unsurlardan biri olarak dikkate alındığı; terfi ve değerlendirme işlemlerinin ise Anayasa güvencesine sahip HSK tarafından çok yönlü biçimde yapıldığı vurgulanmıştır. Ayrıca, hedef süre tespitinde HSK'nın görüşünün alınmasının, yargının beklentilerinin gözetilmesini sağladığı belirtilmiştir. Bu gerekçelerle Anayasa Mahkemesi, Adalet Bakanlığı tarafından hedef süre belirlenmesinin yargı bağımsızlığını zedelediği ve Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Ancak, Anayasa Yasa Mahkemesi'nde bu karar oyçokluğuyla alınmıştır. Karşı oy gerekçelerinde, yürütmenin süre belirleme yetkisinin yargı erkine müdahale olabileceğine dair görüşler dile getirilmiştir²². Bununla birlikte, her dava için sabit bir hedef süre öngörmenin, adil yargılanma hakkının alt unsuru olan makul süre kriteriyle tam olarak örtüşmediği de ifade edilmiştir²³. Her davanın koşulları farklı olduğundan, her biri için geçerli olacak standart bir makul süreden bahsedilemeyeceği; makul sürenin, davanın karmaşıklığı, tarafların tutumu ve yargı organlarının iş yükü gibi unsurlara göre olay bazında değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu bakımdan, dava türlerine göre belli süreler biçilmesinin makul sürede yargılama güvencesini sağlamak için tek başına yeterli olmayacağı dile getirilmiştir²⁴. Bu kapsamda, adalete güveni artıracak olan şeyin süre belirlen-

²² Karşı oy gerekçesi olarak, 'İncelemeye konu 28. maddenin hakimlerin terfi sistemi ve özlük haklarını düzenlemesi nedeniyle 7. fıkranın madde bütünlüğü içerisindeki anlamı üzerinden de değerlendirilmesi gerekmektedir. Maddede özetle hakimlerin kanun yolu denetiminden geçen kararları nedeniyle denetim yapan Yargıtay ve Danıştay Dairelerinin bu kararları maddede gösterilen kriterler etrafından bir değerlendirmeye tabi tutarak hakimlere mesleki başarıları anlamında *not* vermesi amaçlanmaktadır. Hakimlerin yargı sistemi içindeki temel ve vazgeçilmez rolü ve verdikleri kararların doğrudan adil yargılamayı veya diğer anayasal temel haklar üzerindeki etkileri karşısında hakimlik mesleğinin denetimsiz bırakılması düşünülemez. Fakat kuvvetler ayrılığı ilkesinin (AY m. 6-9) ve hukuk devleti ilkesinin önemli bir unsuru olan yargı bağımsızlığı ilkesinin (AY m. 2, 138-141, 159) bir gereği olarak hakimlerin mesleki yönden denetiminin de belirtilen anayasal ilkelere uygun olması gerekmektedir. Bilindiği gibi *mahkemelerin bağımsızlığının* en temel güvencesini *hakimlik teminatı* oluşturur. Hakimlerin mesleklerini yürütürken mahkemeler sistemi ile birlikte yasama organına, yürütme organına ve yargı sistemi içerisindeki diğer yargı organlarına karşı bağımsızlığının yasalarca güvence altına alınması Anayasal ilkelerin gereklerindendir. Bu anlamda hakimlerin özlük işleri hakkındaki tüm düzenlemelerin de Kanunla yapılması, idari bir merciin kararına tabi tutulmaması gerekmektedir.' (Anayasa Mahkemesi, E. 2021/17, K. 2021/103, T. 30.12.2021).

²³ Berra Besler, *Yargıda Zaman Yönetimi Toplantısı*, <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/yargida-zaman-yonetimi-68622> Erişim Tarihi 12 Şubat 2025.

²⁴ 'Makul süre, aynı dava türü bakımından bile standardize edilemez. Çünkü davada taraf sayısı, davadaki deliller, taraflar ve bilirkişi, tanık vb. üçüncü kişilerin davranışları da farklı olacaktır. Öte yandan usul yasalarımızda düzenlenen davadan feragat, davayı kabul ve sulh işlemlerinin ne zaman gerçekleştirileceği veya gerçekleştirilemeyeceği tarafların bile öngöremeyeceği bir

mesinden ziyade, bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde adil bir yargılama yapılması olduğunu, adalete güvenin ancak adil yargılanma hakkının tam manasıyla tesisi ile sağlanabileceğini söylenmiştir²⁵.

D. Hedef Sürenin Makul Sürede Yargılanma Hakkıyla İlişkisi

Yargıda hedef süre uygulaması, özü itibarıyla makul sürede yargılanma hakkının etkin korunmasına hizmet eder. Anayasası'nın 36'ncı maddesi ve AİHS'in 6'ncı maddesi uyarınca herkesin makul süre içinde davasının görülmesini talep etme hakkı vardır. Anayasa'nın 141'inci maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlendiği gibi, yargı organları davaları en kısa sürede ve en az masrafla sonuçlandırmakla yükümlüdür. Bu hükümler, makul sürede yargılanmanın hem bir hak hem de yargının bir ödevi olduğunu ortaya koyar.

Yargılamanın makul sürede bitirilmesi hem tarafların adalete olan güveni hem de toplum barışı için büyük önem taşır. Yargılamanın uzaması ile kişilerde yargılamaya güven kaybı oluşur ve hukuki koruma mekanizmasının işlevini yerine getirdiğine ve hukuk düzenine olan inançları sarsılır²⁶. Yargılaması makul sürede bitirilemeyen taraf hakkını elde etmekte gecikebilir yahut hükmün icrasına artık gerek duyulmayacak zamanlar ortaya çıkabilir²⁷. Makul sürede yargılanma, adil yargılanma hakkının iç hukuktaki yansımasını oluşturur²⁸. AİHS'in 6'ncı maddesine göre herkes davasının makul bir süre içerisinde yapılmasını isteme hakkına sahiptir. Sözleşmeye taraf olan devletler de sözleşmede yer alan yükümlülüklerini yerine getirmek için gerekli düzenlemeleri yapmak zorundadırlar²⁹. Bu nedenle iç hukukumuzda hem Anayasa'da hem HMK'da makul sürede yargılanma düzenlenmiştir³⁰. Yine, adil yargılanma hakkının önemli bir

durumdur.' (Berra Besler, *Yargıda Zaman Yönetimi Toplantısı*, <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/yargida-zaman-yonetimi-68622>) Erişim Tarihi 12 Şubat 2025.

