

**İstanbul
Hukuk
Mecmuası**

İstanbul Hukuk Mecmuası

Cilt/Volume: 78 • Sayı/Number: 4 • Aralık/December 2020

ISSN: 2636-7734 • E-ISSN: 2667-6974 • DOI: 10.26650/mecmua

İstanbul Hukuk Mecmuası İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayını olup uluslararası indekslerde taranan ve hakemli bir dergidir. Yayımlanan makalelerin sorumluluğu yazarına/yazarlarına aittir.

Istanbul Law Review is the peer-reviewed, international journal of the Istanbul University Faculty of Law. Authors bear responsibility for the content of their published articles.

Dergi Hakkında/About the Journal

Eski Adı/Former Name

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (1916-2017)

ISSN: 2636 - 7734 Son Sayı/Latest Issue Aralık 2017 - Sayı 75/2

Yeni Adı/New Name

İstanbul Hukuk Mecmuası (Haziran 2018 -)

ISSN: 2636-7734 İlk Sayı/First Issue: Cilt: 76 Sayı: 1

Yayın Sahibi/Owner

İstanbul Üniversitesi/Istanbul University

Yayın Sahibi Temsilcisi /Owner's Representative

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Prof. Dr. Ömer Ekmekçi

Sorumlu Müdür/Responsible Director

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Türk-Alman Üniversitesi Rektörü

Prof. Dr. Halil Akkanat

YAYIN KURULU/EDITORIAL MANAGEMENT

Baş Editörler/Editors-in-Chief

Prof. Dr. Abuzer Kendigelen

Prof. Dr. Ali Paşlı

Yardımcı Editörler/Co-Editors

Arş. Gör. Mustafa Ahioğlu, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

Arş. Gör. Ahmet Özsoy, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

Arş. Gör. Elif Beyza Akkanat Öztürk, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

DANIŞMA KURULU/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Vedat Buz, Bilkent Üniversitesi, Ankara

Prof. Dr. Nuray Ekşi, Özyeğin Üniversitesi, İstanbul

Prof. Dr. Fethi Gedikli, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

Prof. Dr. Serap Helvacı, Marmara Üniversitesi, İstanbul

Prof. Dr. İsmail Kırca, TOBB Ekonomi Üniversitesi, Ankara

Prof. Dr. İzzet Özgenç, Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Ankara

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul

Prof. Dr. M. Fatih Uşan, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Ankara

Prof. Dr. Carsten Gerner-Beuerle, University College London, United Kingdom

Doç. Dr. Ivana Bajakić, University of Zagreb, Croatia

İngilizce Dil Editörleri/English Language Editors
Alan James Newson, İstanbul Üniversitesi, İstanbul
Elizabeth Mary Earl, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

Yönetim Yeri/Head Office
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yayın Dili/Language
Türkçe, İngilizce/Turkish, English

Yayın Periyodu/Publishing Period
Yılda dört defa yayınlanır (Mart, Haziran, Eylül, Aralık)
Published four times a year (March, June, September, December)

Tarandığı Endeksler/Indexed by
Emerging Sources Citation Index (ESCI / Web of Science 'WOS')
ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi)
Ulusal Hukuk Veritabanı

Yayın Türü/Type of Publication
Yaygın Süreli/Periodical

Baskı ve Cilt/Printing Office
Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.
Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2 Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İstanbul
Tel: +90 (212) 269 30 00
Sertifika No: 20179
Basımı ve dağıtımını On İki Levha Yayıncılık A.Ş. tarafından yürütülmüştür.



Yayıncı / Publisher
İstanbul Üniversitesi Yayınevi / Istanbul University Press
İstanbul Üniversitesi Merkez Kampüsü, 34452 Beyazıt,
Fatih / İstanbul, Türkiye
Telefon / Phone: +90 (212) 440 00 00

İletişim/Correspondence
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 34116 Beyazıt/İstanbul e-posta: hukuk_dekan@istanbul.edu.tr
"http://www.istanbul.edu.tr/" www.istanbul.edu.tr/hukuk
Tel: +90 (212) 440 01 05 **Fax:** +90 (212) 512 41 35

Web: <http://mecmua.istanbul.edu.tr/> / www.dergipark.gov.tr/iuhfm
Elektronik posta: ilr@istanbul.edu.tr / iuhfdergiler@istanbul.edu.tr

İçindekiler Table of Contents

MAKALELER ARTICLES

ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW

Araştırma makalesi/Research article

- Bir Kişilik Değeri Olarak Kişinin Resmi**
A Person's Image as a Personality Value..... 1723
Egemen Işık

Araştırma makalesi/Research article

- Effect of the Prohibition of Board Members of Joint Stock Companies from Participating in Negotiations (TCC 393) on Quorums**
Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Müzakereye Katılma Yasağının (TK 393) Yeter Sayılara Etkisi 1747
İbrahim Çağrı Zengin

Araştırma makalesi/Research article

- Geçici İşgöremezlik Zararlarının Zorunlu Trafik Sigortası Teminatı Kapsamında Olup Olmadığının Değerlendirilmesi**
An Evaluation on Whether Temporary Incapacity Damages are Covered by Compulsory Traffic Insurance..... 1763
Kübra Yetiş Şamlı

Araştırma makalesi/Research article

- İş Sözleşmesinin Feshinde Süre**
The Term/Duration Required for the Termination of Labor Agreement 1783
Faruk Barış Mutlay

Araştırma makalesi/Research article

- Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Paradigma: Hesap Verebilirlik İlkesi**
The New Paradigm of Data Protection Law: The Principle of Accountability..... 1859
Mehmet Bedii Kaya

Araştırma makalesi/Research article

- Medeni Yargıda İstinaf Sebepleriyle Bağlılık Kuralı**
The Principle of Causality in Appeal under the Law of Civil Procedure 1899
Hilal Ünal Kaya

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

Araştırma makalesi/Research article

- Anayasa ve Sürdürülebilir Kalkınma**
Constitution and Sustainable Development 1921
Oya Boyar

Araştırma makalesi/Research article

- Avrupa Birliği'nde Dijital Hizmet Vergisi ve Türkiye Uygulaması**
Digital Service Tax in the European Union and Turkey Practice..... 1959
Muhammet Durdu

Araştırma makalesi/Research article

- Kamu Görevlilerinin Politik Davranışlarını Biçimlendirmede Yasal Düzenlemelerin Zorlayıcı Etkilerinden Yararlanmak: Hatch Kanunu Örneği**
Taking the Advantage of the Coercive Effects of Legal Arrangements in Shaping Public Servants' Political Behaviors: The Case of the Hatch Act..... 1989
Oktay Koç, Abdullah Kıray, Osman Abdullah Günaydın

Araştırma makalesi/Research article

On the Refugee Crisis Discourse: A Critical Analysis Sitting in the Junction of International Criminal Law and International Refugee Law
Mülteci Krizi Söylemi Üzerine: Uluslararası Ceza Hukuku ve Uluslararası Mülteci Hukuku'nun Kesişim Noktasına Oturan Kritik Bir İnceleme..... 2025
Ekin Deniz Uzun

Araştırma makalesi/Research article

Uluslararası Hukuk Açısından Ekonomik Yaptırımlar ve ABD'nin Tek Taraflı Yaptırımlarının Kısa Bir Değerlendirilmesi
Economic Sanctions in International Law and A Short Evaluation of the Us' Unilateral Sanctions..... 2049
Galip Engin Şimşek

Araştırma makalesi/Research article

Uzay Hukuku ve Uluslararası İnsancıl Hukuk İlişkisi
The Relationship between Space Law and International Humanitarian Law 2079
Zeynep Selin Balcı

ÇEVİRİLER TRANSLATIONS

Çeviri/Translation

Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarının Hatalı Varsayılması
Kastı Ortadan Kaldırır Mı? 2111
Thomas Hillenkamp, Kai Cornelius, Buket Abanoz Öztürk

Çeviri/Translation

İstinafta Delil İkamesinin Sınırlandırılması..... 2131
Hans-Jürgen Ahrens, Nevhis Deren-Yıldırım

EDİTÖRDEN MEKTUP

Değerli Bilim İnsanları ve Kıymetli Hukukçular,

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Türk hukuk camiasına sunduğu en önemli katkılardan biri ve ülkemizin varlığını sürdüren en eski hukuk dergisi olan İstanbul Hukuk Mecmuası'nın 2020/4 sayısını sizlerle buluşturmanın mutluluğunu yaşıyoruz. Dünyadaki ilk belirtileri ortaya çıktığından bu yana bir yılı aşkın bir zamanın geçmesine rağmen hâlen kesin tedavisi bulunamayan COVID-19 küresel salgını, hayatımızı ve dolayısıyla hukuk düzenini de etkilemeye devam etmektedir. İstanbul Hukuk Mecmuası olarak, bu salgının etkilerinin incelenmesine yönelik hukuk camiasının üzerine düşen sorumluluğu yerine getirmek amacıyla 2020 yılındaki ikinci sayımızı, "küresel salgının ulusal ve/veya uluslararası hukuka etkileri" konusuna özgüleyerek yayınlamıştık. İşbu dördüncü sayımız, ikinci sayının özelliği gereği ötelenmiş olan üçüncü sayımız nedeniyle bu tarihe kalmıştır. Yaşanan söz konusu gecikme sebebiyle tüm yazarlarımızdan ve okuyucularımızdan özür diliyoruz. Mecmuamızın 85 yıllık tarihinde ilk defa bu yıl -bir yıl içerisinde- ikiden fazla sayıda çıktığı da göz önüne alındığında makul mazeretimizden anlayışla karşılanacağını umut ediyoruz.

Bilmekteyiz ki hukuk, sürekli bir değişim ve gelişim hâlinde bulunan, sosyal hayattan bağımsız şekilde değerlendirmesi ve durağanlaştırılması mümkün olmayan bir disiplindir. İşte bu nedenle, her ne kadar küresel salgının çalışmayı ve üretmeyi zorlaştırdığı bir dönemde bulunuyor olsak da, İstanbul Hukuk Mecmuası olarak hukukun ihtiyaç duyduğu devamlılığı ve modern dünya ile entegrasyonu en üst düzeyde sağlamak adına uluslararası geçerliliği olan bilimsel çalışmalarını yayınlamak, öncelikli hedefimiz olacaktır.

Dergimizin bu sayısı da -geleneğe uygun bir şekilde- özel hukuk ve kamu hukuku ana başlıkları altında tasnif edilmiş birbirinden değerli on dört makale içermektedir. Dergimizde yalnızca İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi mensuplarının değil, yurt içinden ve dışından diğer birçok değerli akademisyenin ve uygulayıcının çalışmalarının gün ışığına çıkartılması için çaba sarf edilmiştir. Bu bağlamda daha önceki sayılarda benimsemiş olduğumuz genişletilmiş İngilizce özet kısmına makalelerde yer verilmiş, ayrıca ilk defa 2019/1 sayısında benimseyeceğimizi duyurduğumuz OSCOLA atf kurallarına, bu sayımızda da riayet edilmiştir. Bundan sonraki sayılarda da OSCOLA atf kurallarına ve diğer yayın ilkelerimize göre uyarlanmış, yüksek standarttaki Türkçe ve İngilizce makaleler kabul edilmeye ve yayımlanmaya devam edilecektir.

Büyük bir kıvançla belirtmekteyiz ki dergimizde akademik çalışma yayımlamaya yönelik talep, her sayımızda katlanarak artmaktadır. Tüm yayın sahiplerinin gerek

bu gerçeği gerek de hakem incelemesi aşamasının her makalede farklı bir zamana yayılabılme olgusunu göz ardı etmeyeceklerini umut ediyoruz. Ulusal ve uluslararası endekslerde taranmanın yanı sıra, Mecmua'nın köklü geçmişi ve şüphesiz ki İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin kadim geleneği ile kurumsallığı andığımız yoğun talebin sebebidir. Bu Fakülte'de herhangi bir görevi ifa etmenin omuzlarına yüklediği sorumluluk bilincinde hareket eden Editörler Kurulu, hakemlerin de yoğun desteği ile tamamen objektif yayın ilkeleri ışığı altında adil bir şekilde makale kabul sürecini yürütmektedir. Tam bu noktada Fakültemiz'in yeni Dekanı sayın Prof. Dr. Ömer Ekmekçi'nin gelen talepler karşısında yayın objektifliğinin sağlanabilmesi hususundaki desteğini hassaten vurgulayarak kendisine de teşekkürlerimizi sunmak isteriz.

Yılın her bir çeyreğinde olmak üzere senede dört sayı olarak yayına çıkma uygulamasına devam edeceğimizi belirterek, gelecek sayılarımızın da en kısa sürede siz değerli okuyucularımızla buluşacaklarını müjdelemek isteriz.

COVID-19 Küresel Salgını'nın ülkemizi ve dünyamızı etkisi altına aldığı ve bizleri "yeni normal" ile tanıştırdığı şu günlerde, dergimizin yayımlanabilmesi için ciddi bir uğraş veren editör ekibine ve bu sayıda hakemlik görevini gerçekleştiren Fakülte bünyesi içindeki ve dışındaki tüm akademisyenlere/hukukçulara teşekkür ediyoruz. Nihayet dergimizin işbu sayısına çok değerli yazıları ile katkı veren tüm yazarlara samimi desteklerinden ötürü şükranlarımızı sunuyoruz. Bir sonraki sayıda, sağlıklı görüşmek dileğiyle.

İstanbul Hukuk Mecmuası Baş Editörleri

Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN

Prof. Dr. Ali PASLI



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 04.05.2020
Kabul: 19.01.2021

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Bir Kişilik Değeri Olarak Kişinin Resmi

Egemen Işık^{*}

Öz

Kişinin resmi, tasvir edilen kişinin dış görünüşünü, onun tanınabilmesine imkân verecek şekilde yansıtan bir biçimdir. Başka bir ifadeyle kişinin dış görünüşünün görsel olarak tasvir edilmesiyle elde edilen ve kişinin tanınabilmesini sağlayan biçim, kişinin resmidir. Kişi ve kişilikle olan bağı sebebiyle kişinin resminin hukuki bir güvenceye kavuşturulması gerekmiştir. Bu yüzdendir ki kişinin resmi üzerindeki bir hakkın varlığı, pek çok hukuk sisteminde kabul edilmiştir. Kişilik hakkı kapsamında yer alan kişilik değerlerinden biri olan kişinin resmi üzerindeki bir hakkın varlığının kabulüyle kişinin resmi kavramından ne anlaşılması gerektiği önem kazanır. Zira kişinin resmi üzerindeki hakkın konusu, tasvir edilen kişiye ait dış görünüşünü yansıtan resimdir. Hakkın konusu olduğundan kişinin resmi kavramının sınırları iyi çizilmelidir. Resim kavramına günlük dilde yüklenen anlam ile hukuk dilinde yüklenen anlam birbirinden farklıdır. Kişinin resmi üzerindeki hakkın konusu olan kişinin resminin ne anlama geldiği, hukuki bir kavram olarak kişinin resminin nasıl anlamlandırılacağı, kişinin resminin tanımlanması ve kişinin resminin unsurlarının belirlenmesiyle mümkündür.

Anahtar Kelimeler

Kişinin resmi üzerindeki hak, Kişinin resmi, Kişilik, Kişilik hakkı, Kişinin resmi üzerindeki hakkın korunması

A Person's Image as a Personality Value

Abstract

A person's image is a form that reflects his external appearance in a way that allows him to be recognized. Its strong connection to the person and his/her personality necessitates a legal assurance of one's image. Therefore, legal systems have acknowledged the existence of a right to one's image. As the existence of such a right is accepted, the definition of the term image becomes essential. The subject of the right to one's image is the image. Since the image is the subject of the right, the limit of the concept of one's image should be well drawn. The meaning attached to it in legal language differs from its meaning in daily language. Therefore, in order to clearly understand the term image, as a subject of a right and its connotations as a legal concept, it is important to establish a legal definition and analyze the elements constituting this definition.

Keywords

Right to a person's image, A person's image, Personality, Personality right, Right to the protection of one's image

* **Sorumlu Yazar:** Egemen Işık (Arş. Gör.), Marmara Üniversitesi, Adalet Meslek Yüksekokulu, İstanbul, Türkiye.
E-posta: egemen.isik@marmara.edu.tr ORCID: 0000-0002-1093-219X

Atf: Işık E, "Bir Kişilik Değeri Olarak Kişinin Resmi" (2020) 78(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1723. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.4.0001>



Extended Summary

One of the personality values enshrined within the scope of personality right is undoubtedly the right to the protection of one's image. One's image, or in other words a person's image, is one of the substantial parts of the personality. Due to its close relation to the notions of person and personality, the existence of the right to the protection of a person's image has been recognized in various legal systems. In some legal systems, the right protecting a person's image has even been set out separately from the provisions protecting personality rights.

A person may benefit from legal protection if the right to his/her image is violated. A person's image has a characteristic that is separate from other personality values. That is, the violation of the right to the person's image often constitutes a violation of other personality values as well. Moreover it is often that the person's honour and dignity or private life is violated as a result of the violation of the right on the person's image. This has led to debate on whether the right to a person's image is an independent right.

The first condition for a person to benefit from the legal protection afforded to him/her is that the form in question can be described as a "person's image". If the form in question cannot be deemed to fall under the scope of the concept of a person's image, it is not possible for the person to benefit from legal protection. Therefore, it is necessary to draw the framework of the concept of a person's image and to determine the scope of this concept.

This article first describes the legal nature of the right to the protection of a person's image. The views from German, Swiss and Turkish law on the right to the protection of a person's image are outlined. After statements regarding the right to a person's image, statements regarding the concept of a person's image were made. In this context, the definitions of a person's image are included in the doctrine and court decisions; the elements of a person's image are stated and these elements are explained.

The form obtained by a visual depiction of a person's external appearance is expressed as a person's image, if it allows the person to be recognized. In other words, a person's image is the recognizable form of his appearance in the outside world, produced by various means on a visible object. The person's image has three elements: reproduction, the person's external appearance, and recognizability.

Reproduction is the copying of one's external appearance. This concept needs to be widely interpreted. The technique used to portray the person and the quality of the execution of the technique of it do not matter. The person's image can be obtained with tools such as pens, brushes, cameras, video cameras, or with other tools whose

main function is not to portray. Although the technique or tool used in obtaining a person's external appearance is not important, this appearance must be shaped on an object that can be viewed. The object in which the appearance of the person is shaped does not matter as long as it is viewable.

A person's external appearance is the second element of a person's image. A form that does not reflect a person's external appearance is not considered to be the person's image. The appearance must be the appearance of the person and this must be the external appearance of the person. An ultrasound of a person that does not belong to the person, for example, does not reflect the appearance of the person's property and the appearance of the person's exterior, and consequently is not included in the concept of a person's image. As the person's external appearance is portrayed as different from the person's external appearance, it is also included in the concept of the person's image.

The last element that a person's image should have is recognizability. The existence of the concept of a person's image is not accepted if the form in question is not conducive to the recognition of the person, in other words, the identification of the person is not possible from that form. As a rule, it is the person's facial features that allow the person to be recognized. However, a person's facial features are not the only indicator of recognition. In addition to other features of the person's external appearance, some elements that accompany the image can also provide recognition. Icing of the face and putting down an eye strip are among methods that are used to prevent recognition. However, these methods do not always eliminate recognizability of a person. When assessing whether the person is recognisable, it should be examined whether he/she is recognisable in the vicinity of his/her close acquaintance.

Bir Kişilik Değeri Olarak Kişinin Resmi

I. Giriş

Kişinin resmi, onun dış görünüşünü tanınabilir biçimde yansıtan bir biçimdir. Kişilikle olan güçlü bağı, kişinin resminin hukuki bir güvence altına alınmasını gerektirmiştir. Özellikle kitle iletişim araçlarının gelişmesiyle beraber kişinin resminin kolay ve hızlı bir şekilde yaygınlaşması sık görülen bir durumdur. Kişinin resmi, kişiliği yansıtan bir parça olduğuna göre kişiye ait resmin hukuka aykırı biçimde kullanılması karşısında hukuki koruma sağlamak, kişiliğin korunması bakımından olmazsa olmazdır.

Çalışmamızda ilk olarak kişinin resmi üzerindeki hak ele alınmıştır. Kişinin resmi üzerindeki hakkın hukuki niteliği, Alman, İsviçre ve Türk hukukları bakımından karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Daha sonra hakka konu olan “kişinin resmi” kavramı ele alınarak bu kavramın çerçevesi belirlenmiştir. Kişinin resmi kavramının öğretide ve mahkeme kararlarında nasıl tanımlandığı, hangi unsurlara sahip olduğu ve hangi durumlarda bir biçimin kişinin resmi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği açıklanmıştır.

II. Kişinin Resmi Üzerindeki Hak

A. Genel Olarak

Kişi ile onun resmi arasındaki bağın önemi, kişinin resmi üzerinde bir hukuki korumadan yararlanma gerekliliği doğurur. Bunun bir sonucu olarak, kişinin resmi üzerinde bir hakka sahip olduğu söylenebilecektir¹.

Kişinin resmi üzerindeki hakkın hukuki niteliği ve korumanın kapsamı hukuk sistemlerine göre farklılık gösterir. Bu sebeple kişinin resmi üzerindeki hak ilk olarak Alman hukukunda, daha sonra ise İsviçre ve Türk hukuklarında ele alınmıştır.

B. Alman Hukukunda Kişinin Resmi Üzerindeki Hak

Alman hukukunda kişinin resmi üzerindeki hakkın varlığı oldukça eskiye dayanır. Kanun koyucu, 1907 tarihli Telif Hakları Kanunu'nda² kişinin resmi üzerindeki hakka ilişkin bir hükme yer vermiştir³. Dolayısıyla Alman hukukunda kişinin resmi üzerindeki hakkın varlığının ilk kez bu kanunla tanındığı söylenebilir. Ne var ki bu kanun bir tepki olarak anlaşılmalıdır. Fotoğrafın icadı ve kitle iletişim araçlarının

¹ Mustafa Alper Gümüş, ‘Kişinin Resmi (Görünümü) Üzerindeki Hakkı’ (1997) 1(1) KÜHFD 363, 367.

² 9 Ocak 1907 tarihli Kunsturhebergesetz (KUG).

³ Michael Fricke, ‘KUG § 22 [Recht am eigenen Bilde]’ iç Artur-Axel Wandtke ve Winfried Bullinger (edr), *Praxiskommentar Urheberrecht: UrhR* (5. Basi, CH Beck 2019) KUG § 22 Rn 1.

çoğaltma olanakları nedeniyle ortaya çıkan suiistimallere bir tepki olarak bu kanun ortaya çıkmıştır⁴. Bunu tetikleyen, bir paparazzi olayıdır: İki fotoğrafçı, 1898 yılında hayatını kaybeden Almanya şansölyesi Otto von Bismarcks'ın öldüğü odaya gizlice girmişler ve onun naaşını fotoğraflamışlardır⁵. Alman İmparatorluk Mahkemesi, söz konusu fotoğrafların yayımlanmasını yasaklayan kararını sadece konut dokunulmazlığının ihlaline dayandırmıştır⁶. Bunun sebebi, kişinin resmi üzerindeki hakka ilişkin özel bir normun eksikliğidir⁷.

Kanun koyucu, sözü edilen eksikliğe kayıtsız kalmamıştır. 1907 tarihli Telif Hakları Kanunu'nun 22. paragrafı ile bu kanun boşluğu giderilmiştir⁸. Bu hükme göre, bir kişinin resminin yayımlanması veya kamuya sunulması ancak o kişinin rızasıyla mümkün olur. Resmedilmiş kişinin korunma ihtiyacı bu hükümlerle karşılanmıştır⁹. Rızası dışında resmi yayımlanan veya kamuya sunulan kişi, resmi üzerindeki hakkına dayanarak hukuki koruma talep edebilecektir.

Telif Hakları Kanunu'nun 22. paragrafı, lafzından da anlaşıldığı üzere sadece kişinin resminin yayımlanması veya kamuya sunulması hallerini kapsar¹⁰. Dolayısıyla kişinin yalnızca resmedilmesi bu hükmün kapsamında değildir¹¹. Resmedilen kişinin resmi yayımlanmadıkça, Telif Hakları Kanunu'nun 22. paragrafı uygulama alanı bulmaz. Bu sebeptendir ki resmedilmekle birlikte resmi yayımlanmayan veya kamuya sunulmayan kişinin hukuken korunup korunmayacağı meselesi gündeme gelir. Böyle bir durumda kişinin genel kişilik hakkına ilişkin hüküm kapsamında korunacağı kabul edilir¹².

Alman Medeni Kanunu kanun koyucusu, kişilikten açık bir şekilde söz etmemiştir¹³. Başka bir ifadeyle, kişiliği hukuken korunacak bir varlık olarak açıkça

⁴ Fricke (n 3) KUG § 22 Rn 1.

⁵ ibid KUG § 22 Rn 1.

⁶ RGZ 45, 170.

⁷ Katharina von Bassewitz, 'Paparazziler İçin Zor Zamanlar: Kişinin Özel Yaşamına Saygı Gösterilmesi (Mahremiyet) Hakkına İlişkin Alman ve İngiliz Basını Ayaklandırıran Dönüm Noktası Niteliğinde İki Karar' (Şafak Parlak Börü (çev)) (2015) 64(4) AÜHFD 1245, 1247.

⁸ Fricke (n 3) KUG § 22 Rn 1.

⁹ ibid KUG § 22 Rn 2. Alman Telif Hakları Kanunu'nun 22. paragrafı, Alman Medeni Kanunu'nun 823. paragrafına nazaran özel hüküm (*lex specialis*) niteliğindedir (Şafak Parlak Börü, *Fotoğraf Üzerindeki Haklar* (1. Bası, Turhan 2013) § 3 II D).

¹⁰ von Bassewitz (n 7) 1247 dn 8; Parlak Börü, *Fotoğraf* (n 9) § 3 III A.

¹¹ Parlak Börü, *Fotoğraf* (n 9) § 3 III A.

¹² von Bassewitz (n 7) 1247 dn 8.

¹³ Ansgar Staudinger, 'Titel 27, Unerlaubte Handlungen (§ 823 - § 853)' iç Reiner Schulze (ed), *NomosKommentar; Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse* (10. Bası, Nomos 2019) BGB § 823 Rn 90.

hüküm altına almamıştır¹⁴. Ancak bu durum, kişilik hakkının Alman hukukunda korunmadığı anlamına gelmez. Genel kişilik hakkı¹⁵, Alman Medeni Kanunu'nda haksız fiil hukukuna ilişkin temel norm olan BGB § 823 f. 1 hükmü kapsamında korunmaktadır¹⁶.

Alman hukukunda genel kişilik hakkı, en önde gelen anayasal ilkelerden biridir ve kişiliği koruyan sayısız hakkın kaynağını oluşturan çerçeve bir haktır¹⁷. Ayrıca genel kişilik hakkı, BGB § 823 f. 1 anlamında mutlak bir haktır¹⁸.

BGB § 823 f. 1 hükmü, Alman hukukunda haksız fiil sorumluluğuna ilişkin temel hükümdür ve şu şekildedir: “*Kasten veya ihmalen bir kişinin yaşam, vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlük, mülkiyet veya diğer bir hakkını hukuka aykırı olarak ihlâl eden kişi, bu nedenle ortaya çıkan zararı tazmin etmekte yükümlüdür*”¹⁹.

Kanun koyucu, BGB § 823 f. 1’de kişilik hakkından söz etmemiş, kişilik hakkının kapsamındaki kişilik değerlerinin bazılarından (yaşam, vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlük) açıkça bahsetmiştir. Dolayısıyla bu kişilik değerlerinin hükmün kapsamında olduğu açıktır²⁰. Bunlar dışında kalan kişilik değerlerinin hükmün kapsamında olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Bu hususta hükümde yer alan “diğer haklar” ifadesi çözüm oluşturur. Öncelikle belirtmek gerekir ki “diğer haklar” kavramı dar yorumlanmalıdır²¹. Bir hak veya menfaatin “diğer haklar” kapsamında yer alabilmesi için herkes tarafından ihlâl edilebilen ve herkese karşı ileri sürülebilen bir mutlak hak niteliği taşıması gerekir²². Genel kişilik hakkı ve özel kişilik hakkının “diğer haklar” kapsamında yer aldığı kabul edilmektedir²³.

¹⁴ Alman Medeni Kanunu'nun 12. paragrafında düzenlenen “ad üzerindeki hak” bu durumun tek istisnasıdır. Ad üzerindeki hakka ilişkin bu hüküm, kişilik hakkının somutlaştığı bir hükümdür (Heinz-Peter Mansel, ‘Titel 1, Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer (§ 1 - §§ 15–20)’ iç Rolf Stürmer (ed), *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch: BGB Kommentar* (17. Bası, CH Beck 2018) BGB § 12 Rn 1). Bu hüküm dışında Alman Medeni Kanunu'nda kişilik hakkına ilişkin açık bir düzenleme mevcut değildir. Alman Federal Mahkemesinin farklı kararlarına göre ad üzerindeki hak, genel kişilik hakkının özel bir görünümüdür (Franz Jürgen Säcker, ‘BGB § 12 Namensrecht’ iç Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker ve Bettina Limperg (edr), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1–240, AllgPersönlR, ProStG, AGG* (8. Bası, CH Beck 2018) BGB § 12 Rn 2). Alman Federal Mahkemesinin anılan kararı için bkz BGH GRUR 2000, 711.

¹⁵ Genel kişilik hakkı, ilk kez 1954 yılında Alman Federal Mahkemesinin kararıyla kabul edilmiştir (von Bassewitz (n 7) 1248 dn 11). Alman Federal Mahkemesinin bu kararı için bkz BGH GRUR 1955, 197 vd.

¹⁶ Gerhard Wagner, ‘Titel 27, Unerlaubte Handlungen (§ 823 BGB - § 19 ProdHaftG ProdHaftG)’ iç Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker ve Bettina Limperg (edr), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, Schuldrecht - Besonderer Teil IV, §§ 705–853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz* (7. Bası, CH Beck 2017) BGB § 823 Rn 364 vd.

¹⁷ ibid BGB § 823 Rn 364; Heinz Georg Bamberger, ‘Titel 1, Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer (§ 1 - § 14)’ iç Heinz Georg Bamberger, Herbert Roth, Wolfgang Hau ve Roman Poseck (edr), *Beck'scher Online-Kommentar BGB* (53. Bası, CH Beck 2020) BGB § 12.

¹⁸ ibid BGB § 12.

¹⁹ Pınar Çağlayan Aksoy, *Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini* (1. Bası, On İki Levha 2016) 41.

²⁰ Staudinger (n 13) BGB § 823 Rn 3.

²¹ ibid BGB § 823 Rn 28. Haksız fiil hükümleri çerçevesinde korunmasına gerek görülmeyen menfaatlerin bu hüküm kapsamında korunmasına yol açılmaması için hükmün dar yorumlanması gerektiği hakkında bkz Çağlayan Aksoy (n 19) 42–43.

²² Staudinger (n 13) BGB § 823 Rn 28; Çağlayan Aksoy (n 19) 43.

²³ Staudinger (n 13) BGB § 823 Rn 40, 42.

Sonuç olarak, BGB § 823 f. 1 hükmünün belirli kişilik değerlerini (yaşam, vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlük) ve ad üzerindeki hak, kişinin resmi üzerindeki hak gibi özel kişilik haklarını koruma altına aldığı söylenebilir²⁴. Çerçeve bir kavram olan genel kişilik hakkı ve bu hakkın özel görünüm biçimi olan özel kişilik hakkı, BGB § 823 f. 1 aracılığıyla korunur.

Alman hukukunda kişinin resmi üzerindeki hak, genel kişilik hakkının özel bir görünümüdür²⁵. Bu sebeple kişinin resmi üzerindeki hakka “özel kişilik hakkı” da denmektedir. Üst bir yapı olarak nitelendirilebilen genel kişilik hakkının altında bu özel kişilik hakkı kabul edilmiştir²⁶. Dolayısıyla Alman hukukunda kişinin resmi üzerindeki hakkın varlığının kabul edildiği söylenebilir²⁷.

Alman Federal Mahkemesine göre, BGB § 12’de hüküm altına alınan ad üzerindeki hak ile KUG § 22’de hüküm altına alınan kişinin resmi üzerindeki hak, genel kişilik hakkının özel görünümleridir²⁸. Öğretinin yanı sıra Alman Federal Mahkemesi de kişinin resmi üzerindeki hakkın varlığını kabul etmiştir. Dolayısıyla hem öğretinin hem de Alman Federal Mahkemesinin kişinin resmi üzerindeki hakkın varlığı konusunda görüş birliğinde olduğu söylenebilir.

C. İsviçre Hukukunda Kişinin Resmi Üzerindeki Hak

İsviçre hukukunda kişinin resmi üzerindeki hakkı koruyan özel bir norm yoktur²⁹. Bu yüzden kişinin resmi üzerindeki hakkın korunması, kişilik hakkını koruyan hükümler yoluyla söz konusu olur.

²⁴ Wagner (n 16) BGB § 823 Rn 241; Staudinger (n 13) BGB § 823 Rn 90.

²⁵ Wagner (n 16) BGB § 823 Rn 241.

²⁶ Regina E Aeubi-Müller, *Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz* (1. Bası, Stämpfli 2005) N 824.

²⁷ Fricke (n 3) KUG § 22 Rn 3; Stefan Haupt, ‘§ 41. Internetrecht’ iç Benno Heussen ve Christoph Hamm (edr), *Beck’sches Rechtsanwalts-Handbuch* (11. Bası, CH Beck 2016) § 41 Rn 51; Stefan Engels, ‘KunstUrhG § 22 [Recht am eigenen Bilde]’ iç Hartwig Ahlberg ve Horst-Peter Götting (edr), *Beck’scher Online-Kommentar Urheberrecht* (26. Bası, CH Beck 2019) KUG § 22 Rn 3; Marcus M Herrmann, ‘KunstUrhG § 22 [Recht am eigenen Bilde]’ iç Hubertus Gersdorf ve Boris P Paal (edr), *Beck’scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht* (27. Bası, CH Beck 2020) KUG § 22 Rn 3.

²⁸ BGH GRUR 2000, 712.

²⁹ İsviçre hukukunda kişinin resmi üzerindeki hakka ilişkin özel norm mevcutken bu norm, İsviçre Medeni Kanunu’nun 28. maddesindeki genel hükmün varlığının koruma bakımından yeterli olması sebebiyle kaldırılmıştır (Parlak Börtü, *Fotoğraf* (n 9) § 3 III A).

Kişinin resmi üzerindeki hakkın varlığı, İsviçre hukuk öğretisi tarafından kabul edilmiştir³⁰. Öğretinin yanı sıra İsviçre Federal Mahkemesi de kişinin resmi üzerindeki hakkın varlığını tanımıştır³¹. Dolayısıyla İsviçre hukukunda hem öğreti hem de İsviçre Federal Mahkemesi tarafından kişinin resmi üzerindeki hakkın varlığına ilişkin bir tereddüt yoktur.

İsviçre hukukunda kişiliğin korunmasına ilişkin ZGB Art. 28 f. 1 hükmüne göre, kişiliği hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan kimse hâkimden hukuki koruma isteyebilir³². Bu hüküm, kişiyi üçüncü kişiler tarafından yapılan kişiliğe karşı hukuka aykırı saldırılardan korumaya yarar³³. Kişiliğin korunmasının konusunu bir bütün olarak “kişilik” oluşturur. Dolayısıyla kişiliği meydana getiren kişilik değerleri, bu korumanın kapsamındadır. Başka bir deyişle, birbirinden farklı kişilik değerlerinin, kişiliğe ilişkin korumanın dışında kalmasından söz edilemez³⁴.

İsviçre öğretisi kişilik değerlerini üç gruba ayırmaktadır³⁵. Bu ayırım yapılırken kişilik değerlerinin bir bütün olarak korunan kişiliğin ifadeleri olduğu gözden uzak tutulmamalıdır³⁶. Başka bir deyişle, kişilik değerleri, hukuki korumadan doğan bir farklılık sebebiyle ayırma tabi tutulmamışlardır. Bu ayırma göre kişilik değerleri, fiziksel, duygusal ve sosyal kişilik değerleri olmak üzere üçe ayrılır³⁷. Bu sınıflandırma, sadece açıklayıcı bir rol üstlenir ve katı bir sistematığe sahip değildir³⁸.

³⁰ Marc Schwenniger, ‘Art. 28’ iç Lucas David (ed), *OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Werberecht Kommentar* (2. Bası, Orell Füssli 2010) Art 28 N 6; Florian Schmidt-Gabain, ‘Kapitel 2: Social Media und Inhalte / I. - III.’ iç Oliver Staffelbach ve Claudia Keller (edr), *Social Media und Recht für Unternehmen* (1. Bası, Schulthess 2015) N 2.28; Regina E Aebi-Müller, ‘Art. 28’ iç Peter Breitschmid ve Alexandra Jungo (edr), *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB - PartG* (3. Bası, Schulthess 2016) Art 28 N 25; Andrea Büchler, ‘Art. 28’ iç Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser (edr), *OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (3. Bası, Orell Füssli 2016) Art 28 N 9; Caroline Kirchschräger, ‘Art. 28/28a ZGB’ iç Willi Fischer ve Thierry Luterbacher (edr), *Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen* (1. Bası, Dike 2016) Art 28 N 19; Bianka S Dörr, ‘Art. 28’ iç Andrea Büchler ve Dominique Jakob (edr), *Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (2. Bası, Helbing Lichtenhahn 2018) Art 28 N 7; Andreas Meili, ‘Art. 28’ iç Thomas Geiser ve Christiana Fountoulakis (edr), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB* (6. Bası, Helbing Lichtenhahn 2018) Art 28 N 17.

³¹ Aebi-Müller, *CHK* (n 30) Art 28 N 25.

³² Dörr (n 30) Art 28 N 2; Meili (n 30) Art 28 N 16.

³³ Büchler (n 30) Art 28 N 1.

³⁴ *ibid* Art 28 N 1.

³⁵ Heinz Hausheer ve Regina E Aebi-Müller, ‘Persönlichkeitsschutz und Massenmedien - Eine Darstellung der aktuellen privatrechtlichen Ausgangslage’ (2004) *recht - Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis* 129, 131; Büchler (n 30) Art 28 N 2; Dörr (n 30) Art 28 N 4; Meili (n 30) Art 28 N 17.

³⁶ Hausheer ve Aebi-Müller (n 35) 131.

³⁷ *ibid* 131; Büchler (n 30) Art 28 N 2; Dörr (n 30) Art 28 N 4; Meili (n 30) Art 28 N 17.

³⁸ Hausheer ve Aebi-Müller (n 35) 131.

Kişinin resmi, kişiliği yansıtan bir parça olduğuna göre bir kişilik değeri olduğu söylenebilir. Nitekim İsviçre hukukunda kişinin resmi, sosyal kişilik değerlerinden biri olarak kabul edilir³⁹. Dolayısıyla kişinin resmi üzerindeki hakkın kişilik hakkının bir görünümü olduğu İsviçre öğretisi tarafından kabul edilmiştir⁴⁰.

İsviçre Federal Mahkemesine göre kişinin resmi üzerindeki hak, kişilik hakkının alt türüdür⁴¹. Başka bir ifadeyle, kişinin resmi üzerindeki hak, kişilik hakkına ilişkin olan ZGB Art. 28 f. 1 hükmünün somutlaşmış bir görünümüdür⁴².

D. Türk Hukukunda Kişinin Resmi Üzerindeki Hak

Türk hukukunda kişinin resmi üzerindeki hakka ilişkin Alman hukukundaki gibi özel bir hüküm mevcuttur. Bu hüküm 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda yer alır. FSEK m. 86 f. 1'e göre, eser niteliğinde olmasa bile kişinin resmi, resmedilenin rızası olmadan teşhir veya diğer suretlerle umuma arz edilemez⁴³. Türk hukukunda kişinin resmi üzerindeki hak, özel bir norm ile koruma altına alınmıştır⁴⁴.

FSEK m. 86 f. 1, kişilik hakkını koruyan TMK m. 24'e nazaran özel hüküm (*lex specialis*) niteliğindedir.

FSEK m. 86 hükmünün kapsamı, resmin "eser niteliği"nden bağımsızdır⁴⁵. Kişinin resmi, eser niteliğinde olmasa bile resmedilenin rızası olmadan yayımlanamaz. Kanun koyucunun böyle bir düzenleme getirmesinin sebebi, resmin eser niteliğini değil, resmedilenin kişilik hakkını korumak düşüncesidir⁴⁶.

Kişinin resmi eser niteliği taşımasa da korunduğuna göre, eser niteliğine sahip olması durumunda ne olacağı sorusu akla gelebilir. Eğer kişinin resmi eser niteliğindeyse, resmin yayımlanabilmesi için sadece resmedilen kişinin rızası yeterli olmaz; resmedilen kişinin rızasının yanı sıra eser sahibinin de rızası aranır⁴⁷.

³⁹ Dörr (n 30) Art 28 N 7; Meili (n 30) Art 28 N 17. Diğer sosyal kişilik değerlerine örnek olarak ad, ses, şeref ve haysiyet gösterilebilir (Dörr (n 30) Art 28 N 7; Meili (n 30) Art 28 N 17).

⁴⁰ Schwenniger (n 30) Art 28 N 6; Büchler (n 30) Art 28 N 9; Aebi-Müller, *CHK* (n 30) Art 28 N 25; Meili (n 30) Art 28 N 19.

⁴¹ BGE 136 III 401.

⁴² BGE 127 III 481.

⁴³ FSEK m 86 f 1: "Eser mahiyetinde olmasalar bile, resim ve portreler tasvir edilenin, tasvir edilen ölmüşse 19 uncu maddenin birinci fıkrasında sayılanların muvafakati olmadan tasvir edilenin ölümünden 10 yıl geçmedikçe, teşhir veya diğer suretlerle umuma arz edilemez". Aynı hükmün ikinci fıkrasında rızanın alınmasının şart olmadığı istisnai durumlara yer verilmiştir. FSEK m 86 f 2: "Birinci fıkradaki muvafakatin alınması: 1. Memleketin siyasi ve içtimai hayatında rol oynayan kimselerin resimleri; 2. Tasvir edilen kimselerin iştirak ettiği geçit resmi veya resmi tören yahut genel toplantıları gösteren resimler; 3. Günlük hadiselerle mütaallik resimlerle radyo ve film haberleri; için şart değildir".

⁴⁴ Gümüş (n 1) 371; Levent Yavuz, Türkay Alıca ve Fethi Merdivan, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt II (49-91. Maddeler)* (2. Bası, Seçkin 2014) 2958.

⁴⁵ Fırat Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (1. Bası, Turhan 2008) 768-769; Parlak Börü, *Fotoğraf* (n 9) § 5 II 2.

⁴⁶ Öztan (n 45) 767; Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Bası, Vedat 2012) § 18 N 13; Parlak Börü, *Fotoğraf* (n 9) § 5 II 1-2.

⁴⁷ Tekinalp (n 46) § 18 N 13.

Kişinin resmi üzerindeki hakka ilişkin FSEK kapsamındaki koruma, Alman hukukunda olduğu gibi resmin yayımlanmasıyla sınırlıdır. Bu, kanunun lafzından açıkça anlaşılır. Kişi resmedilmekle birlikte kişinin bu resmi yayımlanmazsa, FSEK m. 86 hükmü uygulama alanı bulmaz. Böyle bir durumda resmedilen fakat resmi yayımlanmayan kişi, resmedildiği için kişilik hakkı ihlale uğramışsa kişiliğin korunmasına ilişkin hükümlere başvurulabilir.

Türk hukukunda kişinin resmi üzerindeki hakkın varlığı, kişilik hakkının bir görünümü olarak öğreti tarafından kabul edilmiştir⁴⁸. Öğretinin yanı sıra Yargıtay da kişinin resmi üzerindeki hakkın varlığını kabul etmiştir⁴⁹. Dolayısıyla FSEK m. 86 f. 1'in kapsamadığı durumlarda, kişilik hakkı kapsamında bir hukuki korumanın mevcut olduğunu söyleyebilmek mümkündür.

Kişinin resmi, öğreti tarafından bir kişilik değeri olarak kabul edilmektedir. Bunun sebebi, kişinin resminin kişilik ile olan ilişkisidir. Kişinin resmi, kişinin kişiliğini yansıtan bir parça olduğuna göre, bir kişilik değeri olduğuna şüphe yoktur ve kişilik hakkı kapsamında korunur⁵⁰.

Kişinin resmi üzerindeki hakkın bağımsız olup olmadığı tartışmalıdır^{51,52}. Öğretideki egemen görüşe göre, kişinin resmi üzerinde bağımsız bir kişilik hakkının

⁴⁸ Ferit Hakkı Saymen, *Türk Medeni Hukuku, Cilt II, Şahsın Hukuku* (2. Bası, İsmail Akgün 1960) 129; Zahit İmre, 'Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerin Korunmasına İlişkin Meseleler' (1974) 39(1-4) İÜHF 147, 163; Ergun Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu* (3. Bası, Sulhi Garan 1977) 149; Aytekin Ataay, *Şahıslar Hukuku, Giriş - Hakiki Şahıslar* (3. Bası, Fakülteler 1978) 145; Zahit İmre, *Medeni Hukuka Giriş (Temel Kavramlar, Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku)* (3. Bası, Fakülteler 1980) 474; Bülent Köprülü, *Medeni Hukuk, Genel Prensipler - Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler - Tüzel Kişiler)* (2. Bası, Acar 1984) 281; Gümüş (n 1) 367; Veysel Başpınar, 'Kişilik Hakkı Açısından Keleşleme Sözleşmeleri' (1999) 56(1) ABD 17, 17; Aydın Zevkiler, Mehmet Beşir Acabey ve Kadir Emre Gökyayla, *Zevkiler Medeni Hukuk (Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku)* (6. Bası, Seçkin 1999) 461; Abdülkadir Arpacı, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)* (2. Bası, Beta 2000) 130; Serap Helvacı, *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Korumaya Davalar (MK md. 24/a fıkra I/İMK md.28a fıkra I)* (1. Bası, Beta 2001) 72; Mehmet Beşir Acabey, 'Basın Özgürlüğü ve Bu Özgürlüğün Bir Sınırı Olarak Kişilik Hakkı' (2013) 8(Özel Sayı) YÜED (Prof. Dr. Aydın Zevkiler'e Armağan) 1, 20; Jale G Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Birinci Cilt* (12. Bası, Beta 2015) 391; Fulya Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat (2. Bası, Seçkin 2015) 99; O Gökhan Antalya, *Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması, Türk Hukukunda Manevi Tazminatın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi* (1. Bası, Legal 2017) 128; Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler* (8. Bası, Legal 2017) 133; Hüseyin Hatemi, *Kişiler Hukuku* (7. Bası, On İki Levha 2018) § 8 N 39; M Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (17. Bası, Filiz 2018) N 618; Rona Serozan, *Medeni Hukuk (Genel Bölüm/Kişiler Hukuku)* (8. Bası, Vedat 2018) Kişiler Hukuku I § 3 N 10a-10b; O Gökhan Antalya, 'Borçlar Hukuku Genel Hükümler' iç O Gökhan Antalya (ed), *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt VII, 2* (2. Bası, Seçkin 2019) N 866; Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku* (20. Bası, Filiz 2019) N 699 vd.

⁴⁹ "Kişilik haklarına şahsa sıkı sıkıya bağlı, devredilemeyen ve vazgeçilemeyen haklar olup; hayat beden ve ruh tamlığı, düşünce ve çalışma özgürlüğü, şeref, haysiyet, ad ve resim üzerindeki haklar olarak sayılabilir ve bu sayılanlarla da sınırlı değildir" (Yargıtay HGK, 4-926/742, 17.10.2001 (Kazancı)). Aynı yönde bkz Yargıtay 4 HD, 7425/3799, 06.03.2014 (Kazancı); Yargıtay HGK, 13-61/110, 25.02.2004 (Kazancı).

⁵⁰ Saymen (n 48) 129; İmre, 'Özel Hayat' (n 48) 163; Özsunay (n 48) 149; İmre, *Medeni Hukuk* (n 48) 474; Köprülü (n 48) 281; Gümüş (n 1) 367; Zevkiler, Acabey ve Gökyayla (n 48) 461; Arpacı (n 48) 130; Helvacı, *Koruyucu Davalar* (n 48) 72; Gediz Kocabaş, *Türk Hukukunda Basın Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kişilik Hakkı* (2004) 38; Acabey (n 48) 11; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 48) 391; Ertüle (n 48) 99; Antalya, *Manevi Tazminat* (n 48) 128; Helvacı, *Gerçek Kişiler* (n 48) 133; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 48) N 618.

⁵¹ Aebi-Müller, *Persönlichkeitsschutz* (n 26) N 823; Aebi-Müller, *CHK* (n 30) Art 28 N 25.

⁵² Bu tartışma hem İsviçre hukukunda hem de Türk hukukunda yapılmaktadır. Bu sebeple bu tartışmaya İsviçre hukukuna ilişkin yapılan açıklamalar kısmında yer verilmemiştir.

varlığı söz konusudur⁵³. Dolayısıyla kişinin rızası olmaksızın sadece resminin yayımlanması, kişinin şeref ve haysiyet veya özel hayat alanı gibi diğer kişilik değerlerinin ihlalden bağımsız olarak bir ihlal oluşturur⁵⁴. Başka bir deyişle böyle bir fiil, kişinin şeref ve haysiyeti veya özel hayatının gizliliğini ihlal etmeksizin sadece kişinin resmi üzerindeki hakkın ihlal edilmesidir ve böylece bir kişilik hakkı ihlalden söz edilecektir⁵⁵. Bu görüşe karşılık başka bir görüşe göre, kişiyi sadece resmetmek, genellikle şeref ve haysiyetin ihlali veya özel hayat alanına yönelik hukuka aykırı bir saldırı anlamına gelir. Bunun bir sonucu olarak kişinin resmi üzerinde bağımsız bir haktan söz edilemez⁵⁶. Başka bir ifadeyle, böyle bir fiilin diğer kişilik değerlerinden bağımsız bir ihlal olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir.

Kişinin resmi üzerindeki hakkın ihlali çoğu zaman şeref ve haysiyet veya özel hayat alanı gibi başka kişilik değerlerini ihlal eder niteliktedir⁵⁷. Zira kişinin resmi üzerindeki hakka yönelik bir ihlal, başka kişilik değerlerini de ihlal etmeye elverişlidir. Ancak bu sadece kişinin resmi üzerindeki hak için geçerli bir durum değildir. Bir fiil ile birden fazla kişilik değerinin ihlal edilebildiği pek çok durum mevcuttur. Aynı fiille birden çok kişilik değerinin ihlal edilebilmesi mümkün olduğuna göre ihlal ile aynı paydada buluşan bu kişilik değerlerinin birbirine bağlı olduğu veya birinin diğerine bağlı olduğu yolunda bir yorum yapılamayacağı söylenebilir. Dolayısıyla kişinin resmi üzerindeki hak, bağımsız bir haktır. Bu hakkın ihlali, başka kişilik değerlerinin ihlaline bağlı değildir. Başka bir deyişle, başka kişilik değerlerinin ihlali kişinin resmi üzerindeki hakkın ihlali için bir ön koşul olmaz⁵⁸.

⁵³ Gümüş (n 1) 368; Helvacı, *Koruyucu Davalar* (n 48) 74; Kocabaş (n 50) 38; Cüneyt Bellican, ‘Şeref ve Haysiyetin Korunması, Özel Hayatın Gizliliği ve Sanat Özgürlüğü: Özel Hukuk Açısından Bir Değerlendirme’ *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan Cilt I* (On İki Levha 2010) 535, 545; Ahmet M Kılıçoğlu, *Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk* (4. Bası, Turhan 2013) 109 dn 172; Acabey (n 48) 30; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 48) N 618; Dural ve Ögüz (n 48) N 700-701.