²⁵ Berra Besler, *Yargıda Zaman Yönetimi Toplantısı*, <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/yargida-zaman-yonetimi-68622> Erişim Tarihi 12 Şubat 2025.

²⁶ İhsan Berkhan, 'Adil Yargılanma Hakkı,' (2012) 86 (5) İstanbul Barosu Dergisi 322; Walter H. Rechberger, 'Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması,' çev. M. Kamil Yıldırım, *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku* (Beta 2016) 3.

²⁷ Sezin Aktepe Artık, *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı* (Seçkin 2014) 251.

²⁸ Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı* (Adalet 2007) 22.

²⁹ Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı* (Beta, 2013) 372.

³⁰ Ayşe Özkan Duvar, 'Bireysel Başvuru Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı,' (2019) 68 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 287, 290.

unsurunu oluşturan yargılamaların makul sürede gerçekleştirilmesi ilkesinin daha etkin olarak gözetilmesiyle birlikte uzayan yargılamaların önüne geçmek amacıyla yargıda hedef süre uygulamasına işlerlik kazandırılmıştır.

Yargılamanın makul sürede bitirilip bitirilmediğinin tespiti için öncelikle makul sürenin ne zaman başlayıp ne zaman bittiğinin belirlenmesi gerekir³¹. Soruşturma, Kovuşturma veya Yargılama Hedef Sürelerinin Belirlenmesi ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 6'ncı maddesinde sürelerin başlangıcı ve sonu hakkında bir düzenleme yapılmıştır. Anılan düzenlemeye göre hedef sürelerin hesaplanmasında dikkate alınan süreler, soruşturma işlemlerinde suç şüphesinin yetkili mercilerce öğrenildiği, ceza mahkemelerinde iddianamenin kabul edildiği, hukuk, idare ve vergi mahkemelerinde davanın esas kaydının yapıldığı, bölge adliye ve bölge idare mahkemelerinde dosyanın daireye geldiği tarihte başlar ve soruşturma evresinde soruşturmayı bitiren kararla, kovuşturma veya yargılamalarda gerekçeli kararın yazımı ile son bulur. Ancak, makul sürenin belirlenmesi açısından mutlak bir süre belirtilmemiştir. Bu anlamda AİHM'in makul süreye ilişkin kararları önüne gelen davaya göre farklılık göstermektedir. Bazı durumlarda altı veya yedi yıllık süre makul olarak kabul edilirken; bazı durumlarda üç beş yıllık sürenin makul olmadığı kabul edilmektedir.³²

Yargılamanın makul sürede tamamlanması, yargılama sürecinin birkaç ayda tamamlanacağı anlamına gelmez. HMK'da düzenlenen kurallara uyularak bir yargılama yapılması gerekmektedir. Bu anlamda dilekçeler teatisi, ön inceleme, tahkikat ve hüküm aşamalarının belirli süreler içerisinde yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Örneğin dilekçeler teatisinde yazılı yargılama usulüne göre iki hafta dava dilekçesine cevap dilekçesini verme süresi (HMK m.127), davacının cevaba cevap verme dilekçesini verme süresi iki hafta ve davalının da ikinci cevap verme dilekçesi iki haftalık süreye tâbi tutulmuştur (HMK m.136). Bu anlamda dilekçeler teatisinde geçirilmesi gereken altı haftalık süre mevcuttur. Basit yargılama usulünde ise cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi olmadığından yazılı yargılama usulüne göre daha kısa olarak iki haftalık süre mevcuttur. Başka bir ifadeyle yargılamanın makul sürede tamamlanması, yapılması gere-

³¹ M. Onur Başar, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Makul Sürede Yargılama Hakkı* (On İki Levha, 2011) 28.

³² Hakan Pekcanitez, 'Adil Yargılama Hakkı.' (1997) 2 İzmir Barosu Dergisi 35, 42; Feyyaz Gölcüklü, 'Yargılama Makamları Önünde Makul Süre,' (1991) 1 (2) 10, 11.

ken usul işlemlerinin yapılmadan yargılamanın hemen sona erdirilmesi anlamına gelmez³³.

Makul sürenin belirlenmesi her somut olayın koşullarına ve özelliklerine göre farklılık göstermektedir. Nitekim her somut olaya göre de makul sürenin tespitini ayrı ayrı yapmak gerekir³⁴. AİHM, makul süreye ilişkin incelemeyi yaparken üç ölçütü esas almaktadır. Bu ölçütler tek başlarına belirleyici bir nitelik taşımazlar³⁵. Bu ölçütler³⁶; davaların karmaşıklığı, davanın taraflarının tutumu, yetkili makamların davranışlarıdır.

Bu ölçütlerden ilki davaların karmaşıklığıdır. Yargılama süresi bu karmaşıklığa göre uzayabilir. Davaların karmaşık olması değerlendirilirken, davanın konusu, hukuki meselenin çözümündeki güçlük, delillerin toplanmasında karşılaşılan etkenler, hastalık veya tutukluk gibi kişiye özel unsurlar, maddi olayların karmaşıklığı, bilirkişiye başvuruya olan ihtiyaç, yazılı delillerin hacmi gibi unsurlar girmektedir³⁷. Bu nedenlerle davanın uzun sürmesi AİHM tarafından makul sürenin ihlâli olarak kabul edilmemektedir. Ancak sadece davanın karmaşık olması makul sürenin tespitinde değerlendirilmemektedir³⁸. İkinci unsur ise başvuruda bulunanın tutumudur. Bir başka ifadeyle makul sürenin hesabında başvurusunun yargılama sırasında, üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirip getirmediği araştırılır³⁹. Bu konuda tarafların dava görülürken dürüstlük kuralına uygun davranmaları gerekir. Zira dürüstlük kuralına uygun olarak davranmaları ile davanın makul sürede sonuçlanması kolaylaşacaktır. Nitekim tarafların dürüstlük kuralına aykırı olarak davayı geciktirmeye çalışması, kendisine tanı-

³³ Buna karşılık Yargıtay 16.CD vermiş olduğu bir kararda suçlamayı kabul eden sanığın duruşma tarihinden önce yakalanarak mahkeme tarafından beyanının alınıp, son celsede usuli işlem yapılmaksızın karar verilmesini savunma hakkının kısıtlanması olmadığını, usul ekonomisi ilkesinin makul sürede unsurunu göz önünde bulundurarak itirazın reddine karar vermiştir Yargıtay 16 CD, E 2017/641 K 2017/1050 09.03.2017, (Legalbank).

³⁴ Süha Tanrıver, 'Adil Yargılanma Hakkı' (2004) 53 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 191, 199; Pekcanitez (n 32) 42.

³⁵ Gülnur Erdoğan, *Medeni Yargıda Adil Yargılanma Hakkı* (Adalet, 2011) 124.

³⁶ 'The reasonableness of the length of proceedings must be assessed in the light of the particular circumstances of the case and having regard, inter alia, to the complexity of the case, the conduct of the parties and of the authorities concerned and what is at stake in the litigation' Bock-Almanya kararı, 29.03.1989, para. 38.

³⁷ Erdoğan (n 35) 124; Hüseyin Turan, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı' (2012) 11 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 47, 60.

³⁸ Hasan Hendek, *Makul Sürede Yargılama Zorunluluğu* (Seçkin, 2016) 84.

³⁹ Tanrıver (n 34) 199-200; Pekcanitez (n 32) 42.

nan usulî hak ve yetkileri verilmiş amacına uygun kullanmamaları yargılamanın gecikmesine sebebiyet verir⁴⁰. HMK'da da yargılamanın makul sürenin aşılmasının sağlanması için bazı düzenlemeler yer almaktadır. Geçerli bir özürlü olmadan gelmeyen tarafın yokluğunda yapılan işlere itiraz edememesi (HMK m.150, II) veya davanın taraflardan birinin aleyhine gelişmesi ile bu kişinin bir gerekçe göstermeden hâkimin reddini istemesi durumu örnek olarak verilebilir. Böyle bir durumda HMK'nın 41'inci maddesi gereğince ret talebinin davayı uzatmak amaçlı yapıldığı açıkça anlaşılıyorsa; ret talebi toplu mahkemede bu hâkiminde müzakereye katılmasıyla, tek hâkimli mahkemelerde ise reddi istenen hâkimin kendisi tarafından geri çevrilir. Kötüniyetli yapıldığı anlaşılan bu talep ile talepte bulunanların her biri hakkında disiplin para cezasına hükmolunur (HMK m.42, IV). Bu düzenleme ile ret talebi yetkili mercie gönderilmeden zaman kaybı önlenmiş ve kötü niyetli yapılan talep yargılamanın uzamasına sebep olmadan karara bağlanmış olur⁴¹. Yine davayı sona erdiren taraf işlemlerinden feragat, kabul ve sulh de makul sürede yargılamanın bitirilmesine hizmet eden kurumlar arasında sayılabilir⁴². Taraflardan başka vekiller de yargılamanın süresini uzatmamak için gerekli dikkat ve özeni göstermelidir (AvK. m.34). Örnek olarak vekilin özen yükümlülüğü gereğince dosyayı incelemesi gerekmektedir. Bu anlamda dosyayı incelememiş olması geçerli bir öze dayanıyorsa hâkim bir defaya mahsus süre verebilir. Verilen süre sonunda dosya incelenmemiş olsa bile yargılamaya devam edilir (HMK m.77, IV). Bu düzenleme ile vekilin yargılamanın uzamasına sebep olması engellenmiştir⁴³. Üçüncü ve son ölçüt yetkili makamların yargılamadaki tutumudur. Yetkili makam ile kastedilen, ilk derece mahkemeleri, üst derece mahkemeleriyle hâkimler-savcılar ve mahkeme kalemidir⁴⁴. Devlet, kendi idari ve yargısal organlarının yapmış olduğu gecikmelerden dolayı sorumludur. Nitekim yargılama devlet tarafından yerine getirilmesi gereken bir kamu hizmetidir⁴⁵. Bu anlamda devlet, mahkemelerden kaynaklanacak gecikmeleri önleyici tedbirler almak, bu konuda gerekli

⁴⁰ Ramazan Arslan, *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı* (Sevinç 1989) 98; Murat Yavaş, 'Mehaz Kanun ile Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Medeni Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler ve Hâkimin Rolü,' Prof. Dr. Yavuz Alangoya Armağan (İstanbul 2007) 318.

⁴¹ Yaşar Demircioğlu, *Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri* (Yetkin, 2007) 324-325.

⁴² Demircioğlu (n 41) 330-333.

⁴³ Demircioğlu (n 41) 326.

⁴⁴ Hendek (n 38) 88.

⁴⁵ İnceoğlu (n 29) 386; Turan (n 37) 63.

dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür. Yetkili makamların yargılamayı geciktirmesi yapısal sorunlara dayanabilir⁴⁶. Gecikmeleri iş yükünün fazla olması, görev ve yetki uyuşmazlıkları, tebligat hukukuna ilişkin sorunlar, bilirkişilerin raporlarını zamanında mahkemeye sunmamaları, değişen kanunlar ve hâkimlerin eğitim eksiklikleri gibi sebepler sayılabilir⁴⁷. Bu eksikliklerin giderilmesi için mahkemelerin teknolojik açıdan geliştirilmesi, eğitilmiş hâkim ve savcılarının yetiştirilmesi, yeteri kadar hâkim ve savcının bulunması ve kalem görevlilerinin iyi eğitilmesi gerekir⁴⁸.