⁵⁴ Gümüş (n 1) 367; Acabey (n 48) 30.

⁵⁵ Zevkliler, Acabey ve Gökyayla (n 48) 462.

⁵⁶ Nisim İ Franko, *Şeref ve Haysiyete Tecavülden Doğan Manevî Zararın Tazmini* (1973) 43. Dural ve Ögüz, kişinin resminin yayınlanmasının genellikle aynı zamanda onun şeref ve haysiyetine ya da özel ve gizli hayatına bir saldırı oluşturacağını, bu bakımdan resmin yayınlanmasıyla sırf resim üzerindeki kişilik hakkının ihlalinin söz konusu olabileceği halleri bulmanın oldukça zor olduğu fikrindedir. Yazarlara göre, resmin yayınının şeref ve haysiyetten ya da özel alana saldırıdan soyut olarak kişiliği ihlal etmesi oldukça zordur (Dural ve Ögüz (n 48) N 700). Yazarlar burada bir “zorluk”tan bahsetmektedirler. Dolayısıyla yazarların “resmin yasaklanmış olmasına rağmen çekilmiş olması”, “izin verilmeden daha geniş bir çevreye yayılması” olarak gösterdikleri örneklerde olduğu gibi, sırf resim üzerindeki kişilik hakkının ihlalinin mümkün olacağını belirttiklerine göre (Dural ve Ögüz (n 48) N 701), kişinin resmi üzerindeki hakkı bağımsız bir hak olarak kabul ettikleri kanaatindeyiz.

⁵⁷ Bellican (n 53) 545. İmre’ye göre, bir kimsenin resminin bir gazetede, dergide veya başka bir yerde yayımlanmasının veya teşhirinin kişilik hakkına tecavüz oluşturduğu hallerin birçoğunda, aynı zamanda kişinin özel hayatı da ihlal edilmektedir. Bazı hallerde ise böyle bir ihlal, aynı zamanda şeref ve haysiyetin ihlali (İmre, ‘Özel Hayat’ (n 48) 163, 165). Aynı yönde bkz Acabey (n 48) 30. Gümüş’e göre, resim vasıtasıyla işlenen şeref ve haysiyet veya özel hayata yönelik ihaller, salt kişinin resmi üzerindeki hakka yönelik ihalden daha ağır sonuçlar doğurduğundan, kişinin resmi üzerindeki hakkın ihlali bunların içerisinde erir, yok olur (Gümüş (n 1) 369). Helvacı’ya göre, bir kimsenin resminin onun kişilik hakkına tecavüz oluşturacak şekilde yayımlanması genellikle özel hayatın ya da şeref ve haysiyetin ihlali niteliğindedir. Yazara göre, kişinin resmi üzerindeki hak çoğunlukla bu iki hak tarafından içine alınıp eritilmiştir (Helvacı, *Koruyucu Davalar* (n 48) 74).

⁵⁸ Kocabaş bu durumu “resim üzerindeki hakkın ihlali için mutlaka diğer kişisel değerlerin de ihlali gerekmez” şeklinde açıklamıştır (Kocabaş (n 50) 38).

Sözgelimi, bir kimsenin resminin kişinin rızası olmaksızın kartpostal olarak çoğaltılıp ticari amaçla⁵⁹ satılması halinde, kişinin şeref ve haysiyetine yönelik bir ihlal olmamasına karşın, kişinin resmi üzerindeki hakkı ihlal edilmiştir⁶⁰. Aynı şekilde Anıtkabir’i ziyaret eden anne ve oğulun çekilen resminin bir derginin reklamlarında yayımlanmasında bağımsız olarak kişinin resmi üzerindeki hakkın ihlali söz konusudur⁶¹.

Öğretinin yanı sıra yargı kararlarında da kişinin resmi üzerindeki hakkın varlığı kabul edilmiş, hak açıklanmıştır. Yargıtay, kişinin resmi üzerindeki hakkı kişilik hakkının kapsamında yer alan kişilik değerlerinden biri olarak ele almıştır⁶².

III. Kişinin Resmi Kavramı

A. Tanım

Resim, Türk Dili Kurumu tarafından “*varlıkların, doğadaki görünüşlerinin kalem, fırça gibi araçlarla kâğıt, bez vb. üzerinde yapılan biçimleri*” olarak tanımlanmıştır⁶³. Türk Dil Kurumuna göre resmin diğer bir anlamı “*fotoğraf*”tır. Fotoğraf ise, Fransızca kökenli bir isimdir ve şöyle tanımlanmıştır: “*1. Çeşitli araç ve malzeme kullanarak görüntüyü özel bir yüzey üzerinde sabitleme, 2. Bu yöntemle aktarılarak çoğaltılan resim, foto, 3. Görüntü*”⁶⁴.

⁵⁹ “Davacının dış görüntüsünü yansıtan resminin katoloğa alınarak ticari amaçla üçüncü kişilere gösterilmek suretiyle kişilik hakları ihlal edildiği sabittir” (Yargıtay 4 HD, 2833/3622, 21.03.2016 (Kazancı)); “(...) resmin haber verme dışında ticari amaçlarla kullanılması kişilik hakkına saldırıdır” (Yargıtay HGK, 4-275/459, 03.10.1990 (Kazancı)).

⁶⁰ Gümüş (n 1) 368.

⁶¹ Yargıtay HGK, 4-275/459, 03.10.1990 (Kazancı); Gümüş (n 1) 368; Kılıçoğlu (n 53) 112. AİHM’in de kişinin resmi üzerindeki hakka ilişkin bir kararı mevcuttur: Söz konusu olayda, özel bir klinikte yeni doğan bir bebeğin ailesinin izni olmaksızın fotoğrafları çekilmiştir. Profesyonel bir fotoğrafçı tarafından çekilen fotoğraflarda, bebeğin yüzü kameraya dönük biçimdedir. Başvuranlar, sadece sağlık görevlerinin girebileceği steril bir alana fotoğrafçıların girip fotoğraf çekmeleri neticesinde tazminat davası açmışlar, ancak Yunanistan mahkemesi davayı reddetmiştir. AİHM ise, AİHS’in 8. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Fotoğrafların bebeği sadece önden göstermesine ve alçaltıcı veya kişiliğine zarar verici olarak düşünülmemeyecek bir durumda olmasına rağmen, AİHM’in bu yönde hüküm kurmasının sebebi, fotoğrafçının sözü edilen fotoğrafları başvuranların izni olmadan çekmesidir. Zira AİHM’e göre fotoğrafların zararsız olup olmaması tartışılması gereken bir durum değildir. Asıl sorun, bunların izinsiz şekilde çekilmesidir. Fotoğrafların o an zarar verici bir niteliği olmasa bile, ileride çocuğun ve/veya ebeveynlerinin isteklerine aykırı olarak kullanılabilme ihtimali vardır. Bu sebeple, sözü edilen olayda bebeğin özel hayatına saygı hakkı ihlal edilmiştir (*Reklos and Davourlis v Greece App no 1234/05 (ECHR, 15 January 2009)*).

⁶² “*Kişisel haklar, kişinin kendi hür ve bağımsız varlığının bütünlüğünü sağlar. Hayat, beden ve ruh tamlığı, vicdan, düşünce ve ekonomik çalışma özgürlüğü, servet, haysiyet ve itibar, ün, ad, sıv ve resim hep kişisel varlıklardır*” (Yargıtay 7 HD, 6503/7166, 25.03.2016 (Kazancı)); “*Kişilik hakları şahsa sıkı sıkıya bağlı, devredilemeyen ve vazgeçilemeyen haklar olup hayat beden ve ruh tamlığı, düşünce ve çalışma özgürlüğü, şeref, haysiyet, ad ve resim üzerindeki haklar olarak sayılabilir ve bu sayılanlarla da sınırlı değildir*” (Yargıtay 4 HD, 6950/1319, 03.02.2015 (Kazancı)); “*Gerek uygulamada gerekse öğretilerde belirlendiği gibi kişilik hakları kişinin hayat hakkı, ruh ve beden bütünlüğü, din, vicdan ve düşünce hürriyeti, çalışma hürriyeti, onur, isim, ün, saygınlık, resim, sıv gibi korunması gereken kavramlardır*” (Yargıtay HGK, 4-464/465, 02.07.2008 (Kazancı)); “*Resim, kişinin başkalarından ayırt edilmesini sağlayan ve üzerinde tasarruf sahibi olduğu kişilik varlıklarındandır*” (Yargıtay 4 HD, 8726/2722, 17.03.2005 (Kazancı)); “*Bugün genel kabul görmüş belirleme ve ayırma göre kişisel değerler (varlıklar) üç ana grupta toplanmaktadır. Birincisi, bedensel bütünlüğe ilişkin maddi varlıklar (yaşam-sağlık); ikincisi, ruhsal (manevi) varlıklar (onur-saygınlık, özgürlükler, sıv, resim); üçüncüsü ise mesleki ve ekonomik değerlerdir*” (Yargıtay HGK, 4-617/137, 20.03.1991 (Kazancı)); “*Bir kimsenin, dış görünümü üzerinde kişilik hakkı vardır*” (Yargıtay HGK, 4-275/459, 03.10.1990 (Kazancı)). Aynı yönde bkz Yargıtay 7 HD, 37812/6073, 10.03.2016 (Kazancı); Yargıtay 4 HD, 10285/11563, 10.09.2014 (Kazancı); Yargıtay 4 HD, 7425/3799, 06.03.2014 (Kazancı); Yargıtay HGK, 13-61/110, 25.02.2004 (Kazancı).

⁶³ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük’e göre resim, Arapça kökenli bir isimdir <<http://sozluk.gov.tr>> Erişim Tarihi 28.04.2020.

⁶⁴ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük <<http://sozluk.gov.tr>> Erişim Tarihi 28.04.2020.

Resim ve fotoğraf, birbirinden farklı kavramlar olsa da “kişinin görünümü” söz konusu olduğunda bu iki kavram arasındaki sınır siliktir⁶⁵. Çalışmamızda öğretiler benimsenmiş olan “kişinin resmi” kavramını kullanacağız. “Kişinin resmi” kavramı, tam olarak ne resim kavramıyla ne de fotoğraf kavramıyla örtüşür. Bu kavramın, resim ve fotoğraf kavramlarını kapsayan daha geniş bir anlam taşıdığını söyleyebiliriz.

Öğretilerde bu kavram için çeşitli tanımlar yapılmıştır. İmre’ye göre kişinin resmi, “*ister fotoğraf makinesi ile çekilmiş olsun, ister bir ressam tarafından çizilmiş bulunsun, bir insanın fiziki portresi*”dir⁶⁶. Özsunay, kişinin resmini “*ister fotoğraf makinesi ile çekilmiş olsun; ister bir ressam tarafından çizilsin, onu tanıtmaya hizmet eden ve onun kişiliğini dış dünyaya yansıtan en önemli araçlardan biri*” olarak tanımlamıştır⁶⁷. Köprülü’ye göre kişinin resmi, “*genellikle kişinin fiziksel görünümünün maddi bir şey üzerinde tanınabilir bir biçimde kopya edilmesi veya yansıtılmasıdır*”⁶⁸. Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, kişinin resmini “*kişinin dış yaşama yansıyan ve onu öteki kişilerden ayıran görünümü*” olarak ifade etmiştir⁶⁹. Gümüş’e göre kişinin resmi, “*kişiyi başkaları için tanınabilir kılacak şekilde kopyalayan ‘her türlü dış görünüm’*”dür⁷⁰. Helvacı, kişinin resmini “*bir insanın özelliklerini gösteren simge*” olarak tanımlamıştır⁷¹. Öztan’a göre kişinin resmi, “*bir kimsenin dış görünüşü, o insanı teşhis etmeye elverişli biçimde aksettiren kayıt*”tır⁷². Kılıçoğlu’na göre ise, “*kişinin dış görünüşünün kendisini tanımlanabilir şekilde kopya edilmesi*”dir⁷³. Acabey’e göre, “*kişinin dış âleme yansıyan ve onu toplumdaki öteki kişilerden ayıran görünümü*” kişinin resmidir⁷⁴. Dural ve Ögüz’e göre kişinin resmi, “*onun kişiliğini dış dünyaya yansıtan önemli araçlardan biri*”dir⁷⁵. Fricke’ye göre ise kişinin resmi, onun dış görünüşünün tanınabilir çoğaltması olarak tanımlanabilir⁷⁶. Bamberger’e göre, kişinin dış dünyadaki görünüşünü yansıtmaması sebebiyle onun üçüncü kişiler tarafından tanınabilmesini sağlayan bir tasviri, kişinin resmidir⁷⁷.

⁶⁵ Fotoğraf ile resim kavramları arasındaki ilişki için ayrıntılı açıklamalar için bkz Parlak Börü, *Fotoğraf* (n 9) § 1 IV vd.

⁶⁶ İmre, ‘Özel Hayat’ (n 48) 164; İmre, *Medeni Hukuk* (n 48) 474.

⁶⁷ Özsunay (n 48) 148-149.

⁶⁸ Köprülü (n 48) 281.

⁶⁹ Zevkliler, Acabey ve Gökyayla (n 48) 461.

⁷⁰ Gümüş (n 1) 364.

⁷¹ Helvacı, *Koruyucu Davalar* (n 48) 72; Helvacı, *Gerçek Kişiler* (n 48) 133. Resmin kişinin özelliklerini gösterdiği yönünde bkz Bamberger (n 17) BGB § 12 Rn 106.

⁷² Öztan (n 45) 768.

⁷³ Yazar bu tanımı “geniş anlamda kişi resmi” olarak nitelendirmiştir. Yazara göre resmin tanımı “geniş anlamda kişi resmi”nin tanımından farklıdır ve şu şekildedir: “*Resim, dış dünyadaki bir görünüşün maddi bir cisim üzerindeki kopyasıdır*” (Kılıçoğlu (n 53) 48).

⁷⁴ Acabey (n 48) 19.

⁷⁵ Dural ve Ögüz (n 48) N 699.

⁷⁶ Fricke (n 3) KUG § 22 Rn 5.

⁷⁷ Bamberger (n 17) BGB § 12 Rn 107.

Yargıtaya göre kişinin resmi, kişinin “bir dış görünüşünü ve o kimsenin tanınmasını sağlayacak biçimde yansıtan yüzey bir cisim”dir⁷⁸. Yargıtayın başka bir kararında ise “resim ve portreler bir kimsenin dış görünüşünü o insanı tanımaya imkan verecek biçimde yansıtan nesnedir” şeklinde bir tanım yapılmıştır⁷⁹. Yargıtayın benzer bir tanımı “fotoğraf” için de yaptığı görülmektedir: “Fotoğraf ise, bir kimsenin dış görünüşünü ve o kimsenin tanınmasını sağlayan cisimdir”⁸⁰.

Kanaatimizce kişinin resmi, kişinin dış dünyadaki görünüşünün görüntülenebilen bir cisim üzerinde çeşitli araçlarla yapılan tanınabilir biçimidir. Başka bir deyişle, kişiliğin dış dünyadaki görünüşü, somutlaşmış halidir. Bu sebeple kişinin resmi, onun kişiliğinin en önemli parçalarından biridir⁸¹.

B. Unsurlar

Kişinin resmine ilişkin yapılan tanımlara bakıldığında, kişinin resminin üç unsura sahip olduğundan söz edilebilir⁸²: Çoğaltma, kişinin dış görünüşü ve tanınabilirlik.

1. Çoğaltma

Kişinin resminin sahip olması gereken birinci unsur, çoğaltmadır. Çoğaltma, kişinin dış görünüşünün aslına uygun olarak yapılan taklidi, reproduksiyonudur⁸³. Başka bir ifadeyle çoğaltma işi, kişinin dış görünüşünün kopya edilmesidir⁸⁴.

Bir kişinin resmin konusu haline getirilmesi, onun resmedilmesi demektir. Başka bir deyişle resmedilme, kişinin dış görünüşünün elde edilmesidir. Dolayısıyla çoğaltmanın resmedilme işinin bir sonucu olduğu söylenebilir.

Çoğaltma kavramı geniş yorumlanmalıdır⁸⁵. Bu yüzden kişinin resmedilmesinde kullanılan tekniğin ve bunun niteliğinin bir önemi yoktur⁸⁶. Resmedilme, kişinin

⁷⁸ Yargıtay HGK, 4-275/459, 03.10.1990 (Kazancı).

⁷⁹ Yargıtay HGK, 4-926/742, 17.10.2001 (Kazancı).

⁸⁰ Yargıtay 4 HD, 6920/3478, 10.03.2009 (Kazancı).

⁸¹ Bamberger (n 17) BGB § 12 Rn 106. AİHM’e göre kişinin resmi, kişinin eşsiz özelliklerini ortaya koyduğundan ve onu başkalarından ayırt etmeye yaradığından onun kişiliğinin en önemli parçalarından biridir (*Lillo-Stenberg and Sæther v Norway* App no 13258/09 (ECHR, 16 January 2014), § 26).

⁸² Gümüş ve Kocabaş’a göre, resmin “görünüm” ve “tanınabilirlik” olmak üzere iki unsuru vardır (Gümüş (n 1) 365-366; Kocabaş (n 50) 38).

⁸³ FSEK m 22’de de yer alan çoğaltma sözcüğü, Ayiter’e göre FSEK’te teknik bir terim olarak kullanılmakta ve eserin tekrarlanması olanağını sağlayan bir eser nüshasının elde edilmesidir (Nuşin Ayiter, *Hukukta Fikir ve San’at Ürünleri* (2. Bası, Sevinç 1981) 128). Öztan’a göre çoğaltma, geniş kapsamlı bir kavramdır ve FSEK m 22’deki anlamıyla bir eserin maddi varlığı olan bir hususla her türlü birleştirilmesi suretiyle, insanın, onu doğrudan doğruya veya dolaylı olarak herhangi bir yolla algılayabileceği şekle sokulmasıdır (Öztan (n 45) 355).

⁸⁴ Gümüş (n 1) 365. Köprülü bu durumu “fiziksel görünümün kopya edilmesi veya yansıtılması” biçiminde ifade etmektedir (Köprülü (n 48) 281).

⁸⁵ Engels (n 27) KUG § 22 Rn 20.

⁸⁶ Öztan (n 45) 356; Louisa Specht, ‘Das Recht am eigenen Bild (§§ 22 ff. KUG)’ iç Thomas Dreier ve Gernot Schulze (edr), *Urheberrechtsgesetz: UrhG, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz Kommentar* (6. Bası, CH Beck 2018) KUG § 22 Rn 1; Engels (n 27) KUG § 22 Rn 20.

fotoğrafının çekilmesi, resminin çizilmesi veya görüntüye kaydedilmesi şeklinde olabilir⁸⁷. Ancak resmedilme bunlarla sınırlı değildir. Başka yöntemlerle de kişi resmedilebilir.

Kişi, resmin konusu haline getirilirken birtakım araçlardan yararlanır. Bunlar, kalem, fırça, fotoğraf makinesi, kamera gibi araçlar olabilir. Bunlar gibi bilindik resmetme araçlarının yanında asıl işlevi resmetme olmayan başka araçlarla, örneğin kibrit çöpü, insan gibi araçlarla da kişinin dış görünüşü elde edilebilir. Kişi resmedilirken kullanılan yöntemin veya aracın bir önemi yoktur⁸⁸. Çoğaltma kavramına kişinin dış görünüşünün herhangi biçimdeki çoğaltması da dahildir⁸⁹.

Kişinin dış görünüşü hangi yöntem veya araçla resmedilirse resmedilsin, mutlaka görüntülenebilen bir cisim üzerinde biçimlenmiş olmalıdır⁹⁰. Bu, kâğıt, bez, tuval, ekran gibi bir cisim olabilir. Tıpkı resmetme araçlarında olduğu gibi, asıl işlevi resmedilen biçimi yansıtmak olmayan (toprak, taş, alçı, plastik gibi⁹¹) bir cisim üzerinde biçimlenme de söz konusu olabilir. Kişinin dış görünüşünü elde ederken kullanılan yöntem veya araç gibi resmin üzerinde biçimlendiği cismin de bir önemi yoktur⁹². Bu cismin görüntülenebilir olması yeterlidir.

Çoğaltma kavramına sadece kişinin dış görünüşünün basılı kopyadaki çoğaltması değil, herhangi bir ortamdaki çoğaltması da dahildir⁹³. Öğretideki bir görüşe göre, kişinin dış görünüşü yalnız iki boyutlu bir cisim üzerinde biçimlenmiş olursa kişinin resmi olarak kabul edilebilir⁹⁴. Bu görüşe göre, üç boyutlu bir cisim üzerinde biçimlenmiş bir dış görünüş kişinin resmi olarak kabul edilmez. Çoğaltmanın geniş yorumlanması gerekliliği sebebiyle bu görüşe katılmıyoruz⁹⁵.

⁸⁷ Büchler (n 30) Art 28 N 9.

⁸⁸ Gümüş (n 1) 365; Öztan (n 45) 768; Kılıçoğlu (n 53) 48; Acabey (n 48) 19; Antalya, *Manevi Tazminat* (n 48) 129.

⁸⁹ Fricke (n 3) KUG § 22 Rn 5; Engels (n 27) KUG § 22 Rn 20.

⁹⁰ Köprülü'ye göre resim "maddi bir şey üzerinde" kopya edilmiş olmalıdır (Köprülü (n 48) 281). Bizim kullandığımız "cisim", yazarın ifadesi ile özdeş anlamdadır. Zira cismin maddi bir varlığa sahip olduğu kuşkusuzdur.

⁹¹ Mustafa Ateş, *Fikrî Hukukta Eser* (1. Bası, Turhan 2007) 430.

⁹² Gümüş (n 1) 365; Ateş (n 91) 430; Acabey (n 48) 19.

⁹³ Fricke (n 3) KUG § 22 Rn 5; Engels (n 27) KUG § 22 Rn 20.

⁹⁴ Kayıhan İçel, *Kitle İletişim Hukuku* (2. Bası, İstanbul Üniversitesi 1985) 94.

⁹⁵ Aynı yönde bkz Gümüş (n 1) 366; Kocabaş (n 50) 38; Ateş (n 91) 431.

2. Kişinin Dış Görünüşü

Kişinin resminin sahip olması gereken ikinci unsur, kişinin dış görünüşüdür⁹⁶. Kişinin dış görünüşünü yansıtmayan bir biçim, kişinin resmi olarak kabul edilemez⁹⁷. Kişiye ilişkin yapılan tasvirin görsel olarak değil de sözel olarak ortaya çıkmasında da aynı sonuca varmak mümkündür⁹⁸.

Görünüş, kişinin dış görünüşüne nazaran daha geniş bir anlam taşır. Bu yüzden ki görünüş şeklindeki bir ifade, kişinin resmi kavramının bir unsuru olarak ifade edilmemelidir. Zira görünüş, ancak iki özelliğe sahip olduğunda kişinin resminin bir unsuru olarak anlamlı hale gelir: Birincisi, görünüş, “kişi”nin görünüşü olmalıdır. Resmedilen biçim, kişinin kendisi değil, sözelimi kişinin taşınır veya taşınmaz bir eşyası ise bu görünüş, kişinin resmi kavramı kapsamında değerlendirilmez⁹⁹. İkincisi, görünüşün, kişinin “dış” görünüşü olması gereklidir¹⁰⁰. Bu yüzden kişinin hastanede çektiği göğüs ve baş tomografisi ile hamile bir kadının çektiği ultrason kişinin resmi kavramına dahil edilemez¹⁰¹.

İlk olarak belirtmek gerekir ki kişinin dış görünüşü olduğu gibi resmedilebilir¹⁰². Bu anlamda, kişinin resmi kavramına başta kişinin kalem, fırça gibi araçlarla yapılan biçimi gireceği gibi onun fotoğraf makinesi, kamera gibi araçlarla çekilmiş görüntüsü de girer¹⁰³. Bunlar, kişinin dış görünüşünün olduğu gibi resmedildiği hallere örnektir.

Kişinin dış görünüşü olduğundan farklı olarak da resmedilebilir. Kişinin resminin diğer unsurlarının bulunması kaydıyla kişinin dış görünüşünün olduğu gibi resmedilmesi zorunlu değildir¹⁰⁴. Bu, çoğaltma kavramının geniş yorumlanmasıyla doğrudan ilgilidir. Çoğaltma kavramı, kişinin dış görünüşünün her türlü biçimde ve ortamdaki çoğaltmasını kapsadığından böyle bir sonuca ulaşmak mümkündür. Bu bakımdan kişinin dış görünüşünün olduğundan farklı olarak resmedilmesinin akla

⁹⁶ Köprülü (n 48) 281; Gümüş (n 1) 365; Bellican (n 53) 545; Parlak Börü, *Fotoğraf* (n 9) § 5 II 2; Bamberger (n 17) BGB § 12 Rn 107.

⁹⁷ Kocabaş (n 50) 38; Engels (n 27) KUG § 22 Rn 21.

⁹⁸ Bellican (n 53) 545. Yazar, bir roman yazarının kurduğu cümlelerle ve benzetmelerle bir kişiyi tasvir etmesi halinde, bunun görsel bir tasvir olmaması sebebiyle kişinin resmi üzerindeki hakka ilişkin bir değerlendirmenin yapılamayacağını belirtir. Ancak yazara göre, bir ressamın harfleri ve sözcükleri çizgi yerine kullanarak kişinin portresini çizmesi durumunda kişinin resmi üzerindeki hakkın ihlali söz konusu olabilir (Bellican (n 53) 546 dn 34).

⁹⁹ Parlak Börü, *Fotoğraf* (n 9) § 5 II 2; Matthias Prinz, ‘Presse im Wettbewerbsrecht (S 7)’ iç Karl-Heinz Fezer, Wolfgang Büscher ve Eva Inés Oberfell (edr), *Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Band 1, Internationales Lauterkeitsrecht, Lauterkeitsrechtliche Spezialthemen, Geschichte - Systematik - Grundlagen, §§ 1 bis 3 UWG* (3. Bası, CH Beck 2016) Rn 153. Parlak Börü’ye göre, kişinin sahip olduğu köpeğin resminin kartpostal biçiminde basılarak dağıtılması veya oturduğu taşınmazın resminin yayımlanması, FSEK m 86 kapsamında değildir. Zira söz konusu görüntüler, kişiye ait görüntüler olmayıp bir eşyaya ait görüntülerdir.

¹⁰⁰ Parlak Börü, *Fotoğraf* (n 9) § 5 II 2.

¹⁰¹ ibid § 5 II 2.

¹⁰² Kişinin olduğu gibi resmedilmesinin “dar anlamda resim” olarak nitelendirildiği yönünde bkz Kılıçoğlu (n 53) 48.

¹⁰³ Zevkilier, Acabey ve Gökyayla (n 48) 462; Helvacı, *Koruyucu Davalar* (n 48) 72; Yavuz, Alıcı ve Merdivan (n 44) 2960; Helvacı, *Gerçek Kişiler* (n 48) 134; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 48) N 618.

¹⁰⁴ Gümüş (n 1) 365; Öztan (n 45) 768; Kılıçoğlu (n 53) 48.

ilk gelen örneği olan karikatürün durumu değerlendirilebilir¹⁰⁵. Kişiyi aynen yansıtan resimden farklı olarak karikatürün en önemli özelliği, kişinin yüz ve vücut hatlarının abartılı bir biçimde resmedilmesidir¹⁰⁶. Kişinin dış görünüşünün olduğundan farklı şekilde resmedilmesi mümkün olduğuna göre, karikatürün kişinin resmi kavramının bir parçası olduğu açıktır¹⁰⁷.

Fotoğraf¹⁰⁸, resim ve karikatür dışında kişinin resmi olarak kabul edilenlerden bir diğeri fotomontajdır¹⁰⁹. Sözgelimi, kişinin yüzünü başkasının bedeniyle birleştiren bir görüntü, onun dış görünüşünü yansıtır. Buradan kişinin dış görünüşüne ilişkin önemli bir sonuç çıkarmak mümkündür. Şöyle ki kişinin dış görünüşünün tamamının resmedilmesi zorunlu değildir¹¹⁰. Kişinin dış görünüşünün onu tanınabilir kılan bir parçasının resmedilmesi, kişinin dış görünüşünün yansıtılması için yeterlidir¹¹¹.

Grafik, çizgi roman figürü, silüet gibi biçimler de kişinin resmi olarak kabul edilir¹¹². Bunların dışında, sikke, bilgisayar oyunu figürü ve ölüm maskesi de kişinin resmi kavramı kapsamındadır¹¹³. Görüldüğü gibi kişinin dış görünüşü iki boyutlu bir cismin yanı sıra ölüm maskesi örneğinde olduğu gibi üç boyutlu bir cisim üzerinde de biçimlenebilir. Kişinin dış görünüşünü yansıtan üç boyutlu biçime başka bir örnek olarak heykel akla gelebilir. Heykel, öğreti tarafından kişinin resmi olarak kabul edilmektedir¹¹⁴. Bunun yanında, teknolojinin gelişmesiyle beraber hologram¹¹⁵ olarak isimlendirilen görüntünün kişinin resmi kavramı kapsamında olup olmadığı akla gelebilir. Kanaatimizce tıpkı heykel gibi hologram da kişiye ait görüntüyü dış dünyaya yansıtabilmesi nedeniyle kişinin resmi olarak kabul edilmelidir. Aynı şekilde, büst ve maket de bu kapsamda kişinin resmi olarak değerlendirilebilir¹¹⁶.

¹⁰⁵ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük'e göre karikatür, Fransızca kökenli bir isimdir ve şöyle tanımlanmıştır: “*İnsan ve toplumla ilgili her tür olayı konu alarak abartılı bir biçimde veren, düşündürücü ve güldürücü resim*” <<http://sozluk.gov.tr>> Erişim Tarihi 28.04.2020.

¹⁰⁶ Gümüş (n 1) 365 dn 11; Kılıçoğlu (n 53) 50-51; Acabey (n 48) 20.

¹⁰⁷ Gümüş (n 1) 365; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla (n 48) 462; Helvacı, *Koruyucu Davalar* (n 48) 72; Öztan (n 45) 768; Tekinalp (n 46) § 18 N 15; Acabey (n 48) 20; Kılıçoğlu (n 53) 48; Yavuz, Alca ve Merdivan (n 44) 2960; Erlüle (n 48) 99; Prinz (n 99) Rn 153; Antalya, *Manevi Tazminat* (n 48) 128; Helvacı, *Gerçek Kişiler* (n 48) 134; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 48) N 618; Specht (n 86) KUG § 22 Rn 1; Engels (n 27) KUG § 22 Rn 20; Fricke (n 3) KUG § 22 Rn 5.

¹⁰⁸ Ataay fotoğraf ile resmi aynı anlamda kullanılmaktadır (Ataay (n 48) 145).

¹⁰⁹ Acabey (n 48) 30-31; Prinz (n 99) Rn 153; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 48) N 618; Engels (n 27) KUG § 22 Rn 20.

¹¹⁰ Engels (n 27) KUG § 22 Rn 21.

¹¹¹ Parlak Börü'ye göre kişinin sadece belirli uzuvlarının resmedilmesi de tanınabilirliği sağladığı ölçüde koruma kapsamındadır (Parlak Börü, *Fotoğraf* (n 9) § 5 II 2).

¹¹² Prinz (n 99) Rn 153; Engels (n 27) KUG § 22 Rn 20; Fricke (n 3) KUG § 22 Rn 5.

¹¹³ Prinz (n 99) Rn 153; Specht (n 86) KUG § 22 Rn 1; Engels (n 27) KUG § 22 Rn 20; Fricke (n 3) KUG § 22 Rn 5.

¹¹⁴ Gümüş (n 1) 366; Helvacı, *Koruyucu Davalar* (n 48) 72-73; Specht (n 86) KUG § 22 Rn 1; Engels (n 27) KUG § 22 Rn 20; Fricke (n 3) KUG § 22 Rn 5; Antalya, *Manevi Tazminat* (n 48) 128.

¹¹⁵ Türk Dil Kurumu Sinema ve Televizyon Terimleri Sözlüğü'ne göre hologram, “*Holografi işleminde, üçboyutlu görüntüyü oluşturmak üzere gerekli bilgileri taşıyan resim*” dir <<http://sozluk.gov.tr>> Erişim Tarihi 28.04.2020. Hologram, holografi yöntemiyle elde edilebilen, üç boyutlu bir yapıda görüntülenebilen bir resimdir (Karl-Heinz Fezer, *Markenrecht* (4. Basi, CH Beck 2009) § 3 Rn 499).

¹¹⁶ Ateş (n 91) 431; Öztan (n 45) 768. Kişinin dış dünyaya yansımaları ve onun diğer kişilerden ayrılmasını sağlayan tüm görüntülerin resim kapsamında olduğu yönünde bkz Helvacı, *Koruyucu Davalar* (n 48) 72-73. Resim kavramının geniş yorumlanması gerektiği yönünde bkz Tekinalp (n 46) § 18, N 15.

3. Tanınabilirlik

Kişinin resmi kavramının sahip olması gereken üçüncü unsur, tanınabilirliktir¹¹⁷. Kişinin resmi kavramından söz edebilmek için resmedilmiş kişinin resme konu olan biçimden tanınabilmesi gerekir¹¹⁸. Kişinin tanınabilmesine elverişli olmayan bir biçimin kişinin resmi olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir. Başka bir ifadeyle, biçime bakıldığında kişiyi tanıyabilmek, ayırt edebilmek mümkün değilse kişinin resminden söz edilemez¹¹⁹. Alman Federal Mahkemesinin yerleşik içtihatlarına göre tanınabilirlik, kişinin resminin sahip olması gereken bir unsurdur¹²⁰.

Kural olarak, tanınabilirlik yüz hatlarının suretinden ileri gelir¹²¹. Kişinin yüz hatlarının tasviri, onun tanınabilmesini sağlar¹²². Ancak kişinin yüz hatları onun tanınabilmesini sağlama konusunda birincil olsa da tek gösterge değildir. Başka bir deyişle, kişinin yüz hatlarının varlığı olmazsa olmaz değildir¹²³. Kişinin dış görünüşünün başka özellikleri de tanınabilirliği sağlayabilir¹²⁴. Sözcüğü, kişinin vücut yapısı, saç biçimi, özel giysileri, duruşu da onun tanınabilmesine imkân verir¹²⁵. Aynı şekilde, kişinin kafa biçimi, özel bir özü ve özel dövmeleri de bu kapsamda değerlendirilir¹²⁶. Kısaca, kişinin tanınabilmesine hizmet eden tüm araçlar bu değerlendirmede dikkate alınmalıdır¹²⁷.

¹¹⁷ Franko (n 56) 43; Köprülü (n 48) 281; Gümüş (n 1) 366; Kocabaş (n 50) 38; Aebi-Müller, *Persönlichkeitsschutz* (n 26) N 828; Öztan (n 45) 768; Bellican (n 53) 545; Parlak Börü, *Fotoğraf* (n 9) § 5 II 2; Prinz (n 99) Rn 154; Antalya, *Manevi Tazminat* (n 48) 128. Öğretide “tanınabilirlik” yerine “teşhise elverişlilik” ifadesi de kullanılmaktadır (Ateş (n 91) 430). Helvacı’ya göre, kişinin dış yaşama yansımaları ve onun diğer kişilerden ayrılmasını sağlayabilen bir görüntü, resim üzerindeki hak kapsamında kabul edilmelidir (Helvacı, *Koruyucu Davalar* (n 48) 72-73). Yazarın resmedilen kişinin diğer kişilerden ayrılması ile kastettiğinin “tanınabilirlik” olduğu ve tanınabilirliği resmin bir unsuru olarak kabul ettiği kanaatindeyiz. Zira resmedilen kişiyi diğer kişilerden ayırt edebilme, onun tanınabilmesi ile özdeş anlamdadır. Resmedilen kişinin diğer kişilerden ayırt edilemediği bir görüntüsü, onun tanınabilmesini de sağlamaz. Öğretide Erlüle’nin de benzer biçimde konuyu ele aldığı görülmektedir. Yazar, konuyu ele alırken kişiyi dış dünyaya tanıtmaya ve onu diğer kişilerden ayırma hususlarına değinmiş, bunların bulunması halinde resmin kişilik değeri olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir (Erlüle (n 48) 99). Yazarın bu yaklaşımından “tanınabilirlik” unsurunu kabul ettiği sonucuna varılmaktadır.

¹¹⁸ Haupt (n 27) § 41 Rn 51; Prinz (n 99) Rn 154; Specht (n 86) KUG § 22 Rn 3; Herrmann (n 27) KUG § 22 Rn 4.

¹¹⁹ Biçimin öznesi olan kişi tanınabiliyorsa, kişilik hakkının ihlali gündeme gelebilecektir. Onun tanınabilmesi, kişinin resmi bakımından olmazsa olmaz bir unsurdur (Aebi-Müller, *Persönlichkeitsschutz* (n 26) N 828).

¹²⁰ Alman Federal Mahkemesi 26.06.1979 tarihli bir kararında resmedilmiş kişinin tanınabilirliğinin kökleşmiş bir içtihat olduğunu ortaya koymuştur (BGH NJW 1979, 2205). Alman Federal Mahkemesinin aynı yönde kararları için bkz BGH NJW 1974, 1947; BGH NJW 1958, 827.

¹²¹ Prinz (n 99) Rn 154; Herrmann (n 27) KUG § 22 Rn 4.

¹²² Specht (n 86) KUG § 22 Rn 3; Engels (n 27) KUG § 22 Rn 24.

¹²³ Öztan (n 45) 768.

¹²⁴ Specht (n 86) KUG § 22 Rn 3; Engels (n 27) KUG § 22 Rn 24. Alman Federal Mahkemesinin bir kararına göre, tanınabilirliğin kişinin dış görünüşünün özelliklerine dayandığından söz edilemez. Kural olarak tanınabilirlik kişinin yüz hatlarından ileri gelse de kişinin diğer karakteristik özelliklerinin de dikkate alınması gerekir (BGH GRUR 2000, 717). Bu karara göre, kişinin yüz hatları ile diğer karakteristik özelliklerinin tümünün tanınabilirliğin tespitinde değerlendirilmeye alınması gerektiği sonucuna varılabilir. Dolayısıyla Alman Federal Mahkemesinin tanınabilirliği geniş yorumladığı söylenebilir.

¹²⁵ Prinz (n 99) Rn 154; Engels (n 27) KUG § 22 Rn 24; Fricke (n 3) KUG § 22 Rn 7; Herrmann (n 27) KUG § 22 Rn 4. İmre’ye göre, kişinin vücut yapısı, yüzünün şekli ve fizyonomisi, kişinin varlığının esaslı unsurlarındandır ve onun kişiliğini gösterir, onu tasvir eder (İmre, ‘Özel Hayat’ (n 48) 164; İmre, *Medeni Hukuk* (n 48) 474). Aynı yönde bkz Acabey (n 48) 19-20.

¹²⁶ Engels (n 27) KUG § 22 Rn 24. Sikke ve silüetinin tanınabilirliği sağlayabileceği yönünde bkz Specht (n 86) KUG § 22 Rn 3. Sikke ve silüetinin kişinin resminin diğer unsurlarını sağlaması koşuluyla kişinin resmi olarak kabul edilebildiğinden bahsetmiştik (III, B, 2). Specht, sikke ve silüetinin tanınabilirliği sağlamaya elverişli olduğunu belirtmiştir. Aynı şekilde Parlak Börü de bir kişinin profilden veya önden yüzdeki duyu organlarını göstermeyen silüetinin, söz konusu silüetinin kişinin içinde bulunduğu sosyal çevre içerisinde tanınabilmesine imkân sağlaması halinde kişinin resmi olarak kabul edileceğini belirtmiştir (Parlak Börü, *Fotoğraf* (n 9) § 5 II 2).

¹²⁷ Herrmann (n 27) KUG § 22 Rn 4. Fricke’ye göre kişinin tanınabilmesi kişisel resim öğeleri yoluyla olur. Bu kişisel resim öğeleri arasında yüz hatlarından saç biçimine kadar kişiye ait pek çok özellik bulunur (Fricke (n 3) KUG § 22 Rn 7).

Tanınabilirlik, resme eşlik eden birtakım öğelerden elde edilebilir. Bu öğelere resim detayları, resim başlığı, eşlik eden metin ya da önceki yayınlarla veya aynı dergideki diğer yayınlarla ilişki örnek gösterilebilir¹²⁸. Bu gibi öğelerin kişinin tanınabilmesini sağlama işlevi bulunur. Bu durum hiç kuşkusuz kişinin tanınabilmesine hizmet eden araçların bütünüyle dikkate alınması gerekliliğinin bir yansımasıdır.

Göstermelik rötuş, yüzün buzlanması, resmin bazı kısımlarının küçük bir şekilde kesilmesi ve hatta göz şeridinin kullanılması tanınabilirliği ortadan kaldırmak için yeterli değildir¹²⁹. Kişinin tanınabilmesini engelleme aracı olarak en çok kullanılan yöntemler, yüzün buzlanması ve göz şerididir. Yüzün buzlanması ile göz şeridinin kullanılmasında yüzün bir kısmı tanınmaz hale getirilir. Ancak bunların her durumda kişinin tanınabilmesini engellediği söylenemez¹³⁰. Nitekim yüzün buzlanması halinde eğer kişi saç biçimi ve giysi gibi onu tanınmaz hale getirmeyen dış görünüş özellikleri yoluyla tanınabiliyorsa, yüzün buzlanması yönteminin tanınabilirliği ortadan kaldırdığından söz edilemez¹³¹. Aynı şekilde, göz şeridinin kullanılması genellikle yüzün sadece bir kısmını kaplar. Bu yüzden kişinin göz şeridine rağmen tanınabilmesi mümkün olduğundan göz şeridinin de tanınabilmeyi ortadan kaldırdığından bahsedilemez¹³². Dolayısıyla her durumda kişinin dış görünüşüne ait diğer özellikler ile eşlik eden öğeler dikkate alınmalıdır¹³³. Yalnızca yüzün buzlanması veya göz şeridinin kullanılmasına aldanılmamalı, kişinin dış görünüşüne ait tüm özellikler ile eşlik eden öğelerin bütünüyle değerlendirilmesi sonucu kişinin tanınabilir olup olmadığı sonucuna varılmalıdır¹³⁴.

Tanınabilirlik değerlendirilirken esas alınması gereken ölçüt, ortalama bir okurun veya izleyicinin anlama yeteneği değildir. Tasvir edilen kişinin üçüncü kişiler tarafından tanınabileceğini kabul etmek için makul bir nedenin bulunması yeterlidir¹³⁵. Bunun için tasvir edilen kişiye ait biçimin kişinin mensubu olduğu sosyal çevre içerisinde tanınmasına elverişli olup olmadığı değerlendirilmelidir. Eğer kişinin yakın tanıdık çevresinde tanınabilmesini sağlayan bir biçim varsa, kişinin resmi kavramının

¹²⁸ Prinz (n 99) Rn 154; Specht (n 86) KUG § 22 Rn 3. Parlak Börü'nün eserinde yer verdiği Alman Federal Mahkemesinin bir kararında, bir derginin kapak sayfasındaki çıplak sırtı görünen kadının dergi içindeki diğer görsellerden ötürü tanınabilir olduğu yönünde karar verildiği görülmektedir (Parlak Börü, *Fotoğraf* (n 9) § 5 II 2).

¹²⁹ Specht (n 86) KUG § 22 Rn 3.

¹³⁰ Engels (n 27) KUG § 22 Rn 26.

¹³¹ Fricke (n 3) KUG § 22 Rn 7.

¹³² Prinz (n 99) Rn 154; Fricke (n 3) KUG § 22 Rn 7

¹³³ Engels (n 27) KUG § 22 Rn 26. Parlak Börü'nün eserinde yer verdiği Avusturya Temyiz Mahkemesinin bir kararına göre, kişinin yüzü bantlama veya flulaştırma ile kapatılmış olsa da diğer karakteristik özellikler kişinin tanınmasını mümkün kılıyorsa, kişi sözü edilen resmin yayımına itiraz edebilir (Parlak Börü, *Fotoğraf* (n 9) § 3 IV D).

¹³⁴ AİHM vermiş olduğu bir kararda, bir belgeselde yer alan başvuranın görüntüsünün bulanıklaştırmadan yayınlanmasında herhangi bir kamu yararı bulunmadığına hükmetmiştir (*Bremner v Turkey* App no 37428/06 (ECHR, 13 October 2015)). AİHM'in kişinin tanınabilirliğini ortadan kaldırmaya elverişli bir görüntü bulanıklaştırmasını ihlalin varlığını araştırırken ölçüt olarak ele aldığı görülmektedir.

¹³⁵ Prinz (n 99) Rn 154; Specht (n 86) KUG § 22 Rn 7; Engels (n 27) KUG § 22 Rn 22; Fricke (n 3) KUG § 22 Rn 7; BGH GRUR 1979, 732-733; BGH GRUR 1962, 211.

varlığı kabul edilir¹³⁶. Yargıtayın vermiş olduğu bir kararda, kişinin “yakın çevresi” tarafından tanınabilmesine elverişli olup olmadığı değerlendirilmiştir¹³⁷.

Tasvir edilen kişinin yakın tanıdık çevresi, kişinin en yakın arkadaş ve aile çevresinden geniş bir çevredir¹³⁸. Tasvir edilen kişinin yalnız en yakın arkadaş ve aile çevresinde tanınabilir olması, sadece o çevrede bilinen durumlar nedeniyle kişinin resmi kavramının kabulü için yeterli değildir¹³⁹. Tasvir edilen kişinin etki edemeyeceği, kendisini kolaylıkla tanıtmaya imkân bulamayacağı bir çevrede tanınabilir olması gerekir¹⁴⁰. Tasvir edilen kişiyle biçim arasındaki ilişkinin kurulabilmesi bakımından olağan bir inceleme ve dikkat yeterlidir¹⁴¹.

İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında, kişinin görsel olarak değil de sözel olarak tasvir edildiği, başka bir ifadeyle kişinin resmi üzerindeki hakkın tartışma konusu yapılmadığı bir uyuşmazlıkta ilk derece mahkemelerinin tanınabilirliğe ilişkin değerlendirmelerine yer verilmiştir. Söz konusu mahkeme kararlarında her ne kadar kişinin resmi üzerindeki hak odağında bir tanınabilirlik değerlendirilmesi yapılmamış olsa da bu açıklamaların kişinin görsel olarak tasvir edildiği durumlar için de geçerli olduğunu söyleyebilmek mümkündür. İsviçre ilk derece mahkemelerinin tanınabilirlik değerlendirmesinde “yakın tanıdık çevresi”ni ölçü aldığı görülmektedir. “Yakın tanıdık çevresi” kavramıyla tasvir edilen kişinin yaşamının önemli bir bölümünü geçirdiği, onun yaşadığı ve çalıştığı yer ile yakın arkadaş ve aile çevresinin yaşadığı yer ifade edilmektedir¹⁴².

IV. Sonuç

Kişinin resmi üzerindeki hakka dayanarak bir hukuki koruma talep etmeden önce hak talebine konu olan biçimin “kişinin resmi” olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği belirlenmelidir. Eğer hak talebine konu olan biçim, kişinin resmi olarak nitelendirilemezse kişinin resmi üzerindeki hakka dayanarak bir talepte bulunabilmek mümkün olmaz. Bu yüzdendir ki kişinin resmi üzerindeki hakkın konusu olan bu kavramın sınırlarını belirlemek önem taşır.

¹³⁶ Parlak Börü, *Fotoğraf* (n 9) § 5 II 2; Prinz (n 99) Rn 154; Specht (n 86) KUG § 22 Rn 7; Engels (n 27) KUG § 22 Rn 23; Fricke (n 3) KUG § 22 Rn 7. Parlak Börü’nün eserinde yer verdiği bir kararda Alman Federal Mahkemesi (BGH GRUR 1979, 732-733), hususi vücut duruşundan ve takımına özel formasından kalede sırtı dönük duran ünlü futbolcunun resminin tanınabilirlik şartını sağladığına “sporla ilgili olan bir kimsenin resimdeki kişinin kim olduğunu tanımakta hiç zorlanmayacağını gözeterek” hükmetmiştir (Parlak Börü, *Fotoğraf* (n 9) § 5 II 2).

¹³⁷ “Davacının resmi, rızası dışında çekilerek ve yakın çevresi tarafından tannacak şekilde bilgilerle birlikte yüzü kısmen kapatılarak gazetede yayınlanmıştır. (...) yakın çevresi tarafından tanınmasına imkan verecek biçimde fotoğrafının da yayınlanması suretiyle gerçekleştirilen bu şekildeki bir yayının davacının kişilik haklarına saldırı oluşturduğu açıktır” (Yargıtay 4 HD, 11682/12657, 21.11.2006 (Kazancı)).

¹³⁸ KG, Urteil vom 24.04.2009 – 9 U 69/08 (ZUM-RD 2012, 27-28).

¹³⁹ Engels (n 27) KUG § 22 Rn 23; Fricke (n 3) KUG § 22 Rn 7.

¹⁴⁰ Engels (n 27) KUG § 22 Rn 23; Fricke (n 3) KUG § 22 Rn 7.

¹⁴¹ Parlak Börü, *Fotoğraf* (n 9) § 5 II 2. Yazara göre olağan inceleme ve dikkatin ölçüsünde dürüstlük kuralı esas alınmalıdır.

¹⁴² BGE 135 III 145. Kişinin sözel olarak tasvir edildiği durumlar bakımından tanınabilirlik ölçütüne dair detaylı açıklamalar için bkz Şafak Parlak Börü, ‘Esra Kararı Işığında Bir Hassas Denge Değerlendirmesi: Kişilik Haklarının Korunması vs. Sanat Özgürlüğü’ (2017) 8(2) İnÜHFD 249, 276 vd.

Kişinin resmi, tasvir edilen kişinin dış görünüşünü onun tanınabilmesine imkân verecek ölçüde yansıtan biçimdir. Söz konusu biçim, üç unsura sahip olmak kaydıyla kişinin resmi olarak nitelendirilebilir: Çoğaltma, kişinin dış görünüşü ve tanınabilirlik. Bu üç unsurdan birinin mevcut olmaması, söz konusu biçimi kişinin resmi olarak nitelendirmeyi önler.

Çoğaltma, kişinin dış görünüşünün kopya edilmesidir. Bu kavramın geniş yorumlanması gerekir. Kişinin resmedilmesinde kullanılan tekniğin ve bunun niteliğinin bir önemi bulunmaz. Kişinin resmi, kalem, fırça, fotoğraf makinesi, kamera gibi araçlarla elde edilebileceği gibi asıl işlevi resmetme olmayan başka araçlarla da elde edilebilir. Kişinin dış görünüşünün elde edilmesinde kullanılan tekniğin veya aracın önemi olmamakla birlikte bu görünüşün mutlaka görüntülenebilen bir cisim üzerinde biçimlenmesi gerekir. Görüntülenebilir olmak kaydıyla kişiye ait dış görünüşün biçimlendiği cismin de bir önemi bulunmaz.

Kişinin dış görünüşü, kişinin resminin ikinci unsurudur. Kişinin dış görünüşünü yansıtmayan bir biçim, kişinin resmi olarak kabul edilmez. Görünüşün mutlaka kişiye ait bir görünüş olması ve bunun kişinin dış görünüşü olması gerekir. Kişiye ait olmayan, sözelimi kişinin eşyasının görünüşü ile kişinin dış görünüşünü yansıtmayan, sözelimi kişinin ultrasonu kişinin resmi kavramına dahil edilmez. Kişinin dış görünüşünün olduğu gibi resmedilmesi mümkün olduğu gibi kişinin dış görünüşünün olduğundan farklı olarak resmedilmesi de kişinin resmi kavramına dahildir.

Kişinin resminin sahip olması gereken sonuncu unsur, tanınabilirliktir. Söz konusu biçim, kişinin tanınmasına elverişli bir biçim değilse, başka bir ifadeyle kişinin teşhisi bahse konu biçimden mümkün değilse, kişinin resmi kavramının varlığı kabul edilmez. Kural olarak kişinin tanınabilmesine imkân sağlayan, kişinin yüz hatlarıdır. Ancak kişinin yüz hatları, tanınabilirlik bakımından yegane gösterge değildir. Kişinin dış görünüşüne ait başka özelliklerin yanı sıra resme eşlik eden birtakım öğeler de tanınabilirliği sağlayabilir. Yüzün buzlanması ve göz şeridi, tanınabilirliği engelleme amacıyla kullanılan yöntemlerdir. Ancak bu yöntemler her zaman tanınabilirliği ortadan kaldırmazlar. Kişinin tanınabilir olup olmadığı değerlendirilirken onun yakın tanıdık çevresinde tanınabilir olup olmadığına bakılmalıdır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Acabey MB, 'Basın Özgürlüğü ve Bu Özgürlüğün Bir Sınırı Olarak Kişilik Hakkı' (2013) 8(Özel Sayı) YÜED (Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan) 1-54.
- Aebi-Müller RE, 'Art. 28' iç Peter Breitschmid ve Alexandra Jungo (edr), *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB - PartG* (3. Bası, Schulthess 2016) [CHK].
- Aebi-Müller RE, *Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz* (1. Bası, Stämpfli 2005) [Persönlichkeitsschutz].
- Akipek JG, Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Birinci Cilt* (12. Bası, Beta 2015).
- Antalya OG, 'Borçlar Hukuku Genel Hükümler' iç O Gökhan Antalya (ed), *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt V/1, 2* (2. Bası, Seçkin 2019) [Borçlar Hukuku].
- Antalya OG, *Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması, Türk Hukukunda Manevi Tazminatın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi* (1. Bası, Legal 2017) [Manevi Tazminat].
- Arpacı A, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)* (2. Bası, Beta 2000).
- Ataay A, *Şahıslar Hukuku, Giriş - Hakiki Şahıslar* (3. Bası, Fakülteler 1978).
- Ateş M, *Fikrî Hukukta Eser* (1. Bası, Turhan 2007).
- Ayiter N, *Hukukta Fikir ve San'at Ürünleri* (2. Bası, Sevinç 1981).
- Bamberger HG, 'Titel 1, Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer (§ 1 - § 14)' iç Heinz Georg Bamberger, Herbert Roth, Wolfgang Hau ve Roman Poseck (edr), *Beck'scher Online-Kommentar BGB* (53. Bası, CH Beck 2020).
- Başpınar V, 'Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri' (1999) 56(1) ABD 17-34.
- Bellican C, 'Şeref ve Haysiyetin Korunması, Özel Hayatın Gizliliği ve Sanat Özgürlüğü: Özel Hukuk Açısından Bir Değerlendirme', *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan Cilt I* (On İki Levha 2010) 535-592.
- Büchler A, 'Art. 28' iç Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser (edr), *OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (3. Bası, Orell Füssli 2016).
- Çağlayan Aksoy P, *Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini* (1. Bası, On İki Levha 2016).
- Dörr BS, 'Art. 28' iç Andrea Büchler ve Dominique Jakob (edr), *Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (2. Bası, Helbing Lichtenhahn 2018).
- Dural M ve Öğüz T, *Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku* (20. Bası, Filiz 2019).
- Engels S, 'KunstUrhG § 22 [Recht am eigenen Bilde]' iç Hartwig Ahlberg ve Horst-Peter Götting (edr), *Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht* (26. Bası, CH Beck 2019).
- Erlüle F, *Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat* (2. Bası, Seçkin 2015).
- Fezer K, *Markenrecht* (4. Bası, CH Beck 2009).
- Franko Nİ, *Şeref ve Haysiyete Tecavülden Doğan Manevi Zararın Tazmini* (1973).
- Fricke M, 'KUG § 22 [Recht am eigenen Bilde]' iç Artur-Axel Wandtke ve Winfried Bullinger (edr), *Praxiskommentar Urheberrecht: UrhR* (5. Bası, CH Beck 2019).
- Gümüş MA, 'Kişinin Resmi (Görünümü) Üzerindeki Hakkı' (1997) 1(1) KOÜHFD 363-386.
- Hatemi H, *Kişiler Hukuku* (7. Bası, On İki Levha 2018).

- Haupt S, '§ 41. Internetrecht' iç Benno Heussen ve Christoph Hamm (edr), *Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch* (11. Bası, CH Beck 2016).
- Hausheer H ve Aebi-Müller RE, 'Persönlichkeitsschutz und Massenmedien - Eine Darstellung der aktuellen privatrechtlichen Ausgangslage' (2004) *recht - Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis* 129-150.
- Helvacı S, *Gerçek Kişiler* (8. Bası, Legal 2017) [Gerçek Kişiler].
- Helvacı S, *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK md. 24/a fıkra I/ İMK md.28a fıkra I)* (1. Bası, Beta 2001) [Koruyucu Davalar].
- Herrmann MM, 'KunstUrHG § 22 [Recht am eigenen Bilde]' iç Hubertus Gersdorf ve Boris P Paal (edr), *Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht* (27. Bası, CH Beck 2020).
- İçel K, *Kitle İletişim Hukuku* (2. Bası, İstanbul Üniversitesi 1985).
- İmre Z, 'Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerin Korunmasına İlişkin Meseleler' (1974) 39(1-4) İÜHFMD 147-168 [Özel Hayat].
- İmre Z, *Medeni Hukuka Giriş (Temel Kavramlar, Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku)* (3. Bası, Fakülteler 1980) [Medeni Hukuk].
- Kılıçoğlu AM, *Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk* (4. Bası, Turhan 2013).
- Kirchschläger C, 'Art. 28/28a ZGB' iç Willi Fischer ve Thierry Luterbacher (edr), *Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen* (1. Bası, Dike 2016).
- Kocabaş G, *Türk Hukukunda Basın Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kişilik Hakkı* (2004).
- Köprülü B, *Medeni Hukuk, Genel Prensipler - Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler - Tüzel Kişiler)* (2. Bası, Acar 1984).
- Mansel H, 'Titel 1, Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer (§ 1 - §§ 15-20)' iç Rolf Stürner (edr), *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch: BGB Kommentar* (17. Bası, CH Beck 2018).
- Meili A, 'Art. 28' iç Thomas Geiser ve Christiana Fountoulakis (edr), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB* (6. Bası, Helbing Lichtenhahn 2018).
- Oğuzman MK, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, (17. Bası, Filiz 2018).
- Özsunay E, *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu* (3. Bası, Sulhi Garan 1977).
- Öztan F, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (1. Bası, Turhan 2008).
- Parlak Börü Ş, 'Esra Kararı Işığında Bir Hassas Denge Değerlendirmesi: Kişilik Haklarının Korunması vs. Sanat Özgürlüğü' (2017) 8(2) İnÜHFD 249-296 [Esra Kararı].
- Parlak Börü Ş, *Fotoğraf Üzerindeki Haklar* (1. Bası, Turhan 2013) [Fotoğraf].
- Prinz M, 'Presse im Wettbewerbsrecht (S 7)' iç Karl-Heinz Fezer, Wolfgang Büscher ve Eva Inés Obergefell (edr), *Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Band 1, Internationales Lauterkeitsrecht, Lauterkeitsrechtliche Spezialthemen, Geschichte - Systematik - Grundlagen, §§ 1 bis 3 UWG* (3. Bası, CH Beck 2016).
- Säcker FJ, 'BGB § 12 Namensrecht' iç Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker ve Bettina Limperg (edr), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, §§1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG* (8. Bası, CH Beck 2018).
- Saymen FH, *Türk Medeni Hukuku, Cilt II, Şahsın Hukuku* (2. Bası, İsmail Akgün 1960).
- Schmidt-Gabain F, 'Kapitel 2: Social Media und Inhalte / I. - III.' iç Oliver Staffelbach ve Claudia Keller (edr), *Social Media und Recht für Unternehmen* (1. Bası, Schulthess 2015).

Schwenniger M, 'Art. 28' iç Lucas David (ed), *OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Werberecht Kommentar* (2. Bası, Orell Füssli 2010).

Serozan R, *Medeni Hukuk (Genel Bölüm/Kişiler Hukuku)* (8. Bası, Vedat 2018).

Specht L, 'Das Recht am eigenen Bild (§§ 22 ff. KUG)' iç Thomas Dreier ve Gernot Schulze (edr), *Urheberrechtsgesetz: UrhG, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz Kommentar* (6. Bası, CH Beck 2018).

Staudinger A, 'Titel 27, Unerlaubte Handlungen (§ 823 - § 853)' iç Reiner Schulze (ed), *NomosKommentar; Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar; Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse* (10. Bası, Nomos 2019).

Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Bası, Vedat 2012).

von Bassewitz K, 'Paparazziler İçin Zor Zamanlar: Kişinin Özel Yaşamına Saygı Gösterilmesi (Mahremiyet) Hakkına İlişkin Alman ve İngiliz Basını Ayaklandıran Dönüm Noktası Niteliğinde İki Karar' (Şafak Parlak Börü (çev)) (2015) 64(4) AÜHFD 1245-1262.

Wagner G, 'Titel 27, Unerlaubte Handlungen (§ 823 BGB - § 19 ProdHaftG ProdHaftG)' iç Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker ve Bettina Limperg (edr), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, Schuldrecht - Besonderer Teil IV, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz* (7. Bası, CH Beck 2017).

Yavuz L, Alica T ve Merdivan F, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt II (49-91. Maddeler)* (2. Bası, Seçkin 2014).

Zevkliler A, Acabey MB ve Gökyayla KE, *Zevkliler Medeni Hukuk (Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku)* (6. Bası, Seçkin 1999).

Çevrimiçi Kaynaklar

<https://www.kazanci.com.tr/> (Kazancı)

<https://beck-online.beck.de/>



Effect of the Prohibition of Board Members of Joint Stock Companies from Participating in Negotiations (TCC 393) on Quorums

İbrahim Çağrı Zengin*

Abstract

Provision of TCC 393 which prohibits members of a board of directors from participating in negotiations on matters where the personal interests of themselves and their relatives' listed in the law, and their interest outside the company, conflict with the company's interests, and in our opinion on voting in a vote on the relevant matter, is not an absolute mandatory regulation. In this context, violation of this provision would not invalidate the board of directors' resolution, but it only causes a compensation liability (TCC 393/2). Accordingly, if the prohibited member attends the meeting or casts a vote despite the prohibition, then such participation shall be taken into consideration in determining and calculating the meeting and decision quorums. However, in order to protect the behaviour of members who, in compliance with the prohibition, does not participate in discussion of the relevant agenda item and the voting, and in order not to make it disadvantageous to comply with the law compared to non-compliance, and to make it possible to resolve in such case, it would be an appropriate solution to drop the prohibited member or members who do not attend the meeting and cast a vote, from the meeting and decision quorum, and to calculate the quorums accordingly. Such prohibition and its consequences would also be fully applicable to the method of resolving through circulation within the scope of TCC 390/4, and it is mandatory to send the written resolution proposal to the prohibited member or members also, to resolve through such a method.

Keywords

Prohibition of participating in negotiations, Board of directors, Meeting quorum, Decision quorum, Quorum

Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Müzakereye Katılma Yasağının (TK 393) Yeter Sayılara Etkisi

Öz

Yönetim kurulu üyelerinin, kendilerinin veya kanunda sayılan yakınlarının kişisel ve şirket dışı menfaatleri ile ortaklığın menfaatinin çakıştığı konulara ilişkin müzakerelere katılmasını ve benimsediğimiz görüşe göre ilgili konuya yönelik oylamada oy kullanmasını yasaklayan TK 393 hükmü mutlak emredici bir düzenleme değildir. Bu kapsamda hükme aykırılık yönetim kurulu kararının geçersizliğine neden olmaz, yalnızca bir tazminat sorumluluğunun doğmasına yol açar (TK 393/2). Bu niteliği gereği, yasaklı üye, yasağa rağmen toplantıya ve oylamaya katılmış ise, söz konusu katılım toplantı ve karar yeter sayılarının belirlenip hesaplanmasında dikkate alınır. Ancak yasağa uyararak ilgili gündem maddesinin görüşülmesine ve oylanmasına iştirak etmeyen üyelerin bu davranışının korunması ve kanuna uygun davranmanın uymamaya nazaran dezavantajlı hâle getirilmemesi, ayrıca böyle bir durumda da karar alabilmenin olanaklı kılınabilmesi için, toplantıya ve oylamaya katılmayan yasaklı üye veya üyelerin toplantı ve karar nisabının matrahından düşülmesi ve aranacak yeter sayıların buna göre hesaplanması uygun bir çözüm olacaktır. Söz konusu yasağın sonuçları, TK 390/4 kapsamında elden dolaştırma yoluyla karar alınması yönteminde de aynen uygulama alanı bulacağı gibi, bu usulde karar alınabilmesi için yazılı karar önerisinin yasaklı üye ya da üyelere de gönderilmesi zorunludur.

Anahtar Kelimeler

Müzakereye katılma yasağı, Yönetim kurulu, Toplantı yeter sayısı, Karar yeter sayısı, Nisap

* **Corresponding author:** İbrahim Çağrı Zengin (Res. Asst. PhD), Istanbul University, Faculty of Law, Department of Commercial Law, Istanbul, Turkey. E-mail: iczengin@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-2196-2300

Citation: Zengin İC, "Effect of the Prohibition of Board Members of Joint Stock Companies from Participating in Negotiations (TCC 393) on Quorums" (2020) 78(4) *İstanbul Hukuk Mecmuası* 1747. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.4.0002>



Extended Summary

Article 393/1 of Turkish Commercial Code stipulates that a member cannot participate in negotiations related to a board of directors' resolution to be taken on a matter where the non-company-related personal interests of the members or their relatives listed in the law conflict with the company's interests. As it is clearly understood from its express wording, this provision primarily covers the participation, by the relevant board member, in the discussion of the agenda item of the board of directors' meeting which causes the prohibition. Despite the silence of the lawmaker on this subject, doctrine considers that one who cannot participate in discussion should not be allowed to cast vote. As a result, the prohibition stipulated in TCC 393/1 covers not only the participation to negotiations but also to voting process.

The legal nature of TCC 393/1 provision is controversial. According to one view the provision is absolutely mandatory and a resolution taken in breach of this prohibition should be null and void. Another opinion -that we adopt- in Turkish doctrine considers TCC 393/1 as a non-mandatory provision, violation of which causes only a compensation liability, as TCC 393/2 states that *"(t)he board member who acts in breach of this provisions and the members who do not object to attendance of the relevant member at the meeting although there is a known objective conflict of interest, and the board members who take a decision on attendance of such member at the meeting shall be obliged to compensate the company against losses incurred thereby"*.

The judicial practice is also not consistent on the matter. In some orders of the Supreme Court, it is said that attendance at the meeting, of a board member who shouldn't attend the meeting within the scope of the prohibition from attending the negotiation, would not invalidate the decision taken, but only create compensation liability of the relevant member, while some other orders mention nullity of the board of directors' resolution.

TCC has no provision on the effect of the prohibition of board members from participating in negotiations and from cast vote, on meeting and decisions quorums. The opinion that considers TCC 393/1 as an absolute mandatory provision that invalidates the decision upon its violation, takes an approach similar to "effect rule" in TCC 446/1-b, with regard to the effect of provision on the quorums, and considers that if it can be concluded that the decision complies sufficient meeting and decision quorums without attendance and vote of the member who actually attends the discussions and votes in favour of the decision (so with the attendance of other members and their votes in favour of the decision), then mere attendance at the meeting and voting despite the prohibition would not affect the validity of decisions taken, but otherwise, i.e. if the prohibited member has had an "effect" on taking the decision, then it would be required to deem the decision invalid. According to the other view, TCC 393/1 provision should not be considered as a quorum matter; consequently the prohibition should not have any effect on the rules related to determining and calculating the quorums.

In our opinion, TCC 393 is not absolutely mandatory and as violation of the provision does not invalidate the decision made, the prohibited member who participate and cast

vote should be taken into consideration in calculation of meeting and decision quorums. However, this approach does not satisfy the sense of law fully, as the obeisance of law would be disadvantageous than its violation. In order to overcome this injustice, it would be the most solution in our view, considering the balance of interests and sense of justice, to take account of the prohibited members in the meaning of TCC 393, in determining quorums, when they attend the meeting and vote despite the prohibition, and not take them into account in determining quorums when they do comply with the prohibition and not attend the meeting and vote, and that the quorums must be calculated over the number found by deducting such members from the total.

Introduction

As an exception¹ to the board members' liability to personally attend meetings and cast votes², TCC³ 393/1 stipulates that a member cannot participate in negotiations related to a board of directors' resolution to be taken on a matter where the non-company-related personal interests of the members or their relatives listed in the law conflict with the company's interests. This provision addresses the concerns that, as a rule, a board member who has a conflict of interest with the company cannot act impartially, may prioritize own interests over the company's interests, and may also direct other members in his/her favour or may create such an impression on other members⁴.

While TCC 393, dedicated to prohibition of participating in negotiations, contains provisions in the scope of such prohibition (TCC 393/1), sanction of violation of the prohibition (TCC 393/2) and notification obligations (TCC 393/3), there is no clarity as to how concretely the prohibition is to be applied, more particularly, whether the meeting and decision quorums would be affected if the prohibited member or members comply with the law and do not attend the meeting and cast a vote, or does indeed attend and vote in breach of the provision; in other words, how the quorums are to be calculated in the said cases.

This study discusses the effect of the prohibition from participating in negotiations, on the board of directors' meeting and decision quorums.

I. Scope of the Prohibition

A. Participation in the Negotiation (Discussions)

As easily understood from the title line of TCC 393 which is deemed included in the text (TCC 1534/1), and from the express wording of the entire provision, the provision primarily covers the participation, by the relevant board member, in the *discussion* of the agenda item of the board of directors' meeting which causes the prohibition. As part of the "decision making process in the broad sense", *discussions* is the stage where the board members express and discuss opinions on the matter, thus making up their mind, after commencement of the meeting and before voting the relevant agenda item⁵.

¹ Hülya Çoştan, 'Yönetim Kurulunun Karar Alma Usulleri, Oy Hakkı, Yetersayılar ve Toplantı Talep Hakkı' (2012) 28 (3) *Batider* 155, 177.

² See Oğuz İmregün, 'Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Toplantı ve Karar Yetersayıları ve Yönetim Kurulu Kararlarına Karşı Başvuru Yolları' in Abuzer Kendigelen (ed), *Prof. Dr. Hayri Domanic'e 80. Yaş Günü Armağanı* (Beta 2001) 286; İsmail Kırca (Feyzan Hayal Şehirali Çelik and Çağlar Manavgat), *Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu* (BTHAE 2013) 493-494.

³ Turkish Commercial Code, Law Number: 6102, Date of Enactment: 13.01.2011, OG 14.02.2011/27846.

⁴ See Hayri Domanic, *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK, Şerhi II* (Yaylacık Matbaası 1988) 615; Kırca (Şehirali Çelik and Manavgat) (n 1) 493; Necla Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu* (2nd, Vedat 2016) 208-209.

⁵ For detailed information and description on decision-making stages in broad and narrow sense see Hâluk Nami Nomer, *Kişi Birlıklarında Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar* (Beta 2008) 46-47; also see Kırca (Şehirali Çelik and Manavgat) (n 1) 499.

This prohibition is only limited to the relevant agenda item. In other words, at a board of directors meeting having several agenda items, it is necessary and sufficient that the board member does not attend the discussion of the subject causing the conflict of interest, i.e. the application of TCC 393; this does not prevent the member from participating in the negotiation of other agenda items, if any⁶.

B. Participation in Voting

Although TCC 393/1-s.1 only contains the expression that “*cannot participate in negotiations*”, doctrine considers the protection purpose of the provision and that it would not *a fortiori* possible to cast votes where participating in discussions is prohibited, and that, as well as non-attendance of the relevant member at the negotiations, voting on that agenda item would also be covered by the prohibition⁷.

In addition to these justifications, with which we also agree, the wording of the provision also justifies this conclusion, in our opinion. That is to say, TCC 393/1-s.3 stipulates that, in case of doubt, the decision is to be made by the board of directors (“doubt voting”), and TCC 393/1-s.4 states that the relevant member cannot participate in such voting “*as well*”. As the lawmaker states that the relevant member cannot vote in such “doubt voting” “*as well*”, this means that it is initially accepted that the issue of not casting vote is already present beforehand, so that the relevant member does not cast at the doubt voting *as well*. In the context of prohibition from participating in negotiations, the only case where voting may be the case in states before doubt voting is the voting on the board of directors’ resolution, regarding the matter where the relevant member is prohibited from (TCC 393/1-s.1) therefore it is inevitable to conclude that the lawmaker provides for a vote prohibition, both in that voting and the doubt voting. In brief, it should be accepted that TCC 393 prohibits the relevant member from both attending the negotiations and voting at the subsequent voting, on matters covered by the prohibition of the provision.

II. Legal Nature of TCC 393/1 Provision

Considering the expressions “*board member ... cannot participate in negotiations. ... (M)ember ... is required to observe the prohibition*” in TCC 393/1, it is possible to initially infer that the provision is absolutely mandatory. This would also be

⁶ See Kırca (Şehirali Çelik and Manavgat) (n 1) 496; also see İmregün stating that the members who cannot participate in the discussions according to former TCC (=fTCC) 332 (TCC 393) can attend the *meeting* (more clearly, on discussion and voting of other agenda items) in İmregün, ‘Yetersayılar’ (n 1) 287.

⁷ See Halil Arslanlı, *Anonim Şirketler II-III: Anonim Şirketlerin Organizasyonu ve Tahviller* (3rd, Fakülteler Matbaası 1960) 195; Domaniç (n 4) 614; Ömer Teoman, ‘Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Müzakerelere Katılma Yasağına (TTK 332) Aykırılığın Yapıtırımı Nedir?’ (2010) 26 (4) *Batider* 5, 10; İmregün, ‘Yetersayılar’ (n 1) 287; Kırca (Şehirali Çelik and Manavgat) (n 1) 499; Özge Ayan, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları* (Adalet 2013) 121-122; Ersin Çamoğlu (Reha Poroy and Ünal Tekinalp), *Ortaklıklar Hukuku I* (14th, Vedat 2019) N. 578.

accompanied with the conclusion that a board of directors' resolution taken in breach of an absolutely mandatory law provision would also be conclusively null and void. In brief, if we accept TCC 393/1 as an absolute mandatory regulation, it should be concluded that an act in breach of this prohibition, i.e. taking the resolution with participation of the *relevant* board member or members in the discussions and voting, would, as a rule, cause the resolution to be null.

In fact, an opinion in doctrine says that, “with TCC 393 provision, the lawmaker aims at preventing a board of directors' resolution forming the basis of a transaction that would damage the company, consequently the purpose of provision prevents considering it as a rule that limits the sanction of its' violation with compensation⁸”.

However, TCC 393/2 states that “(t)he board member who acts in breach of this provisions and the members who do not object to attendance of the relevant member at the meeting although there is a known objective conflict of interest, and the board members who take a decision on attendance of such member at the meeting shall be obliged to compensate the company against losses incurred thereby”, stipulating that a violation of the prohibition would cause compensation liability⁹ of member or members¹⁰ (i) who attend the discussions and voting despite personal conflict of interest, (ii) who do not object to attendance of the relevant member at the discussions and voting despite the fact that the conflict of interest was objectively existing or who know a conflict of interest which is not so apparent.

According to another opinion, initiating from this provision of TCC 393/2, sanction for violation of the prohibition from attending the negotiations may only be compensation liability pursuant to express wording of TCC 393 (fTCC 332); and defending an invalidation sanction for any reason would be an interpretation that is against the lawmaker's expressed intention, balance of interests and the principle of sustaining transactions to the extent possible¹¹. In addition, upon adopting the invalidation view, as the company would not incur any loss due to a null decision, then there would be no compensation responsibility, so one would have to say that TCC 393 provision would not have any meaning and would be inapplicable in that case¹². In brief, violation of TCC 393/1 would not cause the invalidation of the board of directors' resolution in any case whatsoever¹³.

⁸ See Kirca (Şehirali Çelik and Manavgat) (n 1) 499.

⁹ For the compensation liability to arise, in addition to violation of the provision of TCC 393/1, there must be a loss incurred as a result of such violation and there must be a causal link between the loss and the violation [See Domaniç (n 4) 616; Kirca (Şehirali Çelik and Manavgat) (n 1) 498].

¹⁰ On this matter, see and review Kirca (Şehirali Çelik and Manavgat) (n 1) 498.

¹¹ See Teoman (n 7) 11-12.

¹² See Teoman (n 7) 13-14; Mehmet Helvacı, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu* (2nd, Beta 2001) 74; Abuzer Kendigelen, *Hukuki Mütalâalar, C. XI: 2010-2011* (On İki Levha 2013) 12.

¹³ See Domaniç on the view that fTCC 332 (TCC 393) provides for a *weak* sanction comprising compensation, and that the decisions taken with attendance of the prohibited member or members at the meeting would remain effective [Domaniç (n 4) 616]; see Kendigelen on the view that nullity is not the case under the fTCC 332/2 provision [Kendigelen (n 12) 12].

We agree with this last view for the same reasons. In our opinion, had TCC 393/2 provided for only compensation responsibility as sanction of the prohibition from attending the negotiations, then we could have talked about nullity -as a rule- of the decisions taken with attendance of prohibited members. However, the lawmaker must not have wanted such a consequence which would automatically be the case if there was no provision on the sanction for the violation of prohibition, so it was clearly stated that they wanted to sustain the decision by providing for sanction for the violation of prohibition only¹⁴. So, in our opinion, TCC 393 may not be considered as an absolute mandatory provision, violation of which would cause nullity.

As it is apparent that there is no consensus in the doctrine, the judicial practice is also not consistent, on the matter. In some orders of the Supreme Court, it is said that the attendance at the meeting, of a board member who shouldn't attend the meeting within the scope of the prohibition from attending the negotiation, would not invalidate the decision taken, but only create compensation liability of the relevant member¹⁵, while some other orders mention nullity of the board of directors' resolution¹⁶.

III. Effect of the Prohibition, on the Quorums, in light of the Legal Nature of the Provision

Prohibition from attending the negotiations is related to meeting quorum as it prohibits presence of the member at the meeting with regard to the relevant agenda item, and also decision quorum as it also prevents the prohibited member from voting, according to the view that we agree with. Despite its importance, TCC has no provision on the effect of prohibition, on the quorums, both with regard to voting on the agenda item that causes the prohibition, and the doubt voting. Consequently, to answer the question as to whether the prohibited member or members would be taken into consideration in the meeting and decision quorums requires an interpretation. However, such interpretation is directly affected by the attitude taken on the legal nature of TCC 393/1 provision, due to its tight connection.

The opinion that considers TCC 393/1 as an absolute mandatory provision that invalidates (nullity) the decision upon its violation, takes an approach similar to "effect rule" in TCC 446/1-b, with regard to the effect of provision on the quorums, and considers that if it can be concluded that the decision complies sufficient meeting

¹⁴ See Teoman (n 7) 13.

¹⁵ See Supreme Court CommC, 8110/933, 18.02.1954 [see Ersin Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk İle)* (3rd, Vedat 2010) 90 fn. 2]; Supreme Court 11th. CC, 2018-5733/7267, 18.11.2019 [see Arslan Kaya, İbrahim Çağrı Zengin, A. Furkan Sorkun, Nurgül Yıldız, M. Enes Yıldız and Elif Oğuz (Prepared by), *Yargıtay Hukuk Ve Ceza Dairelerinin Türk Ticaret Kanununa İlişkin Kararları (2019)* (On İki Levha, 2020) 171].

¹⁶ See Supreme Court 11th. CC, 6106/6808, 25.12.1986 [Erdoğan Moroğlu and Abuzer Kendigelen, *İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat* (10th, On İki Levha 2014) 291]; Supreme Court 11th. CC, 2009-2052/8497, 19.07.2010 (Lexpera); Supreme Court 11th. CC, 2377/5337, 27.09.1988 (Gönen Eriş, *Ticari İşletme ve Şirketler*, 2403); Supreme Court 11th. CC, 6108/6808, 25.12.1986 [Gönen Eriş, *Açıklamalı - İçtihatlı Ticari İşletme ve Şirketler* (2nd, Seçkin 2014) 2404].

and decision quorums without attendance and vote of the member who actually attends the discussions and votes in favour of the decision (so with the attendance of other members and their votes in favour of the decision), then mere attendance at the meeting and voting despite the prohibition would not affect the validity of decisions taken, but otherwise, i.e. if the prohibited member has had an “effect” on taking the decision, then it would be required to deem the decision invalid^{17, 18}.

It is seen that some of the authors having this view argue that prohibition *should not be taken into consideration* in calculation of the meeting and decision quorums, but they do not show any justification, and do not explain how “not taking into consideration” is to be implemented¹⁹. It may be thought that, *not taking into consideration* the attendance of prohibited members at the meeting or their voting rights, in calculation of quorums, means deducting the relevant number of members from the total number in calculation of quorums and then calculating the quorum after that, as is the case, e.g. in application of TCC 389/1 stipulating that own shares of the company *shall not be taken into consideration* in calculating general assemblies meeting quorum. In such case, e.g. two members are prohibited under TCC 393 at a board of directors of five members where legal quorums (TCC 390/1) are applicable, with regard to that agenda item, the majority of remaining three members, i.e. at least two members, would constitute meeting quorum, and the majority of attendants, i.e. again two members would constitute decision quorum. However, had these members *been taken into consideration* in calculation, the meeting quorum would be determined over five members, and accordingly be at least three members.

On the other hand, while the law expressly stipulates (TCC 393/2) that violation of the rule introduced by TCC 393/1 would only cause compensation liability, it is asserted that there is no need to argue whether the attendance of board members at the negotiations [and voting] despite the prohibition would affect the meeting [and decision] quorums or not, in fact, such a review would even cause concluding the invalidity of the board of directors’ resolution, which consequently would be against the lawmaker’s intention, wanting the decision to be valid and sanctioning

¹⁷ There are differing views as to the type of invalidity. One opinion considers that such violation would cause the decision to be *null* [see Gönen Eriş, *Açıklamalı - İçtihatlı Uygulamalı Anonim Şirketler Hukuku* (Adalet 1995) 276; Çamoğlu (Poroy and Tekinalp) (n 7) N. 578; Çoştan (n 2) 178], while the doctrine also states that *non-existence* would be the case in the same situation [see Kırca (Şehirli Çelik and Manavgat) (n 1) 499; also see Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku* (14th, Beta 2020) 250 fn 408]. In my opinion, even if we consider, for a moment, that violation of TCC 393/1 would invalidate the decision, it would be better to qualify the type of such invalidity as *nullity*. In fact, as the meeting and decision quorums would be achieved, even though with participation of the prohibited member(s), one should mention *illegality* on forming the will of the board of directors’ rather than its’ *inexistence*.

¹⁸ See Eriş, *AŞ* (n 17) 276; Çamoğlu (Poroy and Tekinalp) (n 7) N. 578; Çoştan (n 2) 178; Ayan (n 7) 131. Also see Supreme Court 11th. CC, 2377/5337, 27.09.1988.

¹⁹ See Sami Karahan, ‘Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Toplantı ve Karar Nisapları’ in (ed.) Murat Yusuf Akın, *Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan*, (2004-2006) 12 (1-3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Armağan Özel Sayısı 173, 185; Çamoğlu (Poroy and Tekinalp) (n 7) N. 578. Also see İmregün, ‘Yetersayılar’ (n 1) 287 and Kırca (Şehirli Çelik and Manavgat) (n 1) 499 who mention that the vote of prohibited member would not be counted in calculation of decision quorum.

the violation of prohibition with compensation only²⁰. In brief, according to this view, TCC 393/1 provision should not be considered as a quorum matter; consequently the prohibition should not have any effect on the rules related to determining and calculating the quorums.

From this perspective, the consideration that TCC 393 is not absolutely mandatory, as we agree, prevents nullification with any justification on violation of the provision, and indirectly answers the question as to whether, in application of prohibition of attending the negotiations, the prohibited member would be taken into consideration in meeting and decision quorums or not. In fact, as it is not possible to conclude with nullification, if the prohibited member attends the meeting and casts a vote, such a decision should have to be deemed valid as to quorums, even if this is effective in taking the decision. Then, it means that the attendance and vote of the prohibited member is taken into consideration in calculation of meeting and decision quorums. For example, regarding an agenda item where three of five members are prohibited in the meaning of TCC 393, even if the three prohibited members attended the meeting, and the decision has been taken with affirmative votes of the two of them, this would not have any effect on the validity of the decision, but only the members would be liable for compensation under the conditions of TCC 393/2. However, had such members not been taken into consideration in calculation of quorum, the decision would not be considered validly taken due to lack of quorum in this example. As a result, in this view, in negotiations and the decision on the agenda item, all members must be taken into consideration in determining the quorum regarding the negotiations and voting in which they have participated, even if they are prohibited under TCC 393.

However, it is not possible, in our view, to say that this conclusion fully satisfies the sense of law. In fact, according to this view, the behaviour of a member who attends the meeting and votes, in violation of the prohibition imposed by the law, is almost being considered normal, deemed as if there is no breach of law. However, the attitude of a member who is prohibited in the meaning of TCC 393 and who complies with the prohibition and not does not attend the meeting, and does not cast vote, is almost being punished, as the prohibited members are taken into consideration in the calculation of the meeting and decision quorum, and makes the company unable to take decision. That is to say, if three members of a five-member board of directors are prohibited in the meaning of TCC 393, and does not attend the negotiation, and does not vote, as it should be, then such members -according to view that we adopted- would be taken into consideration in determining quorums, i.e. they will be included in the total number for calculating the meeting quorum, so -assuming application of legal quorums (TCC 390/1)- the meeting quorum for that agenda item will be three

²⁰ See Teoman (n 7) 12.

members, and the decision quorum will be determined as majority of attendees, and due to lack of meeting quorum, it would be impossible to discuss and then resolve that agenda item. Then, under the same conditions, with regard to quorums, decisions can be validly made when prohibition is not complied with, but there is risk of inability to take decisions due to lack of quorum when the prohibition is complied with. Also the fact that non-compliance with a rule becomes more advantageous than compliance, damages the sense of law.

As a way to overcome this injustice regarding non-compliance with the prohibition, it may be thought to prevent the occurrence of a relatively disadvantageous situation upon compliance with the prohibition. For this, it would be the best solution in our view, considering the balance of interests and the sense of justice, to take account of the prohibited members in the meaning of TCC 393, in determining quorums, when they attend the meeting and vote despite the prohibition, and not take them into account in determining quorums when they do comply with the prohibition and not attend the meeting and vote, and that the quorums must be calculated over the number found by deducting such members from the total.

Let's explain our conclusion with examples based on differing possibilities: At a board of directors of five members in total, subject to TCC 390/1 as to quorums, let's assume that two members are prohibited from negotiations regarding an agenda item. In the case where both prohibited members attend the meeting, their attendance shall be included in calculation of quorums, thus the meeting quorum will be three members, as the majority of five members. Accordingly, in addition to such two members, a meeting can be held with the presence of one more member who is not prohibited, and a decision can be made with the votes of two attending members -even if those members are prohibited from negotiations - in the same direction.

In a case where only one of the prohibited members attend the meeting, the member who complies with the prohibition and not attends the meeting shall be deducted from the full number of members in calculation of meeting quorum, thus the meeting quorum shall be determined over four members. Accordingly, such an agenda item may be discussed and voted with the attendance of three members, the simple majority of four members. Decision quorum is the majority of members present at the meeting, as the vote of members prohibited from negotiation will also be taken into consideration.

If both of the prohibited members comply with the prohibition and not attend the meeting, then those members shall be deducted from the full number of members, the base of meeting quorum, and consequently the necessary meeting quorum shall be determined as majority of three members, that is two, while the decision quorum shall be the majority of attending members.

It should be mentioned that the consequence reached on the effect of negotiations prohibition on the meeting and decision quorums is also fully applicable when the quorums are stricter under the articles of association. In this regard, if the articles of association stated that, for example, the board of directors shall convene with attendance of all members and resolve with unanimous decision, then the prohibited members who attend the meeting are to be taken into consideration in calculating the quorums, and the members who do not attend the meeting due to prohibition are to be deducted from the total and the board of directors' meeting can be held with attendance of the remaining members, and resolution can be taken with an unanimous vote of attending members. If the articles of association requires a majority as meeting or decision quorum, that is stricter than simple majority but looser than unanimous decision (briefly, qualified majority), then the rate required under the articles of association, or if a specific number is mentioned, then the rate of such number in the total units may be adapted to the number arising from deducting the members not attending the meeting due to prohibition from the total, in order to determine the quorums. If, for example, articles of association has a provision that a board of directors of five members shall convene with four members, and two members do not attend the meeting due to prohibition, then the meeting quorum for discussing such agenda item must be calculated as $[(5-2) \times (4/5)]$ three members.

IV. In cases where Decision is taken without Meeting

Another issue to examine with regard to negotiation prohibition is whether this prohibition can, or how it can, be applied in case of decisions without meetings (resolving through circulation; TCC 390/4). As the prohibition from participating in negotiations primarily prevents the member from attending the discussions on the agenda item, for which it is prohibited, and there is no meeting and consequently no negotiation in case of decisions taken according to TCC 390/4 provision, it can be said that the prohibition may not be applied in case of resolving through circulation in this regard²¹. In fact, as members do not physically convene in the method of taking decision without meeting, and relevant member cannot affect other members or change their views, it may be considered that there is no possibility of damage on the interest intended to be protected with the provision on negotiation prohibition, therefore TCC 393 provision is not necessary in cases where decisions can be taken without meeting.

However, as it is accepted, prohibition of participating in negotiations also involves the prohibition of voting on that agenda item. Considering that there is no meeting to participate, it should be clear that prohibition of participating for a member under TCC 393 is only a prohibition of voting in cases where decision is taken through

²¹ See and review Akdağ Güney (n 4) 209.

circulation. It should be emphasized that the nature of prohibition here is not different from the participating in negotiations and voting prohibition which can be the case when the decision is taken through a meeting, and only the compensation liability would arise in case of violation, according to the view that we agree.

At this stage, it can be questioned whether the member prohibited from voting under TCC 393 should be included in the method of decision without meeting under TCC 390/4 or not. A view in the doctrine considers, without making a detailed explanation that a prohibited member cannot also participate in the decision-making without meeting²². It may be concluded from this view that the inclusion in the process of the prohibited member is not necessary, and even not possible, from the beginning, and consequently it is not even necessary to deliver the written decision proposal to the relevant member. As a basis for this view, it can be said that, even if the written proposal is delivered to the prohibited member and such member requests discussion of the matter at a meeting by the members, such member could not attend such a meeting because of TCC 393, in other words, in that case, relevant member would be requesting the discussion of the matter at a physical meeting where he/she is not allowed to attend or express his/her views at, so he/she has no interest to protect here; and therefore it is not necessary to deliver written decision proposal to a member who is not entitled to attend negotiations and vote, due to TCC 393, in a process of decision without meeting under TCC 390/4, and any member who, despite that, receives a proposal or otherwise becomes aware of the matter, would not be entitled to object to taking the decision with such method, and even if he/she so objects, this would not disable the circulation method, and the decision can be taken despite any such objection, provided that other conditions of TCC 390/4 are met.

But, such an attitude would not be accurate in our view. In fact, matters covered by TCC 393 basically requires interpretation, and as there is no example in the law on this matter, the possibility of being it mistake is high in determining whether or not a member is within the scope of prohibition on an agenda item, and due to such possibility, lawmaker specifically points to that issue, and introduces a special provision, and clearly leaves the final decision to the other members of the board of directors. While prohibition of participating in negotiations leaves the relevant member outside the process, by covering the negotiation and voting on an agenda item, it cannot be construed that the relevant member has no right to say on whether such prohibition is to be applied or not. If the member is of the opinion that there is a conflict of interest, he/she is required to disclose it before discussing the agenda item (TCC 393/1) and if he/she thinks that there is no conflict of interest, he/she should be able to express this at the board with his/her justifications, and defend himself/herself. If the related member thinks there is no conflict of interest but some member

²² Domaniç (n 4) 614.

or members think otherwise, then there is a doubt as to whether the matter is within the scope of negotiation prohibition or not, and doubt voting is a solution essentially for such situations.

Then, based on this provision which is not clear in the law as to scope and limits and requires interpretation based on legal knowledge, on whether or not it should be applied in each particular case, avoiding submission of written decision proposal under TCC 390/4 to a member would deprive him/her of expressing own views on whether the relevant member has a conflict of interest or not, and defend himself/herself if he thinks there is no such conflict of interest, which deprivation is not legitimate or excusable in our view. In addition, this may lead to relevant members not being aware of such a decision taken with that method, if other conditions are also fulfilled and the proposal turns into a decision. However, had such a decision been taken at a meeting, then the prohibited member who cannot attend the negotiations could at least know the subject being discussed, and learn about the outcome of the decision. When we go one step further, if delivery of a written decision proposal to the relevant member under TCC 393 provision is not deemed required, then this may be used/abused as a way of leaving the relevant member actually outside the management, based on a strained justification of prohibition. In addition to the foregoing reasons, considering that TCC 390/4 requires that a proposal should be delivered to all members without exception, it is necessary, for preserving the board's decision-making capacity, the member within the scope of TCC 393, just like all members, must be included in the process of decision without meeting, i.e. the written decision proposal must also be sent to him/her, otherwise it should be admitted that, it would not be possible to take decision with this method, and as this condition precedent under TCC 390/4 would not be fulfilled, the decision taken would be non-existent²³.

At this point, it is concluded that, as a condition of the decision-making capacity, as to the method of decision without meeting, written decision proposal must be distributed to all members, and consequently, unlike the case where a decision is taken at a meeting, the prohibition under TCC 393 would not already have any effect on the meeting quorum in this method.

²³ In this regard, just as the prohibition from participating in negotiations, in cases where the decision is taken through meeting, does not prevent from convocating the relevant board member to the meeting, and any attitude otherwise would cause non-existence of the decisions taken at the meeting (on this matter, see and review Supreme Court 11th. CC. 6772/12693, 02.07.2014 and see *Kılıç Akyıldız* who assesses the order [Gizem Kılıç Akyıldız, 'Karar İncelemesi: Bir Yönetim Kurulu Üyesinin Yönetim Kurulu Toplantısına Çağrılmaması ve Alınan Kararlara Etkisi', in (ed.) Demet Özdamar, *Prof. Dr. Şeref Ertuş'a Armağan*, (2017) 19 (Özel Sayı) 2299, 2305, 2309-2310]; and also on non-existence see Hediye Bahar Sayın, *Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı* (2nd, On İki Levha 2017) 68-69; Aydın Alber Yüce *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı* (3rd, Seçkin 2018) 70, on nullity see Yüce (n 23) 68-69, same conclusion should be considered valid for the cases where the decision is through circulation. Also see and review *İmregün* who says that the proposal must mention any prohibition in the meaning of TCC 393, in cases where it is intended to take the decision through circulation [Oğuz İmregün, *Anonim Ortaklıklar* (4th, Yasa 1989) 213].

Regarding decision quorum, it is essentially not different from the case where the decision is taken at a meeting, and accordingly, we are of the opinion that, the member who casts vote in writing despite being prohibited must be taken into account in calculating quorums, and if the member complies with the prohibition and does not cast vote, then his/her vote should be deducted from the total number, and quorum should be determined according to the remaining number.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliography

- Akdağ Güney N, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu* (2nd, Vedat 2016).
- Arslanlı H, *Anonim Şirketler II-III: Anonim Şirketlerin Organizasyonu ve Tahviller* (3rd, Fakülteler Matbaası 1960).
- Ayan Ö, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları* (Adalet 2013).
- Bahar Sayın H, *Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı* (2nd, On İki Levha 2017).
- Bahtiyar M, *Ortaklıklar Hukuku* (14th, Beta 2020).
- Çamoğlu E, *Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk İle)* (3rd, Vedat 2010).
- Çoştan H, 'Yönetim Kurulunun Karar Alma Usulleri, Oy Hakkı, Yetersayılar ve Toplantı Talep Hakkı' (2012) 28 (3) *Batider* 155-190.
- Domanic H, *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK. Şerhi II*, (Yaylacık Matbaası 1988).
- Eriş G, *Açıklamalı - İctihatlı Uygulamalı Anonim Şirketler Hukuku* (Adalet 1995). (AŞ).
- Eriş G, *Açıklamalı - İctihatlı Ticari İşletme ve Şirketler* (2nd, Seçkin 2014). (*Ticari İşletme ve Şirketler*).
- Helvacı M, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu* (2nd, Beta 2001).
- İmregün O, *Anonim Ortaklıklar* (4th, Yasa 1989). (AO).
- İmregün O, 'Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Toplantı ve Karar Yetersayıları ve Yönetim Kurulu Kararlarına Karşı Başvuru Yolları' in Abuzer Kendigelen (ed), *Prof. Dr. Hayri Domanic'e 80. Yaş Günü Armağanı* (Beta 2001) 272-292. (*Yetersayılar*).
- Karahan S, 'Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Toplantı ve Karar Nisapları' in (ed.) Murat Yusuf Akın, *Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan*, (2004-2006) 12 (1-3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Armağan Özel Sayısı 173-185.
- Kaya A, Zengin İÇ, Sorkun AF, Yıldız N, Yıldız ME, Oğuz E (Prepared by), *Yargıtay Hukuk Ve Ceza Dairelerinin Türk Ticaret Kanununa İlişkin Kararları (2019)* (On İki Levha, 2020).
- Kılıç Akyıldız G, 'Karar İncelemesi: Bir Yönetim Kurulu Üyesinin Yönetim Kurulu Toplantısına Çağrılmaması ve Alınan Kararlara Etkisi', in (ed.) Demet Özdamar, *Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan*, (2017) 19 (Özel Sayı) 2299-2313.
- Kırca İ, Şehirali Çelik FH and Manavgat Ç, *Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu* (BTHAE 2013).
- Kendigelen A, *Hukukî Mütalâalar, C. XI: 2010-2011* (On İki Levha 2013).
- Moroğlu, E and Kendigelen A, *İctihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat* (10th, On İki Levha 2014).
- Nomer, HN, *Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar* (Beta 2008).
- Poroy R, Tekinalp Ü, Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku I* (14th, Vedat 2019).
- Teoman Ö, 'Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Müzakerelere Katılma Yasağına (TTK 332) Aykırılığın Yaptırımı Nedir?' (2010) 26 (4) *Batider* 5-14.
- Yüce AA, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı* (3rd, Seçkin 2018).



Geçici İşgöremezlik Zararlarının Zorunlu Trafik Sigortası Teminatı Kapsamında Olup Olmadığının Değerlendirilmesi

Kübra Yetiş Şamlı*

Öz

Ülkemizdeki en yaygın zorunlu sigorta ve aynı zamanda en yaygın sorumluluk sigortası olan trafik sigortası bakımından, son yıllarda gerek mevzuat hükümlerinde gerekse sigorta sözleşmesinin bir parçası olan sigorta genel şartlarında yapılan önemli değişiklikler, sigortacının zarar görene karşı olan edim yükümlülüğünün kapsamını da etkilemiştir. Son olarak, 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz Ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Kanun Numarası: 6704, Kabul Tarihi: 14.4.2016, RG 26.4.2016/29695) ile Karayolları Trafik Kanunu'nun (Kanun Numarası: 2918, Kabul Tarihi: 13.10.1983, RG 18.10.1983/18195) (KTK) bazı maddeleri değiştirmiş ve buna paralel olarak 2016 yılında Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nda da değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklikten sonra, geçici işgöremezlik nedeniyle uğranılan malvarlığı zararlarından sigortacının sorumlu olup olmadığı hususu belirsiz hâle gelmiştir. Zira Trafik Sigortası Genel Şartları'nın (TSGŞ) sigortanın kapsamına giren teminat türlerinin sayıldığı A.5.b. bendinden, geçici işgöremezlik zararlarının sigorta teminatının kapsamında olup olmadığı hususu net olarak anlaşılamamaktadır. Öyle ki, sigorta şirketleri, geçici işgöremezlik zararlarının teminat kapsamında bulunmadığını ileri sürmüşlerdir.

Çalışmamızda, bu sorun incelenmiştir. Öncelikle geçici işgöremezlik kavramı, Yargıtay kararları ışığında ortaya konulmaya çalışılmıştır. Daha sonra geçici işgöremezlik zararlarının teminat kapsamında olup olmadığına ilişkin belirsizlik yaratan genel şart hükmü ele alınmıştır. Bu meselenin değerlendirildiği yakın tarihli bir İtiraz Hakem Heyeti Kararı'na da değinilerek, geçici işgöremezlik zararlarının teminatın kapsamına dahil olup olmadığı tartışılmıştır.

Özel kanunla düzenlenen zorunlu sigortalarda, ancak kanunda teminat kapsamı dışında bırakılabileceği belirtilen hâller, Genel Şartlar'da açıkça istisna edilmeleri kaydıyla, sigortacının edim yükümlülüğünün kapsamı dışına çıkarılabilir. Ayrıca muafiyet klozlarının kesin, açık ve belli olması gerekir. Kaldı ki, hukuk politikası bakımından bu zararların sigorta teminatının kapsamı dışına çıkarılması da savunulamaz. Zira zorunlu trafik sigortası teminatını kalıcı sakatlık hâlleri ile sınırlamanın haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Bütün bu hususlar dikkate alındığında, geçici işgöremezlik zararlarının zorunlu trafik sigortası teminatı kapsamında sigortacının sorumluluğunda bulunduğu sonucuna varılmalıdır.

Anahtar Kelimeler

Trafik sigortası, Geçici işgöremezlik, Zorunlu sigorta, Sigorta teminatı, Teminatın kapsamı, Sigorta hukuku

An Evaluation on Whether Temporary Incapacity Damages are Covered by Compulsory Traffic Insurance

Abstract

Motorway Motor Vehicles Compulsory Financial Liability Insurance (Traffic Insurance) is the most common compulsory insurance and the most common liability insurance in Turkey. In recent years, both the legislation and the general insurance terms, which are essential parts of the insurance contract, have been radically amended. These amendments affected the scope of the liability of the insurer against the injured party. Lastly, the Motorway Traffic Act (Act Number: 2918, Acceptance Date: 13.10.1983, OG 18.10.1983/18195) has been amended by Act Nr 6704 (Act Number: 6704,

* **Sorumlu Yazar:** Kübra Yetiş Şamlı (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Deniz Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta adresi: yetissamli@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-8946-4124

Atf: Yetiş Şamlı K, "Geçici İşgöremezlik Zararlarının Zorunlu Trafik Sigortası Teminatı Kapsamında Olup Olmadığının Değerlendirilmesi" (2020) 78(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1763. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.4.0004>



Acceptance Date: 14.4.2016, OG 26.4.2016/29695). Concordantly in 2016, the General Terms of Motorway Motor Vehicles Compulsory Financial Liability Insurance have also been amended. After these amendments, it becomes unclear whether the insurer is liable to indemnify the damages due to temporary incapacity. In fact, insurance companies are able to claim that temporary incapacity damages are not covered by the compulsory traffic insurance contract.

Our study has discussed this issue. First of all, the concept of temporary incapacity damage has been examined in light of the Supreme Court decisions. Afterwards, the provision of the General Terms, which leads to uncertainty, is addressed. The subject has been discussed with reference to a recent decision of the Arbitral Committee of Appeal assessing this issue.

In the case of compulsory insurance regulated under a special statute, only the circumstances may be excluded from the scope of the insurance coverage, which are stated as such as per the law provided that they are explicitly excluded in the General Terms. Furthermore, exemption clauses must be definite, clear, and certain. In addition, in terms of legal policy, it is indefensible that these damages could be excluded from the scope of the insurance coverage. Therefore, it has to be considered that the damages due to temporary incapacity will fall within the scope of the insurance coverage.