E. Hedef Süre ile Makul Süre Kavramlarının Karşılaştırılması

Hedef süre sisteminin AİHS'in 6'ncı maddesinde tanımlanan makul süre ile bazı farklılıkları bulunmaktadır. AİHM, makul süre değerlendirmesi yaparken her davayı kendi koşulları içinde ele almakta, davanın karmaşıklığı, başvuranın ve yetkili makamların tutumu gibi ölçütlere bakarak ihlal olup olmadığına karar vermektedir. Yani makul süre, esnek ve duruma göre değişebilen bir kavramdır. Oysa hedef süre uygulaması, dava tiplerine göre önceden belirlenmiş sabit süreler öngörmek suretiyle, makul süreyi idare açısından somut bir takvime indirger. Bu yaklaşımla, örneğin bir ticari dava için 300 günlük bir hedef süre belirlendiğinde, o davanın genellikle bu sürede bitmesi öngörülmektedir. Ancak somut bir ticari uyuşmazlık çok daha karmaşık olabilir ve 300 günü aşması makul görülebilir ya da tam tersi, basit bir dava olup birkaç ayda sonuçlanması mümkünken 300 güne yayılması makul olmayabilir. Dolayısıyla, hedef süreler ile makul süre her zaman birebir örtüşmeyebilir. Burada önemli olan, hedef sürenin makul süreye ulaşmak için bir araç olarak görülmesi, ama makul süre kavramının ikamesi olmamasıdır. Nitekim yönetmelik, yargılamanın makul sürede bitirilmesi ilkesini daha etkin gözetmek amacıyla getirilmiştir. Bir dava hedef sürede bitmese bile, makul süre hakkının ihlal edilip edilmediği nihayetinde yargılamanın genel gidişatına göre belirlenecektir. Bu bakımdan, hedef süre sisteminin AİHS'in 6'ncı maddesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Zira AİHM açısından bağlayıcı olan ulusal bir hedef sürenin varlığı değil, yargılamanın bütün koşullarıyla birlikte makul sayılabilecek bir zaman diliminde tamamlanmış olup olmadığıdır.

⁴⁶ İnçeoğlu (n 29) 387.

⁴⁷ Tanrıver (n 34) 200; Muharrem Ünal, 'Hukuk Davalarının Uzamasının Nedenleri ve Yargılamada Çabukluğun Sağlanması' (1982) 6 Ankara Barosu Dergisi 6, 13.

⁴⁸ Süha Tanrıver, 'Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine Düşünceler,' Makalelerim-I (Asil, 2005) 169-173.

Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru kararlarında makul sürenin aşılması iddialarını değerlendirirken, somut dosyanın koşullarına bakmakta ve yargılama süresinin makul olup olmadığının her bir başvuru açısından münferiden değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir⁴⁹. Bu içtihat, hedef süre uygulamasının Anayasa'daki adil yargılanma güvencesiyle çelişmediğini, bilakis makul süre analize yardımcı olabilecek bir iç ölçüt sağlayabileceğini göstermektedir.

Yargıda hedef süre uygulamasını amacını ve içeriğini incelediğimizde, Anayasa'nın 36'ncı ve 141'inci maddelerine aykırı bir yön taşımadığı, aksine bu maddelerdeki ilkelere işlerlik kazandırmayı hedeflediği söylenebilir. AİHS'in 6'ncı maddesi kapsamında ise, Türkiye'nin makul süre ihlallerine karşı geliştirdiği bu çözüm, Mahkeme'nin beklediği yapısal tedbirlerden biri olarak değerlendirilebilir. Elbette ki nihai ölçüt, her somut olayda adil yargılanma hakkının tüm unsurlarıyla birlikte gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Hedef süre uygulaması, bu unsurlardan makul süre boyutuna ilişkin pozitif bir adım olup, adil ve etkin bir yargı sistemi kurulması hedefine katkı sunmaktadır.

Hedef süre, mevcut usul hükümlerinin öngördüğü sınırlar içinde kalmak kaydıyla, yargılamaların planlanması ve denetlenmesine ilişkin bir çerçeve çizmiştir. Nitekim yönetmeliğin tanımlar maddesinde *hedef süre, soruşturma, kovuşturma veya yargılamaların tamamlanmasında gözetilen, ilgilileri için hak doğurmayan, yargısal süreçleri iyileştirmeyi amaçlayan ve Kurul'un görüşü alınarak Bakanlık tarafından belirlenen süre* şeklinde tarif edilmektedir. Bu tanımdan hareketle, hedef sürenin normatif bir hak süresi olmadığı söylenebilir. Yani hedef süre, taraflar lehine yeni bir hak veya talep imkânı vermediği gibi, aleyhe bir kısıtlama da getirmemektedir. Sadece, yargılama faaliyetinin idaresine yönelik bir performans ölçütü olarak değerlendirilebilir. Uygulamada bir davanın hedef süreyi aşması durumunda, bundan doğan sonuç da idari ve istatistikî düzeydedir⁵⁰. Taraflar, hedef süre aşıldı diye doğrudan doğruya mahke-

⁴⁹ 'Makul sürede yargılanma hakkının amacı, tarafların uzun süren yargılama faaliyeti nedeniyle maruz kalacakları maddi ve manevi baskı ile sıkıntılardan korunmasıdır. Hukuki uyumsuzlukların çözüm sürecini uzatarak çoğu zaman elde edilecek hükmün yararını ortadan kaldıran bir yargılama, adaletin yerine getirilmesindeki etkililiğe ve güvenliğe zarar verecektir. Ancak, makul sürede yargılanma hakkı bakımından uyumsuzluğa ilişkin yargılamanın kısa sürede sonuçlandırılması önemli olmakla beraber, hukuki uyumsuzluğun çözümünde gerekli özenin gösterilmesi de büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle yargılama süresinin makul olup olmadığının her bir başvuru açısından münferiden değerlendirilmesi gerekir.' (Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru No. 2012/13, 2/7/2013).

⁵⁰ Hedef Sürelere ilişkin ölçümleme, Yönetmelik'in 8'inci maddesine göre yapılacaktır. İlgili düzenlemeye göre, hedef sürelere ilişkin ölçümleme bilgileri her yıl ocak ayı başında Cumhu-

meden bir talepte bulunamaz; ancak süre aşımı aşırı ve haksız gecikme boyutuna varmışsa, her zamanki gibi yargılamanın hızlandırılması talebi veya tazminat istemiyle ilgili mercilere başvurabilirler. Bu bakımdan yönetmelik, taraflar bakımından bağlayıcı bir işlem yahut yeni bir başvuru yolu getirmemiştir; daha çok yargı teşkilatının iç işleyişini disipline eden bir prosedür ortaya koymuştur.