Keywords

Traffic insurance, Temporary incapacity, Compulsory insurance, Insurance coverage, The scope of insurance coverage, Insurance law

Extended Summary

Motorway Motor Vehicles Compulsory Financial Liability Insurance (Traffic Insurance) is the most common compulsory insurance and also the most common liability insurance in Turkey. In recent years, both the legislation and the general insurance terms, which are essential parts of the insurance contract, have been radically amended. These amendments affected the scope of the liability of the insurer against the injured party. Lastly, the Motorway Traffic Act (Act Number: 2918, Acceptance Date: 13.10.1983, OG 18.10.1983/18195) has been amended by Act Nr. 6704 (Act Number: 6704, Acceptance Date: 14.4.2016, OG 26.4.2016/29695). Concordantly in 2016, the General Terms of Motorway Motor Vehicles Compulsory Financial Liability Insurance have also been amended. After these amendments, it becomes unclear whether the insurer is liable to indemnify the damages because of temporary incapacity. In fact, insurance companies are able to claim that temporary incapacity damages are not covered by the compulsory traffic insurance contract.

Temporary incapacity is the incapacity for work continuing during the treatment and recovery period because of loss of bodily integrity. Its result is existing damage that materializes by the date of the verdict. The calculation of the amount of the damage is concrete. On the other hand, if the effects arrive after the date of the verdict, it is a future damage, of which the amount has to be calculated using the abstract method.

Temporary incapacity may occur as the first step of permanent incapacity. For example, a person may lose 30% of his capacity to work because of a traffic accident. During the six-month recovery period, he is 100% incapable of working. In such a case, this person shall be deemed completely but temporarily incapable of working during his recovery period. After the completion of the recovery period, he shall be deemed permanently but partially incapable of working. The Turkish Supreme Court has opined that the recovery period should be taken as a basis for calculating the compensation of the temporary incapacity damages.

The injured party may use his right of direct action against the liability insurer. In that case, the insurer shall pay as if it were the substitute of the insured. Therefore, as to the recoverable damage, the calculation of the damage, incapacity, duration of the incapacity, etc, it is irrelevant who pays the compensation. The general principles of tort law and practice shaped by the Supreme Court decisions must apply in exactly the same way. However, the insurer is not the tortfeasor. Since the insurer's liability has been limited in some aspects by the terms of the insurance contract or by law, the amount of the compensation payable by the insurer is not exactly the same as the amount of the compensation payable by the insured party. On the other hand, it must be highlighted that this situation only affects the amount of compensation claimed from the insurer, not the total amount of compensation.

As mentioned previously, after the latest amendments of the General Terms of Traffic Insurance in 2016, it becomes unclear whether the insurer is liable to indemnify the damages because of temporary incapacity. Within this scope, if there is no permanent incapacity, the damages caused by temporary incapacity are not covered explicitly by any of the provisions of the General Terms of Traffic Insurance. Despite that uncertainty, the damages because of temporary incapacity must be considered to be within the scope of the insurance coverage. This is because, in the case of a compulsory insurance regulated under a special statute, only those circumstances may be excluded from the scope of the insurance coverage that are stated as such as per the law, provided that they are explicitly excluded in the General Terms. Furthermore, exemption clauses must be definite, clear, and certain. In addition, in terms of legal policy, it is indefensible that these damages could be excluded from the scope of the insurance coverage. Hence, a recent decision of the Arbitral Committee of Appeal assessing this issue determined that the damages because of temporary incapacity would fall within the scope of the insurance coverage.

Geçici İşgöremezlik Zararlarının Zorunlu Trafik Sigortası Teminatı Kapsamında Olup Olmadığının Değerlendirilmesi

Giriş

Bir trafik kazası sonucunda kişinin beden bütünlüğünün bozulması nedeniyle hayatında pek çok olumsuzluk meydana gelebilir. Ancak bunların hepsi zarar olarak tazmin edilemez. Tazmin edilecek olan maddi zarar, kişinin malvarlığında, zarar verici olay sonucunda, iradesi dışında meydana gelen eksilmedir¹.

Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 1478. maddesinde, zarar gören kişiye, sorumluluk sigortacısına doğrudan başvuru hakkı tanınmıştır. Dolayısıyla zarar gören, zararının tazmini talebini doğrudan sorumluluk sigortacısına yöneltebilir. Konumuzu teşkil eden Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası) bakımından ifade edilecek olursa, talebin işletene değil de trafik sigortacısına yöneltilmesi durumunda, tazminatın belirlenmesinde sigorta hukukuna ilişkin mevzuatın ve sigorta sözleşmesinin hükümlerinin dikkate alınması zarureti ortaya çıkar. Bu çerçevede sigortacıdan talep edilebilecek tazminat miktarı farklılık arz eder. Farklılığın nedeni, sigortacının haksız fiilin faili değil, bir sözleşme ile sorumluluk riskini üstlenen taraf olmasıdır.

Ülkemizdeki en yaygın zorunlu sigorta ve aynı zamanda en yaygın sorumluluk sigortası² olan trafik sigortası bakımından, son yıllarda gerek mevzuat hükümlerinde gerekse sigorta sözleşmesinin bir parçası olan sigorta genel şartlarında yapılan önemli değişiklikler³, sigortacının zarar görene karşı olan edim yükümlülüğünün kapsamını da etkilemiştir. Son olarak, 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz Ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Kanun Numarası: 6704, Kabul Tarihi: 14.4.2016, RG 26.4.2016/29695) ile Karayolları Trafik Kanunu'nun (Kanun Numarası: 2918, Kabul Tarihi: 13.10.1983, RG

¹ M Kemal Oğuzman ve M Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2* (gözden geçirilmiş 13. Bası, Vedat, 2017) 39; Başak Baysal, *Haksız Fiil Hukuku: BK m 49-76* (On İki Levha, 2019) 157; İnsan zararlarının mal zararı olarak değerlendirilmesi anlayışının eleştirisi için bkz, Çelik Ahmet Çelik, 'Ölümlerde ve Bedensel Zararlarda Tazminat Hesapları' (2018) Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar Uluslararası Kongre 984, 990.

² Samim Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku Cilt II: Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler Birinci Bölüm Zarar Sigortaları (Madde 1453 – 1486)* (2016) 411.

³ Değişiklik ihtiyacına yol açan sorunlar ve yapılan değişiklikler hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz.: Ünan, *Zarar Sigortaları* (n 2) 465 ff. Bu değişikliklerin ayrıntılı bir listesi ve yaşanan süreç hakkında bilgi için ayrıca bkz: Ahmet Karayazgan, 'Zorunlu Trafik Sigortalarda Mevzuat ve Uygulama Açısından Bir Bakış' (2017) Sigorta Hukukunun Bazı Güncel Sorunları 29, 30 ff. Sektörde değişiklik ihtiyacı yaşanan hususlar ve uygulamada ortaya çıkan sorunlar hakkında ayrıca bkz: Yahya Tekin Esatoğlu, 'Trafik Sigortaları' (2017) Sigorta Hukukunun Bazı Güncel Sorunları 41, 50 ff.

18.10.1983/18195) (KTK) bazı maddeleri değiştirilmiş⁴ ve buna paralel olarak 2016 yılında Trafik Sigortası Genel Şartları'nda da değişiklik yapılmıştır⁵. Trafik Sigortası Genel Şartları'nın (TSGŞ) A.5.b. bendinde sigortanın kapsamına giren teminat türleri sayılmıştır⁶. Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 54. maddesinde sayılan bedensel zarar kalemleri ile TSGŞ A.5.b'de sayılan sigorta kapsamındaki teminat türleri karşılaştırıldığında ortaya çıkan tablo, tedavi giderleri ve ekonomik geleceğin sarsılması zarar kalemleri bakımından açık iken, bunlar dışındaki zarar kalemleri bakımından net değildir. Şöyle ki, düzenlemeden, tedavi giderlerinin sağlık giderleri teminatı kapsamında ve dolayısıyla Sosyal Güvenlik Kurumu'nun (SGK) sorumluluğunda olduğu; ekonomik geleceğin sarsılması zarar kaleminin ise, sürekli sakatlık teminatının kapsamında, dolayısıyla sigortacının sorumluluğunda bulunduğu açıkça anlaşılmaktadır. Belirsizlik, kazanç kaybı ve ekonomik geleceğin sarsılması zarar kalemlerinin kesiştiği noktada bulunan geçici işgöremezlik zararları bakımından söz konusu olmaktadır.

Bu çalışmada, 2016 tarihli değişiklik sonrasında verilen ve açıkladığımız soruna değinen bir İtiraz Hakem Heyeti kararı⁷ da ele alınarak, geçici işgöremezlik zararlarının zorunlu trafik sigortası teminatının kapsamında olup olmadığı incelenmiştir.

I. Geçici İşgöremezlik Kavramı

TBK m 49/1 hükmü uyarınca *kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür*. Zararın ölüm veya diğer bir bedensel zarar olması ihtimali, “IV. Özel durumlar” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu başlık altında yer alan “b. Bedensel zarar” başlıklı TBK m 54'te tazmin edilecek bedensel zararların neler olduğu sayılmıştır. Buna göre *bedensel zararlar özellikle şunlardır: 1. Tedavi giderleri. 2. Kazanç kaybı. 3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar. 4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar*.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, hükümde bedensel zarar terimi kullanılmışsa da, burada ifade edilen husus, kişinin beden bütünlüğünün ihlali dolayısıyla uğradığı malvarlığı zararlarıdır. Bu çerçevede TBK m 54'te sayılan tazmin edilebilir zarar kalemleri, tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da

⁴ Bu değişikliklerin eleştirisi için bkz: Çelik, ‘Bedensel Zararlarda Tazminat Hesapları’ (n 1) 985 ff. 2015 ve 2016 yıllarında gerek Kanun'da gerekse genel şartlarda yapılan değişikliklerin, trafik sigortası uygulamasının doğal mecrasına ve temel düzenleme amacına uygun bir yola geri dönüşünü sağlayacağı hususundaki farklı görüş için bkz: Esatoğlu, (n 3) 49. Belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi'nin 2020 yılında verdiği bir karar ile (AYM, 2020/40, 17.07.2020) bu değişikliklerden bazıları Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. İptal edilen değişiklikler, 14.04.2016 tarih ve 6704 sayılı Kanun ile değiştirilen KTK m 90 c 1'de geçen “ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda” ibaresi; aynı maddenin 2. cümlesinde yer alan “ve genel şartlarda” ibaresi ve 14.04.2016 tarih ve 6704 sayılı Kanun ile KTK m. 92'ye eklenen (i) bendidir.

⁵ RG 2 Ağustos 2016, S 29789.

⁶ Bu konuda bkz: Rayegân Kender, ‘Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Yeni Genel Şartları Hakkında’ (2017) III (2) İKÜHFD (Prof. Dr. iur. Merih Kemal Omağ'a Armağan) 107, 118 ff.

⁷ İtiraz Hakem Heyeti, 2018/İHK-11386, 21.12.2018. Karar için bkz <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/sigorta-tahkim-komisyonu/SITA801D20181221K2018İHK11386>> Erişim tarihi 1 January 2021.

yitirilmesinden doğan kayıp ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıptır. Ancak düzenlemede geçen “özellikle” kelimesinden, bu sayımın sınırlı olmadığını anlaşılmaktadır.

Tedavi giderleri⁸ beden bütünlüğünü eski hâle getirmeye yönelik masraflardır. Tedavi giderleri sadece hastane süresiyle sınırlı olarak hesaplanmaz. Burada süre bakımından bir sınırlama söz konusu olmaksızın, zarar verici eylemle uygun illiyet bağı içindeki tüm tedavi masrafları ve diğere masraflar talep edilebilir.

Kazanç kaybı⁹, zarar görenin hüküm anına kadar çalışamaması nedeniyle kazançtan yoksun kalmasıdır. Aslında tedavi süresince uğranılan bir zarardır¹⁰. Bu zarar kalemi yürürlükten kalkan 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda ayrıca sayılmamıştır. Öğretide yapılan bir ayrıma dayanılarak 6098 sayılı TBK m 54’e eklenmiştir¹¹. Bu ayrıma göre, kişinin hüküm tarihine kadar doğan mevcut zararı, kazanç kaybı; hüküm tarihinden sonra, gelecekte doğacak olan (müstakbel) zararı, çalışma gücünün azalmasından/yitirilmesinden doğan kayıp olarak nitelenmektedir¹². İşte bu ayırım yürürlükteki Kanun’a yansıtılmıştır. Kazanç kaybı, maddi zarar bakımından yapılan fiili zarar - kâr mahrumiyeti ayırımında kâr mahrumiyetidir¹³.

Çalışma gücünün azalması ya da yitirilmesinden doğan kayıp¹⁴ bakımından ise bir ayırım yapmak gerekir. Çalışma gücü kalıcı olarak kaybedilmişse maluliyetten, sakatlıktan ya da kalıcı işgöremezlikten bahsedilir. Kayıp geçici ise, geçici işgöremezlik söz konusudur. Geçici işgöremezlik durumu hüküm tarihinde son bulmuş ise, bu gerçekleşmiş zarardır¹⁵. Kazanç kaybı kalemine dahildir. Hüküm tarihinde geçici işgöremezlik devam ediyor ise, gelecekteki bir zarar hesaplanmak gerekecektir¹⁶. Geçici işgöremezlik durumunda gelecekteki zarar hesaplanırken çalışma gücünün muhtemel kayıp süresi esas alınır¹⁷. Burada müstakbel zarar söz konusudur. Müstakbel zarar soyut hesaplanır; varsayımsal bir zarar hesaplaması yapılır¹⁸.

⁸ Bu konuda bkz: Oğuzman ve Öz, (n 1) 95 ff; Samim Ünan, ‘Ölüm Dışındaki Bedensel Zararların Özel Sigortalar Kapsamında Karşlanması’ iç Samim Ünan ve Emine Yazıcıoğlu (eds), *Sigorta Hukuku Sempozyumları* (2018) 215, 218 ff; Baysal, (n 1) 389 ff; Serap Amasya, ‘Sorumluluk Sigortalarında Bedensel Zararlar Teminatı Hakkında Genel Değerlendirme’ iç Sema Uçakhan Güleç ve Necdet Basa (eds), *Akıtdışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar Uluslararası Kongre* (2018) 542, 549 ff.

⁹ Bu konuda bkz: Oğuzman ve Öz, (n 1) 96 ff; Baysal, (n 1) 397 ff; Amasya, (n 9) 551.

¹⁰ Zeynep Rana Demir, ‘Ekonomik Geleceğin Sarsılmasından Doğan Kayıplar’ (2019) Sorumluluk Hukuku: Seminerler 2018 161, 169.

¹¹ Baysal, (n 1) 397.

¹² Baysal, (n 1) 397.

¹³ Oğuzman ve Öz, (n 1) 41.

¹⁴ Bu konuda bkz: Oğuzman ve Öz, (n 1) 97 ff; Ünan, ‘Bedensel Zararların Özel Sigortalar Kapsamında Karşlanması’ (n 9) 220 ff; Baysal, (n 1) 401 ff; Amasya, (n 9) 552 ff.

¹⁵ Ünan, ‘Bedensel Zararların Özel Sigortalar Kapsamında Karşlanması’ (n 9) 223.

¹⁶ ibid 223; Demir, (n 11) 169.

¹⁷ Oğuzman ve Öz, (n 1) 97; Amasya, (n 9) 553.

¹⁸ Amasya, (n 9) 552.

Ekonomik geleceğin sarsılması¹⁹ ise, ancak kalıcı sakatlık veya maluliyet²⁰ durumunda söz konusu olabilir. Bu bakımdan çalışmamızın kapsamı dışındadır. Kısaca açıklamak gerekirse, ekonomik geleceğin sarsılmasında, çalışma gücünü doğrudan etkilemeyen, ancak ileride meydana gelecek bir takım ekonomik zorluklardan doğan zarar söz konusudur. Burada da yine muhtemel zarar değil, müstakbel zarar hesaplanır. Müstakbel zarar söz konusu olduğundan soyut yöntemle, varsayımsal bir zarar hesaplaması yapılır²¹; ancak hesaplamanın farazi olması, bunun malvarlığına ilişkin olduğu gerçeğini değiştirmez²². Bu zarar kalemini de Yargıtay kararlarından bir örnekle somutlaştırmak mümkündür: Yargıtay 17. HD²³ zarara uğrayanın hemşire olduğu bir davada, “sosyal nitelikte, insanlarla sürekli iletişim içerisinde olunmasını gerektiren mesleklerde (hemşirelik) yüzdeki izin mesleğe yükselmede etkili olacağı dikkate alınmalıdır.” sonucuna varmıştır. Dolayısıyla Yargıtay’ın ekonomik geleceğin sarsılması zarar kalemini herhangi bir işgücü kaybı olmaksızın söz konusu olabilecek bir zarar olarak anladığı ve kariyerde ilerleme kapsamında ele aldığı söylenebilir. Bu çerçevede TBK’nın anılan zarar kalemine ilişkin düzenlemesi ile ekonomik geleceğe ayrı bir malvarlığı değeri atfedilmiştir²⁴.

Görüldüğü üzere TBK m 54’te “geçici işgöremezlik” terimi kullanılmamıştır. Ancak kişinin geçici olarak işgöremez hâle gelmesinden kaynaklanan malvarlığı zararları, düzenlemede kazanç kaybı ve çalışma gücünün yitirilmesinden doğan kayıp şeklinde ifade edilen iki zarar kaleminin kesiştiği alanda bulunmaktadır.

Geçici işgöremezlik, kişinin beden bütünlüğünü bozan olay dolayısıyla tedavi gördüğü süre ile iyileşme süresi boyunca çalışma gücünü tamamen, ancak geçici şekilde kaybetmesidir²⁵. Burada zararın meydana geldiği andan hüküm tarihine kadar olan süreç bakımından gerçekleşmiş, mevcut bir zarar söz konusudur. Bu zararın hesaplanması da somuttur. Buna karşılık hüküm tarihinden sonrasında da etkileri görülecekse, henüz gerçekleşmemiş, müstakbel bir zarar söz konusu olur ve soyut yöntemle hesaplanması gerekir.

Geçici işgöremezlik, kalıcı beden gücü kaybının ilk aşaması olarak da ortaya çıkabilir. Örneğin, kişi trafik kazası dolayısıyla %30 oranında kalıcı çalışma gücü kaybına uğramıştır. İyileşme süresi olan 6 ay boyunca ise %100 işgöremez

¹⁹ Bu konuda bkz: Oğuzman ve Öz, (n 1) 100 ff; Ünan, ‘Bedensel Zararların Özel Sigortalar Kapsamında Karşlanması’ (n 9) 223 ff; Baysal, (n 1) 415 ff; Amasya, (n 9) 556 ff.

²⁰ Bu konuda bkz: Çelik Ahmet Çelik, *Tazminat ve Alacaklarda Sorumluluk ve Zamanasını* (yeniden yazılmış ve genişletilmiş 3. Bası, 2018) 318 ff.

²¹ Ünan, ‘Bedensel Zararların Özel Sigortalar Kapsamında Karşlanması’ (n 9) 223.

²² Demir, (n 11) 164 ff.

²³ Yargıtay 17 HD, 3735/8073, 22.05.2014. Karar için bkz < <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/17-hukuk-dairesi-e-2013-3735-k-2014-8073-t-22-05-2014>> Erişim tarihi 1 January 2021.

²⁴ Baysal, (n 1) 420 ff.

²⁵ Bkz: Yargıtay 17 HD, 15598/7298, 18.07.2018. Karar için bkz < <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/17-hukuk-dairesi-e-2015-15598-k-2018-7298-t-18-7-2018>> Erişim tarihi 1 January 2021. Aynı yönde: Çelik, ‘Bedensel Zararlarda Tazminat Hesapları’ (n 1) 998; Çelik, *Sorumluluk ve Zamanasını* (n 21) 315 ff.

durumdadır. Böyle bir olasılıkta, iyileşme süresi boyunca geçici tam işgöremezlik; iyileşme süresinin tamamlanmasından sonra ise, kalıcı kısmi maluliyet mevcuttur. Geçici işgöremezlik, sürekli kısmi maluliyetin öncesinde gerçekleşebilirse de, kalıcı tam maluliyette böyle bir ayırım söz konusu değildir²⁶.

Yargıtay, geçici işgöremezlik zararlarında tazminatın hesaplanması bakımından kayıp süresini esas almakta ve bu sürenin iyileşme süresi²⁷ ile örtüştüğünü kabul etmektedir. Yargıtay 4. HD bir kararında²⁸ şu sonuca varmıştır: “*Bedensel zarara uğrayan kimse, çalışma gücünü sürekli veya geçici olarak yitirmesinden ve ileride edineceği kazançtan yoksun kalmasından doğan zarar ile bütün giderlerini isteyebilir. (BK. m 46/1). Çalışmamaktan kaynaklanan zarar ise, geçici iş göremezlik nedeniyle olabileceği gibi; sürekli iş göremezlik biçiminde de olabilir. Geçici iş göremezlik zararı, zararı görenin yaptığı iş ve gelir durumu itibariyle iyileşme süresinde elde edemediği kazançtan ibarettir.*” Yargıtay 4. HD bir diğer kararında²⁹ şu sonuca varmıştır: “*Dosya kapsamından her iki davacının da kollarında kırık oluşacak şekilde yaralandığı, 09/12/2002 tarihli Bucak Devlet Hastanesi’nden alınan doktor raporuna göre davacılarından ...’in 15 gün mutad iştigaline engel, 30 günde iyileşecek şekilde; davacılarından ...’in 15 gün mutad iştigaline engel, 180 günde iyileşecek şekilde yaralandıkları anlaşılmaktadır. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda belirtildiği üzere davacıların mutad iştigaline engel teşkil eden 15 günlük süreler esas alınarak geçici iş gücü kaybı tazminatına ve manevi tazminata hükmedilmiştir. Oysa, davacıların iyileşme süreleri esas alınarak, bu süreler için geçici iş gücü kaybı tazminatına karar verilmeli ve manevi tazminat miktarları da bu sürelerle göre belirlenmelidir. Bu hususun gözetilmemiş olması kararın bozulmasını gerektirmiştir.*”

Kişi çalışmıyorsa, kazanç getiren bir işi yoksa, Yargıtay geçici işgöremezlik zararının da bulunmadığı görüşündedir. Yukarıda açıklandığı üzere, TBK m 54’te “çalışma gücünün tamamen veya kısmen yitirilmesinden kaynaklanan kayıplar” olarak ifade edilen zarar kalemi müstakbel zararları kapsar ve Yargıtay bu zarar kalemi bakımından güç (efor) kaybını³⁰ başlı başına bir zarar olarak değerlendirmekte; çalışmayan kişiler

²⁶ Çelik, ‘Bedensel Zararlarda Tazminat Hesapları’ (n 1) 998.

²⁷ Bu konuda bkz: Çelik, *Sorumluluk ve Zamanasımı* (n 21) 316 ff.

²⁸ Yargıtay 4 HD, 2001/1056, 05.02.2007. Karar için bkz <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/4-hukuk-dairesi-e-2006-2001-k-2007-1056-t-05-02-2007>> Erişim tarihi 1 January 2021.

²⁹ Yargıtay 4 HD, 2098/20096, 18.12.2013. Karar için bkz < <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/4-hukuk-dairesi-e-2013-2098-k-2013-20096-t-18-12-2013>> Erişim tarihi 1 January 2021.

³⁰ Güç (efor) kaybı zararına ilişkin olarak örneğin bkz: Yargıtay 4 HD, 3059/3938, 19.04.1982. Anılan kararda bu kavram şu şekilde açıklanmıştır: “*Bugün uygulamada, kişinin kalıcı sakatlıkları nedeniyle oluşan beden gücü kaybı nedeniyle, gelirin de dolayısıyla mal varlığında bir eksilme meydana gelmemiş olsa dahi, tazminatın gerekeceği kabul edilmekte ve bu, güç (efor) kaybı tazminatı diye adlandırılmaktadır. Bu kabulün, ilk bakışta sorumluluk hukukunun, zarar kavramına ters düştüğü ileri sürülebilir. Ancak, burada beden gücü kaybına uğrayan kişinin aynı işi zarardan önceki durumuna ve diğer kişilere göre daha fazla bir güç (efor) sarfiyla yaptığı gerçeğinden hareket edilerek bir anlamda zararı, bu fazladan sarf edilen gücün oluşturduğu kabul edilmektedir. Bu kabul tarzının ortaya çıkardığı sonuç, tazminat hukuku kavram ve kurallarına uygundur.*”

lehine de tazminata hükmetmektedir³¹. TBK m 54'te “kazanç kaybı” olarak ifade edilen ve mevcut zararları kapsayan zarar kalemi bakımından ise fark teorisinin³² benimsendiği görülmektedir. Nitekim Yargıtay 17. HD, bir kararında³³ “3 yaşındaki davacının gelir getiren bir işte çalışmadığından tedavi müddeti boyunca mahrum kaldığı bir kazanç da bulunmadığı; bu nedenle daimi işgöremezliğin yanında geçici işgöremezlik tazminatına hükmedilmesinin doğru olmadığı” sonucuna varmıştır. Görüldüğü üzere Yargıtay bu kararında daimi ve geçici işgöremezlik, dolayısıyla bunların tekabül ettiği zarar kalemleri olan çalışma gücünün yitirilmesinden doğan kayıp ile kazanç kaybı arasında bir ayırım yapmaktadır.

II. Zorunlu Trafik Sigortacısının Tazmin Yükümlülüğünün Kapsamı

A. Genel Olarak

Zarar gören kişi talebini sorumluluk sigortacısına yöneltebilir. Gerek zorunlu gerekse ihtiyari sorumluluk sigortalarında bu imkân tanınmıştır³⁴ (TTK m 1478). Böyle bir durumda sigortacı adeta zarar verenin yerine geçerek ödemede bulunur³⁵. Bu itibarla örneğin işletenin, zarar görenin birlikte kusurunu (KTK m 86/2) ileri sürebileceği durumlarda sigortacı da bunu ileri sürebilir. Konumuzu teşkil eden trafik sigortası bakımından ifade edilecek olursa, sigortacının sorumluluğu, kural olarak işletenin sorumluluğu ile eşdeğerdir³⁶. Açıkça sigortacının sorumluluğunun kapsamı dışına çıkarılan hususlar, örneğin manevi tazminata ilişkin talepler, bunun istisnasını teşkil eder (KTK m 92/1-f).

Ekleme gerekir ki sigortacılığın özellikleri ve sigorta sözleşmesinin hükümleri dolayısıyla, işletenden talep edilebilecek tazminat miktarı ile trafik sigortacısından talep edilebilecek tazminat miktarı aynı değildir. Bu farklılığın temelinde trafik

³¹ Bkz: Yargıtay 4 HD, 3059/3938, 19.04.1982. Karar için bkz <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/4-hd-e-1982-3059-k-1982-3938-t-19-04-1982>> Erişim tarihi 1 January 2021. Ayrıca bkz Yargıtay 4 HD, 2001/1056, 05.02.2007. Karar için bkz <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/4-hukuk-dairesi-e-2006-2001-k-2007-1056-t-05-02-2007>> Erişim tarihi 1 January 2021.

³² Bu konuda bkz: Oğuzman ve Öz, (n 1) 39 ff.

³³ Yargıtay 17 HD, 9267/5047, 18.04.2019. Karar için bkz <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/17-hukuk-dairesi-e-2016-9267-k-2019-5047-t-18-4-2019>> Erişim tarihi 1 January 2021.

³⁴ Doğrudan dava hakkı, önce Karayolları Trafik Kanunu'nda zorunlu trafik sigortası bakımından tanınmış; daha sonra bu düzenleme ihtiyari mali sorumluluk sigortasına da teşmil edilmiştir (KTK, m 97, 100). 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile birlikte, gerek zorunlu gerekse ihtiyari tüm sorumluluk sigortaları bakımından doğrudan dava hakkı kabul edilmiştir (TTK m 1478). Doğrudan *dava* hakkı ifadesine rağmen, *dava dışı yolla başvuru yolunun kapatılmadığı* hususunda bkz: Ecehan Yeşilova Aras, ‘Doğrudan Dava (TTK m 1478 – KTK m 97)’ iç Samim Ünan ve Emine Yazıcıoğlu (eds), *Sigorta Hukuku Sempozyumları* (2018) 497, 497. Doğrudan *dava* hakkı tanınan zarar gören kişi, borçlar hukuku anlamında sorumluluk tazminatının alacaklısı olan kişidir. Bkz: ibid 500. Zarar gören kişi ifadesinin kapsamına yönelik değerlendirmeler için bkz: ibid, 498 ff. Doğrudan *dava* hakkı için ayrıca bkz: Rayegân Kender, *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku* (güncelleştirilmiş 16. Bası, 2017) 240 ff; Ünan, *Zarar Sigortaları* (n 2) 348 ff; Emine Yazıcıoğlu ve Zehra Şeker Ögüz, *Sigorta Hukuku* (güncellenmiş 2. Bası, Filiz 2019) 87.

³⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: Amasya, (n 9) 577 ff.

³⁶ Işıl Ulaş, *Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku: Genel Hükümler, Mal ve Sorumluluk Sigortaları* (8. Bası, Turhan 2012) 998; Rauf Karasu, *Yargıtay ve Sigorta Tahkimi İltiraz Hakem Heyeti kararları Işığında Karayolları Zorunlu Trafik Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası)* (Yetkin 2016) 100.

sigortacının haksız fiilin faili değil, bir sözleşme ile sorumluluk riskini üstlenen taraf olması yatar. Zira sigortacının sorumluluğu, haksız fiil failininkinden farklı olarak çeşitli şekillerde sınırlandırılmıştır. Şöyle ki, öncelikle teminatın kapsamı belirlenip bazı hâller teminatın kapsamı dışında bırakılarak sigortacının sorumluluğu sınırlandırılır³⁷. Ayrıca sigortacının sorumluluğu, sigorta bedeli ile sınırlıdır (TTK m 1461/1)³⁸. Sorumluluk sigortası sözleşmelerinde kişi ve olay başına olmak üzere azami limitler³⁹ belirlenir. Poliçede yazılı olan bu meblağlar sigortacının sorumluluğunun azami haddini teşkil eder. Zarar gören üçüncü kişinin uğradığı zarar, ancak bu azami limite kadar karşılanır⁴⁰. Bu sınırlamalara ek olarak muafiyet oranı kararlaştırılmak suretiyle zararın bir kısmı sigortalının üzerinde bırakılabilir.

Vurgulamak gerekir ki bu durum, zarar görenin elde edebileceği tazminatı değil; bunun sigortacıdan talep edilebilecek kısmını etkiler. Zarar görenin sigorta hukukundan ya da sözleşmesinden kaynaklanan sebeplerle sigortacıdan talep edemediği kısmı zarar verenden talep etmesi mümkündür. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi'nin, KTK'nın bazı hükümlerinin iptali istemiyle yapılan başvuruyu incelediği 17.07.2020 tarihli kararında⁴¹ yer alan, *“itiraz konusu kuralların, motorlu taşıt işletilmesi sebebiyle meydana gelen zarardan dolayı işletenin tazminat borcunun kapsamı ile zorunlu mali sorumluluk sigortası sözleşmesi sebebiyle bu zarardan dolayı sorumlu olan sigorta şirketinin tazminat borcunun kapsamının farklı esaslara göre hesaplanmasına imkân tanıdığı”* (§ 25); *“bu kurallara göre zorunlu mali sorumluluk sigortasından doğan borcun genel şartlara göre belirleneceği”* (§ 30); *“işletenin tazminat borcunun kapsamı TBK'ya göre belirlenirken, sigortacının tazminat borcunun kapsamının genel şartlara göre belirlenmesinin menfaatler dengesini işleten ve zarar gören aleyhine, sigortacı lehine bozabileceği”* (§ 41); *“bu durumun gerçek zararın karşılanmamasına yol açabileceği; işletenin sorumluluk sigortası yaptırmış olmasına rağmen sigortacı tarafından ödenmeyen kısım bakımından sorumluluğunun devam edebileceği”* (§ 42) şeklindeki gerekçelere katılmak mümkün görünmemektedir. Zira belirtildiği üzere, zarar gören üçüncü kişinin, zararın sigortacı tarafından karşılanmayan kısmı bakımından zarara sebep olan kişiye başvurma imkânı mevcuttur. Dolayısıyla *“bu durumun gerçek zararın karşılanmamasına yol açacağı”* söylenemez. İşleten de, ihtiyari sorumluluk sigortası yaptırmak suretiyle, zorunlu sigorta teminatını aşabilecek zararlara karşı teminat elde edebilir. Diğer bir

³⁷ Rizikonun belirlenmesi ve sigorta himayesinin sınırları hakkında bkz Kender, (n 35) 311 ff, ibid 326 ff; Yazıcıoğlu ve Şeker Ögüz, (n 35) 50 ff, ibid 161 ff. Sigorta sözleşmesinin konusunu oluşturan rizikonun kapsamına getirilen istisnalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Merih Kemal Omağ, 'Özel Sigorta Hukukunda Muafiyet Klozları' (2019) Özel Sigorta Hukukuna Hakim İlke ve Kurumlar (1975-2016): Makaleler – Tebliğler, 335, 341.

³⁸ Sigorta hukukunda sigortacının sorumluluğunun sigorta bedeli ile sınırlı olması ve sigorta bedelini aşan bir ödemede bulunmasının talep edilememesi genel kural olmakla birlikte, Yargıtay sigortacının temerrüdü nedeniyle, zarar görenin uğradığı ve temerrüt faizi ile karşılanmayan aşkın zararın TBK m 122 uyarınca sigortacıdan istenebileceği görüşündedir. Bkz: Yargıtay 11 HD, 2009/4475, 01.06.1995. Karar için bkz: Ulaş, (n 37) 114.

³⁹ Sınırlı sorumluluk ilkesi hakkında bkz: Ulaş, (n 37) 978 ff.

⁴⁰ Bu konuda bkz: Ulaş, (n 37) 987 ff; Karasu, (n 37) 87.

⁴¹ AYM, 2020/40, 17.07.2020, RG 09.10.2020/31269.

anlatımla “*sorumluluk sigortası yaptırmış olmasına rağmen sigortacı tarafından ödenmeyen kısım bakımından sorumluluğunun devam etmesi*” olasılığında, bu sorumluluğu sigortalatması mümkündür. Kaldı ki, Karşioy Gerekeçesi’nde isabetle belirtildiği üzere, “*işletenin tazminat sorumluluğu ile sigorta şirketinin tazminat sorumluluğunun farklı esaslara tâbi kılınması, sorumluluklarının dayandığı esasların farklı olması nedeniyle kaçınılmazdır*”; zira yukarıda da belirttiğimiz üzere, “*zarar verenin sorumluluğu haksız fiilden doğan sorumluluk olup; aynı zarardan dolayı sigortacının tazminat sorumluluğu ise sözleşmeden doğan sorumluluktur*” (§ 6).

B. Trafik Sigortası Genel Şartları Kapsamındaki Teminat Türleri

Trafik Sigortası Genel Şartları’nın A.5.b. bendinde, sigortanın kapsamına giren teminat türleri sayılmıştır. Konumuzu teşkil eden bedensel zararlar bakımından sigorta kapsamındaki teminat türleri, sağlık giderleri teminatı ile sürekli sakatlık teminatıdır.

Sağlık giderleri teminatının içeriği ve bu teminattan kimin sorumlu olduğu hususu şu şekilde düzenlenmiştir: *Üçüncü kişinin trafik kazası dolayısıyla bedenene eski hâline dönmelerini teminen protez organ bedelleri de dahil olmak üzere yapılan tüm tedavi giderlerini içeren teminattır. Kaza nedeniyle mağdurun tedavisine başlanmasından itibaren mağdurun sürekli sakatlık raporu alana kadar tedavi süresince ortaya çıkan bakıcı giderleri, tedaviyle ilgili diğer giderler ile trafik kazası nedeniyle çalışma gücünün kısmen veya tamamen azalmasına bağlı giderler sağlık gideri teminatı kapsamındadır. Sağlık giderleri teminatı Sosyal Güvenlik Kurumu’nun sorumluluğunda olup ilgili teminat dolayısıyla sigorta şirketinin ve Güvence Hesabı’nın sorumluluğu 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 98 inci maddesi hükmü gereğince sona ermiştir.*

Sürekli sakatlık teminatı ise şu şekilde tanımlanmıştır: *Üçüncü kişinin sürekli sakatlığı dolayısıyla ileride ekonomik olarak uğrayacağı maddi zararları karşılamak üzere, bu genel şart ekinde yer alan esaslara göre belirlenecek teminattır. Kaza nedeniyle mağdurun tedavisinin tamamlanması sonrasında yetkili bir hastaneden alınacak özürlü sağlık kurulu raporu ile sürekli sakatlık oranının belirlenmesinden sonra ortaya çıkan bakıcı giderleri bu teminat limitleri ile sınırlı olmak koşuluyla sürekli sakatlık teminatı kapsamındadır.*

TBK m 54’te sayılan bedensel zarar kalemleri ile TSGŞ A.5.b’de sayılan sigorta kapsamındaki teminat türleri karşılaştırıldığında, tedavi giderleri ve ekonomik geleceğin sarsılması zarar kalemleri bakımından durumun açık olduğu görülmektedir. Ancak bunlar dışındaki zarar kalemleri yönünden belirsizlik söz konusudur. Şöyle ki, düzenlemeden, ekonomik geleceğin sarsılması zarar kaleminin sürekli sakatlık teminatının kapsamında olduğu, dolayısıyla sigortacının sorumluluğunda

bulunduğu açıkça anlaşılmaktadır. Tedavi giderlerinin ise, sağlık giderleri teminatı kapsamında ve dolayısıyla SGK'nın sorumluluğunda olduğu görülmektedir. Tedavi giderleri bakımından eklemek gerekir ki, Yargıtay 17. HD bir kararında⁴², “*KTk m 98 kapsamında kalan tedavi giderleri yönünden SGK'nın, Kanun kapsamı dışında kalan giderlerden ise sigortacının sorumlu tutulması gerektiğini*” belirtmiştir. Daire'nin aynı yönde başka kararları da mevcuttur⁴³. Dolayısıyla Yargıtay'ın, tedavi gideri kapsamında değerlendirilen tüm giderlerin SGK'nın sorumluluğunda olduğu ve tedavi giderlerinin tamamı yönünden sigortacının sorumluluğunun sona erdiği görüşünde olmadığı anlaşılmaktadır. Biz de bu görüşe katılıyoruz. SGK'nın sorumluluğuna bırakılan giderler, hastane ve diğer sağlık kuruluşlarında gerçekleştirilen tedavinin giderleridir. Bunun dışında kalan ve Yargıtay'ın yıllar içinde müstakar hâle gelen içtihatlarıyla “diğer tedavi giderleri” olarak kabul ettiği giderlerin kapsamı ise, yalnızca sağlık kuruluşlarındaki tedavi masraflarından ibaret değildir. Sağlık kuruluşlarındaki tedavi masraflarının dışında kalan diğer masraflar bakımından Yargıtay, sigortacının sorumluluğunun devam ettiği görüşündedir.

C. Geçici İşgöremezlik Zararlarının Teminat Kapsamında Olup Olmadığı Meselesi

1. Sorunun Ortaya Konulması

KTk m98 uyarınca *trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmî ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedelleri, kazazedinin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın genel sağlık sigortalısı sayılanlar için belirlenen sağlık hizmeti geri ödeme usul ve esasları çerçevesinde Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanır. Ancak, Sosyal Güvenlik Kurumu, bu kapsama girenler yönünden genel sağlık sigortalısı sayılanlar için belirlenen sağlık hizmetlerine ilave sağlık hizmetlerini belirler; protez ve ortezler için farklı birim fiyatı tespit eder. Bu sağlık hizmetleri sağlık uygulama tebliğindeki istisnai sağlık hizmetleri kapsamına dâhil edilmez. (2) Trafik kazalarına sağlık teminatı sağlayan zorunlu sigortalarda; sigorta şirketlerince yazılan primlerin ve Güvence Hesabı'na tahsil edilen katkı paylarının % 15'ini aşmamak üzere, münhasıran bu teminatın karşılığı olarak Hazine Müsteşarlığı'na⁴⁴ sigortacılık ilkeleri çerçevesinde maktu veya nispi olarak belirlenen tutarın tamamı sigorta şirketleri ve 3/6/2007 tarihli*

⁴² Yargıtay 17 HD, 12752/7497, 13.06.2019. Karar için bkz <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/17-hukuk-dairesi-e-2016-12752-k-2019-7497-t-13-6-2019> Erişim tarihi 1 January 2021.

⁴³ Bkz: Yargıtay 17 HD, 16097/6856, 28.05.2019. karar için bkz <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/17-hukuk-dairesi-e-2016-16097-k-2019-6856-t-28-5-2019>> Erişim tarihi 1 January 2021. Ayrıca bkz Yargıtay 17 HD, 15148/7353, 04.09.2018. Karar için bkz <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/17-hukuk-dairesi-e-2015-15148-k-2018-7353-t-4-9-2018>> Erişim tarihi 1 January 2021. Ayrıca bkz Yargıtay 17 HD 11224/5751, 8.05.2019. Karar için bkz <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/17-hukuk-dairesi-e-2016-11224-k-2019-5751-t-8-5-2019> Erişim tarihi 1 January 2021.

⁴⁴ 47 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin (RG 18.10.2019/30922) 19. maddesi uyarınca Hazine Müsteşarlığı'na yapılan bu atfın, Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu'na yapılmış sayılması gerekecektir.

ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 14 üncü maddesinde düzenlenen durumlar için Güvence Hesabı tarafından Sosyal Güvenlik Kurumu'na aktarılır. Söz konusu tutar, ilgili sigorta şirketleri için sigortacılık ilkelerine göre ayrı ayrı belirlenebilir. Aktarım ile sigorta şirketlerinin ve Güvence Hesabı'nın bu teminat kapsamındaki yükümlülükleri sona erer.

Bu çerçevede, beden bütünlüğünün ihlali dolayısıyla ortaya çıkan ve tedavi masrafları dışında kalan diğer kayıpların, örneğin çalışma gücünün kaybindan ya da ekonomik geleceğin sarsılmasından kaynaklanan zararların, zorunlu trafik sigortası kapsamında sigortacı tarafından ödeneceği ifade edilmektedir⁴⁵. Ancak Trafik Sigortası Genel Şartları'nda 2016 yılında yapılan değişiklikten sonraki düzenleme kapsamında geçici işgöremezlik nedeniyle uğranılan malvarlığı zararlarının sigorta kapsamında yer alan teminat türlerinden hangisine dahil olduğu ve bu zararlardan sigortacının sorumlu bulunup bulunmadığı hususu açık ve net değildir. Nitekim, aşağıda incelenecek olan İtiraz Hakem Heyeti kararına konu olan uyuşmazlıkta, sigortacı “zorunlu trafik sigortası ile teminat kapsamına alınan hususun sürekli iş gücü kaybı olduğu; ‘geçici’ zararlar ile buna bağlı taleplerin teminat kapsamı dışında olduğu” savunmasında bulunmuştur.

Eğer kalıcı bir maluliyet söz konusu değilse, geçici işgöremezlik zararları sürekli sakatlık teminatının kapsamına girmez. Sağlık giderleri teminatının kapsamının belirlendiği düzenlemede geçen “çalışma gücünün kısmen veya tamamen azalmasına bağlı giderler” ifadesindeki “gider” kelimesi geniş yorumlanarak zarar şeklinde anlaşılırsa geçici işgöremezlik zararlarının sağlık giderleri teminatının kapsamında olduğu söylenebilirse de, bu yorum da sorunu çözmez. Zira anılan teminat türü SGK'nın sorumluluğuna bırakılmıştır. Geçici işgöremezlik zararlarının SGK tarafından karşılanması ise pek mümkün görünmemektedir. Nitekim Yargıtay 17. HD bir kararında⁴⁶ “geçici işgöremezlik tazminatının 6111 Sayılı Yasa kapsamında olmadığına; dolayısıyla SGK'nın sorumluluğunda bulunmadığına; sigortacının sorumluluğu kapsamında yer aldığına” hükmetmiştir. Ancak anılan kararın gerekçesinde Genel Şartlar'ın incelemekte olduğumuz düzenlemesine değinilmemiş ve bunun hangi teminatın kapsamında olduğu değerlendirilmemiştir.

2. 21.12.2018 Tarih ve 2018/İHK-11386 Sayılı İtiraz Hakem Heyeti Kararı

TSGŞ A.5.b çerçevesinde geçici işgöremezlik zararlarının sigortacının sorumluluğunda olup olmadığının değerlendirildiği 21.12.2018 tarih ve 2018/İHK-11386 sayılı İtiraz Hakem Heyeti Kararı'na⁴⁷ konu olan uyuşmazlık, “davalı

⁴⁵ Ünan, ‘Bedensel Zararların Özel Sigortalar Kapsamında Karşlanması’ (n 9) 248; Amasya, (n 9) 592.

⁴⁶ Yargıtay 17 HD, 15598/7298, 18.07.2018. Karar için bkz: <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/17-hukuk-dairesi-e-2015-15598-k-2018-7298-t-18-7-2018>> Erişim tarihi: 1 January 2021.

⁴⁷ Karar için bkz: <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/sigorta-tahkim-komisyonu/SITA801D20181221K2018IHK11386>> Erişim tarihi: 1 January 2021.

sigorta kuruluşuna Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) sigorta poliçesi ile sigortalı XXX plakalı aracın 15.01.2015 tarihinde karıştığı trafik kazası sonucu, araçta yolcu olarak bulunan başvuranın yaralanarak malul kalmasına bağlı geçici iş görmezlik tazminatının poliçe kapsamında davalı sigorta şirketinden tazminine ilişkindir. Uyuşmazlık Hakemi 29.10.2018 tarih ve K.2018/XXXX sayılı kararında özetle; Tarafların ortaya koydukları maddi ve hukuki veriler, dosyada bulunun sağlık kurulu ve tazminat raporlarını birlikte değerlendirerek, 15.01.2015 tarihinde meydana gelen yaralamalı ve maddi hasarlı trafik kazasında başvuranın 9 ay geçici iş görmezlik dönemi için sigortalı araç sürücüsünün kusuru dikkate alınarak düzenlenen bilirkişi raporunun, hükme dayanak olacak nitelikte açık ve denetime elverişli olduğunu kabul ederek, aktüer bilirkişi raporu ile belirlenen miktardan %20 oranında kusur indirimi yapmak suretiyle başvuranın talebinin kısmen kabulüne, 6.976,04 TL geçici iş görmezlik tazminatının davalı sigorta şirketinden tahsili ile başvurana verilmesine, itirazı kabil olmak üzere karar vermiştir. Sigortacı, diğer itirazlarının yanı sıra, Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigorta Poliçesi ile teminat kapsamına alınan hususların sürekli iş gücü kaybı olduğu; “geçici” zararlar ile buna bağlı taleplerin teminat kapsamı dışında olduğu; Genel Şartların A.5.b. maddesi uyarınca geçici iş göremezlik ve bakıcı giderlerinin SGK sorumluluğunda bulunduğu; Genel Şartların A.6.k. maddesinde belirlenen zararlardan da sigorta şirketinin sorumlu olmadığı, dolayısıyla geçici iş göremezlik tazminatının teminat kapsamında olup, SGK sorumluluğunda bulunduğundan buna ilişkin talebin reddinin gerektiği itirazında bulunmuştur.

İtiraz Hakem Heyeti, bu itiraza ilişkin olarak ayrıntılı şekilde gerekçelendirilmiş olan şu sonuca varmıştır: “Genel Şartların, A.5.b) maddesinde, “Sağlık Giderleri Teminatı: Üçüncü kişinin trafik kazası dolayısıyla bedenen eski haline dönmesini teminen protez organ bedelleri de dahil olmak üzere yapılan tüm tedavi giderlerini içeren teminatır. Kaza nedeniyle mağdurun tedavisine başlanmasından itibaren mağdurun sürekli sakatlık raporu alana kadar tedavi süresince ortaya çıkan bakıcı giderleri, tedaviyle ilgili diğer giderler ile trafik kazası nedeniyle çalışma gücünün kısmen veya tamamen azalmasına bağlı giderler sağlık gideri teminatı kapsamındadır. Sağlık giderleri teminatı Sosyal Güvenlik Kurumunun sorumluluğunda olup ilgili teminat dolayısıyla sigorta şirketinin ve Güvence Hesabının sorumluluğu 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 98 inci maddesi hükmü gereğince sona ermiştir.” olarak ifade edildiği gibi, Sağlık Giderleri Teminatı’ndan sayılanların ve SGK’ya devredildiği ifade edilenlerin, bizatihi geçici iş görmezlik zararları değil, bunlara bağlı giderlerin olduğu anlaşılmaktadır. Genel Şartın bu şekilde yazılmış olmasından, geçici iş görmezlik tazminatı taleplerinin, SGK’ya devredildiği ve bu nedenle trafik sigortası teminatları haricinde tutulduğu söylenemeyecektir. Aksi halde “tamamen” de denmekle, kalıcı iş görmezlik tazminatı taleplerinin de SGK’ya devredildiği ve bu nedenle teminat dışı olduğu sonucu çıkar ki, bu da sigortanın konusunun ortadan

kaldırılmış olması demektir. Aynı Genel Şartların “Teminat Dışında Kalan Haller” bölümünde⁴⁸ de geçici iş görmezlik zararlarının teminat dışı tutulduğuna ilişkin bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu bölüm k) maddesinde “Gelir kaybı, kâr kaybı, iş durması ve kira mahrumiyeti gibi zarar verici olguya bağlı olarak oluşan yansıma veya dolaylı zararlar nedeniyle yöneltilecek tazminat talepleri,” olarak sayılanların, A.5. a) Maddi Zararlar Teminatı: Hak sahibinin bu genel şartta tanımlanan ve zarar gören araçta meydana gelen değer kaybı dahil doğrudan malları üzerindeki azalmadır. Sigortalının sorumlu olduğu araç kazalarında değer kaybı, talep edilmesi halinde ilgili branşta ruhsat sahibi sigorta eksperleri tarafından tespit edilir. Değer kaybının tespiti bu Genel Şart ekinde yer alan esaslara göre yapılır.” olarak tanımlanan araç zararlarına ilişkin olduğu anlaşılacakla, bu istisnaların geçici iş görmezlik zararlarını da kapsadığı söylenemez. Aynı Genel Şartların, A.3. SİGORTANIN KAPSAMI başlıklı maddesinde “Sigortacı, poliçede tanımlanan motorlu aracın işletilmesi sırasında, üçüncü şahısların ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebebiyet vermiş olmasından dolayı, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre sigortaliya düşen hukuki sorumluluk çerçevesinde bu Genel Şartlarda içeriği belirlenmiş tazminatlara ilişkin talepleri, kaza tarihi itibarıyla geçerli zorunlu sigorta limitleri dahilinde karşılamakla yükümlüdür.” olarak, şahsın yaralanmasına bağlı zararların 2018 Sayılı Kanuna göre sigortaliya düşen hukuki sorumluluğunun temin edildiği de ifade edilmiş bulunmaktadır. Karayolları Trafik Kanunu, maddi ve manevi tazminat başlıklı 90. maddesinde, maddi tazminatın biçimi ve kapsamı ile manevi tazminat konularında Borçlar Kanununun haksız fiillere ilişkin hükümleri uygulanır yönünde düzenleme olup, Borçlar Kanunu b. Bedensel zarar, MADDE 54-Bedensel zararlar özellikle şunlardır denilerek, “3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.” sorumluluk kapsamında sayılmış olmakla, işletenin ve onun sorumluluğunu temin eden sigortacının bu zararlardan sorumlu olacağı tartışmasızdır. Bu kapsamda, Yargıtay kararlarında da işaret edildiği gibi, geçici iş görmezlik zararları da çalışma gücünün azalması veya yitirilmesine bağlı bulunduğundan ve genel şartlarda teminat dışı tutulduğu da belirtilmemiş olmakla, davacı bu zararları, işletenin hukuki sorumluluğunu temin eden davalı trafik sigortacısından talep edebilecektir. Bu nedenle davalıların geçici iş görmezlik zararından sorumlu olmadıkları itirazlarının reddine karar verilmiştir.”

3. İtiraz Hakem Heyeti Kararı Işığında Sorunun Değerlendirilmesi

Trafik sigortası kapsamındaki teminat türlerine ilişkin düzenlemenin değerlendirilmesinden önce, Yargıtay 11. HD’nin, Genel Şartlar’ın nasıl yorumlanması gerektiğine ışık tutabilecek bir kararına⁴⁹ değinmekte fayda görmekteyiz. Dava konusu olayda maluliyet tazminatının sigorta kapsamında olup olmadığı tartışılmış;

⁴⁸ Bu konuda bkz: Kender, ‘Trafik Sigortası Yeni Genel Şartları Hakkında’ (n 7) 120 ff.

⁴⁹ Yargıtay 11 HD, 4212/5325, 23.06.1995. Karar için bkz: Ulaş, (n 37) 977. Aynı yöndeki diğer bir karar için bkz: ibid 991.

ilk derece mahkemesi, maluliyet tazminatının sigorta kapsamında bulunmadığı sonucuna varmıştır. Yüksek Mahkeme ise, “Genel Şartlar’ın 1. maddesi uyarınca sigortacının bir motorlu taşıtın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına sebebiyet vermişse KTK’ya göre işletene düşen hukuki sorumluluğu zorunlu sigorta limitlerine kadar temin edeceğinin hükme bağlandığı; KTK m 85/1 uyarınca aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına sebep olursa işletenin bu zarardan sorumlu bulunduğu; yine KTK m 91 uyarınca sigortacının bu zararı gidermekle yükümlü olduğu; kişinin yaralanmasının doğal bir sonucu olan maluliyetin KTK m 95’te ve Genel Şartlar’da sigorta kapsamı dışında bırakılmadığı; bu nedenle maluliyetin sigorta kapsamında olduğunun kabulünün gerektiği” gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

Şu halde, Genel Şartlar’ın incelemekte olduğumuz düzenlemesi yorumlanırken, yalnızca teminatın kapsamına ilişkin bu düzenlemenin lafzından yola çıkarak geçici işgöremezlik zararlarının sigortacının sorumluluğunda olmadığı söylenemez. KTK’nın hükümleri ile Genel Şartlar’ın diğer düzenlemeleri de göz önünde tutulmalıdır. Esasen, bir zorunlu sigorta özel kanunla düzenlenmişse, ancak kanunda teminat kapsamı dışında bırakılabileceği belirtilen hâllerin, örneğin KTK m 92’de sayılan durumların, Genel Şartlar’da açıkça istisna edilmeleri kaydıyla, sigortacının edim yükümlülüğünün kapsamı dışına çıkarılabileceği öğretide ifade edilmektedir⁵⁰. Nitekim Anayasa Mahkemesi yukarıda zikredilen kararında⁵¹, KTK m. 92 hükmünün “bu Kanun çerçevesinde hazırlanan zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları ve ekleri ile tanımlanan teminat içeriği dışında kalan talepler”in teminatın kapsamı dışında kaldığına ilişkin (i) bendini iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi iptal kararını, diğer gerekçelerin yanı sıra, “KTK’nın kamu otoritesine teminat dışı hâl öngörme yetkisi tanınmasının Anayasa’ya aykırı olduğu” gerekçesine dayandırmıştır.

İstisna şartları ya da muafiyet klozları denilen bu gibi hükümler, birer sigortasızlık hâli teşkil eder; diğer bir anlatımla sigorta sözleşmesinin konusunu oluşturan rizikonun kapsamına getirilen istisnalardır⁵². İstisna şartlarının geçerli olabilmesi için kesin, açık ve belli olması; hiçbir belirsizlik taşımaması ve şüpheye yer bırakmaması gerekir⁵³. İstisna şartlarının geçerliliği için aranan bir diğer önemli koşul, öngörülen istisna hükmü ile sigorta teminatının içinin boşaltılmamasıdır⁵⁴. Trafik Sigortası Genel Şartları’ndaki düzenlemenin bu kriterleri karşılamadığı tartışmasızdır.

Ayrıca hukuk politikası bakımından bu zararların sigorta teminatının kapsamı dışına çıkarılmasının savunulamayacağı da dikkate alınmalıdır. Zira zorunlu trafik

⁵⁰ Ünan, ‘Bedensel Zararların Özel Sigortalar Kapsamında Karşılanması’ (n 9) 245 ff.

⁵¹ AYM, 2020/40, 17.07.2020, RG 09.10.2020/31269.

⁵² Omağ, (n 38) 335.

⁵³ Omağ, (n 38) 345. Muafiyet klozlarının geçerliliği için aranan esasa ve şekle ilişkin şartlar ile hükümleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: ibid 345 ff.

⁵⁴ Omağ, (n 38) 346.

sigortası teminatını kalıcı sakatlık hâlleri ile sınırlamanın haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Bu çerçevede geçici işgöremezlik zararlarının zorunlu trafik sigortası teminatı kapsamında sigortacının sorumluluğunda bulunduğu sonucuna varılmalıdır⁵⁵.

Sonuç

Trafik sigortası bakımından, gerek mevzuat gerekse yargı uygulamalarındaki gelişme ve değişikliklerin kolay kolay nihayetlenmeyeceği; dolayısıyla bu alanda kısa dönemlere dayalı ve önemli ölçüde değişken bir uygulamanın uzunca bir süre devam etmesinin kaçınılmaz olduğu ifade edilmektedir⁵⁶.

Gerçekten de son dönemde yapılan değişiklikler uygulamada tereddütlere sebebiyet vermiş ve önemli sorunlara yol açmıştır. Bu sorunlardan biri, geçici işgöremezlik zararlarının zorunlu trafik sigortası teminatının kapsamına dahil olup olmadığıdır. Genel Şartlar'da 2016 yılında yapılan değişiklikte, geçici işgöremezlik zararları bakımından teminatın kapsamı hususunda bir belirsizlik ortaya çıkmıştır. Öyle ki, sigorta şirketleri, geçici işgöremezlik zararlarının teminat kapsamında bulunmadığını ileri sürebilmişlerdir.

Çalışmamızda, bu hususun değerlendirildiği yakın tarihli bir İtiraz Hakem Heyeti Kararı da ele alınarak anılan sorun incelenmiştir. Genel Şart düzenlemesinin lafzından kaynaklanan belirsizliğe rağmen, özel kanunla düzenlenen zorunlu sigortalarda, ancak kanunda teminat kapsamı dışında bırakılabileceği belirtilen hâller, Genel Şartlar'da açıkça istisna edilmeleri kaydıyla, sigortacının edim yükümlülüğünün kapsamı dışına çıkarılabilir. Ayrıca muafiyet klozları, kesin, açık ve belli olmalıdır. Kaldı ki zorunlu trafik sigortası teminatını kalıcı sakatlık hâlleri ile sınırlamanın haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Tüm bu hususlar göz önünde bulundurularak geçici işgöremezlik zararlarının zorunlu trafik sigortası teminatı kapsamında sigortacının sorumluluğunda bulunduğu sonucuna varılmıştır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

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

⁵⁶ Karayazgan, (n 3) 39.

Bibliyografya/Bibliography

- Amasya S, ‘Sorumluluk Sigortalarında Bedensel Zararlar Teminatı Hakkında Genel Değerlendirme’, Sema Uçakhan Güleç ve Necdet Basa (eds) (2018) *Akitdışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar Uluslararası Kongre* 542-596.
- Baysal B, *Haksız Fiil Hukuku: BK m 49-76* (On İki Levha 2019).
- Çelik ÇA, ‘Ölümlerde ve Bedensel Zararlarda Tazminat Hesapları’ (2018) *Akitdışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar Uluslararası Kongre* 984-1053. (Bedensel Zararlarda Tazminat Hesapları)
- Çelik ÇA, *Tazminat ve Alacaklarda Sorumluluk ve Zamanaşımı* (yeniden yazılmış ve genişletilmiş 3. Bası, 2018). (Sorumluluk ve Zamanaşımı)
- Demir ZR, ‘Ekonomik Geleceğin Sarsılmasından Doğan Kayıplar’ (2019) *Sorumluluk Hukuku: Seminerler 2018* 161-203.
- Esatoğlu YT, ‘Trafik Sigortaları’ (2017) *Sigorta Hukukunun Bazı Güncel Sorunları* 41-85.
- Karayazgan A, ‘Zorunlu Trafik Sigortalarına Mevzuat ve Uygulama Açısından Bir Bakış’ (2017) *Sigorta Hukukunun Bazı Güncel Sorunları* 29-40.
- Oğuzman MK ve Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2* (gözden geçirilmiş 13. Bası, Vedat 2017).
- Omağ MK, ‘Özel Sigorta Hukukunda Muafiyet Klozları’ (2019) *Özel Sigorta Hukukuna Hakim İlke ve Kurumlar (1975-2016): Makaleler – Tebliğler* 335-353.
- Karasu R, *Yargıtay ve Sigorta Tahkimi İtiraz Hakem Heyeti kararları Işığında Karayolları Zorunlu Trafik Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası)* (Yetkin 2016).
- Kender R, ‘Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Yeni Genel Şartları Hakkında’ (Seçkin 2017) 16 (2) (Prof. Dr. iur. Merih Kemal Omağ’a Armağan) C. III 107-150. (Trafik Sigortası Yeni Genel Şartları)
- Kender R, *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku* (güncelleştirilmiş 16. Bası, 2017).
- Ulaş I, *Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku: Genel Hükümler, Mal ve Sorumluluk Sigortaları* (8. Bası, Turhan 2012).
- Ünan S, ‘Ölüm Dışındaki Bedensel Zararların Özel Sigortalar Kapsamında Karşılanması’, Samim Ünan ve Emine Yazıcıoğlu (eds) (2018) *Sigorta Hukuku Sempozyumları* 215-256. (Bedensel Zararların Özel Sigortalar Kapsamında Karşılanması)
- Ünan S, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku Cilt II: Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler Birinci Bölüm Zarar Sigortaları (Madde 1453 – 1486)* (2016). (Zarar Sigortaları)
- Yazıcıoğlu E ve Şeker Öğüz Z, *Sigorta Hukuku* (güncellenmiş 2. Bası, Filiz 2019).
- Yeşilova Aras E, ‘Doğrudan Dava (TTK m 1478 – KTK m 97)’, Samim Ünan ve Emine Yazıcıoğlu (eds) (2018) *Sigorta Hukuku Sempozyumları* 497-506.



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 01.07.2020
Kabul: 28.12.2020

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

İş Sözleşmesinin Feshinde Süre

Faruk Barış Mutlay*

Öz

4857 sayılı İş Kanununun 26. maddesindeki süreler, işçi ya da işveren tarafından gerçekleştirilecek bütün feshler için kabul edilmemiştir. Maddedeki süreler, iş sözleşmesinin sadece ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hallere ve benzeri durumlara dayanılarak feshedilmesi halinde uygulama alanı bulur. Dolayısıyla iş sözleşmesinin işverence İşK m 25/II veya işçi tarafından İşK m 24/II dışında herhangi bir haklı nedenle feshinde bir yıllık ya da altı iş günlük süreler dikkate alınmaz. Geçerli nedenle yapılan feshlerde de anılan hükümdeki süreler göz önünde bulundurulmaz.

İşK m 24/II ve İşK m 25/II dışındaki haklı nedenler açısından ilgili düzenlemelerin içeriği esas alınmak suretiyle süre açısından sonuca varılmalıdır. Bu doğrultuda düzenlemeler uyarınca işçinin ya da işverenin, hükümlerdeki nedenler devam ettiği sürece fesih hakkını kullanabileceğini kabul etmek isabetli olur. Bununla birlikte düzenlemenin niteliği gereği sadece İşK m 25/II,a'da yer verilen haklı nedenle fesih sebebi için makul süre araştırılması yapılmalıdır. Aynı şekilde geçerli nedenle yapılacak feshlerde somut olayın özelliğine ve feshin niteliğine göre belirlenecek makul süre ölçütü esas alınmalıdır.

Çalışmamız kapsamında konu, uygulama alanının geniş olması nedeniyle ağırlıklı olarak 4857 sayılı İş Kanunu çerçevesinde değerlendirilmişse de diğer bireysel iş kanunları ve Türk Borçlar Kanunu açısından da ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

İş sözleşmesi, Fesih, Fesihle süre, Haklı neden, Hak düşürücü süre

The Term/Duration Required for the Termination of Labor Agreement

Abstract

“Statutory limitation–Terms/durations” are not accepted for all terminations to be enforced by employee or employer, which is specified in the 26th article of Labor Law, numbered 4857. The terms specified in the aforementioned article are applicable only on the condition that the labor agreement is canceled by basing upon circumstances, which do not comply with codes of ethics and goodwill and other similar principles. Therefore, a term of 1 year or six business days are not taken into account in case of a termination of labor agreement with any valid reason other than termination by the employer under article 25/II of the Labor Law or termination by the employee under article 24/II of the Labor Law. The terms specified in the aforementioned article cannot be considered also for terminations with a valid reason.

Based on the content of the regulations, terminations with a valid reason other than article 24/II of the Labor Law and article 25/II of the Labor Law should be concluded in terms of duration. In this direction, it will be accurate to agree upon the fact that both the employer and the employee can exercise the right of termination as long as the reasons specified in the relevant provision continue under the content of regulations. However, under the content of relevant regulation, reasonable time shall be sought only for the reason of termination with a valid reason included in the article 25/II,a of Labor Law. Similarly, for terminations to be executed with a valid reason, the reasonable time to be determined according to the characteristic of concrete case and qualification of the termination shall be based on.

In the scope of our study, the subject was mainly evaluated within the framework of the Labor Law numbered 4857 due to the wide application area, but the term related to termination was also considered as regards other individual labor laws and the Turkish Code of Obligations.

Keywords

Labor agreement, Termination, tTerm of the termination, Termination with a valid reason, Statutory limitation

* **Sorumlu Yazar:** Faruk Barış Mutlay (Dr. Öğr. Üyesi), Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Antalya, Türkiye. E-posta: barismutlay@gmail.com, ORCID: 0000-0003-4331-6550

Atrf: Mutlay FB, “İş Sözleşmesinin Feshinde Süre” 2020) 78(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1783. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.4.0004>



Extended Summary

The subject matter of “statutory limitation—the term/duration required for the termination of labor agreement” is investigated in our study by trying to include decisions taken by the Supreme Court of Appeals. Within the scope of our study, basically, it is analyzed whether individual labor laws and Turkish Code of Obligations include explicit regulations regarding the term/duration for the termination of labor agreement and the range of application for terms in the cases where relevant regulations exist and whether exercising of the right of termination, which is among the formative rights, is subject to any term in the cases where explicit regulations do not exist and if it is subject to any time-constraint, the time period during which such right of termination is required to be exercised. The subject has been evaluated in the termination of the employment agreement within the framework of the Labor Law numbered 4857 within the scope of our study, due to the wide application area of the subject.

The term for exercising the right of termination in the Labor Law, numbered 4857, is only included explicitly in the article 26. However, the terms in the said provision are not accepted for all terminations to be carried out by the employer or the employee. Terms specified in the relevant article are applicable only on the condition that the labor agreement is terminated by basing upon circumstances, which do not comply with codes of ethics and goodwill and other similar principles. Therefore, the 1-year term or six business days term is not taken into account in case of a termination of labor agreement with any valid reason other than termination by the employer pursuant to article 25/II of the Labor Law. In other words, due to force majeure events pursuant to article 25/III of the Labor Law and due to the fact that the employee is taken into custody or arrested pursuant to article 25/IV of the Labor Agreement, the terms specified in the article 26 of Labor Law for the termination of labor agreement by the employer are not applied as a result of absenteeism of the employee as long as the notification period due to health issues pursuant to article 25/I of the Labor Law. The terms stipulated in the said provision shall not be applicable also for the terminations with a valid reason as the terms specified in the article 26 of Labor Law cannot be applied for the termination of labor agreement by the employer other than the reasons stipulated in article 25/II of Labor Law.

Similarly, the terms stipulated in the article 24/I of Labor Law are not taken into account for the termination of labor agreement by the employee with a valid reason other than the reason specified in article 24/II of the Labor Law, that is, due to health conditions pursuant to article 24/I of the Labor Law or force majeure events pursuant to article 24/III of the Labor Law.

Terminations with a valid reason other than article 24/II of the Labor Law and article 25/II of the Labor Law shall be concluded regarding the terms by basing on the content

of relevant regulations. Within this context, it will be accurate to agree upon the fact that both the employer and the employee can exercise the right of termination as long as the reasons specified in the relevant provision continue in accordance with the content of regulations; arguing that the labor agreement can be terminated within a reasonable time period following the dissolution of the aforementioned reasons conflicts with the content of relevant provisions. No reason would remain to require the employer or the employee to maintain or terminate the labor agreement as when the reasons are dissolved the circumstances that require the labor agreement to be terminated will be invalid. However, reasonable time shall be sought only for the reason of termination with a valid reason included in the article 25/I,a of Labor Law pursuant to the content of relevant regulation. In addition to this, for terminations to be executed with a valid reason because of characteristics born by valid reasons, just like article 25/I,a of the Labor Law, and as a result of the procedure, which shall be followed for the termination, the reasonable time to be determined according to the characteristic of concrete case and qualification of the termination shall be based on.

The mandatory structure of these terms is examined within the scope of our study, along with the range of application of terms included in the article 26 of Labor Law. The interpretation of the provision clearly set forth that the 1-year term is absolutely mandatory. Furthermore, it shall be accepted that both six business days term and one-year term are absolutely mandatory in accordance with the purpose of making this article. In fact, the priority of statutory limitation specified in the article 26 of Labor Law is actually to eliminate legal uncertainty and to ensure legal security rather than protecting the interests of parties.

The legal problem that emerges while implementing a six business days term and a one-year term is not only related to the range of application and mandatory structure. One shall also dwell on what shall be understood from the concept of pecuniary advantage which gives rise to the failure to implement the one-year term. Although it is easy to determine the meaning of pecuniary advantage in general terms, the purpose of the provision shall also be predicated on while assigning its meaning concerning the article. By accepting the statutory limitation through 26th article of the Labour Law, Law-makers sought the ways to ensure the legal certainty by means of preventing the related person from undergoing legal uncertainty. Therefore, on the grounds of “pecuniary advantage”, an exception is introduced for the rule, the ultimate aim of which is to eliminate legal uncertainty. While evaluating the expression of pecuniary advantage, the said aim shall be taken into consideration. To put a finer point on this issue, when it is taken into account that the statutory limitation is accepted for public order and public interest, it will be more reasonable to assert that the introduced exceptional implementation serves the same purpose. In this respect, it will be right to accept that an implementation that does not violate the public order would not constitute the exception

of a provision, which is imposed to assure public order. Consequently, if it comes to the conclusion that the implementation, which is included in the scope of article 25/II of the Labour Law, causing an employee to derive material benefit, subverts the public order then, we think that the one-year term shall not be implemented. Apart from the exceptional case that affects the implementation of this one-year term, the concept of the business day is also evaluated in the sense of implementation of six business days. In this context, it will be appropriate to consider the business day as six-days except for the weekend days for the implementation of 26th article of the Labour Law both to eliminate potential legal problems and to accomplish the purpose of the relevant provision.

İş Sözleşmesinin Feshinde Süre

Giriş

İş sözleşmesi işveren ya da işçi tarafından süreli fesih yoluyla sonlandırılabilir gibi, haklı nedenle derhal de feshedilebilir. İş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmeleri de işverence haklı nedenle derhal veya geçerli nedenle süreli fesih yoluyla sonlandırılabilir.

Haklı veya geçerli nedenle fesih hakkının kullanılması gereken süre çalışma konumuzu oluşturmaktadır. Bilindiği üzere, iş sözleşmesinin feshinde süreye ilişkin İş Kanununun¹ (İŞK) “derhal fesih hakkını kullanma süresi” başlığını haiz 26. maddesinin 1. fıkrasında “24 ve 25 inci maddelerde gösterilen ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak alt iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılmaz. Ancak işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde bir yıllık süre uygulanmaz.” düzenlemesi bulunmaktadır.

Deniz İş Kanununun² (DİK) “fesih hakkını kullanma öneli” başlıklı 15. maddesinin 1. fıkrasında, “14 üncü maddede işveren, işveren vekili veya gemiadamına tanınan akti feshetmek yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu öbür tarafın öğrendiği günden başlayarak (6) işgünü geçtikten ve herhalde fiilin vukuundan itibaren bir sene sonra kullanılmaz.” hükmüne yer verilmiştir.

İş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin geçerli nedenle feshine ilişkin açık bir süre Kanunda hükme bağlanmamıştır. Aynı şekilde Türk Borçlar Kanununda³ (TBK) ve Basın İş Kanununda⁴ (BİK) iş sözleşmelerinin feshedilmesi gereken süreye yönelik açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

“İş sözleşmesinin feshinde süre” konusu, çalışmamızda Yargıtay kararlarına da ağırlıklı bir şekilde yer verilmeye çalışılarak temel olarak şu ana başlıklar altında incelenmiştir: “İş Sözleşmesinin Feshine İlişkin 4857 Sayılı İş Kanununda Düzenlenen Hak Düşürücü Süreler”, “İş Sözleşmesinin Ahlak ve İyi Niyet Kurallarına Uymayan Nedenler Dışında Haklı Nedenle Feshinde Süre”, “İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Süre”, “İş Sözleşmesinin Feshine İlişkin Deniz İş Kanununda Düzenlenen Hak Düşürücü Süreler”, “İş Sözleşmesinin Basın İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Feshinde Süre”, “İş Sözleşmesinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Uyarınca Kanun Dışı Grev ve Lokavt Nedeniyle Feshinde Süre” ve son olarak “Feshin Hak Düşürücü Süre İçinde Gerçekleştirilmemesinin Sonucu”.

¹ İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.5.2003, RG 10.6.2003/25134.

² Deniz İş Kanunu, Kanun Numarası: 854, Kabul Tarihi: 20.4.1967, RG 29.4.1967/12586.

³ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.1.2011, RG 4.2.2011/27836.

⁴ Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştiranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5953, Kabul Tarihi: 13.6.1952, RG 20.6.1952/8140.

Çalışmamız çerçevesinde uygulama alanının geniş olması nedeniyle ağırlıklı olarak 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında iş sözleşmesinin feshinde süre değerlendirilmiştir. Değerlendirme yapılırken özellikle bir yıllık ve altı iş günlük sürelerin uygulama alanı, bir yıllık ve altı iş günlük sürelerin hukuki niteliği, bir yıllık ve altı iş günlük sürelerin değiştirilip değiştirilemeyeceği sorunu, bir yıllık ve altı iş günlük sürelerin hesaplanması konuları üzerinde durulmuştur. Belirttiklerimiz dışında, bir yıllık ve altı iş günlük sürelerin uygulanmasını yakından etkilediği için özellik arz eden durumlar ele alınmıştır. Bu kapsamda özellikle ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışın devam etmesi, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışın araştırılması, söz konusu davranışların ceza davasına konu olması, fiilin ve failin öğrenilmesine rağmen iş ilişkisine devam edilmesi hâllerinde bir yıllık ve altı iş günlük sürelerin ne zaman işleyeceği üzerinde durulmuştur. Bunun yanında, bir yıllık ve altı iş günlük süreler bakımından fesih hakkının kullanılması da değerlendirilmiştir. Bu çerçevede yetkisiz kişi tarafından fesih hakkının kullanılmasının süreye etkisi, fesih beyanının yanlış kişiye yöneltilmesinin süreye etkisi, fesih beyanının şeklinin süreye etkisi, fesih beyanının hak düşürücü süre içinde süre verilerek kullanılmasının süreye etkisi, üçlü ilişkilerde süre konuları da açıklanmıştır.

I. İş Sözleşmesinin Feshine İlişkin 4857 Sayılı İş Kanununda Düzenlenen Hak Düşürücü Süreler

A. Bir Yıllık ve Altı İş Günlük Sürelerin Uygulama Alanı

İş Kanunu m 26'da başlangıç süreleri ve uzunlukları farklı olan -altı iş günü ve bir yıl olmak üzere- iki ayrı süre kabul edilmiştir. Bu durum hükümde “...*fesih yetkisi, [...]*

altı iş günü geçtikten ve [...] bir yıl sonra kullanılamaz.” biçiminde ifade edilmiştir⁵.

Yargıtay, İş Kanunu m 26’daki süreleri *özel* ve *genel* süre olarak kabul etmekteyse de⁶, kanaatimizce hükümdaki sürelerden birini diğerine göre özel ya da genel şeklinde nitelenebilir. Zira her iki süre de sadece belirli nedenlere dayanılarak yapılacak fesihlerde uygulama kabiliyetini haiz olan özel nitelikteki sürelerdir. Aşağıda söz konusu sürelerin hangi durumlarda uygulama alanı bulacağı açıklanmıştır.

1. İş İlişkileri Bakımından

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere altı iş günlük ve bir yıllık süreler, 4857 sayılı İş Kanununda (m 26) düzenlenmiştir. Dolayısıyla, İş Kanunu m 26 hükmündeki sürelerin uygulama kabiliyetini haiz olabilmesi için her şeyden önce iş ilişkisi, 4857 sayılı Kanuna tabi olmalıdır. Ayrıca iş sözleşmesinin sürekli işler için yapılmış olması gerektiği de unutulmamalıdır (İŞK m 8/2). Sonuç olarak, İş Kanunu m 4 ve m 8/2 kapsamında değerlendirilmeyen iş sözleşmelerinin -İŞK m 26’da belirtilen nedenlerle- sona erdirilmesinde altı günlük ve bir yıllık süreler göz önünde bulundurulmalıdır.

Bahsi geçen sürelerin Basın İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki iş sözleşmelerinin feshinde uygulanıp uygulanmayacağı aşağıda “İş Sözleşmesinin Basın İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Feshinde Süre” başlığı altında açıklanmıştır.

⁵ İş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde süreye ilişkin mülga kanunlar ve 4857 sayılı İş Kanunu dönemindeki açıklamalar için bkz Ferit Hakkı Saymen, *Türk İş Hukuku* (1954) 611 vd; Kemal Oğuzman, *Hizmet (İş) Akdinin Feshi* (1955) 110 vd; Kenan Tunçomağ, *İş Hukuku (Genel Kavramlar-Hizmet Sözleşmesi ve Sendikalar Hukuku) C I* (1979) 317 vd; Mustafa Çenberci, *İş Kanunu Şerhi* (6. Bası, 1986) 595 vd; İhsan Erkul, *Uygulamalı Sosyal Politika Dersleri, Türk İş Hukuku (1475 Sayılı İş Kanunu ve Uygulanması), C I* (1985) 152 vd; Emine Tunçay Kaplan, *İşverenin Fesih Hakkı, Sınırları, Hüküm ve Sonuçları* (1987) 171 vd; Nurşen Caniklioğlu, *Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi* (Beta 2002) 274 vd; Serkan Odaman, *İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyi Niyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı (Kamu-İş 2003) (Fesih Hakkı)* 251 vd; Sarper Süzek, *İş Hukuku* (18. Bası, Beta 2019) 690 vd; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri* (32. Bası, Beta 2019) 633 vd; Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, *İş Hukukunun Esasları* (9. Bası, Beta 2018) 235; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Bayсал, *İş Hukuku* (6. Bası, Turhan 2014) 801 vd; Ercan Akyiğit, *İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C I* (3. Bası, Seçkin 2008) 1328 vd; Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I* (5. Bası, Beta 2014) 411 vd; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku Uygulamaları* (7. Bası, Seçkin 2019) 281 vd; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan, *Bireysel İş Hukuku* (9. Bası, Beta 2019) 257 vd; Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (XII Levha 2020) 613 vd; Murat Demircioğlu, Doğan Korkmaz ve Hasan Ali Kaplan, *Sorularla 4857 Sayılı İş Yasası* (4. Bası, Beta 2018) 294 vd; Erdem Özdemir, *İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları* (Beta 2006) 331-332; Hediye Ergin, *Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi* (Beta 2009) 166 vd; Ercüment Özkaraca, *İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu* (Beta 2008) 289 vd; Gülsevil Alpogut, *İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı* (Beta 2010) 150; Sabahattin Yürekli, *Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi* (2. Bası, Beta 2014) 263 vd; Fatma Burcu Savaş, *İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Fesih* (Beta 2012) 181 vd; Mustafa Kılıçoğlu ve Kemal Şenocak, *İş Kanunu Şerhi* (3. Bası, Legal 2013) 680 vd; Şahin Çil, *İş Kanunu Şerhi* (2. Bası, Turhan 2007) 2003 vd; Ertan İren, ‘Haklı Nedenle İş Sözleşmesinin Feshinde Hak Düşürücü Süreler’ *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan C II* (Beta 2011) 1335, 1335 vd; Seda Arslan, *İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı* (XII Levha 2012) 149 vd; Serkan Elmas, *Türk İş Hukukunda Haksız Fesih* (Lykeion 2018) 53 vd; Erhan Birben, ‘İşverenin İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Etkisizleşmesi’ (2013) 15 (Özel Sayı/Special Issue) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 451, 462 vd; Siyami Alp Limoncuoğlu, ‘İşçinin İş Sözleşmesini Psikolojik Tacize Dayalı Olarak Haklı Nedenle Feshinde Hak Düşürücü Sürenin Başlangıcı (Karar İncelemesi)’ (2013) 15 (Özel Sayı/Special Issue) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 547, 563 vd.

⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1046/535, 22.03.2017 (Legalbank).

2. Sözleşmeyi Fesheden Taraf Bakımından

İşK m 26'da “...işçi veya işveren için tanınmış fesih yetkisi [...] altı iş günü geçtikten ve [...] bir yıl sonra kullanılamaz.” ifadeleri bulunmaktadır. Düzenlemeden de açıkça anlaşılacağı üzere, altı iş günlük ve bir yıllık süreler hem işçi hem de işveren için kabul edilmiştir.

Belirtelim ki, bir yıllık süre işverence yapılan fesihlerde bazı durumlarda istisnai olarak uygulama kabiliyeti bulmaz. Benzer veya farklı bir istisnai düzenleme işçi tarafından gerçekleştirilecek fesihlerde kabul edilmemiştir. Konuya ilişkin aşağıda “Ahlak ve İyi Niyet Kurallarına Aykırı Davranılması Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshine Rağmen Bir Yıllık Sürenin Uygulanmayacağı İstisnai Durum” başlığı altında açıklama yapıldığından, tekrara neden olmamak için burada değinilmemiştir.

3. Fesih Nedenleri Bakımından

a. Ahlak ve İyi Niyet Kurallarına Aykırı Davranılması Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi

İş Kanununda fesih hakkının kullanılabilmesine ilişkin süre, açık bir şekilde sadece İşK m 26'da yer almıştır. Ancak anılan hükümdeki süreler, işçi ya da işveren tarafından gerçekleştirilecek bütün fesihler için kabul edilmemiştir. Gerçekten maddedeki süreler, *iş sözleşmesinin sadece ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hallere ve benzeri durumlara dayanılarak feshedilmesi* halinde uygulama alanı bulur⁷.

Aşağıda “İş Sözleşmesinin Ahlak ve İyi Niyet Kurallarına Uymayan Nedenler Dışında Haklı Nedenle Feshinde Süre” başlığı altında detaylı bir şekilde gerekçeleriyle açıklanmış olmakla birlikte, burada kısaca ifade edelim ki iş sözleşmesinin işverence İşK m 25/II dışında herhangi bir haklı nedenle feshinde bir yıllık ya da altı iş günlük süreler dikkate alınmaz. Farklı bir söyleyişle, İşK m 25/I uyarınca sağlık nedenleriyle, İşK m 25/III gereğince zorlayıcı nedenlerle, İşK m 25/IV doğrultusunda işçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması neticesinde bildirim süresi kadar devamsızlık yapması nedeniyle iş sözleşmesinin işverence feshinde İşK m 26'daki süreler uygulanmaz. Aynı şekilde iş sözleşmesinin işçi tarafından İşK m 24/II dışındaki herhangi bir haklı nedenle, farklı bir anlatımla İşK m 24/I uyarınca sağlık sebepleriyle ya da İşK m 24/III zorlayıcı nedenlerle feshinde de maddedeki süreler esas alınmaz.

Yüksek Mahkeme de bir kararında isabetli olarak “...davalının 4857 İş Kanunu'nun 25/1,b maddesine göre fesih hakkı doğmuştur. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 26. maddesinde bahsedilen hak düşürücü süre aynı Kanun'un 25/II. maddesine istinaden ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışlar nedeniyle yapılan fesihlerde

⁷ Konuya ilişkin 3008, 1475 ve 4857 sayılı Kanun dönemindeki açıklamalar için bkz Saymen (n 5) 613; Oğuzman (n 5) 112; Tunçomağ (n 5) 317; Erkul (n 5) 153; Çenberci (n 5) 595; Kaplan (n 5) 172, 174; Süzek (n 5) 690; Tunçomağ ve Centel (n 5) 235; Narmanlıoğlu (n 5) 411; Akyiğit (n 5) 1330; Sümer (n 5) 282; Ekmekçi ve Yiğit (n 5) 613 vd; Demircioğlu, Korkmaz ve Kaplan (n 5) 296; Kılıçoğlu ve Şenocak (n 5) 680-681; Özkaraca (n 5) 289; İren (n 5) 1336; Arslan (n 5) 151; Elmas (n 5) 55.

uygulanmakta olup diğer fıkralarda öngörülen fesih nedenleri bakımından hak düşürücü süre öngörülmemiştir...” şeklindeki ifadelerle yer vermek suretiyle, İşK m 25/1,b hükmüne göre yapılacak fesihlerde İşK m 26’daki altı iş günlük sürenin uygulanmayacağı sonucuna ulaşmıştır⁸.

İş sözleşmesinin işverence İşK m 25/II’deki nedenler dışında herhangi bir haklı nedenle feshedilmesinde İşK m 26’daki süreler uygulanmayacağı gibi, geçerli nedenle yapılan fesihlerde de anılan hükümdeki süreler dikkate alınmaz. Yüksek Mahkeme de konuya ilişkin olarak bir kararında “...6 iş günlük hak düşürücü sürenin geçirilmiş olduğu görülse dahi [...] sadece hak düşürücü sürenin kaçırılmış olmasının haklılığı ortadan kaldırmakla birlikte, geçerliliğe etki etmeyeceği, yani geçerliliği ortadan kaldırmayacağı da gözden kaçırılmamalıdır...” şeklinde sonuca ulaşarak, altı iş günlük sürenin geçmiş olmasının feshin geçerliliğine etki etmeyeceğini belirtmiştir⁹.

Sonuç olarak kısaca vurgulayalım ki 26. maddedeki süreler, işçinin İşK m 24/II ve işverenin de İşK m 25/II uyarınca yaptıkları fesihler açısından göz önünde bulundurulmalıdır.

b. Ahlak ve İyi Niyet Kurallarına Aykırı Davranılması Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshine Rağmen Bir Yıllık Sürenin Uygulanmayacağı İstisnai Durum

Feshin bir yıllık süre içinde yapılması gerektiğine ilişkin kural, mutlak bir şekilde kabul edilmemiştir. Başka bir deyişle işverence gerçekleştirilen fesih, İşK m 25/II hükmüne dayansa da bir yıllık sürenin uygulanmayacağı istisnai durumlar ortaya çıkabilir. Zira konuya ilişkin olarak maddede “işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde bir yıllık süre uygulanmaz.” düzenlemesi yer almaktadır¹⁰. Buna göre işçi, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışıyla maddi çıkar sağladığında, bir yıllık süre dikkate alınmaksızın işveren sözleşmeyi feshedebilir. Farklı bir söyleyişle işçi maddi çıkar sağlamışsa, fiilin meydana gelmesinden itibaren kaç yıl geçerse geçsin, fesih hakkı altı iş günlük süreye uyulması şartıyla kullanılabilir¹¹.

⁸ Yargıtay 9 HD, 2732/21461, 26.11.2018 (Lexpera).

⁹ Yargıtay 9 HD, 30461/18864, 22.11.2017 (Legalbank); Yüksek Mahkemenin İşK m 26’daki sürelerin sadece ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hallerle ilişkin yapılan fesihlerde uygulanacağına yönelik örnek niteliğindeki diğer kararları için bkz Yargıtay 9 HD, 21328/14312, 27.09.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 21703/14880, 04.10.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 26559/16680, 26.10.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 16569/19090, 27.11.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 16224/19143, 27.11.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 10725/19468, 30.11.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 7367/19706, 04.12.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 35051/768, 22.01.2018 (Legalbank); ayrıca bkz Yargıtay 22 HD, 14204/17477, 11.07.2018 (Lexpera).

¹⁰ Öğretilen işçinin sadece maddi çıkar sağlaması durumunda değil, maddi menfaat sağlamaya teşebbüs etmesi halinde de bir yıllık sürenin uygulanmayacağı savunulmuştur, bkz Ekmekçi ve Yiğit (n 5) 618.

¹¹ Öğretilen düzenlemenin Anayasanın sosyal devlet ve eşitlik ilkelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür, bkz Akyiğit (n 5) 1334. Maddi çıkar yerine, işçinin ya da işverenin olayı gizlemiş olmasının ve diğer tarafın öğrenmesinin önlenmesinin bir yıllık sürenin uygulanmasına engel olacağı kabul edilmesinin daha yerinde olduğu belirtilmiştir, bkz Çil (n 5) 2004.

İstisnai durumun uygulanmasına yol açan maddi çıkar kavramı tanımlanmalıdır. Bu çerçevede özellikle işçinin *maddi çıkar* sağladığı bütün olayların madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği üzerinde durulmalıdır¹². Bu kapsamda örneğin işçinin bir davranışının İşK m 25/II kapsamında değerlendirildiği ve söz konusu davranışı nedeniyle maddi yarar elde ettiği bütün olasılıklarda bir yıllık süre uygulanmayacak mıdır? Farklı anlatımla işçinin mal, para veya herhangi bir varlığa ilişkin menfaat elde etmesini sağlayan¹³ İşK m 25/II kapsamındaki davranışları nedeniyle işverence gerçekleştirilen fesihlerde bir yıllık süre esas alınmayacak mıdır?

Maddi çıkar kavramı, madde metninde tanımlanmamıştır. Bununla birlikte hükmün gerekçesinde ülkemizde son yıllarda, özellikle bankacılık alanında yaşanan kötü niyetli davranışlar dikkate alınarak bir yıllık hak düşürücü sürenin uygulanmayacağı kabul edildiği ve işçinin kendisine maddi çıkar sağlayacak bir yolsuzluk yaptığının bir yıl geçtikten sonra öğrenilmesi halinde dahi, iş sözleşmesinin İşK m 25/II gereğince feshedilebileceği açıklanmıştır¹⁴. Ancak şüphesiz, işçinin maddi çıkar sağladığı dolayısıyla bir yıllık sürenin uygulanmayacağı durumlar sadece bankacılık alanına özgülenemez.

Ele aldığımız hukuki soruna ilişkin bir görüş olarak, “maddi çıkar” şeklinde nitelendirilen ekonomik değer az da olsa çok da olsa, bir yıllık sürenin uygulanmayacağı ancak işçinin davranışının İşK m 25/II kapsamında değerlendirilip değerlendirilmemesi açısından maddi çıkarın niteliğinin dikkate alınması gerektiği ileri sürülebilir. Farklı bir deyişle, işçinin az ya da çok maddi çıkar elde etmesine neden olan davranışı, iş ilişkisinde güven ortamı içinde yükümlülüklerin yerine getirilmesini engelleyecek nitelikteyse, iş sözleşmesinin İşK m 25/II gereğince feshinde bir yıllık sürenin esas alınmaması gerektiği yönünde bir görüş ortaya çıkabilir.

Aşağıda da ifade edeceğimiz üzere kanun koyucu, hak düşürücü süreyi kabul ederek muhatabın hukuki belirsizlik içinde olmasının önüne geçmek suretiyle hukuk güvenliğini sağlamak istemiştir. Nihai amacı hukuki belirsizliği gidermek olan bir kurala “maddi çıkar” gerekçesiyle istisna getirmiştir. Maddi çıkar ifadesi değerlendirilirken, bu amaç mutlak suretle dikkate alınmalıdır. Daha net bir ifadeyle, hak düşürücü

¹² İşçinin kendisi yerine olayda başkasına maddi çıkar sağlamış olması halinde de bir yıllık sürenin uygulanmaması gerektiği belirtilmiştir, bkz ibid 2004.

¹³ Misal olarak işçinin eczaneye ilaç alınmadığı halde alınmış gibi göstermek suretiyle parasının ödenmesine neden olması ve ödenen paradan pay alması, “satılmaz” uyarısı bulunan ilaçları satması, herhangi bir işyerinde çalışan işçinin çalıştığı işyerindeki ürünleri işverenden habersiz işyeri dışına çıkartarak satması, işverene ait araçtan benzin çekmesi ve satması, benzin istasyonunda çalışan işçinin araç sahibine parasının karşılığı kadar benzin vermemesi ve parayı uhdesinde tutması, şoför olarak istihdam edilen işçinin kullandığı aracı gece başkasına kiralaması, raporlu olduğu süre içinde başka bir işyerinde çalışması gibi durumlarda işçi maddi menfaat elde etmiştir. Aynı şekilde işçinin işverene ait herhangi bir malı satmadan uhdesinde bulundurması ve herhangi bir şekilde değerlendirmesi de maddi çıkar olarak nitelendirilmelidir. Örneklerin çoğaltılması şüphesiz mümkündür. Ancak bu vb durumlar açısından oluşan maddi çıkarın, İşK m 26 kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ele alınmalıdır.

¹⁴ Öğretide evrakta tahrifat, hırsızlık, zimmet suçu gibi maddi çıkar sağlayan olaylarda işverenin ceza davası ve ceza zamaşımından bağımsız olarak, olayı öğrendiği tarih itibarıyla iş sözleşmesini altı iş günü içinde feshedebileceği açıklanmıştır, bkz Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 5) 804, 805.

sürenin kamu düzeni veya kamu yararı için kabul edildiği düşünülürse¹⁵, getirilen istisnai uygulamanın da aynı amaca hizmet etmesi gerektiğini savunmak makul olur. Bu itibarla, kamu düzenini ihlal etmeyen bir davranışın, kamu düzenini sağlamak için getirilmiş bir hükmün istisnasını oluşturamayacağını kabul etmek isabetlidir. Sonuç olarak işçinin maddi çıkar elde etmesine sebebiyet veren İŞK m 25/ II kapsamına giren davranışı ile kamu düzeninin de bozulduğu kanaatine varılırsa, bir yıllık sürenin uygulanmaması gerektiği düşüncesindedir.

Çalışmamızın sonucunda gerekçeleriyle nihai olarak belirtilecek olmakla birlikte kısaca ifade edelim ki açıkça herhangi bir hak düşürücü sürenin belirlenmemesi daha isabetli bir yaklaşımdır. Yine de süre belirleme yolu tercih edilecekse, bir yıllık sürenin uygulanmaması için getirilen istisnai durum değiştirilmeli ve fesih nedeni dikkate alınarak istisnai hâl hükme bağlanmalıdır. Örneğin cinsel taciz, şeref ve namusa dokunacak davranışlar gibi fiilin gerçekleşmesinden sonra uzun yıllar geçse bile, öğrenildiğinde güven ilişkisinin ortadan kalkmasına neden olan durumlar için istisna öngörülmelidir.

Maddi çıkar kavramının içeriğine ilişkin olmasa da istisnai durumun uygulanmasına yönelik ileri sürülen bir görüş, Medeni Kanun¹⁶ (MK) m 2 hükmünün göz önünde bulundurulması gerektiği, işverenin feshe neden olan olayı bilmesine rağmen işçiyi uzun süre çalıştırdıktan sonra hükmün işletilmesinin kanun tarafından korunmayacağı yönündedir¹⁷. Her hakkın kullanımında dikkate alınması gereken MK m 2 düzenlemesi, fesih hakkının süreye uygun şekilde kullanılıp kullanılması noktasında da şüphesiz göz önünde tutulmalıdır. Bu bakımdan söz konusu görüş, MK m 2'nin esas alınması gerektiği yönüyle kuşkusuz isabetlidir. Ancak olayın ve failin öğrenilmesi, farklı bir deyişle olayın ve failin bilinmesi halinde -bir yıllık sürenin uygulanmayacağı gerekçesiyle- işçinin uzun süre çalıştırdıktan sonra sözleşmesinin feshedilme imkanı yoktur. Zira failin ve fiilin öğrenildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde sözleşme feshedilmelidir. Failin değil, sadece fiilin öğrenildiği olasılıkla da aşağıda açıklanacağı üzere, fesih hakkının kullanımı bakımından altı iş günlük süre işlemeye başlamayacaksa da olayın soruşturulması için makul bir süre içinde harekete geçilmesi gerektiğinden, fiilin bilinmesine rağmen işçinin iş sözleşmesinin uzun süre feshedilmemesi mümkün görülmemektedir.

B. Bir Yıllık ve Altı İş Günlük Sürelerin Hukuki Niteliği

İŞK m 26'daki sürelerin hukuki niteliği, farklı bir deyişle zamanaşımı süresi ya da hak düşürücü süre olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Bunun belirlenmesinde öncelikli olarak fesih hakkının özelliği dikkate alınmalıdır. Bilindiği üzere fesih

¹⁵ Mehmet Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı* (XII Levha 2010) 25.

¹⁶ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.

¹⁷ Kılıçoğlu ve Şenocak (n 5) 681.

hakkı, bozucu yenilik doğuran haklardandır¹⁸. Bu bakımdan yenilik doğuran hakların tabi olduğu sürelerin hukuki niteliğine ilişkin benimsenen esaslar, fesih hakkı için de geçerlidir¹⁹.

Öğretide yenilik doğuran haklara ilişkin olarak genel biçimde ifade edildiği üzere, yenilik doğuran haklar, hakkın kullanılmasına ilişkin irade beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte herhangi bir başka işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden sonuç doğuracağından, bu haklar için zamanaşımı süresi gündeme gelmez²⁰. Gerçekten, karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte kendisine bağlanan sonuçları bizatihi ortaya çıkaran yenilik doğuran hakların zamanaşımına tabi olacağı kabul edilirse -öngörülen süre dolsa dahi- bu hakların icrasının önüne hiçbir zaman geçilemez. Zira zamanaşımına uğramış olan bir hakkın yerine getirilmesi kendiliğinden mümkün olmaz, bu konuda muhatabın fiili gereklidir; muhatap sadece zamanaşımı def'ini ileri sürmek şartıyla, süresi dolmuş olan hakkın yerine getirilmesine engel olabilir. Oysa yukarıda da bahsettiğimiz üzere, yenilik doğuran hakların icrasında muhatabın fiili önemli değildir, irade beyanının muhataba ulaşması yeterlidir. Bu bakımdan yenilik doğuran hakların -öngörülen süre dolduğunda kullanılamaması için muhatabın fiilinin varlığını aramak mümkün olmayacağından- süre sonunda kendiliğinden sona ermesini sağlamak gereklidir²¹. Ortaya çıkan bu gereklilik de yenilik doğuran hakları zamanaşımı süresine değil, hak düşürücü süreye tabi kılmakla yerine getirilebilir²².

Sonuç olarak, yenilik doğuran haklardan olan fesih hakkı için İşK m 26'da kabul edilen sürelerin hak düşürücü nitelikte olduğu kabul edilmelidir. Nitekim öğreti ve Yargıtay tarafından da İşK m 26'daki altı iş günlük ve bir yıllık sürelerin ayrı ayrı hak düşürücü nitelikte olduğu benimsenmiştir²³. Dolayısıyla fesih hakkının İşK m 24/II veya İşK m 25/II kapsamına giren olayın ve failin öğrenilmesinden itibaren altı iş günü ve olayın gerçekleşmesinden itibaren de kural olarak bir yıl içinde kullanılması şarttır.

Sürelerin hukuki niteliğine ilişkin ulaşılan sonucun gereği olarak ifade etmek gerekir ki sürelerden birinin dahi geçmiş olması, haklı fesih hakkını ortadan kaldırır

¹⁸ Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin 2005) 191 vd; Gaye Baycık, *İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin 2011) 92 vd.

¹⁹ Yenilik doğuran hakların esaslarına ilişkin yapılan açıklamalar için bkz Buz (n 18) 55 vd.

²⁰ Ibid 261.

²¹ Ibid 261-262.

²² Ibid 262.

²³ Mülga Kanunlar ve 4857 sayılı İş Kanunu dönemindeki görüşler için bkz Saymen (n 5) 612; Oğuzman (n 5) 110, 114; Tunçomağ (n 5) 317; Çenberci (n 5) 596; Kaplan (n 5) 173; Erkul (n 5) 153; Caniklioğlu (n 5) 275; Odaman, *Fesih Hakkı* (n 5) 252; Süzek (n 5) 690; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat (n 5) 635; Tunçoğmağ ve Centel (n 5) 235; Akyiğit (n 5) 1330; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 5) 802; Narmanlioğlu (n 5) 411; Sümer (n 5) 278, 282; Ekmekçi ve Yiğit (n 5) 613; Özdemir (n 5) 332; Özkaraca (n 5) 289, 290; Savaş (n 5) 185; Kılıçoğlu ve Şenocak (n 5) 681, 683; Çil (n 5) 2006; Limoncuoğlu (n 5) 564; İren (n 5) 1336; Arslan (n 5) 150.

ve bu durumu taraflar ileri sürmese dahi, hâkim resen dikkate alır²⁴. Ayrıca hak düşürücü süreler, zamaşaşımı sürelerinden farklı olarak kesin nitelikte olduğundan bu sürelerin işlemeye başladıktan sonra kesilmesi veya durması söz konusu olmaz²⁵. Bu bakımdan işçinin raporlu²⁶ olması, ceza davasının devam etmesi²⁷, yıllık ücretli izinde olması vb durumlar sürenin işlemesine engel teşkil etmez²⁸.

Hukuk Genel Kurulunun konuya ilişkin olarak verdiği bir kararında şu ifadeler yer almaktadır: “...feshe konu olayın 21.02.2009 tarihinde gerçekleştiği, davacı işçinin savunmasının 27.02.2009 tarihinde alındığı, öncesinde ise davacı işçinin 24.02.2009 tarihinde yıllık izne ayrıldığı ve 37 günlük yıllık ücretli izni dolmadan 17.03.2009 tarihinde hastaneye yattığı, işe dönüşü sonrası 10.04.2009 tarihli feshihbarnamesi ile davalı işveren tarafından iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmalı [...] **davacı işçinin raporlu olduğu sürenin altı iş günlük hak düşürücü süreyi kesmeyeceği, dolayısıyla davalı işveren şirket tarafından iş sözleşmesinin feshi için davacının dönüşünün beklenmesinin gerekmediği, diğer bir anlatımla raporlu olunan sürenin hak düşürücü süre bakımından bir etkisinin bulunmadığı anlaşılmıştır [...] iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanununun 26 ncı maddesi uyarınca 6 iş günlük hak düşürücü sürede feshedilmediği sonucuna varılmıştır...**”²⁹.