Hedef sürelerin belirlenmesinde, makul sürenin evrensel ölçütleri dikkate alınmıştır. Avrupa Konseyi bünyesindeki Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu (CEPEJ) SATURN⁵¹ çalışma grubu tarafından hazırlanan ‘Yargılamaların Belirli Sürede Sonuçlandırılması Uygulama Rehberi’ni kabul etmiştir. Bu rehberde, üye devletlere davaların birinci derecede mümkünse 1 yıl içinde, en geç 2-3 yıl içinde bitirilmesi tavsiye edilmiştir. Ayrıca her ülkenin, dava türlerine göre süre hedefleri koyması, bu hedeflere uyumu takip etmesi ve uzun süren yargılamalar için çözüm önerileri geliştirmesi önerilmiştir. Türkiye’deki hedef süre uygulaması, CEPEJ’in bu tavsiyelerine yanıt veren bir model olarak değerlendirilebi-

riyet başsavcılıkları ve adalet komisyonu başkanlıklarının ilgili UYAP ekranında gösterilecektir. Diğer yandan Cumhuriyet başsavcılıkları ve adalet komisyonu başkanlıkları, başkan, üye, hâkim ve Cumhuriyet savcılarının da görüşünü alarak her yıl ocak ayı sonu itibarıyla hedef sürelerin gerçekleşmesinde yaşanan gecikmelerin sebepleri ile çözüm önerilerine ilişkin yetki çevresini de kapsayacak şekilde bir rapor hazırlayacaklardır. Hazırlanan rapor Hâkimler ve Savcılar Kuruluna ve Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığına gönderecektir. Hazırlanan bu raporlar daha sonraki yıllarda soruşturma, kovuşturma veya yargılamalar için hedef süre belirlenirken dikkate alınacaktır. Bununla birlikte, Hakimler ve Savcılar Kanunu’nun 28’inci maddesinin ikinci fıkrasında kanun yolu değerlendirme formunun düzenlenmesine yer verilmiştir. İlgili düzenlemeye göre, Kanun yolu değerlendirme formu; soruşturmanın niteliği, iddianame, karar veya hükmün hukuka uygunluğu ve isabet derecesi, soruşturma, kovuşturma veya yargılamanın hedef sürede tamamlanması, gereksiz masrafa sebebiyet verilmesi, duruşmalara hazırlıklı çıkılması veya hazırlıksız çıkılarak gecikmelere neden olunması, dosyaların eksiklik nedeniyle geri çevrilmeye neden olmayacak şekilde görevli daire veya birime gönderilmesi, bilirkişi görevlendirilmesinin hukuka uygun yapılması, soruşturma, kovuşturma veya yargılama işlemlerinin usul hükümlerine uygun olarak doğru ve zamanında yapılması, dava konularının anlayış ve yönlendirilmesi ile mütalaa, gerekçeli karar ve tebliğnamelerin yazılış, tahlil ve sonuçlandırılmasında başarı gösterilmesi gibi hususlar dikkate alınarak çok iyi, iyi, orta ve zayıf şeklinde düzenlenir. Yapılan incelemede olumlu veya olumsuz kanaat edinilememesi hâlinde, değerlendirme formu bu durum belirtilerek düzenlenir.

⁵¹ Adil yargılanma hakkının önemli bir başlığını oluşturan yargılamaların makul sürede bitirilmesi ilkesinin daha etkin olarak gözetilmesi ile uzayan yargılamaların önüne geçmek amacıyla Avrupa Yargının Etkinliği Komisyonu (CEPEJ) 2007 yılında kısa adı SATURN olan Yargıda Zaman Yönetimi Merkezi’ni kurmuştur. Merkez davaların makul sürede bitirilmesine yönelik birçok çalışma gerçekleştirmiştir. 6 Aralık 2016 tarihinde ise CEPEJ Genel Kurulu, SATURN çalışma grubu tarafından metinleştirilen yargılamaların belli sürede sonuçlandırılması için oluşturulan uygulama rehberini kabul etmiştir (<https://sgb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/yargida-hedef-sure-uygulamasi-baslamistir>). Erişim Tarihi 15 Şubat 2025.

lir. Dolayısıyla, ulusal uygulama hem Anayasa ve yasalardaki emredici hükümlerin bir gereği, hem de uluslararası standartların bir yansıması niteliğindedir.

V. Karşılaştırmalı Hukukta Hedef Süre Uygulamaları

Birçok ülkenin yargı sisteminde, davaların uzunluğunu kontrol altına almak için çeşitli yöntemler bulunmaktadır. Anglo-Amerikan hukukunda, özellikle ceza yargılamalarında *speedy trial*⁵² (hızlı yargılama) hakkı anayasal güvencededir ve belirli sürelerin aşılması davanın düşmesine yol açabilir. Ancak hukuk yargılamalarında süre yönetimi daha çok iç idari tedbirlerle sağlanır. Avrupa ülkelerinde ise AİHM'in yönlendirmesiyle makul süre sorunu ciddiye alınmakta, pek çok ülkede yargı reformu stratejilerinde süre hedefleri veya benzeri performans kriterleri yer almaktadır. Örneğin, İtalya yıllarca süren davalar nedeniyle AİHM'de en çok mahkûm olan ülkelerden biri olmuş, bunun üzerine *Pinto Yasası*⁵³ ile makul süreyi aşan davalar için ulusal tazmin mekanizması kurmuştur. İtalya ve bazı diğer Avrupa ülkeleri, yargılamaların ortalama uzunluğunu şeffaf şekilde yayınlamaya mahkemeler arası karşılaştırmalar yapmakta, böylece sürelerin kısalması yönünde dolaylı baskı oluşturmaktadır. Fransa ve Almanya gibi ülkelerde temyiz mahkemeleri, alt mahkemelerde makul olmayan gecikmeler tespit ettiklerinde, tazminat ya da hızlandırma talimatı verebilmektedir. Bununla birlikte, Türkiye'nin yürürlüğe koyduğu hedef süre uygulaması boyutunda kapsamlı ve merkezi bir sistem, kıyaslanabilir bazı örneklerle sahiptir. Bu uygulama, Avrupa Konseyi CEPEJ rehberinin önerdiği modelin vücut bulmuş hali olarak özgün bir konumdadır. CEPEJ'in 2016 tarihli rehberi, üye devletlerde dava türlerine göre ideal sürelerin belirlenmesini, veri toplanmasını ve gerektiğinde müdahale edilmesini önermekteydi. Türkiye, bu öneriyi ulusal hukuka uyarlayan ülkelerden biri olmuştur.

⁵² 'Speedy trial' (hızlı yargılama) ilkesi, özellikle Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde önemli bir ceza muhakemesi hakkıdır ve temel olarak şüpheli veya sanığın makul süre içinde yargılanma hakkını güvence altına alır. Speedy trial, bireyin bir suçla itham edilmesinden sonra, yargılama sürecinin gereksiz gecikmeler olmaksızın ve makul bir süre içinde tamamlanmasını ifade eder. Bu ilke, adaletin hem sanık hem de toplum açısından gecikmeksizin sağlanmasını hedefler.