Karara ilişkin olarak belirtelim ki somut olayda davacının savunmasının alındığı tarih olan 27.02.2009 itibariyle feshe yetkili kişilerce fail ve fiil öğrenilmişse -hak düşürücü sürenin özellikleri gereği- karar isabetlidir. Ancak anılan tarihte değil de feshin gerçekleştiği 10.04.2009 tarihinden önceki altı iş günü içinde ahlak ve iyi niyet kuralına uymayan fiil öğrenilmişse kararın isabetli olduğu savunulamaz.

²⁴ Saymen (n 5) 612; Oğuzman (n 5) 114; Kaplan (n 5) 173; Caniklioğlu (n 5) 275; Odaman, *Feshih Hakkı* (n 5) 252; Süzek (n 5) 690; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat (n 5) 635; Akyiğit (n 5) 1332; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 5) 802; Narmanlioğlu (n 5) 412; Sümer (n 5) 282; Çil (n 5) 2006; Arslan (n 5) 150; Yargıtay 9 HD, 8464/732, 24.01.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 7554/915, 26.01.2017 (Legalbank); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1046/535, 22.03.2017 (Legalbank); Yargıtay 22 HD, 6098/8224, 11.04.2017 (Legalbank); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2886/1408, 22.11.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 16224/19143, 27.11.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 16569/19090, 27.11.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 10725/19468, 30.11.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 7367/19706, 04.12.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 7367/19706, 04.12.2017 (Legalbank); Yargıtay 22 HD, 8214/5983, 14.03.2019 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 6122/15301, 09.09.2019 (Legalbank), ayrıca bkz Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1046/535, 22.03.2017 (Legalbank); ayrıca bkz Yargıtay 9 HD, 5041/5643, 19.03.2018 (Lexpera); Yargıtay 22 HD, 33317/14118, 04.06.2018 (Lexpera); Yargıtay 9 HD, 5680/17335, 03.10.2018 (Lexpera); Yargıtay 22 HD, 7712/5870, 13.03.2019 (Lexpera); Yargıtay 22 HD, 11870/9748, 06.05.2019 (Lexpera).

²⁵ Saymen (n 5) 612; Oğuzman (n 5) 114; Çenberci (n 5) 596; Odaman, *Feshih Hakkı* (n 5) 252; Süzek (n 5) 690; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat (n 5) 635; Akyiğit (n 5) 1332; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 5) 802; Narmanlioğlu (n 5) 412; Sümer (n 5) 282; Ekmekçi ve Yiğit (n 5) 613, 614; Kılıçoğlu ve Şenocak (n 5) 683.

²⁶ İşçinin raporlu olması durumunda da işverenin haklı sebeple feshih hakkını altı iş günlük süre içinde kullanması gerektiği belirtilmiştir, bkz Odaman, *Feshih Hakkı* (n 5) 253-254.

²⁷ Yargıtay eski tarihli de olsa, hâlen geçerliliğini sürdürmesi gereken bir kararında “...ceza davasının 25.10.1990 tarihinde kesinleşmiş olması sonucu değiştirmez. **Zira ceza davası 18'nci maddede öngörülen süreyi kesmez. Bu durumda davalı feshih kullanamayacağından, feshih yersiz olup gerçekleşecek olan ihbar ve kadem tazminatına karar vermek gerekir.**” sonucuna varmıştır, Yargıtay 9 HD, 572/6038, 04.06.1992 (Legalbank).

²⁸ Öğretilen de feshih hakkına sahip taraf hasta, tutuklu, yoğun bakımda olsa bile durumun değişmeyeceği belirtilmiştir, bkz Akyiğit (n 5) 1332.

²⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 911/439, 08.03.2017 (Legalbank).

C. Bir Yıllık ve Altı İş Günlük Sürelerin Değiştirilip Değiştirilemeyeceği Sorunu

İş Kanunu m 26'daki sürelerin artırılmasının veya azaltılmasının mümkün olup olmadığı, hükmün emredicilik yapısıyla ilgilidir. Konuya ilişkin görüşümüzü açıklamadan önce ifade edelim ki öğretide *Akyiğit*, sürenin takvim günü olarak kararlaştırılmasının veya daha düşük bir süre öngörülmesinin de geçersiz olacağını, aynı şekilde işverenin feshi bakımından süreyi artıran anlaşmaların da geçersiz olacağını belirtmiştir³⁰. 1475 sayılı Kanun³¹ döneminde ileri sürülen bir görüş de “...*oransal buyurucu (nisbi emredici) hüküm niteliğindedir. Bu bakımdan, iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesiyle işçi yararına bu maddede öngörülenlerden daha elverişli hükümlerin kabulü mümkündür.*” biçimindedir³². 1475 sayılı Kanun dönemindeki başka bir görüş, sürelerin artırılıp artırılmayacağına ilişkin olmasa da fesih hakkının kullanılıp kullanılmayacağına bir an önce kesinliğe kavuşturulmasının gerekli olduğu ve ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranışın gerçekleşmesinden itibaren çok uzun bir süre geçtikten sonra hakkın kullanılmasını kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği yönündedir³³.

Yüksek Mahkeme 4857 sayılı İş Kanununun 26. maddesinde düzenlenen altı iş günlük süreyi nispi, bir yıllık süreyi ise mutlak hak düşürücü olarak nitelemektedir³⁴. Dolayısıyla, altı iş günlük sürenin işçi lehine değiştirilebileceği ancak aleyhine değiştirilemeyeceği kabul edilmiştir.

Sürenin değiştirilip değiştirilemeyeceğine ilişkin hukuki sorunun çözümünde hükmün emredicilik yapısı belirlenmelidir. Hükmün lafzı esas alındığında bir yıllık süreye ilişkin kuralın mutlak emredici olduğu kabul edilmelidir. Zira maddede “*her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılmaz*” ifadelerine yer verilerek, fesih hakkının fiilin vuku bulduğu tarihten itibaren *kesinlikle* bir yıl içinde kullanılması gerektiği hükme bağlanmış ve istisnası da açıkça belirtilmiştir.

Altı iş günlük sürenin aksinin kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağını açıklamadan önce belirtelim ki altı iş günlük sürenin nispi emredici olduğu kabul edildiğinde, yapılacak hangi değişikliğin işçi lehine olduğu sorusu cevaplanmalıdır. Soru, özellikle işverence gerçekleştirilen fesihler açısından önem arz eder.

Gerçekten ilk bakışta işverence yapılan fesihlerde sürelerin azaltılmasının işçi lehine olduğu düşünülebilir. Oysa fesih hakkını kullanma süresinin, iş ilişkisinin devam ettirilip ettirilmeyeceği noktasında düşünme imkanı verme amacı taşıdığı da unutulmamalıdır.

³⁰ Akyiğit (n 5) 1331. Başka görüş tarafından konuya ilişkin olarak düzenlemenin emredici olduğu belirtilmişse de, mutlak ya da nispi emredici olduğu ifade edilmemiştir, bkz Kılıçoğlu ve Şenocak (n 5) 681.

³¹ İş Kanunu, Kanun Numarası: 1475, Kabul Tarihi: 25.8.1971, RG 01.09.1971/13943.

³² Çenberci (n 5) 596. 1475 sayılı Kanun döneminde ileri sürülen bir görüş, sürelerin hiçbir şekilde uzatılmaması gerektiği yönündedir, bkz Turhan Esener, ‘İşK. 18 (No. 2)’ *İş Hukuku Uygulaması “İHU” Kararlar ve İncelemeleri İşK II (Ze 1975)*.

³³ Caniklioğlu (n 5) 275.

³⁴ Yargıtay 9 HD, 21328/14312, 27.09.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 21703/14880, 04.10.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 30461/18864, 22.11.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 35051/768, 22.01.2018 (Legalbank).

Bu bakımdan sürelerin azaltıldığı bir olasılıkta, işveren sürelerin geçeceği endişesiyle olaya ilişkin fazla düşünme gereksinimi duymadan fesih hakkını derhal kullanma çabası içine girebilir. Farklı bir deyişle işveren, olayı ve delilleri sağlıklı bir biçimde değerlendirme fırsatı olmaksızın sözleşmeyi acele bir şekilde derhal feshetme yolunu tercih edebilir. Özellikle de olayın ilk etkisiyle alınacak kararın sözleşmenin devamı yönünde olacağı düşünmek iyimser bir yaklaşım olacaktır.

İşverenin sözleşmeyi fesih hakkını kullanma süresinin artırılması halinde ise, işçinin yaşayacağı hukuki belirsizlik uzatılmış olur. Bununla birlikte sürenin artırılması İŞK m 25/II kapsamında değerlendirilecek bir davranışta bulunan işçiye hatasını affettirmek için fırsat anlamına da gelebilir.

Görüldüğü üzere, işverence yapılacak fesihlerde süreye ilişkin işçinin lehine olabilecek değişikliği kesin bir şekilde belirlemek mümkün değildir. Ortaya koyduğumuz belirsizliklere rağmen yine de sürenin kısaltılmasının işçi lehine olduğu ileri sürülürse, bu şekilde yapılacak anlaşmanın işverenin fesih hakkını kullanmasını ölçsüz bir şekilde sınırlandıracağı ve bu yönüyle Anayasaya uygun olmayacağı, ayrıca söz konusu değişikliğin veya herhangi bir değişikliğin aşağıda belirttiğimiz kanun koyucunun amacına aykırı olacağı unutulmamalıdır.

İşçi tarafından gerçekleştirilecek fesihler açısından ise sürelerin artırılması şüphesiz işçinin lehine, işverenin ise aleyhine olacaktır. Ne var ki, tek başına bu gerekçe -kanun koyucunun amacı karşısında- sürelerin aksinin kararlaştırılabilmesi için yeterli değildir.

Sonuç olarak altı iş günlük sürenin emredicilik yapısının tespiti, yukarıda ortaya koyduğumuz belirsizlikleri gidermek bakımından da önemlidir. Altı iş günlük sürenin aksinin kararlaştırılmayacağı -bir yıllık süreden farklı olarak- açıkça madde metninde anlaşılmamaktadır. Ancak maddenin emredicilik yapısının tespitinde sadece hükmün lafzı dikkate alınmaz. Düzenleme ile korunmak istenen menfaat de göz önünde bulundurulmalıdır. Yenilik doğuran hak niteliğinde olan fesih hakkının kullanılması sadece hak sahibinin iradesine bağlı olduğundan ve hakkın kullanılmasıyla sonuçlar kendiliğinden ortaya çıkacağından muhatap tamamen belirsizlik içindedir³⁵ ve muhatabın belirsizliğin giderilmesinde, farklı bir deyişle iş sözleşmesinin sona erdirilip erdirilmeyeceğini bilmede korunmaya değer menfaati vardır³⁶. Nitekim bu amaçla yenilik doğuran haklar için de hak düşürücü süreler kabul edilir³⁷. Dolayısıyla hak düşürücü sürenin kamu düzeni veya kamu yararı için olduğu ileri sürülebilir³⁸. Öyle ki kanunda açıkça sürenin belirlenmediği hallerde,

³⁵ Buz (n 18) 263.

³⁶ Ibid 263.

³⁷ Ibid 263.

³⁸ Erdem (n 15) 25.

muhatap bakımından belirsizliği gidermek için süre tayin edilmesi veya hakkın etkisizleşmesi³⁹ gündeme gelir⁴⁰.

Kanun koyucu İşK m 24/II ve İşK m 25/II doğrultusunda yapılacak fesihlerde muhatabın (işçinin ya da işverenin) yaşayacağı belirsizliği, açıkça hükme bağladığı sürelerle sınırlama gereğini duymuştur. Farklı bir deyişle, İşK m 26'daki *hak düşürücü sürelerle tarafların maddi menfaatini korumak amaç edinilmemiş*, bunun yerine *hukuki belirsizliğin önüne geçilmek ve bu şekilde hukuki güvenlik sağlanmak* istenmiştir. Kanun koyucu, tarafların süreleri değiştirebileceğini kabul etmek isteseydi, herhangi bir süre öngörmezdi. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz üzere sürenin kanunda yer almadığı durumlarda, “*muhatapça süre tayin etmek*” veya “*somut olaya göre belli sürenin geçmesi ve hak sahibinin de hakkı kullanmayacağına dair yarattığı güvenle hakkın etkisizleşmesinin ortaya çıkması*” suretiyle *hakkın kullanılacağı sürenin doğrudan ya da dolaylı tespiti* mümkün olabilecekti. *Tarafların iradelerine bağlı olarak sürenin belirlenebildiği bu iki imkana olanak tanımak yerine, süreler kati şekilde hükme bağlanarak belirsizliğin uzunluğu mutlak şekilde ortaya konmuştur.*

D. Bir Yıllık ve Altı İş Günlük Sürelerin Hesaplanması

Sürelerin hesaplanabilmesi için öncelikli olarak sürelerin başlangıç ve sona erme anları belirlenmelidir. Bunun dışında başlangıç ve sona erme zamanları arasında geçen dönemin sürenin hesabında ne şekilde ele alınacağı üzerinde de durulmalıdır.

1. Bir Yıllık Sürenin Hesaplanması

İşK m 26'da fesih hakkının *filin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılmayacağı* hükme bağlanmıştır. Öğretide ve Yargıtay kararlarında, bir yıllık sürenin olayın meydana geldiği tarihten itibaren hesaplanacak bir *takvim yılı* olduğu belirtilmiştir⁴¹. Başka bir görüş tarafından bir yılın olayın gerçekleştiği tarihten başlayan 365 gün olarak anlaşılması gerektiği, iş yılı ya da ocak ayında başlayan ve aralık ayının sonunda biten takvim yılı olarak düşünülmesinin doğru olmadığı ifade edilmiştir⁴².

Esasen her iki görüşün de ulaştığı sonuç aynıdır. Ancak takvim yılı ifadesinin kullanılması uygulamada karışıklığa sebebiyet verebilir. Zira *takvim yılı* kavramından, her yılın ocak ayının ilk günü başlayıp aralık ayının son günü biten dönem anlaşılabilir. Örneğin 11.10.2019'da bir olay vuku bulduğunda, takvim yılı gereğince 31.12.2019 tarihinin dikkate alınması gerektiği düşünülebilir. Hesaplama takvim yılının göz

³⁹ Hakkın etkisizleşmesi kurumuna ilişkin açıklamalar için bkz Buz (n 18) 404 vd; Baycık (n 18) 429 vd; Birben (n 5) 454 vd.

⁴⁰ Buz (n 18) 263; Baycık (n 18) 429 vd; Birben (n 5) 452.

⁴¹ Narmanlıoğlu (n 5) 415; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 5) 804; Odaman, *Fesih Hakkı* (n 5) 254. İş günü olması gerektiğine ilişkin bir düzenleme olmadığından takvim yılı şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir, bkz Kılıçoğlu ve Şenocak (n 5) 681. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1046/535, 22.03.2017 (Legalbank).

⁴² Akyiğit (n 5) 1332.

önünde bulundurulmasının gerekli olduğunu belirtilen görüşle kastedilen şüphesiz bu değildir.

Sonuç olarak hükümde açıkça fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıllık süreden bahsedildiğinden, bir yıllık sürenin fiilin meydana geldiği günde işlemeye başlayacağını ve takip eden yılın aynı ayındaki gününde sona ereceğini kabul etmek isabetli olur. Misal olarak İşK m 24/II veya m 25/II kapsamına giren bir olay, 11.10.2019 tarihinde vuku bulmuşsa, bir yıllık süre 11.10.2019'da başlamalı ve 11.10.2020 tarihinde sona ermelidir.

2. Altı İş Günlük Sürenin Hesaplanması

a. Altı İş Günlük Sürenin Başlangıcı Bakımından Failin ve Fiilin Öğrenilmesi Zorunluluğu

İşK m 26/I'de açık bir şekilde *altı iş günlük sürenin, iki taraftan birinin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere ilişkin bir davranışta bulunduğu diğer tarafın öğrendiği günden itibaren başlayacağı* belirtilmiştir. Bu bakımdan belirtelim ki, düzenleme gereğince sadece *ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan eylemin öğrenildiği tarih değil, aynı zamanda failin ne zaman öğrenilmiş olduğu da önemlidir*⁴³. Sonuç olarak, sadece fiilin öğrenilmesi ancak failin öğrenilmemesi sürenin başlamasına yol açmaz.

Esasen hüküm belirttiğimiz şekilde açık olmasaydı da farklı sonuca ulaşmak mümkün olmazdı. Zira öğretide de yenilik doğuran haklara ilişkin genel biçimde ifade edildiği üzere, hakkın kullanılmasında sadece hak sahibi değil, kendisinin dışında başka bir şahıs daha etkilenmektedir. Bu bakımdan, muhatapsız yenilik doğuran hak mevcut değildir⁴⁴. Yenilik doğuran haklardan olan fesih hakkının da muhatabının kim olduğu henüz öğrenilmeden, farklı bir deyişle, fesih hakkının kime karşı kullanılacağı daha netlik kazanmamışken hakkın kullanılmasına ilişkin altı iş günlük sürenin başlamasından bahsetmek mümkün olmamalıdır.

Açıklananlardan da anlaşılacağı üzere, altı iş günlük sürenin hesabında fiilin ve failin öğrenildiği tarih önemli olduğundan, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışın ne zaman gerçekleştiği altı iş günlük süre açısından dikkate alınmaz⁴⁵.

⁴³ Saymen (n 5) 611, 612; Çenberci (n 5) 597-598; Kaplan (n 5) 172; Odaman, *Fesih Hakkı* (n 5) 256; Sözek (n 5) 691; Akyiğit (n 5) 1331; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 5) 802, 803; Narmanlıoğlu (n 5) 412; Kılıçoğlu ve Şenocak (n 5) 682. Ayrıca işçinin veya işverenin feshe neden olan olaya ilişkin zannının veya tahmininin yeterli olmadığı haklı olarak belirtilmiştir, bkz Oğuzman (n 5) 113; Tunçomağ (n 5) 317; Tunçomağ ve Centel (n 5) 235; Akyiğit (n 5) 1331; Ekmekçi ve Yiğit (n 5) 615; Savaş (n 5) 186; Kılıçoğlu ve Şenocak (n 5) 681. Öğrenme kavramının muğlak bir ifade olduğu belirtilmiştir, bkz Odaman, *Fesih Hakkı* (n 5) 253.

⁴⁴ Buz (n 18) 207; Baycık (n 18) 297.

⁴⁵ Narmanlıoğlu (n 5) 412.

Yüksek Mahkeme de bir kararında “...28.01.2013 günü davacının cenaze götürdüğü bir iş sırasında cemaat içinde ısrarla 100,00 TL istediği ve parayı aldığı, cenaze aracı talep ettiklerinde ücretsiz olduğunun kendilerine bildirildiğini belirten şikayet dilekçesinin bulunduğu, ilgili şikayet dilekçesinin mavi masaya yapıldığı ve 21.02.2013 tarihinde belediye tarafından şirkete bildirildiği ve 25.02.2013 tarihinde davacının iş akdinin altı iş günlük süre içerisinde feshedildiği görülmektedir...” şeklinde ifadelerle yer vermiştir⁴⁶. Görüldüğü üzere, en son 28.01.2013’te gerçekleşen olaya ilişkin fesih beyanının 25.02.2013’te açıklanmasının süreye uygun olduğu değerlendirilmiştir. Zira 28.01.2013’te meydana gelen olayın kendisinin ve failinin, 21.02.2013’te öğrenilmiş olması dikkate alınarak hak düşürücü süre değerlendirilmiştir.

Buna mukabil, Yargıtayın başka bir kararında altı iş günlük sürenin hesabında öğrenme tarihinin değil, fiilin gerçekleştiği tarihin esas alındığı anlaşılmaktadır. Kararda “...iş sözleşmesinin feshine ilişkin bildirimde; **22.03.2017 tarihinde yapılan şikayet üzerine, davacının 2016 yılı kasım ayında yapılan sınavın genel yetenek testi sorularını cep telefonu ile fotoğrafladığı ve dağıtıldığının tespit edildiği, bu sebeple güven ilişkisinin sarsıldığı belirtilerek iş sözleşmesinin 4857 sayılı Yasanın 25/II maddesi gereğince 28.03.2017 tarihinde feshedildiği kayıtlıdır. Olayımızda; haklı nedenle derhal fesih için Yasada öngörülen 6 günlük (6 iş günü) sürenin geçirildiği anlaşılmaktadır ...**” ifadelerine yer verilmiştir⁴⁷.

Karardan anlaşıldığı üzere, Kasım 2016’da fiil (sınav sorularının fotoğraflanması ve dağıtılması) meydana gelmiş; bu fiilin davacı tarafından gerçekleştirildiği ise, 22.03.2017’de yapılan şikayetle davalı tarafça öğrenilmiş ve iş sözleşmesi 28.03.2017’de feshedilmiştir. Bu bakımdan feshin hak düşürücü süre geçtikten sonra yapıldığından bahsedilemez. Karardan farklı bir sonuca varılamamakla birlikte belirtelim ki, davalı tarafından fail ve fiil 22.03.2017’den önceki bir tarihte, daha net bir deyişle feshin yapıldığı 28.03.2017’den altı iş gününden daha uzun bir süre önce öğrenilmişse, artık bu olasılıkta altı iş günlük hak düşürücü sürenin geçtiği kabul edilir.

Sürenin başlangıcının belirlenmesi açısından önemli olan bir diğer nokta, ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranışın kim tarafından öğrenilmesi gerektiğidir. İşK m 24/II veya İşK m 25/II kapsamında değerlendirilecek bir davranışın herhangi bir kişi tarafından değil, feshe yetkili kişi tarafından öğrenilmesi önemlidir. Feshe

⁴⁶ Yargıtay 22 HD, 33317/14118, 04.06.2018 (Lexpera). Yüksek Mahkeme başka kararında da “...Davalı işveren davacının iş arkadaşlarına küfrettiği iddiasıyla 17.03.2014 tarihinde savunmasını talep ettiği, davacının savunma talep yazısının altına yazdığı savunmasında suçlamaları kabul etmediği ve sonrasında davacının iş akdinin 21.03.2014 tarihinde feshedildiği anlaşılmıştır. Yargılama sırasında beyanı alınan davalı tanığı davacının küfür ettiğini olaydan 10 gün sonra işyeri yetkililerine bildirdiğini belirttiğinden davalı işverenin feshe konu olayı olaydan 10 gün sonra öğrenmişse de feshe yetkili makamların hareket eylemini öğrenmesinden itibaren 6 iş günlük süre içerisinde fesih yapılmıştır...” şeklinde sonuca ulaşmıştır, Yargıtay 9 HD, 27198/21412, 26.11.2018 (Lexpera).

⁴⁷ Yargıtay 9 HD, 9527/21185, 22.11.2018 (Lexpera).

yetkili kişinin kim ya da kimler olacağı aşağıda, “Fesih Hakkının İşveren Tarafından Kullanılması Halinde Feshe Yetkili Kişi ya da Organ” ve “Fesih Hakkının İşçi Tarafından Kullanılması Halinde Feshe Yetkili Kişi” başlıkları altında açıklandığından, söz konusu açıklamalara atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

Son olarak ifade edelim ki, İşK m 24/II veya İşK m 25/II kapsamındaki bir davranışın gerçekleşeme ihtimali, hak düşürücü sürelerin işlemeye başlamasına neden olmaz. Başka bir deyişle, ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranış henüz ortaya çıkmadan, davranışın gerçekleşeceğine ilişkin önemli emareler olsa dahi süre işlemeye başlamaz. Misal olarak işverenin çalışma şartlarında değişiklik yapacağına ilişkin işçiye ihtarname göndermesi ancak henüz değişikliği gerçekleştirmemesi halinde, süre ihtarnamenin tebellüğ edilmesiyle birlikte değil, değişikliğin fiilen hayata geçirilmesiyle işlemeye başlar.

Nitekim Yüksek Mahkeme de “...davacı iş sözleşmesini 19.11.2013 tarihinde iş şartlarının esaslı şekilde ağırlaştırılması gerekçesiyle feshetmiştir. Disiplin kurulunca verilen kararın davacıya 25.09.2013 tarihinde tebliği edildiği ancak bu karar sonrası davacının görev yerinin değiştirildiği tarihin belirlenmediği bu sebeple öncelikle davacının görev yerinin ne zaman değiştirildiği hususunun belirlenerek iş sözleşmesinin altı günlük hak düşürücü süre içinde feshedilip edilmediği tespit edilerek...” karar verilmesi gerektiğini belirtmek suretiyle, öncelikli olarak fiilin gerçekleştiği tarihin esas alınması gerektiği sonucuna varmıştır⁴⁸. Karara konu olan olaydaki fiilin özelliği gereği, fiilin gerçekleşmesiyle birlikte failin de öğrenileceği ortadadır.

b. Altı İş Günlük Sürenin Hesaplanmasında Dikkate Alınacak Günler

aa. İş Günü Kavramının Belirlenmesinde Ortaya Çıkacak Olasılıklar

Hükümde altı *günlük* değil, altı *iş günlük* süre kabul edildiğinden, sürenin hesaplanmasında tatil günleri göz önünde bulundurulmaz; sadece *iş günleri* esas alınır. Bununla birlikte *iş günü* kavramı, İş Kanununda tanımlanmamış ancak İşK m 26 dışındaki başka hükümlerde de aynı ifadeye yer verilmiştir. Örneğin kavram, İşK m 25/I,a, m 25/II,g düzenlemelerinde de bulunmaktadır. Anılan hükümlere ilişkin iş gününün, işçinin çalışması gereken gün olarak algılanması isabetli olur.

Belirtilen hükümlere yönelik açıkladığımız yaklaşımın aynı biçimde İşK m 26 bakımından da geçerli olup olmayacağı değerlendirilmelidir. Farklı bir deyişle sözleşmeyi feshedecek/ sözleşme kendisine karşı feshedilecek *işçinin çalışması* gereken veya *fiilen çalıştığı* günlerin mi ya da işçiden bağımsız olarak *işyerinde*

⁴⁸ Yargıtay 22 HD, 4974/11903, 21.04.2016, karar için bkz *Gerekçeli İçtihatlı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulaması C II* (Türk İş / Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği 2019) 219.

çalışılması gereken ya da işyerinde genel olarak çalışılan günlerin mi dikkate alınması gerektiği; yoksa işçiden ve işyerinden bağımsız biçimde her durumda hafta tatil günü hariç olmak üzere kalan altı günün iş günü olarak sayılmasının mı isabetli olacağı açıklanmalıdır.

bb. Öğretideki Görüşler ve Yargıtay Uygulaması

Öğretide 1475 sayılı Kanun m 18'deki *iş günü* ifadesine ilişkin olarak, altı iş günlük sürenin belirlenmesinde *o işyerindeki fiili çalışmanın* dikkate alınmasının hükmün konuluş amacına daha uygun olacağı açıklanmıştır⁴⁹. Bunun dışında öğretilerde -yukarıda ifade ettiğimiz İşK m 25/I,a ve İşK m 25/II,g hükümlerinde olduğu gibi- hafta tatillerinin, genel tatil günlerinin dikkate alınmaması gerektiği, cumartesi çalışılan günlerin de tatil günü değil, iş günü olduğu ileri sürülmüştür⁵⁰. Başka bir görüş tarafında da benzer şekilde, maddede iş günü kavramı kullanılmış olduğu gerekçesiyle sürenin hesabında *o işyerinde çalışılan günlerin dikkate alınacağı*, hafta tatili, ulusal bayram ile genel tatil günlerinin ise göz önünde bulundurulmayacağı belirtilmiştir⁵¹. Ayrıca işçinin raporlu olması halinde de işverenin haklı nedenle fesih hakkını altı iş günü içinde kullanması gerektiği öne sürülmüştür⁵². Söz konusu görüşlerle aynı yönde olmak üzere, iş gününü genel olarak değil, ilgili işyeri için iş günü olarak değerlendirmek gerektiği savunulmuştur⁵³. *Akyiğit* ayrıca, altı iş günün hesabında takvim günü dikkate alınmayacağından, pazar günü çalışılsa bile bunun da iş günü sayılması gerektiğini ifade etmiştir⁵⁴.

Söz konusu görüşlerden anlaşıldığı üzere *işyerinde hangi gün çalışma yapılıyorsa*, o günler hesaplama dahil edilir. Bu bakımdan hafta tatilinde, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde, cumartesi günü *işyerinde çalışma gerçekleşiyorsa*, altı iş günlük süre belirlenirken söz konusu günler de göz önünde bulundurulur.

Yüksek Mahkeme de öğretilerdeki belirttiğimiz görüşlere benzer biçimde bir kararında, “*Davalı işyerinde iş gününün haftanın beş günü olduğu, hafta sonları çalışma bulunmadığı [...] sabittir. Bu durumda hafta sonları ile 1 Mayıs (Emek ve Dayanışma Günü) resmî tatil günü dışlandığında, öğrenme tarihi [...] ile fesih tarihi arasında yasal altı iş günlük sürenin geçmediği sonucuna varılmıştır...*” şeklinde

⁴⁹ Çenberci (n 5) 596.

⁵⁰ Narmanlıoğlu (n 5) 414, 415; Çil (n 5) 2004; Arslan (n 5) 153. Görüşlerle aynı yönde olmak üzere, hafta tatili ya da ulusal bayram ve genel tatil günlerinin bu süreye dahil edilmemesi gerektiği ileri sürülmüştür, bkz Odaman, *Fesih Hakkı* (n 5) 253. Cumartesi, pazar ve genel tatil günlerinde işyeri açık olmakla birlikte sadece güvenlik hizmeti veya arazi nitelikte bazı işler yapılıyorsa, söz konusu günlerin iş gününden sayılmaması gerektiği savunulmuştur, bkz Çil (n 5) 2004.

⁵¹ Kılıçoğlu ve Şenocak (n 5) 680; Savaş (n 5) 187. Aynı yönde olmak üzere, *işyerinde çalışılan günlerin* sürenin hesabında dikkate alınması gerektiği ileri sürülmüştür, bkz Elmas (n 5) 53.

⁵² Odaman, *Fesih Hakkı* (n 5) 254.

⁵³ Akyiğit (n 5) 1331; Çil (n 5) 2004.

⁵⁴ Akyiğit (n 5) 1331.

ifadelere yer vermiştir⁵⁵. Böylece kararda **sadece işyerinde çalışılan günler, iş günününün hesaplanmasında esas alınmış** ve çalışılmayan hafta sonları ile resmi tatil günü dışlanmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında da şu ifadeler yer almaktadır: “...feshe konu olayın 21.02.2009 tarihinde gerçekleştiği, davacı işçinin savunmasının 27.02.2009 tarihinde alındığı, öncesinde ise davacı işçinin 24.02.2009 tarihinde yıllık izne ayrıldığı ve 37 günlük yıllık ücretli izni dolmadan 17.03.2009 tarihinde hastaneye yattığı, işe dönüşü sonrası 10.04.2009 tarihli fesih ihbarnamesi ile davalı işveren tarafından iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılma [....] davacı işçinin raporlu olduğu sürenin altı iş günlük hak düşürücü süreyi kesmeyeceği, dolayısıyla davalı işveren şirket tarafından iş sözleşmesinin feshi için davacının dönüşünün beklenmesinin gerekmediği, diğer bir anlatımla raporlu olunan sürenin hak düşürücü süre bakımından bir etkisinin bulunmadığı anlaşılmıştır...”⁵⁶.

Yüksek Mahkeme kararlarından anlaşıldığı üzere iş günü, işçinin çalışması gereken gün değil, **işyerinde genel olarak çalışılması gereken gün** olarak anlaşılmaktadır.

Yukarıda ortaya koyduğumuz baskın sayılabilecek öğreti görüşlerinden ve bu doğrultudaki Yargıtay kararlarından farklı olarak öğretilerdeki başka bir görüş, cumartesinin iş hukuku bakımından iş günü olduğunu ve cumartesinin de hesaba dahil edilmesi gerektiğini savunmaktadır⁵⁷.

cc. Olasılıkların Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Konuya ilişkin öğretilerdeki görüşleri ve Yargıtay uygulamasını belirttikten sonra yukarıda konunun başında ortaya koyduğumuz olasılıklar değerlendirilmelidir. İfade ettiğimiz üzere söz konusu olasılıklardan bir kısmı, *İŞK m 26'daki iş gününün işçinin çalışması gereken ya da çalıştığı gün veya işyerinde çalışılması gereken veyahut çalışılan gün olarak algılanması* şeklindedir. Bunların dışındaki bir başka ihtimal de, *işçiden ve işyerinden bağımsız biçimde her durumda hafta tatil günü hariç olmak üzere, kalan altı günün iş günü* olarak sayılması yönündedir.

4857 sayılı İş Kanununda haftalık çalışma süresinin çalışılan günlere farklı dağıtılacağı kabul edilmesi, esnek çalışma modellerinin benimsenmesi karşısında işçinin çalışması gereken/fiilen çalıştığı veya işyerinde çalışılması gereken/fiilen çalışılan günlerin sürekli farklılık göstermesi imkan dahilindedir. Öyle ki farklılık, sadece işyerinden işyerine değil, aynı işyerinde çalışan işçiden işçiye göre de ortaya çıkabilir.

Misal olarak çağrı üzerine çalışmada taraflar çalışılacak günleri önceden belirlememe hakkına sahip olup işveren, işçiden iş görme borcunu yerine getirmesini

⁵⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2886/1408, 22.11.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 16569/19090, 27.11.2017 (Legalbank).

⁵⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 911/439, 08.03.2017 (Legalbank).

⁵⁷ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 5) 802; Ekmekçi ve Yiğit (n 5) 617.

aksi kararlaştırmadıkça işçinin çalışacağı zamandan en az dört gün önce bildirmek zorundadır (İşK m 14/3). En az dört gün önce yapılmasına ilişkin hüküm yedek hukuk kuralı niteliğinde olduğundan, taraflar çağrının dört günden az ya da fazla bir süre içinde yapılması konusunda dahi anlaşabilirler. Bunun dışında denkleştirme esası gereğince azaltılmış/yoğunlaştırılmış iş haftalarının uygulandığı işyerleri de olabilir. İşyerinde haftanın her günü ya da bazı günleri yarım gün çalışılması da imkan dahilindedir. Hatta işyerinde 7 gün ve 24 saat faaliyetin devam etmesi de mümkündür. İş ilişkilerinin özelliği doğrultusunda örnekler şüphesiz çoğaltılabilir. Önemle vurgulayalım ki belirttiğimiz olasılıklarda vb durumlarda, işçinin çalışması gereken/fiilen çalıştığı veya işyerinde çalışılması gereken/fiilen çalışılan günlerin her hafta için kesin bir şekilde önceden belirlenmesi kolay değildir.

Açıkladıklarımızdan başka, çalışılması gereken günün ya da fiili çalışmanın günden güne, haftadan haftaya, aydan aya değişmesine yol açan başka nedenler de bulunmaktadır. Özellikle sürekli borç doğuran iş ilişkilerinin yapısı, fiilen çalışılan veya çalışılması gereken günlerin belirlenmesinde etkilidir. Misal olarak işçinin hasta, raporlu olması veya kanundan doğan (İşK m 56, İşK ek madde 3 vb) nedenlerle izinli sayılması ya da davada tanıklık yapması veyahut bilirkişilik görevi alması vb herhangi bir haklı nedenle işe gelememesi imkan dahilindedir. Bu noktada da işçinin haklı nedenle işe gelmediği günlerin belirlenmesi ve bu şekilde altı iş gününün hesabı kolay olmadığı gibi, her somut olayda hesaplamının değişmesine sebebiyet verir.

Diğer taraftan önemle vurgulayalım ki iş gününü, *işçinin çalışması gereken gün* olarak kabul etmek ancak işçinin raporlu olmasının vb durumların sürenin işlemesine engel teşkil etmeyeceğini benimsemek çelişkili olur⁵⁸. Zira eğer *iş günü, işçinin çalışması gereken gün olarak değerlendirilecekse*, işçinin raporlu olduğu gün hesaba dahil edilmemelidir. Raporlu veya herhangi bir nedenle izinli olunan günün iş günü hesabına katılmayacak olmasının nedeni, hak düşürücü sürenin kesilmesi ya da durması değil, raporlu olunan vb herhangi bir nedenle izinli olunan günün iş günü olarak değerlendirilmemesidir. Daha net bir deyişle, iki husus birbirinden ayrılmalıdır. Sürenin hak düşürücü olması nedeniyle kesilmesinin ya da durmasının mümkün olmaması yani süreye dahil olan bir zaman diliminin kesilmesi veya durması ayrı, herhangi bir günün iş gününe dahil edilip edilmeyeceği ayrı bir konudur. Sonuç olarak, iş gününün çalışılması gereken gün olarak algılanmasının isabetli olduğu savunuluyorsa, artık raporlu veya herhangi bir nedenle izinli olunan gün, çalışılması gereken gün olmadığından süreye dahil edilmemelidir. Böyle bir durum ise, hak düşürücü sürenin kesilmesi veya durması olarak nitelenemez. Ortaya çıkan bu sonuçta ise fesih hakkının kullanılabilmesi süreler uzamış olur.

İş günü kavramının içeriğinin belirlenmesinde şüphesiz sadece uygulamada

⁵⁸ Öğretide de fesih hakkına sahip taraf hasta, tutuklu, yoğun bakımda olsa bile durumun değişmeyeceği belirtilmiştir, bkz Akyiğit (n 5) 1332.

ortaya çıkacak zorluklar değil, kanun koyucunun hükümlerle güttüğü amaç da göz önünde bulundurulmalıdır. Kanun koyucu, hak düşürücü süreleri açık bir şekilde kabul etmek suretiyle tarafların belli süre düşünmelerini sağlamak ve muhatabı da uzun sürecek olan belirsizlikten kurtarmak istemiştir. Bu amaçla da altı iş günlük ve bir yıllık olmak üzere, *kesin süreler* tespit edilmiştir. Oysa İşK m 26 açısından iş günleri, işçinin çalışması gereken/fiilen çalıştığı veya işyerinde çalışılması gereken/ fiilen çalışılan gün olarak kabul edildiğinde, somut olayın özelliğine göre altı iş günlük sürenin uzayacağı durumlar ortaya çıkabilecektir. Misal olarak kısmi süreli iş sözleşmesiyle haftanın pazartesi, salı, çarşamba günleri çalışılan bir işyerindeki işçi için hak düşürücü sürenin salı günü işlemeye başladığı bir olasılıkta, izleyen hafta çarşamba günü beş iş günü ve onu da takip eden pazartesi günü altı iş günü dolmuş olacaktır. Bu şekilde yaklaşık on üç günlük bir süre geçmiş olacaktır. Benzer şekilde, bildirimsiz fesih hakkının kullanılacağı haftaya denk gelen tatil günleri, çalışılmayan cumartesi günü vb günler dışlandığında fesih hakkının kullanılacağı dönem yine uzamış olacaktır. Kanun koyucunun İşK m 26’da iş gününü kabul etmesiyle ortaya çıkarmak istediği sonuç ise, işçinin çalışması gereken/ fiilen çalıştığı veya işyerinde çalışılması gereken/ fiilen çalışılan günlerin dikkate alınması suretiyle bu sürenin uzatılması değildir.

Kanun koyucu tarafından İş Kanununun “hafta tatil ücreti” başlıklı 46. maddesinde yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmidört saat dinlenme hakkı verileceği düzenlenmiştir. Bahsi geçen hükmün gerekçesinde de “...yeni getirilen iş süreleri sistemine göre cumartesi günleri çalışılıp çalışılmadığına bakılmaksızın iş günü sayıldığından...” ifadelerine yer verilmek suretiyle İş Kanunu açısından iş gününün tespitinde fiilen çalışılıp çalışılmamasının önemli olmadığı açıklanmıştır. Bu yaklaşım, bir haftadaki iş günü sayısının 4857 sayılı İş Kanunu açısından kural olarak altı gün olduğunu göstermektedir. Somut olayın özelliğine göre tarafların yukarıda anlattığımız olasılıklar doğrultusunda tam süreli ya da kısmi süreli iş sözleşmeleriyle haftanın belli günleri çalışılacağını veya denkleştirme uygulanmasını kararlaştırdıkları vb durumlar açısından da sonuç farklı olmamalıdır. Zira belirtilen ihtimallerin, sözleşme serbestisi ya da işverenin yönetim hakkı doğrultusunda şekillendiğini ancak genel bakımdan kabul edilen haftalık iş günü sayısını değiştirmediklerini kabul etmek uygun olacaktır. Farklı bir deyişle, somut olayda sözleşme serbestisi veya esnek çalışma modelleri doğrultusunda haftalık çalışma gün sayısının altı günden daha az belirlenebilecek olması, bazı günler yarım gün çalışmanın yapılması vb hâller İşK m 26 çerçevesinde iş gününün altı günden daha az olmasına yol açmamalıdır. Sonuç olarak kanaatimizce İşK m 26 hükmünün uygulanmasında iş günü hafta tatil günü hariç olmak üzere, her durumda altı gün olarak değerlendirilmelidir.

Kabul ettiğimiz görüş doğrultusunda hangi günün hafta tatili olarak kabul edileceği sorusu cevaplanmalıdır. Eğer işçinin hafta tatili için fiilen izin kullandığı herhangi bir gün varsa, söz konusu gün esas alınmalıdır. Bununla birlikte işçiye hafta tatil

izni verilmiyor yani işçi haftanın yedi günü çalıştırılıyorsa, haftanın bütün günlerinin iş günü sayılması doğru olmaz. Zira her şeyden önce kanuna aykırı çalışmaya bu şekilde sonuç bağlanması düşünülemez. Ayrıca haftanın bütün günlerinin iş günü olarak değerlendirilmesi, hak düşürücü sürenin kısaltılmasına da sebebiyet verir. Oysa yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, süreler kanun koyucu tarafından kesin bir şekilde hükme bağlanmıştır. Haftanın yedi gün çalışıldığında ise, pazar gününün hafta tatil günü olarak dikkate alınması yerinde olur. Gerçekten her ne kadar 4857 sayılı İş Kanununda hafta tatilinin pazar günü olduğuna ilişkin açık hüküm yoksa da, Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanunda⁵⁹ ve TBK'da hafta tatil gününün pazar günü olduğu belirtilmiştir.

Ulaştığımız sonucun, İş Kanununda geçen bütün iş günü kavramları için geçerli olmayacağını önemle belirtmek gerekir. Bu itibarla örneğin İşK m 25/I ve m 25/II hükümlerinde geçen iş günü ifadesinden, *işçinin çalışması gereken günün* anlaşılması hükmün düzenlenme amacı karşısında isabetlidir. Zira maddedeki diğer koşulların da varlığı halinde, işçinin *çalışması gereken günlerde işe gelmeyerek iş görme borcunu yerine getirmemesi* haklı nedenle derhal fesih sebebi olarak kanun koyucu tarafından düzenlenmek istenmiştir.

c. Altı İş Günlük Sürenin Başlangıcı ve Sonu

Yukarıda da açıklandığı üzere, altı iş günlük sürenin başlangıcı bakımından failin ve fiilin öğrenilmesi şarttır. Bu noktada sürenin ne zaman başlatılması gerektiği üzerinde durulmalıdır. Farklı bir deyişle *süre, öğrenme tarihinden itibaren mi, yoksa öğrenme tarihini izleyen günden itibaren mi işlemeye başlayacaktır* sorusu yanıtlanmaya muhtaçtır.

TBK'nın “diğer sürelerde vade” başlıklı 92. maddesinde “*gün olarak belirlenmiş süre, sözleşmenin kurulduğu gün sayılmaksızın, bu sürenin son günü dolmuş olur*” düzenlemesine yer verilmiştir. Öğretideki baskın görüş⁶⁰ ve Yargıtay tarafından İşK m 24/II veya İşK m 25/II kapsamına giren olayın gerçekleştiğinin ve failinin öğrenildiği gün değil, izleyen gün altı iş günlük sürenin işlemeye başlayacağı kabul edilmektedir. Farklı bir deyişle, olayı ve faili öğrenme günü hesaba katılmaksızın, takip eden iş günleri sayılarak altıncı günün bitiminde haklı fesih yetkisinin sona

⁵⁹ Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 2429, Kabul Tarihi: 17.03.1981, RG 19.03.1981/17284.

⁶⁰ Tunçomağ (n 5) 317; Tunçomağ ve Centel (n 5) 235; Akyiğit (n 5) 1332; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 5) 803; Narmanlıoğlu (n 5) 411, 415; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (n 5) 257; Ekmekçi ve Yiğit (n 5) 617; Odaman, *Fesih Hakkı* (n 5) 253; Çil (n 5) 2004; İren (n 5) 1337.

ereceği savunulmaktadır⁶¹. İfade edelim ki çalışmamızda aşağıda “Fesih Hakkının İşveren Tarafından Kullanılması Halinde Feshe Yetkili Kişi ya da Organ” başlığı altında yer verilen bazı Yargıtay kararlarının içeriğinden altı iş günlük sürenin öğrenme tarihini izleyen günden itibaren değil, öğrenme tarihinden itibaren başlaması gerektiği şeklinde bir izlenim doğsa da ilgili kararlarda esas olarak **feshe yetkili kişinin öğrenme tarihinin** dikkate alınması gerektiğine vurgu yapılmak istendiği, bu nedenle sürenin başlangıcı bakımından **öğrenme tarihi** ifadesine yer verildiği ancak sürenin yine **öğrenme tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlayacağı**nın kabul edilmek istendiği anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte İşK m 26 hükmünde açık bir biçimde “**öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten**” ifadelerine yer verilmiştir⁶². Dolayısıyla sadece sürenin uzunluğu değil, sürenin başlangıcı da kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir. Sürenin başlangıcına ilişkin düzenleme bulunduğundan TBK m 92 veya TBK’nın başka bir hükmünün uygulanmasının isabetli olmadığı ve altı iş günlük sürenin, öğrenme tarihinden itibaren işlemeye başlaması gerektiği kanaatindeyiz.

Görüşümüzün benimsenmesi halinde misal olarak 11.10.2019’da faili ve fiili öğrenilen bir olaya ilişkin altı iş günlük süre, 11.10.2019’da başlayacaktır. Öğretideki baskın görüşün ve Yargıtay uygulamasının isabetli olduğu sonucuna varılması durumunda ise süre 12.10.2019 tarihi itibarıyla işlemeye başlayacaktır.

Son olarak belirtelim ki, sürenin son günü hafta tatiline denk geliyorsa takip eden günün sonunda hakkın sona erdiği kabul edilmelidir. Esasen hesaplamada iş günleri dikkate alınacağından ulaşılan bu sonuç kaçınılmazdır.

E. Bir Yıllık ve Altı İş Günlük Süreler Bakımından Özellik Arz Eden Durumların Değerlendirilmesi

1. Altı İş Gününden Daha Kısa Sürenin Uygulanması

Altı iş günü ve bir yıl şeklinde İşK m 26 gereğince aranan sürelerin varlığı olayda birlikte aranmalıdır. Daha net bir söyleyişle -işçinin maddi çıkar sağladığı durumlar hariç olmak üzere- her durumda olayın gerçekleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde failin ve fiilin öğrenilmesi şart olup öğrenildiği tarihten itibaren de altı iş günlük süreye uyularak İşK m 24/II veya m 25/II’den kaynaklı fesih hakkı işçi ya da işverence kullanılmalıdır.

⁶¹ Yargıtay 9 HD, 8464/732, 24.01.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 7554/915, 26.01.2017 (Legalbank); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1046/535, 22.03.2017 (Legalbank); Yargıtay 22 HD, 6098/8224, 11.04.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 27038/13677, 19.09.2017 (Legalbank); Yargıtay 22 HD, 38769/20286, 03.10.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 16569/19090, 27.11.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 10725/19468, 30.11.2017 (Legalbank); Yargıtay 22 HD, 8214/5983, 14.03.2019 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 6122/15301, 09.09.2019 (Legalbank); ayrıca bkz Yargıtay 9 HD, 5041/5643, 19.03.2018 (Lexpera); Yargıtay 9 HD, 5680/17335, 03.10.2018 (Lexpera); Yargıtay 9 HD, 27198/21412, 26.11.2018 (Lexpera); Yargıtay 22 HD, 7712/5870, 13.03.2019 (Lexpera); Yargıtay 22 HD, 11870/9748, 06.05.2019 (Lexpera).

⁶² 1475 sayılı Kanun döneminde Öğretide *Esener*, 6 iş günlük sürenin başlangıç tarihinin ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışın diğer tarafta öğrenildiği gün olması gerektiğini belirtmiştir, bkz *Esener* (n 32).

Olayın meydana geldiği tarihten itibaren bir yıl geçtikten sonra fail ve fiil öğrenildiğinde, öğrenme tarihinden itibaren altı iş günü içinde sözleşme feshedilse dahi, sürenin geçtiği kabul edilmelidir⁶³. Bu bakımdan olayın vuku bulduğu tarihten itibaren bir yılın dolmasına altı iş gününden daha az bir süre kala fiilin ve failin öğrenilmesi halinde fesih hakkının artık altı iş günü içinde değil, kalan süre içinde kullanılması gerekecektir⁶⁴.

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin İşK m 17 uyarınca feshedilmesi ve bildirim sürelerinin dolmasına altı iş gününden daha az bir zaman kala İşK m 24/II veya İşK m 25/II kapsamına giren bir olay öğrenilmesi ihtimalinde, yine altı iş günü içinde değil, kalan süre içinde sözleşme haklı nedenle derhal feshedilmelidir.

Açıklanandan başka belirtelim ki, taraflar arasında belirli süreli iş sözleşmesi varsa ve sözleşmenin süresinin bitmesine altı iş gününden daha az bir zaman kalmışsa, işçi ya da işveren tarafından yine altı iş günlük süre içinde değil, kalan sürede sözleşme feshedilmelidir.

2. Ahlak ve İyi Niyet Kurallarına Uymayan Davranışın Devam Etmesi

a. Ahlak ve İyi Niyet Kurallarına Uymayan Davranışın Devam Etmesi Halinde Hak Düşürücü Sürelerin İşlememesi

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere altı iş günlük süre, iki taraftan birinin diğer tarafın İşK m 24 veya İşK m 25 kapsamına giren davranışlarda bulunduğunu öğrenmesiyle birlikte işlemeye başlar. Bir yıllık süre ise, olayın meydana geldiği tarihten itibaren hesaplanır. Ancak anılan hükümler kapsamındaki davranışlar son bulmaz ve süreklilik arz ederse, altı iş günlük veya bir yıllık sürenin başlaması söz konusu olmaz⁶⁵.

Misal olarak, ücreti ödenmeyen işçi, ödeme yapılmadığı sürece her zaman İşK m 24 uyarınca haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebilir. Zira bu olasılıkta işçi bakımından haklı fesih nedeni, ücretin ödenmediği süre boyunca devam eder. Nitekim fazla çalışma, ulusal bayram genel tatil ve hafta tatil ücretlerinin ödenmediği, yıllık ücretli izinlerinin de kullanılmadığı iddia edilerek iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı nedenle feshedildiği bir olayda, ilk derece mahkemesi altı iş günlük sürenin

⁶³ Tunçomağ ve Centel (n 5) 235; Akyiğit (n 5) 1330. Yargıtay 22 HD, 349/26275, 05.12.2018, karar için bkz Çalışma ve Toplum Dergisi S 61, 2019/2, 1654; ayrıca bkz Çenberci (n 5) 597.

⁶⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1046/535, 22.03.2017 (Legalbank).

⁶⁵ Devrim Ulucan, ‘İşK. 18 (No. 3) İş Hukuku Uygulaması “İHU” Kararlar ve İncelemeleri İşK II (Ze 1975); Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat (n 5) 634; Akyiğit (n 5) 1331; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 5) 803, 804; Narmanlioğlu (n 5) 414; Demircioğlu, Korkmaz ve Kaplan (n 5) 294; Ekmekçi ve Yiğit (n 5) 614; Çil (n 5) 2005; Limoncuoğlu (n 5) 565; İren (n 5) 1337. 1475 sayılı Kanun dönemindeki aynı yöndeki görüş için bkz Kaplan (n 5) 172. Yargıtay 9 HD, 16869/3345, 15.02.2010 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 6122/15301, 09.09.2019 (Legalbank).

geçirildiği yönünde karar vermişse de; Yüksek Mahkeme isabetli bir şekilde, fesih sebebi yapılan işçilik alacaklarının ödenmemesi durumunun temadi ettiği ve süreklilik arz eden ihlal nedeni ile hak düşürücü sürenin başlamadığı sonucuna ulaşmıştır⁶⁶.

Hak düşürücü sürelerin işlemeye başlamamasına neden olan hâl şüphesiz sadece yıllık ücretli iznin kullanılmamasına veya ücret alacaklarının ödenmemesine bağlı fesihler için geçerli değildir. İşK m 24/II veya İşK m 25/II kapsamına giren olaylar devam ettiği sürece aynı esas dikkate alınmalıdır. Bu çerçevede olmak üzere örneğin, işçinin doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışının süreklilik arz ettiği bir olayda Yüksek Mahkeme, “...*Davalı işveren iş akdini feshederken sadece devamsızlık sebebine dayanmamış aynı zamanda davacı işçinin başka bir işyerinde çalıştığı (ortak olduğu) ve bunu yapmadan önce iş sözleşmesi gereği alınması gereken iznin alınmadığı sebebine dayanmıştır. Öncelikle davacı işçinin davalı işyerinde çalışırken başka bir şirkete ortak olması veya çalışmaya başlaması iddiası gerçek ise bu durumun temadi eden eylem niteliği gereğince feshin hak düşürücü süre içerisinde yapılmadığından söz etmek mümkün değildir...*” sonucuna varmıştır⁶⁷.

Her ne kadar ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranışın devam ettiği bütün durumlar için yukarıda belirtmiş olduğumuz esasın benimsenmesi kanaatindeyse de konunun İşK m 24/II,a ve İşK m 25/II,a kapsamına giren davranışlar bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bilindiği üzere, anılan hükümlerde işçinin ya da işverenin iş sözleşmesi kurulması sırasında birbirini yanıltması haklı neden olarak düzenlenmiştir. Misal olarak, güvenlik görevlisi olarak bir işyerine başvuran kişinin sabıka kaydı olmasına rağmen yokmuş gibi beyanda bulunması, araç sürmek için istihdam edilecek bir kimsenin ehliyeti olmamasına rağmen sürücü ehliyeti olduğunu beyan etmesi vb durumlar, işverence iş ilişkisi kurulduktan sonra herhangi bir zamanda öğrenildiğinde, altı iş günlük veya bir yıllık süreler iş sözleşmesinin kurulduğu tarihten itibaren başlatılmamalıdır. Zira kanaatimizce, bu gibi durumlarda yanıltma eylemi anlık gibi görünse de anlık değil, sürekli nitelik taşır. Gerçekten de işçi ya da işveren iş ilişkisi kurulurken yaptığı yanıltmayı sadece iş ilişkisi kurulurken yapmakla yetinmemiş ve devamında da sürdürmüş olur. Tarafların yanıltma fiilini öğrenmesiyle birlikte artık yanıltmanın son

⁶⁶ Yargıtay 9 HD, 5861/14626, 03.07.2018 (Lexpera). Yüksek Mahkemenin başka bir kararına konu olan olayda davacı işçi, işçilik alacaklarının tam olarak ödenmemesi ve prime esas kazancının gerçek ücreti üzerinden gösterilmemesi nedeni ile iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini iddia etmiştir. *İlk derece mahkemesi*, davacının bir kısım işçilik alacağı bulunduğu kabul etmesine rağmen davacı işçinin haklı fesih nedenini öğrenmesinden itibaren altı iş günlük süreye uyulmadığı gerekçesi ile kıdem tazminatı isteminin reddine karar vermiştir. Yüksek Mahkeme ise, “...*fesh tarihinde davacı işçinin ödenmeyen işçilik alacaklarının bulunduğu anlaşılmalı, başka bir anlatımla haklı fesih nedeninin devam ettiği görülmekle hak düşürücü süre işlemeyecektir. Bu sebeple davacı işçinin feshi haklı nedene dayanmakta olup kıdem tazminatı isteğinin kabulü gerekirken yanlış değerlendirme ile reddi hatalıdır...*” biçiminde isabetli sonuca ulaşmıştır, Yargıtay 22 HD, 8214/5983, 14.03.2019 (Legalbank); aynı yöndeki başka karar için bkz Yargıtay 22 HD, 8551/11484, 18.05.2017, karar için bkz *Gerekçeli İçtihatlı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulaması C II* (Türk İş / Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği 2019) 217.

⁶⁷ Yargıtay 9 HD, 29751/2768, 05.02.2019 (Legalbank); Yüksek Mahkeme başka bir kararında da isabetli bir biçimde “...*gerçek ücret üzerinden Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirim yapılmadığı sürece temadi eden akde aykırılık nedeniyle hak düşürücü süre geçmediğinden davacının haklı fesih konusunda değerlendirme yapılarak, kıdem tazminatının kabulü gerekirken...*” ifadelerine yer vermiştir, Yargıtay 22 HD, 5098/11705, 22.05.2017, karar için bkz *Gerekçeli İçtihatlı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulaması C II* (Türk İş / Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği 2019) 220.

bulduğu dolayısıyla süreklilik arz eden durumun bittiği ve hak düşürücü sürelerin işlemeye başlaması kabul edilmelidir. Bununla birlikte ifade edelim ki görüşümüzün aksine bir yıllık süreye ilişkin olarak, sözleşme tarihinden itibaren anılan sürenin hesaplanması gerektiği belirtilmiştir⁶⁸.

Üzerinde ayrıca durulması gereken bir konu da İşK m 25/II,h'de düzenlenen işçinin yapmakla yükümlü bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi halinde, sürelerin nasıl ele alınacağıdır. Farklı bir ifadeyle, bu durumda işçinin bir yıldan önceki davranışlarının fesih bakımından değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusu cevaplanmalıdır. Hüküm açısından süreklilik olgusunun incelenmesine gereksinim duyulmasının nedeni, maddedeki şartlardır. Bilindiği üzere, hükmün uygulama alanı bulması için işçiye yapmakla yükümlü olduğu görevler hatırlatılmalı ve işçi de görevini yapmama konusundaki ihlâli davranışını devam ettirmelidir. Düzenleme uyarınca olması gereken hatırlatmalar/ihlâller birbirinden farklı tarihlerde gerçekleşir ve genellikle de farklı nitelik taşırlar. Başka bir deyişle, İşK m 25/II'ı düzenlemesindeki süreklilik hâli, işçinin herhangi bir yükümlülüğünü ihlâl ettiği davranışın arka arkaya her gün devam etmesi biçiminde algılanamaz. Bu bakımdan kanaatimizce hükmün uygulama kabiliyetini haiz olması için gerekli olan *hatırlatma* ve *işçinin görevini yapmaması* şeklindeki davranışlar -farklı tarihlerde gerçekleşse ve ayrı nitelikte olsa dahi- *süreklilik* barındırır.

Ulaştığımız sonuç doğrultusunda örneğin işçinin görev başındayken yasak olmasına rağmen cep telefonu ile konuşması, başka bir zaman müşteriyi rahatsız etmesi, sonraki bir tarihte işine geç gelmesi, işyerinde tutulması gereken defterleri eksik tutması vb yükümlülüklerin ihlalinden sonra uyarıldığı bir olayda; farklı tarihlerde gerçekleşmiş ve sona ermiş söz konusu davranışlar arasında sürekliliği bozacak şekilde zaman geçmemiş olması şartıyla bir yıldan önceki durumlar da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bakımdan vermiş olduğumuz örnekteki davranışların misal olarak 18 ay içinde gerçekleştiği varsayıldığında dahi, hepsi İşK m 25/II'ı'nın uygulanmasında dikkate alınabilmelidir. Şüphesiz son olay tarihinden itibaren altı iş günü içinde sözleşme feshedilmelidir⁶⁹. Sonuç olarak kısaca ifade etmek gerekirse, ihlâllerin ve buna ilişkin hatırlatmaların süreklilik taşıması durumunda, bir yıldan daha uzun bir süre önce gerçekleşenlerin hak düşürücü süre nedeniyle esas alınmayacağı kabul edilmemelidir.

Yukarıda açıkladığımız olasılıklarda ahlak ve iyi niyet kurallarını ihlal eden davranışın temadi göstermesi söz konusuydu. Buna karşılık ihlal anlık, sonuçlar ise süreklilik gösterebilir. Bu ihtimalde yani ahlak ve iyi niyet kuralına aykırı davranışın anlık nitelik taşıması ancak sonuçlarının süreklilik arz etmesi halinde farklı sonuca varılmalıdır. Yargıtay kararlarında da isabetli bir biçimde belirtildiği üzere, işçinin daimî olarak bir *başka göreve atanması* veya *iş şartlarının esaslı şekilde ağırlaştırılması*

⁶⁸ Çil (n 5) 2004.

⁶⁹ Yargıtay 9 HD, 46465/5851, 18.02.2013, karar için bkz Çalışma ve Toplum Dergisi S 38, 2013/3, 541.

halinde, bu değişikliğin *sonuçları sürekli gibi görünse* de işlem anlıktır. Buna göre çalışma şartlarının esaslı şekilde değiştirildiği iddiasında olan işçi sözleşmesini feshetmek istiyorsa, bunu altı iş günü içinde işverene bildirmesi gerekir⁷⁰.

b. Ahlak ve İyi Niyet Kurallarına Uymayan Davranışın Devam Etmesi Halinde Hak Düşürücü Sürelerin İşlemeye Başlayacağı Zaman

Ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranış süreklilik gösterdiği sürece hak düşürücü süre işlemeye başlamayacaksa da, devamlılık arz eden eylemin sona ermesiyle birlikte hak düşürücü sürelerin ne zaman başlayacağı üzerinde durulmalıdır. Öğretide bu gibi durumlarda hak düşürücü sürenin, fiilin sona ermesinden itibaren işlemeye başlaması gerektiği belirtilmiştir⁷¹.

Yargıtay kararlarında, işyerinde işi yavaşlatma ve üretimi düşürme eyleminin süreklilik göstermesi durumunda, altı iş günlük sürenin eylemin bittiği tarihten itibaren başlayacağı sonucuna varılmaktadır⁷². Bunun dışında Yargıtay kararına konu olan başka bir olayda işçi, işyerinde günlük 12 saatlik ve iki vardiya halindeki çalışma koşullarının insani olmadığı gerekçesiyle iş sözleşmesini feshetmiştir. Olaya ilişkin Yüksek Mahkeme kararında “...*davalı işyerinde fesih tarihinden yaklaşık olarak 3 ay önce 3’lü vardiya sistemine geçildiği ve her bir vardiyada 8 saat çalışıldığı, dolayısıyla fazla mesai uygulamasının terk edildiği anlaşılmaktadır. Davacının dile getirdiği günlük 12 saatlik çalışma haklı fesih sebebi kabul edilse dahi bu fesih hakkının temadının kesildiği tarihten sonraki 6 iş günlük hak düşürücü süre içerisinde kullanılması gerekir. Yukarıda açıklandığı üzere 2’li vardiyadan 3’lü vardiyaya fesihten yaklaşık olarak 3 ay önce geçildiğine göre feshin hak düşürücü süre içinde gerçekleştiği söylenemez...*” sonucuna ulaşmıştır⁷³.

Karardan tam anlaşılmamakla birlikte, karara konu olan olaydaki iş sözleşmesinin çalışma şartlarının işin düzenlenmesine ilişkin mevzuatta yer alan hükümlere aykırı şekilde uygulanması nedeniyle feshedilmiş olması durumunda, karar şüphesiz isabetlidir. Ancak işçinin fazla çalışma ücretlerinin ödenmemiş olması ve bu durumun da fesih nedeni olarak ileri sürülmesi halinde ise, karar isabetli olmayacaktır.

⁷⁰ Yargıtay 9 HD, 8464/732, 24.01.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 7554/915, 26.01.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 16224/19143, 27.11.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 16569/19090, 27.11.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 10725/19468, 30.11.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 7367/19706, 04.12.2017 (Legalbank); Yargıtay 22 HD, 8214/5983, 14.03.2019 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 6122/15301, 09.09.2019 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 5041/5643, 19.03.2018 (Lexpera); Yargıtay 9 HD, 5680/17335, 03.10.2018 (Lexpera); Yargıtay 9 HD, 27198/21412, 26.11.2018 (Lexpera).

⁷¹ Ulucan (n 65); Kaplan (n 5) 172-173; Odaman, *Fesih Hakkı* (n 5) 256, 257. 4857 sayılı Kanun dönemindeki aynı yöndeki görüşler için bkz Süzek (n 5) 691; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat (n 5) 634; Akyiğit (n 5) 1331; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 5) 803-804; Narmanhoğlu (n 5) 414; Demircioğlu, Korkmaz ve Kaplan (n 5) 296; Ekmekçi ve Yiğit (n 5) 614, 615; Savaş (n 5) 187.

⁷² Yargıtay 9 HD, 8464/732, 24.01.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 7554/915, 26.01.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 16224/19143, 27.11.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 16569/19090, 27.11.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 10725/19468, 30.11.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 7367/19706, 04.12.2017 (Legalbank); Yargıtay 22 HD, 8214/5983, 14.03.2019 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 6122/15301, 09.09.2019 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 5041/5643, 19.03.2018 (Lexpera); Yargıtay 9 HD, 5680/17335, 03.10.2018 (Lexpera); Yargıtay 9 HD, 27198/21412, 26.11.2018 (Lexpera).

⁷³ Yargıtay 9 HD, 35630/3236, 11.02.2019 (Legalbank).

Yukarıda kısaca yer verdiğimiz Yargıtay kararlarından anlaşıldığı üzere, karara konu olan olaylarda altı iş günlük süre isabetli bir şekilde temadinin bittiği tarihten itibaren başlatılmıştır.

Önemle vurgulayalım ki altı iş günlük süreyi eylemin bittiği tarihten itibaren başlatabilmek için temadinin bittiği tarih itibariyle fail ve fiil öğrenilmiş olmalıdır. Aksi halde yani fail ve fiil eylemin sona erdiği tarihte henüz öğrenilmemişse, süreklilik arz eden eylem bitmiş olsa da altı iş günlük süre başlamaz. Bununla birlikte şüphesiz bir yıllık hak düşürücü süre, temadinin bitiş tarih itibariyle işlemeye başlar.

Yargıtayın da bu ayrımı gözettiği bir kararından anlaşılmaktadır. Kararda “... *davacının ehliyetine alkollü araç kullanmaktan 12.02.2014 tarihinde 6 ay süreyle el konulmuş, davacı 12.08.2014 tarihine kadar ehliyetsiz araç kullanmış, 21.03.2014 tarihinde ehliyetsiz araç kullanmaktan ceza almış, davalı bu durumu 30.06.2015 tarihinde ulaşan ceza kararı ile tespit etmiş, bunun üzerine 02.07.2015 tarihinde davacının savunması alınmış [...] 15.07.2015 tarihinde iş akdinin feshedildiği anlaşılmıştır [...] temadilik olması durumunda 1 yıllık süre işlemeyecektir. Davacının ehliyetsiz araç kullanımı 12.08.2014 tarihine kadar devam ettiğinden 1 yıllık süre geçmemiştir...*” ifadelerine yer vermiştir⁷⁴. Görüldüğü üzere, Yüksek Mahkeme bu kararında temadinin bittiği tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü sürenin başlaması gerektiğine hükmetmiş ancak altı iş günlük sürenin süreklilik arz eden davranışın sona erdiği andan itibaren değil, öğrenme tarihi itibariyle başlayacağını kabul etmiştir.

Buna mukabil Yüksek Mahkeme, ücretin ödenmemesinin devam ettiği durumlar bakımından çok farklı sonuca varmaktadır. Buna göre Yargıtay işçinin ücretinin ödenmemesini, temadi eden bir durum olarak kabul etmekle birlikte, fesih hakkının ödemenin yapıldığı ana kadar kullanılabileceğini, aksi halde İşK m 24/II,e maddesinde öngörülen nedenin ortadan kalkmış olacağını benimsemektedir⁷⁵. Kanaatimizce ücret ödeme borcunun ihlalinde farklı sonuca ulaşmayı gerektirecek haklı bir neden yoktur. Bu bakımdan ücret ödeme borcuna ilişkin ihlalin bittiği tarihten itibaren altı iş günü içinde iş sözleşmesi işçi tarafından feshedilirse, feshin hak düşürücü süre içine yapıldığı sonucuna varılmalıdır.

⁷⁴ Yargıtay 9 HD, 5680/17335, 03.10.2018 (Lexpera); Yargıtay, işçinin 6-7-8-9-10.04.2009 ile 21-22.04.2009 ve 24.04.2009 tarihlerinde devamsızlık yaptığı bir olayda, altı iş günlük hak düşürücü sürenin her devamsızlıktan sonra değil, temadinin kesildiği tarihten ve devamsızlığın haklı nedene dayanmadığının öğrenildiği tarihten itibaren başlayacağına hükmetmiştir, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2886/1408, 22.11.2017 (Lexpera).

⁷⁵ Ayrıca bkz Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 5) 804.

3. Ahlak ve İyi Niyet Kurallarına Uymayan Davranışın Araştırılması

a. Ahlak ve İyi Niyet Kurallarına Uymayan Davranışın Araştırılması Halinde Hak Düşürücü Sürelerin İşlemeye Başlayacağı Zaman

İşçi ya da işverence gerçekleştirilen bir eylemin İşK m 24/II ya da İşK m 25/II kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği bir araştırmayı gerekli kılabılır Bu durumda hak düşürücü sürenin hesaplanmasında araştırmanın sonucunun öğrenildiği tarih göz önünde bulundurulmalıdır⁷⁶. Ancak ifade edelim ki, sürenin işlemeyeceği söz konusu bu durumlar sadece altı iş günlük süre için kabul edilebilir. Olayın araştırılması -fiil süreklilik göstermediği sürece- bir yıllık hak düşürücü sürenin başlamasına engel değildir. Zira İşK m 26'da fesih hakkının her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamayacağı açık bir şekilde belirtilmiştir.

b. Bazı Ahlak ve İyi Niyet Kurallarına Uymayan Davranışların Araştırılmasının Süreye Etkisine İlişkin Örnekler

Fesih nedenin gerçekten var olup olmadığının belirlenmesi noktasındaki gereklilik somut olayın niteliğine göre İşK m 24/II ya da özellikle İşK m 25/II'deki bütün nedenler için ortaya çıkabilir.

Misal olarak İşK m 25/II,g hükmünde “*İşçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi*” halinde işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, salt işçinin devamsızlığı fesih hakkının doğumu için yeterli değildir. Anılan düzenleme uyarınca fesih hakkının varlığı için devamsızlığın izne veya haklı bir nedene dayanmaması da gereklidir. Dolayısıyla somut olayın özelliği gereğince işverenin, devamsızlığın haklı nedene dayanıp dayanmadığı noktasında araştırma yapma gereği ortaya çıkmış olabilir. Böyle bir durumda altı iş günlük sürenin hesaplanmasında devamsızlığın öğrenildiği tarih değil, işçi tarafından yapılan devamsızlığın haklı nedene dayanmadığının öğrenildiği tarih önemlidir.

Nitekim Yüksek Mahkeme de işçinin 6-7-8-9-10.04.2009 ile 21-22.04.2009 ve 24.04.2009 tarihlerinde devamsızlık yaptığı ve 7-10.04.2009 tarihlerinde gerçekleşen devamsızlıkların haklı nedene dayandığı, diğer devamsızlıkların ise haklı bir gerekçesinin olmadığı bir olayda, “...22.04.2009 tarihli davalı işveren

⁷⁶ Oğuzman (n 5) 113; Kaplan (n 5) 172; Çenberci (n 5) 598; Odaman, *Fesih Hakkı* (n 5) 256; Süzek (n 5) 691; Akyiğit (n 5) 1331, 1332; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat (n 5) 634; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 5) 802; Narmanlioğlu (n 5) 413; Ekmekçi ve Yiğit (n 5) 616; Savaş (n 5) 186; Kılıçoğlu ve Şenocak (n 5) 682; Çil (n 5) 2005. Yüksek Mahkeme bir kararında açıkça şu ifadelerle yer vermiştir: “...davacının 22.08.2013 tarihinde iş akdinin feshedildiği anlaşılmıştır. Bu durumda dosya içeriğine göre feshe konu davacı eylemleri ile ilgili soruşturmanın 19.08.2013 tarihinde tamamlandığı, soruşturma nedeniyle sürenin işlemediği, bu nedenle 22.08.2013 tarihinde yapılan feshin süresi içinde olduğu anlaşılmakla aksi yöndeki karar gerekçesi yerinde değildir...”, Yargıtay 9 HD, 27038/13677, 19.09.2017 (Legalbank).

ihтары ile devamsızlığının haklı nedene dayanıp dayanmadığı sorulmuş olup ihhtarın 29.04.2009 tarihinde davacıya tebliğ edildiği [...] **Bu araştırma ile davacıdan varsa devamsızlığının haklı nedene dayandığına ilişkin belgeleri sunması istenmiştir.** Devamsızlığın bir bölümünün haklı bir nedene dayanmadığının davalı işveren tarafından **öğrenildiği tarih ise savunmanın alındığı 29.04.2009 tarihidir [...]** öğrenme tarihi olan 29.04.2009 tarihi ile fesih tarihi arasında yasal altı iş günlük sürenin geçmediği sonucuna varılmıştır. Hâl böyle olunca, haklı neden olmaksızın davacı işçinin yaptığı devamsızlığın davalı işveren tarafından öğrenildiği tarih olan 29.04.2009 tarihinden fesih tarihine kadar altı iş günlük yasal sürenin aşılmadığı ve haklı feshin süresinde yapıldığı sonucuna varılarak davanın reddine karar verilmesi gerekirken...” sonucuna varmıştır⁷⁷.

Yukarıda da açıkladığımız üzere, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymadığı iddia edilen başka davranışlara ilişkin de somut olayın özelliğine göre araştırma ihtiyacı ortaya çıkabilir. Örneğin İşK m 25/II,1’da “işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödenemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması” şeklinde hükme bağlanan haklı nedenin varlığının araştırılmasından sonra, sonucun öğrenilmesinden itibaren altı iş gününün hesaplanması makuldür. Farklı bir deyişle işverence, makinelerin, tesisatın veya başka eşya ve maddelerin hasara uğradığının öğrenilmesi İşK m 25/II,1’deki haklı nedenin doğması için yeterli olmayıp, hasarın miktarı da önem arz ettiğinden, miktarın öğrenilmesinden itibaren altı iş günlük süre başlatılmalıdır.

Nitekim Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 05.12.2018 tarihli kararında, “...Fesih bildiriminde geçen diğer kazaya ilişkin; kaza tarihi 07.11.2012 olup akdin haklı nedenle sona erdirildiği tarih 20.11.2012 günüdür. **Davalı işverenin zarar bedelini tam olarak ne zaman öğrendiğinin tespiti haklı fesih için gereken yasal sürenin tespitinde önem taşıdığı gibi...**” ifadeleriyle bu durum ortaya konmuştur⁷⁸.

⁷⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2886/1408, 22.11.2017 (Legalbank); öyle ki Yargıtay, soruşturma tamamlandıktan sonra dahi, yeni durumların ortaya çıkması nedeniyle eski soruşturmanın sürdürülmesi halinde sürenin ortaya çıkan yeni durumlar neticesinde yapılan soruşturmanın sonuçlanmasından itibaren başlayacağına karar vermiştir. Söz konusu kararda “...Her ne kadar Bölge Adliye Mahkemesi’nce, davacının iş akdinin feshine dair Yönetim Kurulu Kararının 05.03.2015 tarihli olduğu, soruşturma raporunun tamamlanmasından sonra işverence fesih tarihine kadar 8,5 ay beklediği, işveren açısından haklı fesih için öngörülen 6 günlük hak düşürücü sürenin geçtiği, anılan eylemlerin işverence geçerli fesih nedeni kabul edilmesi için makul sürede fesih yoluna gidilmediği, makul süre içinde geçerli fesih hakkını kullandığından söz edilemeyeceğinden feshin geçersiz olduğunun kabulünün gerektiği belirtilmiş ise de Müfettiş raporu tamamlandıktan sonra dahi soruşturma kapsamının ve konusunun çok geniş olmasından dolayı ortaya çıkan yeni durumlar çerçevesinde, davacının savunmasının yeniden alındığı, İnsan Kaynakları Başkanlığı’nın 27.02.2015 tarih ve 09/09 sayılı müzakeresinin Yönetim Kurulu’na 05.03.2015 tarihinde sunulduğu, aynı tarihte davacının iş akdinin feshine karar verildiği ve 12.03.2015 tarihinde davacı tarafından feshin tebliği edildiği, başka bir anlatımla feshine ilişkin Yönetim Kurulu Kararı’nın 6 iş günü içinde davacıya bildirildiği, bilirkişi raporları ve dosyada yer alan diğer bilgi ve belgeler dikkate alındığında, iş akdinin haklı nedenle ve süresinde yapıldığı anlaşıldığından, davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalıdır.” ifadelerine yer verilmiştir, Yargıtay 9 HD, 2453/6387, 21.03.2019 (Lexpera).

⁷⁸ Yargıtay 22 HD, 349/26275, 05.12.2018, Çalışma ve Toplum Dergisi S 61, 2019/2, 1654.

Bununla birlikte aynı hükme ilişkin Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin kanaatimizce isabetli olmayan 29.03.2019 tarihli kararında “... *Dosya kapsamından davalının, davacının davalıya ait araç ile yaptığı kazayı en geç 21/05/2014 tarihinde öğrendiği de sabittir. Fesih tarihi 31/05/2014 olarak kabul dahi edilse kazanın öğrenildiği tarih olan 21/05/2014 tarihinden itibaren 4857 sayılı İş Kanunu'nun 26. maddesinde belirtilen 6 iş günlük hak düşürücü süre 31/05/2014 tarihinden önce dolmuştur. Kaza ve dolayısı ile aracın hasar gördüğü 21/05/2014 tarihinde davalı tarafından öğrenildiği için zarar miktarının tespiti 6 iş günlük sürenin işlemesine engel olmayacağı gibi dosya kapsamında davalının hasar tespiti yapmak için giriştiği herhangi bir işleme ilişkin bir belge de mevcut değildir. Bu durum, hasarın ancak satışla öğrenilmiş olabileceği sonucuna da götürmez*” şeklinde ifadelerle yer verilmiştir⁷⁹.

Bahsi geçen kararda herhangi bir açıklık bulunmamakla birlikte, karara konu olan olayda araştırma yapmayı gerekli kılmayacak biçimde işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makinelerin, tesisatın veya başka eşyaların ve maddelerin otuz günlük ücret ile karşılanmayacak şekilde hasara uğradığı işverence anlaşılabilirse, altı iş günlük sürenin başlaması için araştırma dikkate alınmamalıdır. Ancak kararda geçen “*kaza ve dolayısı ile aracın hasar gördüğü 21/05/2014 tarihinde davalı tarafından öğrenildiği için zarar miktarının tespiti 6 iş günlük sürenin işlemesine engel olmayacağı*” şeklindeki ifadelerden Yüksek Mahkemenin herhangi bir istisna getirmeksizin zararın araştırılmasının sürenin başlamasına engel olmayacağı sonucuna ulaştığı izlenimi doğmaktadır.

c. Araştırmanın Taraflarca Kabul Edilen Usule Göre Yapılmasının Süreye Etkisi

İş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshedilebilmesi için fesihten önce *savunma alınması* veya fesih için *disiplin kurulu kararının alınması* zorunluluğu toplu iş sözleşmesiyle ya da iş sözleşmesiyle getirilmiş olabilir. Öyle ki bu iki usul aynı anda da kabul edilebilir. Esasen örnek niteliğinde ortaya koyduğumuz durumlar, somut olayda haklı nedenin varlığının araştırılmasının bir başka görünümüdür. Ancak yukarıda olayın niteliği gereği araştırma ihtiyacı ortaya çıkabilecekken, ele aldığımız ihtimallerde araştırmanın yapılma zorunluluğu ve nasıl yapılacağı taraflarca belirlenmiş olur.

⁷⁹ Yargıtay 9 HD, 35368/7192, 29.03.2019 (Legalbank); esasen Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 22.11.2017’de verdiği kararında “...öncelikle meydana gelen zarar miktarının tespiti, daha sonra da bu zararın meydana gelmesinde davacının kusurunun bulunup bulunmadığı, var ise oranının tespiti gereklidir. Olay teknik bir konu olup, hakimin hukuki bilgisiyile çözülebilecek nitelikte değildir. Mahkemece yapılacak iş, zararın miktarı ve davacının kusur durumu açıklığa kavuşturulduktan sonra feshin haklı ya da geçerliliğini tartışmaktır. Bu tartışma ile birlikte fesih hakkının 6 günlük hak düşürücü süre içerisinde kullanılıp kullanılmadığı yönünden ise tahkikatın tamamlanıp tahkikat evrakının feshine yetkili makama ulaştığı tarih olduğu gözetilerek durum bu yönden netleştirilip irdelenmeli...” sonucuna varmıştı, Yargıtay 9 HD, 30461/18864, 22.11.2017 (Legalbank).

Tarafların öngördüğü usulün tamamlanması ile birlikte araştırma netlik kazanmış yani fiil ve fail feshe yetkili kişilerce öğrenilmişse, öğrenme tarihi göz önünde bulundurulmalıdır. Önemle vurgulayalım ki taraflarca tamamlanması gerekli görülen usulün devam etmesi, sonuçlanmaması -İşK m 25/II kapsamındaki davranış süreklilik göstermediği sürece- bir yıllık hak düşürücü sürenin başlamasına engel değildir. Zira İşK m 26’da fesih hakkının her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamayacağı açık bir şekilde belirtilmiştir.

Ulaştığımız sonuç çerçevesinde ifade edelim ki disiplin kurulu kararının feshe yetkili makamca öğrenildiği tarih altı iş günlük sürenin başlangıcı için esas alınmalıdır⁸⁰. Kurul kararından sonra başvurulması gereken başka bir merci belirlenmişse, artık bu merciin kararından itibaren süre işlemeye başlar⁸¹. Konuya ilişkin olarak Yargıtay da bir kararında “...iş sözleşmesinin feshine neden olarak gösterilen olay, 29/05/2015 tarihinde meydana gelmiş olup [...] 28/08/2015 tarihli Disiplin Kurulu Kararı ile iş sözleşmesinin feshedilmesine karar verilmiştir. Disiplin Kurulu Kararının feshe yetkili makama tebliğinden itibaren 6 işgünü içinde feshe yetkili makamca iş sözleşmesinin feshedildiği 03/09/2015 tarihinde davacı işçiye bildirilmiştir. Buna göre feshin haklı nedene dayandığının kabulü gerekir. Mahkemece 6 işgünlük sürenin Disiplin Kurulu Kararının feshe yetkili makamca öğrenilmesinden itibaren başlayacağı hususu gözardı edilerek [...] feshin geçerli nedene dayanmadığı sonucuna varılması isabetli olmamıştır...” şeklinde ifadelerle yer vermiştir⁸².

Ortaya koyduğumuz sonuç, savunma alma zorunluluğunun öngörüldüğü ihtimal için de ayrıca değerlendirilmelidir. Savunmanın alındığı tarih her zaman öğrenme tarihi farklı bir deyişle sürenin başlangıcı olarak kabul edilmemelidir. Gerçekten bazı

⁸⁰ Oğuzman (n 5) 113; Kaplan (n 5) 172; Çenberci (n 5) 598; Süzek (n 5) 691; Akyiğit (n 5) 1331, 1332; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat (n 5) 634; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 5) 802; Narmanlioğlu (n 5) 413; Ekmekçi ve Yiğit (n 5) 616; Savaş (n 5) 186; Kılıçoğlu ve Şenocak (n 5) 682; Çil (n 5) 2005.

⁸¹ Kaplan (n 5) 173.

⁸² Yargıtay 22 HD, 38769/20286, 03.10.2017 (Legalbank).

durumlarda feshe ilişkin sürecin başında savunma alınabilmektedir⁸³. Şüphesiz, somut olayın özelliğine göre savunmanın alınmasıyla birlikte araştırma açıklığa kavuşmuş ve savunma feshe yetkili kişilerce alınmış olabilir, artık bu ihtimalde savunma tarihi öğrenme tarihi olarak göz önünde bulundurulabilir⁸⁴. Farklı bir söyleyişle savunmanın alınmasıyla olayın açıklığa kavuştuğu hallerde, savunmanın feshe yetkili kişilerce alınıp alınmadığı, eğer feshe yetkili kişilerce savunma alınmışsa savunmanın alındığı tarih; eğer feshe yetkili kişilerce savunma alınmamışsa savunmanın feshe yetkili kişilerce öğrenildiği tarih dikkate alınmalıdır.

Buraya kadar yalpan açıklamalar doğrultusunda sonuç olarak kısaca ifade edelim ki, araştırmanın yapılmasının ve/veya disiplin kurulu kararının gerekli olduğu durumlarda araştırma sonucunun ve/veya disiplin kurulu kararının feshe yetkili kişilerce öğrenildiği tarih esas alınmak suretiyle altı iş günlük süre göz önünde bulundurulmalı⁸⁵, bir yıllık süre ise olay devamlılık arz etmediği sürece olayın vuku bulduğu tarih esas alınarak belirlenmelidir.

⁸³ Konuya ilişkin olarak Yargıtay'ın bir kararında "...*Davalının müşteri şikayeti üzerine 01.01.2013 tarihindeki olay nedeniyle 06.01.2013 tarihinde davadan savunma alındığı ve disiplin kuruluna sevk edildiği, daha sonra disiplin kurulunun 05.02.2013 tarihli kararı ile davalının iş akdi 07.02.2013 tarihinde feshedildiği anlaşılmıştır. Fesih 6 günlük hak düşürücü süre içerisinde yapılmıştır...*" ifadelerine yer verilmiştir, Yargıtay 9 HD, 12180/5915, 21.03.2018 (Lexpera); Yüksek Mahkemenin savunmanın alındığı tarihi esas almadığı başka kararları da bulunmaktadır. Karara konu olan olayda ilk derece mahkemesi, "...*davalının savunmasının 05.06.2014 tarihinde alınmış olduğu, fesih işleminin ise savunma tarihinden sonraki 7. işgününde yapıldığı, davalının savunmasını alan mağazalar denetim müdürünün davacıyı işten çıkaran bölge yöneticisi dan daha üst konumda bulunması nedeniyle aynı zamanda feshe yetkili olabileceği de değerlendirilerek iş akdinin 6 günlük hak düşürücü sürede feshedilmediği nazara alınarak yukarıda belirtilen haklı nedenin geçerli nedene dönüşeceği...*" sonucuna varmış; Yüksek Mahkeme ise, "...*Mahkeme tarafından davalı vekilinden temyiz dilekçesinde belirtilen "iş akdinin feshine ilişkin prosedüre yönelik belgeleri" istemek ve "feshe yetkili makamın" kim olduğunu, "savunmanın ve olayın feshe yetkili makama ne zaman verildiğini" açıklatıp, bunlara ilişkin belgeleri de isteyip feshe yetkili makamı ve savunmanın ve olayın feshe yetkili makama ne zaman verildiğini tespit edip buna göre İş Kanunu'nun 26. maddesindeki hak düşürücü süreyi değerlendirip, hak düşürücü süre geçmemiş ise feshin nedenlerinin haklı olup olmadığı değerlendirilmelidir.*" sonucuna varmıştır, Yargıtay 9 HD, 10725/19468, 30.11.2017 (Legalbank); Yargıtay başka bir kararında da savunmanın alındığı tarihi öğrenme tarihi olarak kabul etmeden "...*Somut uyumsuzlukta; davalıya ait çağrı merkezinde çalışan davalının 21/09/2013 tarihinde telefonla görüştüğü bir müşteriye çağrı aktarımı yaparken "geri zekalı adam ya," diyerek aktarım yaptığı, davalıdan bu olayla ilgili olarak 16/12/2013 tarihinde savunma istendiği, feshin ise 27/12/2013 tarihinde yapıldığı anlaşılmaktadır. Feshe yetkili kişi ya da kurul tespit edilip feshe konu edilen olayın bu makama ulaşma tarihi araştırılarak, yukarıdaki ilkeler doğrultusunda 6 iş günlük hak düşürücü sürenin denetlenmesi ve buna göre sonuca gidilmesi gerekirken, hak düşürücü süre geçirilerek fesih hakkının kullanılıp kullanılmadığı ortaya çıkarılmadan mahkemece feshin haklı olduğunun kabulü hatalıdır.*" şeklinde sonuca varmıştır, Yargıtay 9 HD, 7367/19706, 04.12.2017 (Legalbank); başka bir kararında da "...*iş sözleşmesinin feshine neden olarak gösterilen olay, 29/05/2015 tarihinde meydana gelmiş olup, olayla ilgili davalıdan 27/07/2015 tarihinde savunması alındıktan sonra 28/08/2015 tarihli Disiplin Kurulu Kararı ile iş sözleşmesinin feshedilmesine karar verilmiştir. Disiplin Kurulu Kararının feshe yetkili makama tebliğinden itibaren 6 işgünü içinde feshe yetkili makamca iş sözleşmesinin feshedildiği 03/09/2015 tarihinde davacı işçiyi bildirilmiştir. Buna göre feshin haklı nedene dayandığının kabulü gerekir. Mahkemece 6 iş günlük sürenin Disiplin Kurulu Kararının feshe yetkili makamca öğrenilmesinden itibaren başlayacağı hususu gözardı edilerek, davalının savunmasının alınmasından itibaren hak düşürücü sürenin geçtiği gerekçesiyle feshin geçerli nedene dayanmadığı sonucuna varılması isabetli olmamıştır...*" şeklinde ifadelerle yer verilmiştir, Yargıtay 22 HD, 38769/20286, 03.10.2017 (Legalbank); diğer bir kararında da "...*Somut uyumsuzlukta, davalının davalı işverenine feshe dayanak yapılan eyleminin 12.04.2013 tarihinde meydana geldiği, 15.04.2013 tarihinde davalının savunmasının alındığı, disiplin kurulunun 26.04.2013 tarihinde toplandığı ve aynı gün davalının iş akdinin İş Kanunu'nun 25/2 maddesi gereğince feshine karar verildiği, buna göre 4857 sayılı İş Kanunu'nun 26. maddesindeki 6 iş günü olan hak düşürücü sürenin geçmediği, bu nedenle haklı feshin süresinde yapıldığının kabulü...*" şeklinde sonuca ulaşılmıştır, Yargıtay 9 HD, 6122/15301, 09.09.2019 (Legalbank).

⁸⁴ Yargıtay bir kararında, "...*olay 26.04.2013 tarihinde meydana gelmiş, aynı gün davalıdan savunması istenmiş, davacı savunmasını 29.04.2013 tarihinde yapmıştır. İşverenin fesih hakkını kullanabilmesi için olayı netleştirilmesi ve soruşturma yapması gerekebilir. Bu hallerde 6 iş günlük hak düşürücü süre, en erken savunmadan itibaren başlayacaktır. Buna göre davacı savunmasını 29.04.2013 tarihinde teslim etmiş, hak düşürücü süre 30.04.2013 tarihinde başlamıştır.*" şeklinde sonuca varmıştır, Yargıtay 9 HD, 16569/19090, 27.11.2017 (Legalbank).

⁸⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1046/535, 22.03.2017 (Legalbank).

d. Araştırmaya Başlanması veya Araştırmanın ya da Fesih İçin Kabul Edilen Usulün Sonuçlanması İçin Geçen Süre

Olayın netleştirilmesinin araştırma sonucunda mümkün olduğu durumlarda araştırmanın sonucunun öğrenilmesinden itibaren altı iş günlük hak düşürücü süre işlemeye başlayacaksa da araştırmaya ne zaman başlanılacağı, araştırmanın ne kadar süreceği, araştırma sonucunun ne kadar süre içinde yetkili makama bildirileceği; disiplin kurulu kararının ve/veya savunmanın gerektiği durumlarda da kurulun ne kadar süre içinde olaya ilişkin soruşturma başlatacağı ve soruşturmaya ilişkin karar alma süresinin uzunluğunun ne olacağı, savunmanın ne zaman alınacağı, kararın ve savunmanın ne kadar süre içinde feshe yetkili kişiye ya da kişilere gönderileceği de önemlidir.

Ortaya koyduğumuz bu olasılıklarda olayın gerçekleştiği tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü süre daima göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak anılan durumlara ilişkin getirilen süre sınırlaması sadece bir yıldan ibaret olmamalıdır.

Öğretide, disiplin soruşturmasını gerektiren hallerde de olayın öğrenildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde disiplin kuruluna sevk edilmiş olması gerektiği belirtilmiştir⁸⁶. Bunun dışında öğretilerde, taraflarca konunun disiplin kuruluna intikal ettirilmesi için süre kabul edilmişse, söz konusu süreye uyulması gerektiği, sürenin taraflarca öngörülmediği hallerde ise altı iş günlük sürenin konunun disiplin kuruluna intikali için dikkate alınmayacağı ifade edilmiştir⁸⁷. Kanaatimizce de somut olayın özelliğine göre iş sözleşmesinde ya da toplu iş sözleşmesinde *süre ile ilişkin* süre öngörülüp öngörülmediği belirlenmeli⁸⁸, herhangi bir süre taraflarca kabul edilmemişse makul süre içinde araştırmaya başlanılmalı, savunma alınmalı, disiplin kurulu toplanmalı ve süreci tamamlamalı⁸⁹ ve araştırmanın sonucu ya da disiplin kurulu kararı feshe yetkili kişi ya da kişilere bildirilmelidir. Ancak taraflarca sürece ilişkin belirlenen süreler, fesih hakkının kullanımını ölçüsüz bir şekilde sınırlandırmışsa veya muhatabın maruz kalacağı belirsizlik dönemini gereğinden fazla uzatmışsa, söz konusu süreler artık dikkate alınmamalıdır. Açıkladığımız ihtimallerin

⁸⁶ Akyiğit (n 5) 1331; Sümer (n 5) 283.

⁸⁷ Ekmekçi ve Yiğit (n 5) 617.

⁸⁸ Disiplin yönetmeliğinde kabul edilen sürelerin uyulmamasının ilk derece mahkemesi ve Yargıtay tarafından değerlendirildiği bir olayda yerel mahkeme, "...somut olayda eylem 08/07/2015 tarihinde gerçekleşmiş olup, davacının savunması 19/08/2015 tarihinde alınmış konu disiplin kurulunda 02/10/2015 tarihinde, merkez disiplin kurulunda ise 15/10/2015 tarihinde görüşülüp fesih ise 20/10/2015 tarihinde gerçekleştiğinden, eylem ile fesih arasındaki ve aradaki işlemler arasındaki süre dikkate alındığında feshin süresinde yapıldığından söz edilemeyeceği gibi, davalı tarafından ibraz edilen Disiplin Kurulu Yönetmeliğinin 3 ve 4. maddesinde belirtilen sürelerin de uyulmadığı..." ve Yüksek Mahkeme de "...Davacıyla davalı arasında imzalanan 16.4.2012 tarihli iş akdinde de işçinin davalı işyerinde sigara içmesi halinde iş aklının haklı nedenle feshedileceği öngörülmüştür. Davacının iş sözleşmesinin feshinde Disiplin Yönetmeliğindeki prosedüre uyulmaması veya davacının davranışından sonra 6 günlük süre içerisinde fesih gerçekleştirilmemesi haklı nedeni etkilese de..." sonucuna varmıştır, Yargıtay 9 HD, 34306/762, 22.01.2018 (Legalbank); bununla birlikte, disiplin kurulunun karar vermesi ve işin yetkili makama bildirilmesi açısından taraflarca belirlenen sürelerin herhangi bir bağlayıcılığı olmadığı ileri sürülmüştür, bkz Arslan (n 5) 154; Savaş (n 5) 186. Ayrıca bkz Odaman, *Fesih Hakkı* (n 5) 256.

⁸⁹ Soruşturmanın alacağı zamanın objektif ölçülere ve duruma gereğine uygun süreyi aşmaması gerektiği belirtilmiştir, bkz Çenberci (n 5) 598; Kaplan (n 5) 172.

ortaya çıkıp çıkmadığı her somut olayın özelliği doğrultusunda değerlendirilmelidir. Belirtelim ki açıkladığımız durumda taraflarca kararlaştırılan süreler sürece ilişkindir, yoksa çalışmamızda kabul ettiğimiz görüş uyarınca fesih hakkının kullanma süresi değiştirilemez.

Yukarıda bahsettiğimiz söz konusu esasların Yargıtayın bazı kararlarında araştırıldığı bazı kararlarında ise dikkate alınmadığı görülmektedir. Soruşturmaya başlanması gereken sürenin belirlenmesi açısından dikkate alınması gereken bir kararında Yargıtay, “...*disiplin olayının, yetkili makamın bilgisi ve iradesi haricinde geciktirilerek altı iş günü geçtikten sonra disiplin kuruluna intikal ettirilmiş olması durumu değiştirmez; yetkili makam disiplin kurulu kararını öğrendiği tarih itibarı ile altı iş günü içinde fesihte bulunabilir...*” ifadelerine yer vermiştir⁹⁰. Anlaşıldığı üzere, olayın disiplin kuruluna sevk edildiği tarih değerlendirilmek suretiyle altı iş gününün geçmesi önemsenmemiştir. Farklı bir deyişle kararda, olayın disiplin kuruluna sevk edilmesinin gecikmesinde feshe yetkili makamın etkisi araştırılarak sonuca varılmıştır. Yüksek Mahkeme başka bir kararında ise, olayın gerçekleştiği ve tutanağın düzenlendiği tarihten altı iş günü geçtikten sonra disiplin kuruluna sevk edilmesini hiç değerlendirmemiş, savunmanın alındığı tarih itibarıyla sözleşmenin altı iş günü içinde feshedilmesini yeterli kabul etmiştir⁹¹.

Yargıtay’ın kararına konu olan başka bir olayda da işverenin fiili ve faili öğrendiği tarihten bir ay geçtikten sonra işçiden savunma istemiş olması üzerinde hiç durulmamış, salt savunmanın alındığı tarih dikkate alınarak ve bu tarih öğrenme tarihi kabul edilmek suretiyle sonuca varılmıştır. Söz konusu kararda “...*iş sözleşmesinin, davalı işverence 07/01/2014 tarihinde, davacının amirine yönelik hakaret içeren sözler sarf ettiği gerekçesiyle 4857 sayılı Kanununun 25II/d maddesi uyarınca feshedildiği anlaşılmaktadır. Dosyada bulunan 02/12/2013 tarihli iki farklı işçiye ait beyanlardan davacının, amiri konumundaki bölge sorumlusunun arkasından, hakaret içeren sözler söylediğine dair yazılı beyanlar bulunmakta olup, işverence bu konu hakkında 06/01/2014 tarihinde davacıdan savunma istenmiş ve savunmanın ardından iş sözleşmesi 07/01/2014 de feshedilmiştir [...] Her ne kadar olaya ilişkin 02/12/2013 tarihli beyan dilekçeleri olsa da davacıdan savunma 06/01/2014 de istendiğinden feshe yetkili makamın*

⁹⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1046/535, 22.03.2017 (Legalbank); ayrıca bkz Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal (n 5) 803.

⁹¹ Yüksek Mahkeme kararında “...*somut uyumsuzlukta, davacının davalı işverence feshe dayanak yapılan eyleminin 05.08.2013 tarihinde meydana geldiği ve K.1 tarafından tutanak düzenlendiği, tutanağın Disiplin Kuruluna 13.08.2013 tarihinde intikal ettiği, akabinde feshe ilişkin olaya tanık olan ...'nun ifadelerinin alındığı, davacıdan 14.08.2013 tarihli yazılı savunma istenildiği, davacının 15.08.2013 tarihinde yazılı savunmasını verdiği, 19.08.2013 tarihinde ise davacıya işten çıkarma cezası verildiği ve kararın Genel Müdür tarafından da aynı tarihte onaylandığı anlaşılmakla 4857 sayılı İş Kanunu'nun 26. maddesindeki 6 iş günü olan hak düşürücü sürenin geçmediği, bu nedenle hakli feshin süresinde yapıldığının kabulü ...*” ifadelerine yer vermiştir, Yargıtay 9 HD, 7554/915, 26.01.2017 (Legalbank); Yargıtay’ın başka bir kararında da, olayın altı iş günü içinde disiplin kuruluna sevk edilmesinin nedeni üzerinde durulmadığı anlaşılmaktadır. Kararda, “...*Somut uyumsuzlukta, davacının davalı işverence feshe dayanak yapılan eyleminin 26.08.2009 tarihinde meydana geldiği, aynı gün görgü tanıklarının beyanlarının alındığı, disiplin kurulunun 05.09.2009 tarihinde toplandığı, 14.09.2009 tarihinde ise davacının iş akdinin İş Kanunu'nun 25/2 maddesi gereğince feshine karar verildiği anlaşılmakla, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 26. maddesindeki 6 iş günü olan hak düşürücü sürenin geçmediği...*” ifadeleri bulunmaktadır, Yargıtay 9 HD, 16224/19143, 27.11.2017 (Legalbank).

olayı bu tarihte öğrendiği ve buna göre feshin süresinde olduğunun kabulü gerekir..." ifadelerine yer verilmiştir⁹². Karara konu olan somut olayın özelliği esas alındığında fiilin ve failin öğrenildiği tarihten bir ay geçtikten sonra savunma alınmış olması kanaatimizce isabetli değildir. İşverenin bir ay geçtikten sonra savunma almasının nedenleri araştırılmak suretiyle sonuca varılması daha uygun olurdu kanaatindeyiz. Misal olarak, işverenin savunmanın alındığı süreye ilişkin herhangi bir kusuru yoksa, işçiden gelen bir talep, tebligata ilişkin gecikmeler vb bir durum nedeniyle savunmanın alınması gecikmişse karar isabetli olacaktır.

Yukarıda örnek niteliğindeki kararlarda soruşturmaya başlama zamanına, bu kapsamda olayın disiplin kuruluna intikal süresine, fiilin gerçekleşmesinden itibaren savunmanın alınmasına kadar geçen süreye ilişkin Yargıtay yaklaşımı değerlendirilmeye çalışılmıştır.

İncelemekte olduğumuz konunun başında da ifade ettiğimiz üzere, sadece soruşturmaya başlama süresi değil, soruşturmanın tamamlanmasına ve sonucun feshe yetkili makama bildirilmesine ilişkin zaman da önem arz eder.

Öncelikle ifade edelim ki, **disiplin soruşturmasının veya araştırmanın altı iş günü içinde sonuçlanmasının Yargıtayca aranmadığı** anlaşılmaktadır⁹³. Bununla birlikte savunmanın alınmasından itibaren makul süre geçtikten sonra yapılan fesihte, altı iş gününün aşıldığı belirtilmiştir. Yüksek Mahkeme söz konusu kararında, "**...davacının da 23.09.2013 tarihinde [...] savunmasını verdiği, davacının savunması alındıktan sonra işine dönerek çalışmaya devam ettiği [...] feshe konu olaya ilişkin savunmanın alınmasının ardından 1 ayı aşkın süre geçtikten sonra davacının 04.11.2013 tarihinde işyerinden çıkışının yapıldığı ve bu ara dönemde yapılan bir disiplin soruşturması olmadığı anlaşılmıştır. Buna göre yukarıda anlatılan 6 iş günlük süre şartı somut olayda gerçekleşmediğinden...**" şeklindeki gerekçelerle feshin haklı olmadığı sonucuna varmıştır⁹⁴. Karardan da anlaşılacağı üzere, savunmanın alındığı tarihten itibaren altı iş günü içinde sözleşmenin feshedilmesi gerektiği sonucuna varılmamışsa da, savunmanın alındığı tarihten itibaren bir ay geçtikten sonra sözleşmenin feshi somut olay bakımından makul kabul edilmemiştir.