⁵³ Pinto'nun 2004 yılında Avrupa ülkelerinde yargılamaların uzun sürmesine ilişkin hazırladığı 'Yargılamaların Aşırı Uzunluğu ve Etkin İç Hukuk Yolları' başlıklı rapor, Avrupa Konseyi nezdinde önem taşır. İtalya'da 2001 tarihli 'Pinto Yasası' doğrudan iç hukuktaki yargılamaların aşırı uzunluğuna karşı bir başvuru yolu öngörür.

VI. Hedef Sürenin Aşılması ve Hukuki Sonuçları

A. Hukukî ve İdari Yaptırımlar

Hedef süre yönetmeliği, yargı mercilerine, dosyaların hangi süre zarfında sonuçlandırılması gerektiğine dair öngörülebilirlik sağlayarak hem etkinliği artırmayı hem de bireylerin temel haklarını korumayı hedeflemektedir. Ne var ki bu hedef sürelerin aşılması durumunda doğrudan bir yaptırım mekanizması öngörülmemiştir. Bununla birlikte, hedef sürenin ihlali bazı idari ve hukuki sonuçlara yol açabilir. Belirlenen süreler, bir davanın veya soruşturmanın ne kadar zamanda bitirilmesinin amaçlandığını gösterir. Ancak bu sürenin geçirilmesi halinde kanunen davanın düşmesi, ceza davasında düşme veya zamaşımı gibi sonuçlar doğmamaktadır. Yönetmelik açıkça, hedef sürenin ilgilileri için hak doğurmayan bir süre olduğunu belirtmektedir (Hedef Süre Yön. m. 4, I, d). Bu ifade, hedef sürenin bir usulî hak veya maddi hukuktan kaynaklanan bir hakkı teşkil etmediğini göstermektedir. Dolayısıyla davanın tarafları, sadece hedef süre aşıldı diye doğrudan bir tazminat talebi veya benzeri hukuki talepte bulunamazlar. Makul süre aşımı iddiasıyla yine mevcut mekanizmalara örneğin uzun yargılama nedeniyle tazminat talebi için Tazminat Komisyonu'na başvuru, AYM'ne bireysel başvuru veya AİHM'e başvuru yoluna gidebilirler. Nitekim hedef süre, bir bakıma idari bir planlama ölçütüdür. Hukuki bağlayıcılığı, taraflar yönünden değil, daha çok yargı teşkilatının kendi iç işleyişi yönündendir.

B. Performans Değerlendirme ve Hakimler ve Savcılar Kurulu Denetimi

Hedef sürenin aşılması öncelikle idari denetim mekanizmaları bağlamında anlam kazanmaktadır. Zira bu süreler, hâkim ve savcılarının performanslarının değerlendirilmesinde nesnel bir ölçüt olarak dikkate alınmaktadır⁵⁴. Sürelerin sistematik biçimde aşılması, yargı mensuplarının etkinlik, verimlilik ve dosya yönetimi bakımından zayıf performans gösterdiğine işaret edebilir. Bu durum, Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından yapılan denetimlerde meslekî disiplin

⁵⁴ Hedef süre uygulamasına uyumun, hâkim ve savcı performans değerlendirmesinde bir kriter haline gelmesi hem destek hem tepki almıştır. Kimilerine göre bu, yargı mensuplarını daha disiplinli çalışmaya teşvik ederken, kimilerine göre ise yargıcın karar kalitesinden ziyade hızına odaklanan sakıncalı bir yaklaşım olabilir. Bu konuda öneriler, performans değerlendirmesinin çok boyutlu yapılması yönündedir. Örneğin bir analize göre, hedef süre yanında vatandaş ve avukat memnuniyeti, kararların bozulma oranı gibi kriterlerin de değerlendirmeye katılması daha dengeli olacaktır. Böylece sadece hız değil, kalite ve toplumsal güven ölçütleri de göz önüne alınarak daha adil bir performans sistemi kurulabilir.

soruşturmalarının açılmasına neden olabilecek niteliktedir. Özellikle aşırı gecikmelerin gerekçesiz olması veya dosya yönetiminde bariz ihmallerin tespiti hâlinde, idari sorumluluk doğabilecektir. Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 29'uncu maddesine göre, hâkim ve savcılarının meslekte yükselmeleri kanun yolu değerlendirme formuna göre yapılır. Kanun yolu değerlendirme formu, kanun yolu incelemeleri neticesinde hâkim ve Cumhuriyet savcılarının dosyadaki hukuki bilgi, uygulama ve performanslarının değerlendirildiği bir belgedir (Değerlendirme Formu Yön. m 3, I, c). Kanun yolu değerlendirme formu, Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 28'inci maddesinde düzenlenmiş olup, Yargıtay ve Danıştay daireleri ile genel kurullarınca yapılan kanun yolu incelemeleri sonunda, istinaf kanun yolu incelemesinde görev alan daire başkanı, üye, Cumhuriyet başsavcısı ve savcılar, ilk derece yargı yerlerinde duruşmaya, karara veya hükme katılan, karar veya hükmü veren ya da soruşturma aşamasında görev yapan hâkimler, ilk derece yargı yerlerinde soruşturma aşamasında görev alan, iddianameyi tanzim eden, duruşmaya katılan, mütalaa veren veya kanun yoluna başvuran Cumhuriyet savcıları, hakkında kanun yolu değerlendirme formu düzenlenir. Kanun yolu değerlendirme formu; soruşturmanın niteliği, iddianame, karar veya hükmün hukuka uygunluğu ve isabet derecesi, *soruşturma, kovuşturma veya yargılamanın hedef sürede tamamlanması*, gereksiz masrafa sebebiyet verilmesi, duruşmalara hazırlıklı çıkılması veya hazırlıksız çıkılarak gecikmelere neden olunması, dosyaların eksiklik nedeniyle geri çevrilmeye neden olmayacak şekilde görevli daire veya birime gönderilmesi, bilirkişi görevlendirilmesinin hukuka uygun yapılması, soruşturma, kovuşturma veya yargılama işlemlerinin usul hükümlerine uygun olarak doğru ve zamanında yapılması, dava konularının anlayış ve yönlendirilmesi ile mütalaa, gerekçeli karar ve tebliğnamelerin yazılış, tahlil ve sonuçlandırılmasında başarı gösterilmesi gibi hususlar dikkate alınarak çok iyi, iyi, orta ve zayıf şeklinde düzenlenir. HSK, kanun yolu değerlendirme formuna göre belirleyeceği koşulları göz önüne alarak, yükselmeye layık gördüğü hakim ve savcıları, yükselmeye layık, tercihli yükselmeye layık, mümtazen yükselmeye layık veya yükselmeye layık olmayarak mesleki anlamda ilerlemeleri hakkında karar vermektedir.

C. Bireysel Başvuru ve Tazminat Yolları

Hedef sürelerin aşılması, bireyler açısından doğrudan Anayasa'nın 36'ncı maddesi ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkının, özel olarak da makul sürede yargılanma güvencesinin ihlaline yol açabilir. Anayasa uyarınca, bireyler, temel haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek Anayasa Mahkemesi'ne

bireysel başvuru hakkına sahiptir. Bu kapsamda, Anayasa Mahkemesi, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğini değerlendirirken, somut olayın koşullarına göre süreyi, tarafların tutumunu, dosyanın karmaşıklığını ve yargı mercilerinin faaliyetlerini dikkate almaktadır. Mahkeme, bu tür başvurularda tespit edilen ihlaller nedeniyle başvuru lehine manevi tazminata hükmedebilmektedir. Yine, Türkiye'nin taraf olduğu AİHS'in 6'ncı maddesi de herkesin makul bir süre içinde davasının görülmesini isteme hakkını güvence altına almaktadır. Bu bağlamda, yargılamanın hedef süreleri aşacak ölçüde uzaması, bireyin Sözleşme ile korunan hakkının ihlal edildiği sonucunu doğurabilir. İç hukuk yollarının tüketilmesinin ardından, AİHM'e bireysel başvuru yapılabilir. AİHM, Türkiye aleyhine verdiği birçok kararda makul süre ihlali tespit etmiş ve başvuru lehine tazminat hükmü kurmuştur. Bu durum, devletin hem uluslararası yükümlülüklerine aykırı hareket ettiğini göstermekte hem de bütçeye ek bir mali yük getirmektedir. Bununla birlikte, Türkiye'de, makul sürede yargılanma hakkının ihlali nedeniyle AİHM'e yapılan başvuruların önlenmesi amacıyla, 6384 sayılı Tazminat Komisyonunun Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Kanun uyarınca Tazminat Komisyonu kurulmuştur. Bu komisyon, makul süre ihlali iddialarını değerlendirerek tazminata hükmetme yetkisine sahiptir. Dolayısıyla, yargılamanın hedef süreyi aşacak biçimde uzaması hâlinde, başvuru Komisyonuna müracaat ederek idari düzeyde ve hızlı bir şekilde hak ihlali telafisi talep edebilirler⁵⁵.

Yargılamada hedef sürelerin aşılması, doğrudan müeyyide doğuran bir durum olmasa da hem yargı mensuplarının mesleki sorumlulukları hem de bireylerin temel hak ve özgürlükleri bağlamında çok yönlü sonuçlar doğurabilmektedir. Bu bağlamda hedef süreler, yalnızca idari rehberlik aracı olarak değil, aynı zamanda etkin, hızlı ve hak temelli bir yargılama sisteminin inşasında ölçülebilir bir kalite göstergesi olarak değerlendirilmelidir. Gerek iç hukukta gerekse uluslararası düzeydeki etkileri itibarıyla, hedef sürelerin aşılması meselesi, modern yargı sistemlerinde şeffaflık ve hesap verebilirliğin sağlanması açısından merkezi bir öneme sahiptir.

⁵⁵ İsmet Mazlum, 'Tazminat Komisyonunun Yapısı ve Makul Süre Bakımından Yapacağı İncelemenin Medeni Usul Hukuku Açısından Değerlendirilmesi' (2024) 73 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1933, 1940; Özgem Tuğçe Gümüş Boyacı, 'Yapısal ve Sistemik Sorunun Çözümünde İnsan Hakları Tazminat Komisyonu' (2024) 42 (1) İnsan Hakları Yıllığı, 1, 22.

Sonuç

Adil yargılanma hakkının temel unsurlarından biri olan makul sürede yargılanma ilkesi hem ulusal hukukta hem de uluslararası insan hakları belgelerinde açıkça güvence altına alınmıştır. Türkiye’de uzun yargılamalar sorunu, yıllarca hem bireysel başvurular hem de AİHM kararlarıyla tespit edilmiş bir yapısal sorun olarak gündemde kalmıştır. Bu bağlamda geliştirilen Yargıda Hedef Süre Uygulaması, yargı sistemine zaman yönetimi perspektifi kazandıran, normatif temeli sağlam ve dijital altyapıyla desteklenen bütüncül bir yaklaşımdır. Uygulama, sadece sürecin hızlandırılmasını değil, aynı zamanda yargıya güvenin tesisi, hesap verebilirliğin artırılması ve etkinlik ile şeffaflığın sağlanması gibi çok boyutlu hedefleri içermektedir.

Hedef süre uygulaması, her dava ve soruşturma türü için öngörülen tamamlanma süresini belirlemek suretiyle yargı organlarında süre farkındalığı yaratmış, böylelikle yargılama faaliyetlerinin planlanabilirliğini ve öngörülebilirliğini artırmıştır. UYAP sistemi üzerinden otomatik olarak tanımlanan hedef süreler, hem yargı mensuplarının dosya yönetimini kolaylaştırmakta hem de taraflara işlemlerin ne kadar sürede sonuçlanmasının öngörüldüğünü baştan bildirmektedir. Bu durum, vatandaş açısından yargı süreçlerine ilişkin belirsizliği azaltmakta ve yargıya güveni pekiştirmektedir.

Uygulamanın performans ölçümüne yönelik olarak hâkim ve savcıların hedef sürelerle uyumları da düzenli olarak izlenmekte; bu veriler terfi ve değerlendirme süreçlerinde dikkate alınmaktadır. Bu bağlamda, uygulama yalnızca teknik bir planlama aracı değil, aynı zamanda yargı teşkilatında performans odaklı bir kültürün oluşmasına da katkı sağlamaktadır. Ancak, uygulamanın esas başarısı yalnızca istatistiki göstergelerle değil, aynı zamanda yargılamaların niteliği, tarafların haklarına riayet ve yargı bağımsızlığının korunması ölçütleriyle değerlendirilmelidir. Hedef sürelerin Adalet Bakanlığı tarafından belirlenmesi, bazı eleştiriler çerçevesinde yargı bağımsızlığıyla ilişkilendirilmişse de, Anayasa Mahkemesi bu düzenlemeyi Anayasa’ya aykırı görmemiştir. Bununla birlikte, hedef sürelerin bağlayıcı normatif haklar doğurmaması, uygulamanın bireyler açısından sadece yön gösterici ve bilgilendirici niteliğini ön plana çıkarmaktadır. Zira hedef sürenin aşılması doğrudan bir yaptırıma yol açmamakta, ancak sistem içi denetim ve raporlama mekanizmalarını tetiklemektedir. Uygulamanın AİHM içtihadıyla uyumu da dikkat çekicidir. AİHM, makul sürenin değerlendirilmesinde her somut olayın koşullarını esas almakta olup; hedef süre uygulamasını makul sürenin ikamesi değil, onun somutlaştırılmasına katkı

sunan bir araç olarak değerlendirmektedir. Türkiye'nin bu uygulama ile AİHM kararlarında sıklıkla karşılaştığı ihlallerin önüne geçmeyi amaçlaması, yalnızca ulusal düzeyde değil, aynı zamanda uluslararası yükümlülükler bağlamında da olumlu bir adım olarak kabl edilmelidir.

Sonuç olarak, Yargıda Hedef Süre Uygulaması, adalet hizmetlerinde kalite, hız ve güven dengesini gözetken, hesap verebilirliği artıran ve makul sürede yargılama ilkesini kurumsal düzeyde hayata geçirmeyi hedefleyen önemli bir yargı reformudur. Ancak bu uygulamanın uzun vadeli başarısı, yargının yapısal sorunlarının giderilmesi, insan kaynağı kapasitesinin artırılması, altyapı yatırımlarının sürdürülmesi ve özellikle hâkim-savcı eğitimlerinin niteliğinin yükseltilmesi gibi tamamlayıcı reformlarla desteklenmesine bağlıdır. Hedef süre uygulaması, bu bütünsel iyileşmenin önemli bir bileşeni olarak görülmeli ve yargı bağımsızlığı ile etkinliği arasında hassas bir denge gözetilerek geliştirilmelidir. Bu bağlamda, sistemin düzenli izlenmesi, hedef sürelerin güncellenmesi ve uygulamaya ilişkin geri bildirimlerin kurumsal mekanizmalarla değerlendirilmesi, uygulamanın sürdürülebilirliğini ve meşruiyetini pekiştirecektir.

Kaynakça

- Aktepe Artık S, Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı (Seçkin 2014).
- Alan Akcan E, 'Soruşturma Evresinde Mağdurun Hakları ve Yükümlülükleri' (2015) 2 (2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 5-44.
- Arslan R, *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı* (Sevinç 1989).
- Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, *Medeni Usul Hukuku* (10. Baskı, Yetkin 2024).
- Başar M O, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Makul Sürede Yargılanma Hakkı* (On İki Levha, 2011).
- Berkhan İ, 'Adil Yargılanma Hakkı,' (2012) 86 (5) İstanbul Barosu Dergisi 319-325.
- Gümüş Boyacı Ö T, 'Yapısal ve Sistemik Sorunun Çözümünde İnsan Hakları Tazminat Komisyonu' (2024) 42 (1) İnsan Hakları Yıllığı, 1-38.
- Demircioğlu Y, Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri (Yetkin, 2007).
- Duvan A, 'Bireysel Başvuru Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı,' (2019) 68 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 287-336.
- Dülger M V ve Taşkın Ş C, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (2. Baskı, Seçkin 2024).
- Erdoğan G, *Medeni Yargıda Adil Yargılanma Hakkı* (Adalet, 2011).
- Ersoy U, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Adalet 2024).
- Gölcüklü F, 'Yargılama Makamları Önünde Makul Süre,' (1991) 1 (2) 10-13.
- Gülcü B B, 'Soruşturma Evresinin Tanımı, İşlevi, Özellikleri, Ülkemizdeki Tarihçesi', (2024) 1 (10) Sosyal Bilimler Dergisi 89-101.
- Gülşen R, 'Adli Soruşturmanın Başlaması' (2011) 3 (21) Fasikül Hukuk Dergisi 30-41.
- İnceoğlu S, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı* (Beta, 2013).
- Hendek H, *Makul Sürede Yargılama Zorunluluğu* (Seçkin, 2016).
- Kuru B ve Aydın B, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı* (4. Baskı, Yetkin 2025).
- Mazlum, İ, 'Tazminat Komisyonunun Yapısı ve Makul Süre Bakımından Yapacağı İncelemenin Medeni Usul Hukuku Açısından Değerlendirilmesi' (2024) 73 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1933-1978.
- Özbek V Ö, Doğan K ve Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (17. Baskı, Seçkin 2024).
- Pekcanitez H, Atalay O ve Özekes M, *Medeni Usul Hukuku* (12. Baskı, On İki Levha 2024).
- Özsumcu S, 'Davanın Açılmasına Bağlı Hukuki sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi' (2012) 2 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 183-205.

- Pekcanıtez H, 'Adil Yargılanma Hakkı.' (1997) 2 *İzmir Barosu Dergisi* 35-55.
- Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15. Baskı, Seçkin 2024).
- Tanrıver S, 'Adil Yargılanma Hakkı' (2004) 53 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 191-215.
- - 'Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine Düşünceler,' *Makalelerim-I* (Asil, 2005) 169-173.
- - Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı (Adalet 2007).
- Turan H, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı' (2012) 11 *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 47-75.
- Ünal M, 'Hukuk Davalarının Uzamasının Nedenleri ve Yargılamada Çabukluğun Sağlanması' (1982) 6 *Ankara Barosu Dergisi* 6-42.
- Ünver Y ve Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (23. Baskı, Adalet 2024).
- Yavaş M, 'Mehaz Kanun ile Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Medeni Yargılamaya Hakim Olan İlkeler ve Hakimin Rolü,' *Prof. Dr. Yavuz Alangoya Armağan* (İstanbul 2007).
- Yenisey F ve Nuhoğlu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (12. Baskı, Seçkin 2024).
- Walter H. Rechberger, 'Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması,' çev. M. Kamil Yıldırım, *İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku* (Beta 2016).