⁹² Yargıtay 9 HD, 5041/5643, 19.03.2018 (Lexpera).

⁹³ Çalışmamızda yer verdiğimiz bütün kararlarda söz konusu sonuç ortaya çıkmış olmakla birlikte, burada tekrar örnek vermek gerekirse, bir kararda yer alan "**Davalının müşteri şikayeti üzerine 01.01.2013 tarihindeki olay nedeniyle 06.01.2013 tarihinde davacının savunma alındığı ve disiplin kuruluna sevk edildiği, daha sonra disiplin kurulunun 05.02.2013 tarihli kararı ile davacının iş akdi 07.02.2013 tarihinde feshedildiği anlaşılmıştır. Fesih 6 günlük hak düşürücü süre içerisinde yapılmıştır.**" şeklindeki ifadelerden disiplin kurulunun altı iş günü içinde karar vermemesinin açıkça önemsenmediği görülmektedir, Yargıtay 9 HD, 12180/5915, 21.03.2018 (Lexpera). Bunun dışında Yargıtay başka bir kararında "**...en son tercüman S.H.A'nın ifadesinin 28.02.2012 tarihinde alındığı, feshe yetkili makamında çıkarma işlemini takip eden günde (29.02.2012) gerçekleştirdiği görülmüştür. Her ne kadar olayın öğrenilme tarihi 31.01.2012 ise de bu konunun soruşturulup disiplin kurulunca görüşülmesi karşısında 6 iş günlük hak düşürücü sürenin geçmesi söz konusu değildir...**" sonucuna varmıştır, Yargıtay 9 HD, 8464/732, 24.01.2017, karar için bkz Çalışma ve Toplum Dergisi S 55, 2017/4, 2285. Karardan disiplin soruşturmasının altı iş günü içinde sonuçlanmamasının feshin haklılığını etkilemeyeceği anlaşılmaktadır.

⁹⁴ Yargıtay 22 HD, 11870/9748, 06.05.2019 (Lexpera); Yüksek Mahkeme bir kararında da "**...dosya kapsamında davalının hasar tespiti yapmak için giriştiği herhangi bir işleme ilişkin bir belge de mevcut değildir...**" şeklinde ifadelerle yer vermiştir, Yargıtay 9 HD, 35368/7192, 29.03.2019 (Legalbank).

Soruşturma sonucunun feshe yetkili makama ulaştırılması gereken süreye ilişkin olarak Yüksek Mahkeme bir kararında, “...feshe konu olay 27/10/2013 tarihinde gerçekleşmiş olup, olay sonrasında davacıdan savunma alınmış ve feshe yetkili makam tarafından 07/11/2013 tarihinde fesih gerçekleştirilmiştir. Feshi gerçekleştiren yetkili makama olayın 01/11/2013 tarihinde intikal ettiğini belirtmektedir. Arada savunma alındığı da gözetildiğinde, **tahkikat evrakının feshe yetkili makama olaydan 4 gün sonra ulaşması son derece makuldür...**” sonucuna ulaşmıştır⁹⁵. Görüldüğü üzere bu kararda sadece feshin altı iş günü içinde yapılıp yapılması dikkate alınmamış, aynı zamanda soruşturma evrakının feshe yetkili makama ulaştırıldığı süre de değerlendirilmiştir.

4. Ahlak ve İyi Niyet Kurallarına Uymayan Davranışın Ceza Davasına Konu Olması

İŞK m 24/II ve İŞK m 25/II hükümleri kapsamında değerlendirilebilecek olaylar, aynı zamanda Türk Ceza Kanunu⁹⁶ bakımından da suç teşkil etmektedir. Misal olarak hakaret, cinsel taciz, hırsızlık vb fiiller bu çerçevede değerlendirilebilir. Ancak işçinin ya da işverenin *iş sözleşmesini* ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan bir hâle veya maddede sayılan durumların benzerlerine dayanarak *feshedebilmesi, eylemin ceza davasına konu olmasına ve ceza davasına konu olmuşsa da fiilin cezalandırılmasına bağlı değildir*⁹⁷. Farklı bir deyişle, iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshi için ceza davasının açılması ya da dava açılmışsa bu davanın sonucunun beklenmesi zorunlu değildir. Öyle ki fesih hakkının kullanılması için dava sonucunun beklendiği bir olasılıkta dava sonunda fiil cezalandırılmış olsa bile, hak düşürücü süreler geçirilmişse fesih, “haklı fesih” olarak nitelenmez. Olaya ilişkin şüpheli durumların varlığı ve bunların ceza mahkemesi kararıyla ortadan kalkması da sonucu değiştirmez. Zira yukarıda da açıkladığımız üzere, İŞK m 26’daki süreler hak düşürücü nitelikte olduğundan, ceza davasının açılması sürenin kesilmesine veya durmasına sebebiyet vermez⁹⁸.

⁹⁵ Yargıtay 9 HD, 3030/11852, 28.05.2018 (Lexpera).

⁹⁶ Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG 12.10.2004/25611.

⁹⁷ Savaş (n 5) 79, 104, 105.

⁹⁸ Ceza davasının açılması sürenin kesilmesine ya da durmasına sebebiyet vermeyeceği gibi, kolluk kuvvetlerine şikayet de süreye etki etmez. Nitekim Yüksek Mahkeme davacı işçinin, olayın gerçekleştiği günün sabahı kolluğa şikayet edildiği bir olayda, “...*haklı feshe dayanak teşkil eden olay gece bekçisi olan davacının 15.03.2010 tarihinde gece görev yerinde bulunmayarak işyerinin dışında uyuması ve bu sırada işyerine hırsız girmesi eylemidir. Bu olayla ilgili davalı işveren davacı hakkında aynı günün sabahı kolluğa şikayette bulunmuş olup, 27.03.2010 tarihinde iş aklının işveren tarafından feshedildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda haklı feshe neden olan olayın 15.03.2010 tarihinde işveren tarafından öğrenildiği dikkate alındığında feshin 6 iş günlük süre içinde yapıldığından bahsedilemez...*” sonucuna varmıştır, Yargıtay 9 HD, 3317/13326, 02.06.2016, karar için bkz Çalışma ve Toplum Dergisi S 53, 2017/2, 908. Davranışın gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin şüpheli bir durum varsa ve bu nedenle fail ile eylem bağlantısı için ceza kovuşturması gerekli ise, cezanın kesinleşmesinin beklenmesi gerektiği aksi halde feshin haksız olacağı ileri sürülmüştür, Kılıçoğlu ve Şenocak (n 5) 681. Ancak yukarıda da açıkladığımız üzere, İŞK m 26’da belirtilen sürelerin hak düşürücü süre olduğu dikkate alındığında, ceza davasının açılması sürenin kesilmesine ya da durmasına sebebiyet vermez. Mahkeme kararıyla şüphenin ortadan kalktığı ve fail ile fiilin öğrenildiği tarihten itibaren altı iş günlük süre işleyecekse de bu durum bir yıllık hak düşürücü sürenin işlemesine engel olmaz. Ancak işveren, hak düşürücü süreyi geçirmemek adına şüphesi tam olarak sona ermeden sözleşmeyi feshederse ve sonradan haklı nedenin olmadığı ortaya çıkarsa, haksız feshin sonuçlarına katlanmak zorunda kalır.

Aynı şekilde önemle vurgulayalım ki fesih hakkının hak düşürücü süre sona erdikten sonra kullanılması halinde feshe konu olan fiilin ceza davasıyla suç olduğu tespit edildiğinde de ulaşılan sonuç farklı olmaz. Yüksek Mahkeme de bir kararında “...davacının iş akdine 07.08.2012 tarihli fesih bildirimini ile apartman yöneticisine aile fertleri ile birlikte fiziki ve sözü saldırıda bulunduğu son verilmiştir. Mahkemece davacının ceza dosyasına atf yapılarak davalı işverene karşı müessir fiilde bulunduğu sabit olduğundan işverenin haklı nedenle iş akdine son verdiği kabul edilmiş ise de [...] feshe konu olayın Ramazan ayının birinci günü gerçekleştiği, buna göre 2012 yılında Ramazan ayının ilk günününün 20 Temmuz olduğu, apartman karar defterine göre olayın 20.07.2012 tarihinde gerçekleştiğinin anlaşıldığı ve yine ceza dosyasında da suç tarihinin 20.07.2012 tarihi olduğu görülmekle eylem tarihinin 20.07.2012 olduğu, ancak yaklaşık 17 gün sonra 07.08.2012 tarihinde akdin haklı sebep iddiasıyla feshedildiği anlaşılmıştır. Buna göre yukarıda anlatılan 6 iş günlük süre şartı somut olayda gerçekleşmediğinden yapılan feshin haklı değil...” sonucuna varmıştır⁹⁹. Görüldüğü üzere, fiilin ve failin öğrenildiği tarih esas alınarak feshin yapılması gereken süre değerlendirilmiş ve fiilin cezalandırılmış olması haklı olarak dikkate alınmamıştır.

Yukarıda belirttiğimiz esaslar, İşK m 24/II ve İşK m 25/II’de yer alan hâllere ilişkin genel kural olma özelliğine sahip olmakla birlikte İşK m 25/II,f hükmü ayrıca değerlendirilmelidir. Bahsi geçen hüküm ile “işçinin, işyerinde, yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi” haklı fesih sebebi olarak kabul edilmiştir. Çalışma konumuzun sınırlarını aşmamak adına, söz konusu haklı nedenin uygulama alanı detaylı bir şekilde ele alınmamıştır. Ancak kısaca ifade edelim ki anılan düzenlemenin uygulama kabiliyeti bulması için işyerinde işverene ya da herhangi bir kişiye karşı suç işlenmiş olmalı ve karşılığında da işçiye yedi günden fazla hapis cezası verilmelidir¹⁰⁰. Kısacası İşK m 25/II,f uyarınca iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebilmesi için işçi hakkındaki ceza davası sonuçlanıp kesinleşinceye kadar beklenmelidir¹⁰¹.

Söz konusu durumda altı iş günlük süre, işverenin hükmün kesinleştiğini öğrendiği tarihten itibaren başlamalıdır. Altı iş günlük süre dışında, bir yıllık hak düşürücü süre de değerlendirilmelidir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, olayın araştırılması bir yıllık hak düşürücü sürenin başlamasına ya da başlamış olan sürenin işlemesine devam etmesine engel değildir. Araştırmanın ceza yargılaması aracılığı ile yapılmasının kanun koyucu tarafından zorunlu tutulmuş olması da sonucu değiştirmez¹⁰². Zira İşK m 26’da fesih hakkının her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamayacağı mutlak bir şekilde belirtilmiştir.

⁹⁹ Yargıtay 22 HD, 7712/5870, 13.03.2019 (Lexpera).

¹⁰⁰ Savaş (n 5) 107.

¹⁰¹ Ibid 107.

¹⁰² Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 5) 804.

Ceza davasının bir yılda sonuçlanmasının mümkün olmadığı düşünüldüğünde, hükmün uygulama alanının ortadan kalktığı haklı olarak ileri sürülebilir¹⁰³. Bu bakımdan İşK m 25/II,f kapsamında değerlendirilebilecek bir olay, aynı zamanda diğer bentlere de dahil edilebilecekse işverenin altı iş günlük süreyi dikkate alarak fesih hakkını, “P” bendi dışında maddede yer alan başka bir fesih sebebine dayandırması daha isabetli olacaktır.

5. Fiilin ve Failin Öğrenilmesine Rağmen İş İlişisine Devam Edilmesi

İşçinin ya da işverenin ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışı ve failini öğrenmesine rağmen, meşru ya da makul sayılacak bir amaç için işçinin iş görme borcunu ifa etmesi veya işverenin benzer biçimde iş ilişkisine devam etmesi imkan dahilindedir. Misal olarak işçi, faili ve fiili öğrenmesine rağmen ücrete ihtiyacı olması nedeniyle veya ücret ödeme gününün gelmesi için belli bir süre (kısa ya da uzun) daha iş ilişkisini devam ettirme gayesinde olabilir. Değerlendirmeye çalıştığımız söz konusu durumlarda esasen sözleşmenin devamı taraflar için çekilmez bir hâl almıştır ancak bazı zorunluluklar nedeniyle taraflar -faili ve fiili öğrenmesine rağmen- iş ilişkisini devam ettirme yolunu tercih etmişlerdir. Buna karşılık ortaya çıkan olasılıklar -meşru ya da makul sayılabilecek amaçlar da olsa- sürenin işlemeye başlamasına veya başlamış olan sürenin devam etmesine engel değildir. Zira çalışmamızda gerekçesiyle izah edildiği üzere, İşK m 26’daki süreler hak düşürücü olma özelliğine sahiptir.

Bununla birlikte Yüksek Mahkeme bir kararında “...davacının işverenin küfür etmesi sebebiyle haklı sebeple iş akdini feshettiği tespit edilmiştir. **Ancak işçilerin ücretlerini alabilmek için küfür eyleminden sonra 10 gün daha işyerinde çalıştıkları beyan edilmektedir. Bu itibarla feshe sebebiyet veren küfür olayının hangi gün olduğu ile davacının son aylık ücretinin ödendiği gün tespit edilerek 4857 sayılı Kanununun 26. maddesinde belirtilen altı günlük hak düşürücü süre içinde davacının fesih hakkının kullanıp kullanmadığının...**” araştırılması gerektiği sonucuna varmıştır¹⁰⁴. Yukarıda açıklanan gerekçeler doğrultusunda ifade edelim ki, kanaatimizce küfür eyleminin ve failinin 10 gün önce öğrenilmesinin sabit olmasından sonra artık ücretin ne zaman ödendiği feshin haklı ya da haksız nitelik taşımaya etki etmemelidir. Farklı bir deyişle, işçilerin ücret almak için iş görme borçlarını belli bir süre daha ifa etmeleri hak düşürücü sürenin işlemeye başlamasına engel olmamalıdır.

¹⁰³ Bir yıllık hak düşürücü sürenin olay tarihi yerine, hükmün kesinleşme tarihinden itibaren işletilmesinin bir çözüm tarzı olabileceği belirtilmiştir, bkz Çil (n 5) 2004.

¹⁰⁴ Yargıtay 22 HD, 19497/14927, 18.06.2018, karar için bkz *Gerekçeli İçtihatlı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulaması C II* (Türk İş / Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği 2019) 218.

F. Bir Yıllık ve Altı İş Günlük Süreler Bakımından Fesih Hakkının Kullanılmasının Değerlendirilmesi

1. Fesih Hakkının İşveren Tarafından Kullanılması Halinde Feshe Yetkili Kişi ya da Organ

Yukarıda da açıklandığı üzere, feshe yetkili kişinin ya da organın tespiti, altı iş günlük sürenin başlangıcı bakımından önemlidir. Kısaca ifade etmek gerekirse, feshe yetkili olmayan kişinin faili ve fiili öğrenmesinin hak düşürücü süre açısından önemi olmayıp, bildirimsiz fesih hakkının kullanılmasında hak düşürücü süre, işverenin ya da feshe yetkili kişinin öğrenmesiyle başlar¹⁰⁵. Yüksek Mahkeme kararlarında da altı iş günlük hak düşürücü sürenin feshe yetkili makamın/merciin fiili ve faili öğrendiği tarihten itibaren başlatılması gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁶.

Yenilik doğuran hak kural olarak hak sahibi ya da kanuni veya iradi temsilci tarafından kullanılabileninden¹⁰⁷, iş sözleşmesini *feshetme yetkisi* her şeyden önce şüphesiz *sözleşmenin tarafı olarak işverenin kendisine aittir*. Bu bakımdan somut işveren-soyut işveren ayrımının olmadığı durumlarda sözleşmenin tarafı olarak işverenin, fiili ve faili öğrenmesiyle birlikte hak düşürücü süre işlemeye başlar. Ayrımın olduğu olaylar bakımından ise fesih hakkını kullanma yetkisinin kime ait olduğu, dolayısıyla hak düşürücü sürenin kimin öğrenmesi ile işlemeye başlayacağı açıklanmalıdır.

Bilindiği üzere iş sözleşmesinin tarafı olarak işveren, iş görme ediminin alacaklısı ve aynı zamanda en üst düzeyde de emir ve talimat verme yetkisine sahip kişidir. Bu iki nitelik çoğu zaman aynı kişide birleşir. Böyle bir durumda somut işveren-soyut işveren ayrımı yapılamaz. Bununla birlikte bazen, iş görme ediminin alacaklısı ve en üst düzeyde emir ve talimat verme yetkisi aynı kişi olmaz. Bu olasılıkta iş sözleşmesinin tarafı olarak iş görme ediminin alacaklısı soyut işveren, en üst düzeyde emir ve talimat veren kişi ise somut işveren olarak nitelendirilir¹⁰⁸.

Misal olarak iş sözleşmesinde işverenin tüzel kişi olması halinde, sözleşmenin tarafı tüzel kişinin kendisi soyut işveren olarak hak sahibidir ancak sözleşmeden

¹⁰⁵ Oğuzman (n 5) 123 vd; Saymen (n 5) 612; Çenberci (n 5) 598-599; Kaplan (n 5) 173; Odaman, *Fesih Hakkı* (n 5) 254; Akyiğit (n 5) 1332; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat (n 5) 634; Tunçomağ ve Centel (n 5) 235; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 5) 802; Narmanlioğlu (n 5) 412; Sümer (n 5) 283; Ekmekçi ve Yiğit (n 5) 615; Savaş (n 5) 186; Kılıçoğlu ve Şenocak (n 5) 681.

¹⁰⁶ Yargıtay 9 HD, 7554/915, 26.01.2017 (Legalbank); Yargıtay 22 HD, 6098/8224, 11.04.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 27038/13677, 19.09.2017 (Legalbank); Yargıtay 22 HD, 38769/20286, 03.10.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 30461/18864, 22.11.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 16224/19143, 27.11.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 16569/19090, 27.11.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 10725/19468, 30.11.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 7367/19706, 04.12.2017 (Legalbank); Yargıtay 22 HD, 8214/5983, 14.03.2019 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 6122/15301, 09.09.2019 (Legalbank); ayrıca bkz Yargıtay 22 HD, 33317/14118, 04.06.2018 (Lexpera); Yargıtay 9 HD, 27198/21412, 26.11.2018 (Lexpera); Yargıtay 22 HD, 23485/2933, 11.02.2019 (Lexpera); Yargıtay 22 HD, 7712/5870, 13.03.2019 (Lexpera); Yargıtay 22 HD, 11870/9748, 06.05.2019 (Lexpera).

¹⁰⁷ Buz (n 18) 203; Baycık (n 18) 284.

¹⁰⁸ Konuya ilişkin detaylı açıklamalar için bkz Saymen (n 5) 453-454; Tunçomağ (n 5) 89-90; Süzek (n 5) 143 vd; Narmanlioğlu (n 5) 108 vd; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 5) 196.

doğan haklar kendisi tarafından kullanılamayacağından, hak tüzel kişiyi temsile yetkili organ aracılığıyla kullanılır. Söz konusu yetkili organ, somut işveren olarak bu hakkı kullanabilir¹⁰⁹. Genel olarak belirtmek gerekirse, aksine bir hüküm ana sözleşmede bulunmadığı sürece, anonim şirketlerde yönetim kurulu veya Murahhas üye, limited şirketlerde tüm ortaklar birlikte veya ortak müdür, kolektif şirketlerde her ortak ve komandit şirketlerde her komandite ortak fesih hakkını kullanmaya yetkilidir¹¹⁰. Şirketi temsil yetkisi ana sözleşmeyle ortaklara verilmişse, fesih hakkı bu kişilerce kullanılabilir¹¹¹. Sonuç olarak, işveren tüzel kişi veya kamu kurumuyca feshe yetkili organın öğrenmesiyle süre işlemeye başlar. Şüphesiz organa dahil olan bütün kişilerce failin ve fiilin öğrenilmesi şart değildir. Bu itibarla, anonim şirkette yönetim kurulundaki herkesin veya limited şirketin tüm ortaklarının değil, bunlardan sadece birinin dahi faili ve fiili öğrenmesi sürenin başlaması için yeterli sayılmalıdır. Eğer şirketi temsil ve yönetme yetkisi bir kişiye bırakılmışsa, bu kişinin öğrenip öğrenmediği araştırılmalıdır.

Somut işveren-soyut işveren ayrımı, sadece işverenin tüzel kişi olduğu durumlara mahsus değildir. Sözleşmenin tarafı gerçek kişi olduğunda da bu ayrım ortaya çıkabilir. Farklı bir söyleyişle, iş sözleşmesinin tarafı olarak işveren iş görme ediminin alacaklısı ancak en üst düzeyde emir ve talimat verme yetkisi kendisinde değilse, somut işveren-soyut işveren ayrımı esas alınmalıdır.

Örneğin, işveren ayırt etme gücüne sahip değilse -yani tam ehliyetsizse- tam ehliyetsiz işveren iş sözleşmesinin tarafı olarak iş görme ediminin alacaklısı olur. Ancak en üst düzeyde emir ve talimat verme hakkı kanuni temsilcisine aittir. Ortaya çıkan olasılıkta tam ehliyetsiz işveren soyut işverenken, kanuni temsilcisi somut işverendir¹¹². Bu durumda yenilik doğuran haklardan olan fesih hakkının hukuki niteliği gereği¹¹³, hak kanuni temsilci tarafından işveren adına kullanılmalıdır¹¹⁴. Öyle ki, tam ehliyetsiz işverenin kullandığı fesih hakkına sonradan kanuni temsilcisinin icazet vermesi de söz konusu değildir¹¹⁵.

Ele aldığımız ihtimalde sürenin ne zaman işlemeye başlayacağı değerlendirilmelidir. Tam ehliyetsizlerin, bildirimsiz fesih hakkı veren fiili (İşK m 25/II'de sayılanlardan birinin varlığını) ve fiilin failini öğrenmesi, ayırt etme gücü olmadığından mümkün kabul edilmemelidir. Dolayısıyla hak düşürücü süre, kanuni temsilcisinin fiili ve faili öğrenmesiyle işlemeye başlar.

¹⁰⁹ Tunçomağ (n 5) 90; Süzek (n 5) 143-144; Narmanlıoğlu (n 5) 109.

¹¹⁰ Baycık (n 18) 285.

¹¹¹ Ibid 285.

¹¹² Süzek (n 5) 143.

¹¹³ Yenilik doğuran hakların esaslarına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz Buz (n 18) 55 vd.

¹¹⁴ Oğuzman (n 5) 126; Baycık (n 18) 286; yenilik doğuran hakların kullanılmasına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz Buz (n 18) 203 vd.

¹¹⁵ Baycık (n 18) 286.

İşverenin sadece tam ehliyetsiz olması durumunda değil, işyerinin terekeye veya iflas masasına dahil olması halinde de fesih hakkı kendisi tarafından kullanılamaz. Hak, iflas idaresince veya vasiyeti tenfiz memurunca kullanılmalıdır¹¹⁶. Dolayısıyla bu kişilerin fiili ve faili öğrenmesi sürenin başlamasına sebebiyet verir.

İşverenin sınırlı ehliyetsiz olduğu olasılık da dikkate alınmalıdır. Farklı bir ifadeyle ayırt etme gücü olmakla birlikte, işveren küçük veya kısıtlı ise fesih hakkının kullanımı ve dolayısıyla sürenin işlemeye başlayacağı zaman değerlendirilmelidir. Öğretide konuya ilişkin olarak genel biçimde işletme sahibinin yaş küçüklüğü nedeniyle hukuki işlem ehliyetinin olmaması halinde, işletme sahibi küçüğün iş görme ediminin alacaklısı olarak işin görülmesini talep hakkına sahip olacağı, yönetim hakkının ise kanuni temsilcisi tarafından kullanılacağı belirtilmiştir¹¹⁷.

Konuya ilişkin kanaate varılırken TMK m 16 hükmü göz önünde bulundurulmalıdır. Bilindiği üzere TMK m 16'da "*Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar; yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler*" düzenlemesi yer almaktadır. Fesih işlemi ile birlikte bir çok hakkın işçi tarafından talep edilebileceği dolayısıyla da işverenin borç altına girebileceği düşünüldüğünde, fesih hakkının sınırlı ehliyetsiz işverenin kanuni temsilcisinden izin alarak kullanılabilirliği veya kanuni temsilciden izin alınmadan fesih işlemi gerçekleştirilmişse, kanuni temsilcinin icazetinin aranması gerektiği kabul edilmelidir¹¹⁸. Ortaya çıkan bu sonucun sınırlı ehliyetsiz işverenin iş sözleşmesinin sonradan tarafı olması halinde dikkate alınması gerektiğine şüphe duyulmamalıdır. Bununla birlikte iş sözleşmesi yapılmadan önce sınırlı ehliyetsiz iş sözleşmesinin yapılması için kanuni temsilciden izin alınmışsa, sözleşmenin yapılması adına verilen bu iznin daha sonra iş sözleşmesinin feshine ilişkin izni de kapsadığı benimsenmelidir.

Açıklamalarımız doğrultusunda ifade edelim ki işverenin sınırlı ehliyetsiz olması halinde feshetme yetkili kişi -izin ya da icazet alması gerekmesine rağmen- sınırlı ehliyetsiz kendisi olduğundan, sınırlı ehliyetsiz işverenin faili ve fiili öğrenmesiyle birlikte süre işlemeye başlar. Kanuni temsilcinin de sınırlı ehliyetsiz adına -şahsa bağlı haklar (İşK m 25/II,b ve d) hariç olmak üzere- iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebileceği kabul edildiğinde¹¹⁹, onların da fiili ve faili öğrenmesinin süreyi başlatacağı sonucuna varılmalıdır.

¹¹⁶ Oğuzman (n 5) 125; Narmanlıoğlu (n 5) 412.

¹¹⁷ Süzek (n 5) 143.

¹¹⁸ Oğuzman (n 5) 126; Baycık (n 18) 286; ayrıca öğretilerde işveren için tanınan bazı bildirimli fesih haklarının -İşK m 25/II,b ve d düzenlemelerinin- amacının işletmeyi değil, kişilik haklarını korumak olduğu ileri sürülerek, bu gibi durumlarda sınırlı ehliyetsiz işverenin fesih hakkını tek başına kullanabileceği savunulmuştur, bkz Baycık (n 18) 286. Aynı görüş tarafından şahsa bağlı derhal fesih hakları dışındaki yenilik doğuran hakların kanuni temsilciden izin veya daha sonra icazet alınarak kullanılabilirliği ya da kanuni temsilcinin de sınırlı ehliyetsiz yerine bu hakları kullanmasının mümkün olduğu belirtilmiştir, bkz Baycık (n 18) 287.

¹¹⁹ Oğuzman (n 5) 126; Baycık (n 18) 287.

Buraya kadar izah edilenler uyarınca belirtmek gerekirse, somut işveren-soyut işveren ayrımının olmadığı olaylarda, fesih hakkını sözleşmenin tarafının kendisinin (yani işverenin) veya söz konusu ayrımın olduğu hallerde fesih hakkını yukarıda sayılan kişilerin kullanması, hakkın *bizzat işverence veya kanuni temsilcisi tarafından* ileri sürüldüğü anlamına gelir. Ancak bu hak, *hak sahibinin iradi temsilcisi tarafından da* kullanılabilir¹²⁰. Bu bağlamda örneğin işyerinde çalışan işçi de işveren adına fesih hakkının kullanımında yetkili kılınabilir. Daha net bir deyişle, somut işveren-soyut işveren ayrımı olsa da olmasa da, işverence, işveren vekillerine fesih hakkını kullanma konusunda yetki verilebilir¹²¹. Açıklandığı şekilde somut olayda fesih hakkının kullanılması için temsilci atandığı belirlenirse, altı iş günlük sürenin başlangıcının tespitinde sadece işverenin ya da somut işverenin fiili ve faili öğrendiği tarih tespit edilmeye çalışılmakla yetinilemez. Temsilci atanmışsa, işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan bir davranışta bulunduğu bu kişilerce öğrenilme zamanı da esas alınmalıdır. Önemle vurgulayalım ki temsilcinin atanmış olması ve temsilci öğrenmeden işverence eylemin öğrenilmiş olması da sürenin başlamasına engel teşkil etmez.

Sonuç olarak, işveren tüzel kişi de olsa gerçek kişi de olsa, olayda somut işveren-soyut işveren ayrımı bulunsa da bulunmasa da sürenin işlemeye başladığı zamanın belirlenmesinde her uyumsuzluk açısından feshe yetkili organ ya da kişi araştırılmalıdır¹²². Zira feshe yetkili olan kişilerden birinin fiili ve faili öğrenmesi sürenin başlaması için yeterli olup öğrenen kişinin sıfatı önem teşkil etmez¹²³. Bu çerçevede *somut olayın özelliğine göre feshe yetkili kişi*; sözleşmenin tarafı, yönetim

¹²⁰ Buz (n 18) 203; Baycık (n 18) 284.

¹²¹ Baycık (n 18) 285.

¹²² Yargıtay da kararlarında feshe yetkili kişinin, makamın araştırılması gerektiğini açıkça belirtmektedir. Yüksek mahkemenin bir kararında yer alan ifadeler şu şekildedir: "...davacının yaptığı ileri sürülen onaysız harcamalara ilişkin olayı feshe yetkili makamın öğrendiği tarih önem taşımaktadır. Dosya içeriğinden ise işyerinde feshe yetkili makamın kim ya da kimler olduğu anlaşılamadığı gibi olayın feshe yetkili makamca ne zaman öğrenildiği de belirli değildir. Bu durumda mahkemenin olayın 07.08.2009 tarihinde öğrenildiğine ve fesih hakkının 6 işgünlük süre içinde yapılmadığına dair kabulü eksik incelemeye dayanmaktadır. O halde **mahkemece feshe yetkili makam tespit edilerek bu makamın feshe ilişkin olayı öğrendiği tarih belirlenmeli, sonucuna göre yargulamaya devam edilerek ihtilaf hakkında sonuca varılmaktadır...**", Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1046/535, 22.03.2017 (Legalbank); Yüksek Mahkeme başka kararında da "...*Davalı işverence, disiplin kurulu kararına davacı işçinin darp ettiği işçi tarafından itiraz edildiği ve bunun üzerine feshe yetkili makam olan yönetim kurulu kararı ile davacının iş sözleşmesinin aynı nedenle haklı nedenle feshedildiği savunulmuştur. Ancak, davacının darp ettiği işçi tarafından disiplin kurulu kararına itiraz edildiği veya feshe yetkili makamın yönetim kurulu olduğuna dair herhangi bir belge sunulmamıştır[...]. Feshe yetkili makam kim olduğu ve feshe konu olayı hangi tarihte öğrendiği, fesih işleminin işverence yasanın öngördüğü 6 iş günlük hak düşürücü süre veya makul süre içerisinde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği araştırılarak; fesih haklı veya geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığı somut bir biçimde belirlenmelidir.*" ifadelerine yer vermiştir, Yargıtay 9 HD, 16046/10923, 19.06.2017 (Legalbank).

¹²³ Narmanlıoğlu (n 5) 412; Odaman, *Fesih Hakkı* (n 5) 254, 255.

kurulu¹²⁴, disiplin kurulu¹²⁵ vb kurul, müdür, genel müdür¹²⁶, hukuk müşaviri vb konumdaki işveren vekili¹²⁷, insan kaynakları¹²⁸ birimi, tam ehliyetsizin kanuni temsilcisi olabilir.

2. Fesih Hakkının İşçi Tarafından Kullanılması Halinde Feshe Yetkili Kişi

İşçi tarafından sözleşmenin feshindeki durum, işverenininkine göre daha yalındır. Zira her şeyden önce işçi sadece gerçek kişi olabilir (İşK m 2). Bununla birlikte işçinin tam ehliyetsiz ya da sınırlı ehliyetsiz olması, başka bir anlatımla ayırt etme gücüne sahip olmaması veya ayırt etme gücü olmakla birlikte 18 yaşından küçük olması ya da kısıtlı olması durumunda fesih hakkının kullanımı ele alınmalıdır. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, söz konusu durumun incelenmesi hak düşürücü sürenin ne zaman başlayacağını belirlenmesi ve aşağıda ele alacağımız feshin yetkisiz kişi tarafından kullanılmasının süreye etkisi açısından önemlidir.

¹²⁴ Yargıtay konuya ilişkin bir kararında "...Somut uyumsuzlukta feshe konu olay 31.10.2013 tarihinde meydana gelmiş, işyeri uygulaması gereği konuya ilişkin soruşturma yapılarak, yapılacak işleme ilişkin işyeri disiplin kurulu 27.11.2013 tarihinde davacının iş akdinin feshinin gerektiğine karar vermiş ve bu karara dayanılarak 28.11.2013 tarihinde feshin işlemi tamamlanmıştır. Feshe yetkili makam Yönetim Kurulu olmakla birlikte her ne kadar dosyada yönetim kurul kararı yoksa da Disiplin Kurul kararından sonra Yönetim Kurulu kararı alındığı göz önüne alınarak disiplin kurul kararından bir gün sonra iş akdinin feshedildiği dikkate alındığında feshin, 6 iş günlük hak düşürücü süre içerisinde gerçekleştiği kabul edilmelidir...", ifadelerine yer vermiştir, Yargıtay 9 HD, 16586/19302, 28.11.2017 (Legalbank).

¹²⁵ Yüksek Mahkemenin kararındaki ifadeler şu şekildedir: "...Somut olayımızda feshe yetkili makam Genel Müdürlük Merkez Disiplin Kurulu olup feshe konu olay ... İstasyonu Disiplin Kurulu tarafından 20.02.2014 tarihinde intikal ettirilmiş ve aynı gün 20.02.2014 tarihinde Merkez Disiplin Kurulu tarafından 6 iş günlük hak düşürücü süre içerisinde davacının iş akdi feshedilmiştir. Ancak davalı işveren feshi 4857 sayılı Kanun'un 25/II. maddesindeki şartları taşımadığından haksız olup..." Yargıtay 22 HD, 23485/2933, 11.02.2019 (Lexpera).

¹²⁶ Yargıtay kararına konu olan olayda, Toplu İş Sözleşmesi'nin "işçi çıkarma" başlıklı 27. maddesinin (A) bendinde, "İş Yasası 17. madde kapsamında dışında kalan 25/2'ye göre işçi çıkarmalarında Disiplin Kurulu kararı gerekir" denildikten sonra "disiplin kurulu" başlıklı 89 uncu maddenin (a) bendinde "Üyelerin suç sayılan eylemlerinden dolayı haklarında ihtardan işten çıkarmaya kadar (işten çıkarma dâhil) karar vermeye yetkili organ disiplin kuruludur" denildikten sonra aynı maddenin (c) alt bendinde "Disiplin Kurulu kararları Genel Müdürün onayı ile yürürlüğe girer" düzenlemesi getirilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu somut olaydaki bu düzenlemeden hareketle, isabetli olarak feshe yetkili kişinin genel müdür olduğu ve genel müdür tarafından eylemin öğrenilme tarihinin önemli olduğu sonucuna varmıştır; söz konusu karar "... Somut olaya bakıldığında işçinin devamsızlığı hususunda çekişme bulunmamaktadır. İşçi bu eylemi nedeniyle Disiplin Kuruluna sevk edilmiş, Kurul 17.05.2011 günlü toplantısında devamsızlık tutanaklarının ilgili birinden getirilmesi için ara kararı oluşturmuş; 06.06.2011 günlü toplantıda da "ihraç" kararı vermiştir. Bu karar ertesi gün (07.06.2011 tarihinde) Genel Müdürlük makamına bildirilmiş ve Genel Müdür Vekilinin aynı günlü "otur" u alınmıştır. Toplu İş Sözleşmesinin 89 uncu maddesinin (a) ve (c) alt bentlerinin birlikte değerlendirilmesinden ihraç kararının Disiplin Kurulunca verileceği ve bu kararın yürürlüğe girmesinin de Genel Müdürün onayına bağlı olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda feshe yetkili merci Genel Müdür olup, İş Kanununun 26 ncı maddesinde gösterilen 6 işgünü de fesih nedeninin Genel Müdür tarafından öğrenildiği tarihten itibaren hesaplanmalıdır. Yukarıda da değinildiği gibi ihraç kararı Genel Müdüre 07.06.2011 günü bildirilmiş ve adı geçen de aynı gün bu kararı onamış olmakla Kanunda gösterilen 6 işgünlük sürenin dolduğundan söz edilemez. Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerekçeleri nedenlere göre Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda dengenin usul ve yasaya aykırılığı. Bu nedenle dengenin bozulmalıdır..." ifadeleri yer almaktadır, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2352/438, 08.03.2017 (Legalbank).

¹²⁷ Yargıtay konuya ilişkin olarak kararında "... fesih yetkisi, bir makama ait ise veya işverence fesih yetkisi verilmiş işveren vekili veya vekilleri söz konusu ise, ilgili makam veya işveren vekilinin veya vekillerinin birinin olayı öğrenme tarihi, sürenin başlangıç tarihidir..." sonucuna ulaşmıştır, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1046/535, 22.03.2017 (Legalbank).

¹²⁸ Yargıtay bir kararında "...işverenin tüzel kişi olması durumunda altı işgünlük süre feshe yetkili mercinin öğrendiği günden başlayacağından ve davacının savunması 02.07.2015 tarihinde alınarak, feshe yetkili mercii olan İnsan Kaynakları Daire Başkanlığına 10.07.2015 tarihinde bildirildiğinden, 15.07.2015 tarihinde yapılan fesih süresindedir. Bu nedenle haklı fesih nedeniyle davanın reddine ilişkin İlk Derece Mahkemesinin kararı yerindedir..." sonucuna varmıştır, Yargıtay 9 HD, 5680/17335, 03.10.2018 (Lexpera).

İşçi ayırt etme gücüne sahip değilse -yani tam ehliyetsizse- fesih hakkı, kanuni temsilci tarafından işçi adına kullanılmalıdır. Başka bir deyişle, tam ehliyetsiz işçi bizzat iş sözleşmesini feshedemez¹²⁹. Öyle ki, tam ehliyetsiz işçinin kullandığı fesih hakkına sonradan kanuni temsilcisinin icazet vermesi de söz konusu değildir¹³⁰. Sonuç olarak feshe yetkili kişi tam ehliyetsizin kanuni temsilcisi olduğundan, süre kanuni temsilcinin fiili ve faili öğrenmesiyle başlar.

Sınırlı ehliyetsiz işçiler bakımından işverenler de olduğu gibi TMK m 16 göz önünde bulundurulmalıdır. Buna göre fesih hakkının kullanılması, sınırlı ehliyetsiz işçiyi borç altına sokabileceğinden ya da kendisine ilişkin hakkı sona erdireceğinden söz konusu hakkın kendisine bağlanan sonucu doğurabilmesi için yasal temsilcilerinin izni veya icazeti gereklidir sonucuna ulaşılabacaktır. Ancak işveren feshinden farklı olarak, sözleşmenin işçi tarafından feshinde işçinin iş ilişkisindeki bağımlı taraf olduğu ve *kişiliğinin parçası olan emeğinin* bulunduğu unutulmamalıdır¹³¹. İşçinin haklı nedenle fesih hakkı şahsa bağlı hak olduğundan haklı nedenin ortaya çıkmasından sonra sözleşmenin devam edip etmeyeceğine karar vermek sadece sınırlı ehliyetsiz işçiye ait olmalıdır¹³². Tam ehliyetsiz işçiden farklı biçimde feshe yetkili kişi sınırlı ehliyetsiz işçi olduğundan, hak düşürücü süre -kanuni temsilcisinin değil- kendisinin öğrenmesiyle birlikte işlemeye başlar¹³³.

3. Yetkisiz Kişi Tarafından Fesih Hakkının Kullanımının Süreye Etkisi

Yukarıda feshe yetkili kişilerin kimler olduğu ve söz konusu kişilerin fiili ve faili öğrenmesiyle sürenin işlemeye başlayacağı anlatılmıştır. Bu başlık altında ise, feshe yetkili olmayan kişilerce fesih hakkının kullanılmasının süreye olan etkisi incelenmiştir. Daha net bir şekilde ifade etmek gerekirse, iş sözleşmesinin feshine ilişkin irade beyanının hak düşürücü süre içinde feshe yetkili olmayan kişi tarafından açıklanmasının sonucu değerlendirilmiştir.

Yetkisiz kişi tarafından gerçekleştirilen fesih işlemine herhangi bir sonuç bağlanıp bağlanamayacağının belirlenmesinde TBK m 46 hükmü esas alınmalıdır¹³⁴. Düzenleme uyarınca, hak sahibi tarafından yetkisiz temsilcinin yaptığı işleme icazet verilinceye kadar işlem askıda geçersizdir; icazet verilince ise, temsil olunan artık fesihle bağlı olur. İcazetle birlikte fesih işlemi geçerli olacaksa da, konumuz

¹²⁹ Oğuzman (n 5) 125, 126.

¹³⁰ Baycık (n 18) 286.

¹³¹ Oğuzman (n 5) 124.

¹³² Ibid 124, 126.

¹³³ Şahsa bağlı hakkın kanuni temsilci tarafından kullanılıp kullanılmayacağının tartışılabilirliği ancak sözleşme ile temsil yetkisinin verilmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir, bkz ibid 127. Bu olasılıkta iradi temsilcinin de fiili ve faili öğrenmesinin süreyi başlatacağını kabul etmek gerekir.

¹³⁴ İş hukuku bakımından konunun değerlendirilmesi için bkz Kübra Doğan Yenisey, 'İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı' *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016 (İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği Semineri)* (XII Levha 2018) 404 vd; ayrıca bkz Baycık (n 18) 288.

açısından fesih işleminin ne zaman geçerli olacağı önem arz eder. Zira icazetin verildiği tarih itibariyle fesih işlemi yapılmış sayılırsa ve icazet altı iş günü geçtikten sonra verilirse, feshin haksız olduğu sonucuna ulaşılır. Ancak icazetin verildiği tarihte değil de, yetkisiz kişi tarafından fesih beyanının açıklandığı tarihten itibaren fesih işleminin geçerli olduğu kanaatine varılırsa, yetkisiz kişinin iradesini altı iş günü içinde açıklamış olması şartıyla hak düşürücü süre bakımından hukuki sorun bulunmaz. Kısaca sonucu belirtmek gerekirse icazet verildiğinde, fesih işlemi yetkisiz temsilcinin feshi gerçekleştirdiği tarih itibariyle geçerli olacağından (TBK m 46) -beyanın altı iş günü içinde yapılmış olması koşuluyla- sürenin geçemediği sonucuna varılır.

4. Fesih Beyanının Yanlış Kişiye Yöneltilmesinin Süreye Etkisi

Yenilik doğuran *hakkın muhatabı* ile söz konusu hakkın kullanıldığına ilişkin *beyanın muhatabının* birbirinden farklı olduğu belirtilmiştir¹³⁵. Fesih *hakkının muhatabı*, hakkın kullanılmasıyla hukuki alanında değişiklik olacak kişi olarak tanımlandığından, iş sözleşmesinde bu kişi işçi ya da işveren olur¹³⁶. Dolayısıyla, beyanın kendilerine yöneltilmesi *kural olarak* yeterlidir. Bununla birlikte *beyanın muhatabları*, sadece işçi ve işveren ile kısıtlı düşünülemez. Gerçekten de yenilik doğuran haklara ilişkin genel biçimde ifade edildiği üzere, hakkın kullanıldığına yönelik beyanın kanunen veya hukuki işlemlerle yetkili kılınan temsilciye yöneltilmesi de mümkündür. Söz konusu kişilerin iş sözleşmesinin feshinde kim/kimler olacağı sorusu haklı olarak akla gelmektedir. Yukarıda açıklanan feshe yetkili kişilere fesih beyanının yöneltebileceği benimsenmelidir. Bu itibarla fesih beyanının sadece sözleşmenin taraflarına (işçi ya da işveren) değil, feshe yetkili kişilere yöneltilmesinde de kendisine bağlanan sonuçları ortaya çıkaracağı kabul edilmelidir. Ancak özellik arz etmesi nedeniyle ayrıca önemle hatırlatmak gerekirse, sözleşmenin tarafı tam ehliyetsizse, fesih beyanı sözleşmenin tarafı olan tam ehliyetsiz değil, kanuni temsilcisine açıklanmalı, sınırlı ehliyetsiz kanuni temsilcisine veya sınırlı ehliyetsizin kendisine karşı yöneltilmesi arasında fark gözetilmemelidir¹³⁷. Bu noktada sınırlı ehliyetsiz olması ihtimalinde kanuni temsilcisinin fesih hakkının olup olmadığı dikkate alınmaksızın beyanın kanuni temsilciye yöneltebileceği esas alınmalıdır.

¹³⁵ Buz (n 18) 207.

¹³⁶ Baycık (n 18) 298. Muhatabın belli olmadığı bir olaya ilişkin olarak Yüksek Mahkeme kararında "...Dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının işyerinde birçok olumsuzluğa yol açtığı, şirkete ait e-mail adresinden iş yeri çalışanları ile yaptığı yazışmalarda küfürlü ve adaba aykırı yazılar yazdığı, bunların muhatabının kim olduğunun belirlenemediği, yazılanların haklı fesih sebebi olmakla birlikte hem yazıların muhatablarının belirlenememesi ve hem de ispat yükü üzerinde olan davalı işverenin fesih hakkını 6 iş günlük süre içerisinde kullandığını kanıtlayamaması nedeni ile feshin haklılığının ortadan kalktığı, hak düşürücü sürenin geçmesinin haklılığı ortadan kaldırmakla birlikte koşulları var ise geçerliliği ortadan kaldırmayacağı, buna göre davalı işverenden şirkete ait e-mail adresinden işyeri çalışanları ile yaptığı yazışmalarda küfürlü ve adaba aykırı yazılar yazan ve işyerinde olumsuzluklara yol açan davacının iş akdini devam ettirmesinin beklenemeyeceği, feshin geçerli nedene dayandığı anlaşıldığından, davanın reddi yerine kabulü hatalıdır..." ifadelerine yer vermiştir, Yargıtay 9 HD, 21328/14312, 27.09.2017 (Legalbank).

¹³⁷ Oğuzman (n 5) 123; Baycık (n 18) 300.

Fesih beyanının süresi içinde ancak yukarıda açıkladığımız muhataplar yerine yanlış kişiye açıklanması halinde hakkın süresi içinde kullanılıp kullanılmadığı tartışması yapılabilecektir. Aşağıda da açıklanacağı üzere, bildirimsiz fesih hakkının süresi içinde kullanılmış sayılması için beyanın hak düşürücü süre içinde açıklanması yeterli olup muhataba ulaşması gerekmez. Farklı bir deyişle, hak süresi içinde doğru muhataba karşı kullanıldıktan sonra ancak muhataba süre geçtikten sonra ulaşması feshi haksız kılmaz. Önemle vurgulamak gerekirse ortaya çıkan bu sonuç, *fesih beyanının süresi içinde doğru muhataba karşı açıklanması* halinde geçerli olacağı unutulmamalıdır. Aksi halde fesih beyanı süresi içinde açıklanmış olsa bile yanlış kişiye yöneltilen beyana sonuç bağlanmaz.

Bununla birlikte feshin yanlış kişiye yöneltilmesiyle ilgili olmamakla birlikte, genel olarak beyanın yapıp yapılmamasıyla ilişkili bir olayda, ilk derece mahkemesi, “...iş akdinin sonlandırılmasına gerekçe olan davranışının 09.05.2011 itibarıyla öğrenildiğinin anlaşıldığı [...] davacının 16.05.2011 de savunmasının alındığı [...] 18.05.2011 tarihinde davacıya yapılmış bir tebligat olmamasına rağmen SGK çıkışının bildirildiği, feshin süresinde yapılmadığı davalının fesih hakkını süresinde kullanmadığı...” sonucuna ulaşmış; Yüksek Mahkeme ise kararında “...davacının feshe konu eylemi de soruşturma konusu edilmiş, buna bağlı olarak 16.05.2011 tarihinde savunması alınarak iş akdinin 18.05.2011 tarihinde feshine karar verilmiştir. Bu durumda fesih haklı ve süresindedir...” şeklinde ifadelerle yer vermek suretiyle, SGK’ya yapılmış olan bildirim yeterli kabul etmiştir¹³⁸. Somut olaydan tam anlaşılacakla birlikte, işçiye yöneltilmeden sadece işçinin iş sözleşmesine son verildiğinin SGK’ya bildirilmesi yeterli kabul edilmemeli, aynı tarihte veya öncesinde işçiye bildirim yapıp yapılmadığı araştırılmalı ve aksi işçi tarafından ispat edilemediği sürece SGK’ya bildirim yapılan tarih göz önünde bulundurulmalıdır.

5. Fesih Beyanının Şeklinin Süreye Etkisi

Fesih bildirimiminin ne şekilde yapılması gerektiği, işveren ve işçi tarafından gerçekleştirilen fesihler bakımından ayrı ayrı ele alınmalıdır. Sözleşmenin işverence feshedilmesi halinde, işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Sonuç olarak işveren tarafından yapılan fesihlerin şekline ilişkin özellikle İşK m 109, İşK m 19, İşK m 25/son, TBK m 435 hükümleri göz önünde bulundurulurken sonuca varılmalıdır. Sözleşmenin feshinin şekline ilişkin esaslara, öğretideki tartışmalara, Yargıtay’ın yaklaşımına çalışma konumuzun sınırlarını aştığından yer verilmemiştir.

¹³⁸ Yargıtay 9 HD, 8451/1776, 06.02.2018 (Lexpera).

Konumuza ilişkin kısaca ifade edelim ki, belirttiğimiz hükümler çerçevesinde sözleşmenin belli bir şekilde uyularak feshedilmesi gerektiği sonucuna varılsa bile, sözleşmenin hak düşürücü süre içinde feshi ile kabul edilen şekilde uygun biçimde sonlandırılması ayrı şartlardır. Dolayısıyla somut olayda bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediği birbirinden farklı hukuki sorunlar olup ayrı ayrı ele alınmalıdır. Örneğin fesih beyanının geçerliliği açısından yazılı biçimde açıklanması kabul edilse dahi, sözleşmenin İŞK m 26'daki hak düşürücü süreler içinde feshedilmediği belirlenirse, artık sözleşmenin yazılı şekilde sona erdirilip erdirilmediğinin önemi kalmaz.

Feshin şekline ilişkin hangi görüş kabul edilirse edilsin, *feshin süresi içinde yapılıp yapılmadığının tespiti açısından fesih beyanının altı iş günü içinde açıklanması yeterli olup*, bu süre içinde tebligatın muhatabına ulaşmış olması şart değildir¹³⁹.

İfade edelim ki muhatap dikkate alınarak fesih beyanı açıklanmalıdır. Farklı bir deyişle, fesih kararının işverence alınması ancak kararı muhataba ulaştırmak adına herhangi bir iletişim aracılığıyla girişimde bulunulmamış olması halinde fesih beyanının açıklandığından bahsedilmemelidir¹⁴⁰.

6. Fesih Beyanının Hak Düşürücü Süre İçinde Süre Verilerek Kullanılmasının Süreye Etkisi

İşçi ya da işveren sözleşmeyi haklı nedenle feshetme yönündeki iradesini altı iş günü içinde açıklamış ancak sözleşmenin sona ereceği zamana ilişkin bir süre vermişlerse, ortaya çıkan durum değerlendirilmelidir.

Açıkladığımız olasılık bakımından ortaya çıkan hukuki sorun, feshin süresi içinde yapılıp yapılmadığına ve haklı neden olmasına rağmen süre vermek suretiyle gerçekleştirilen feshin hâlâ haklı neden teşkil edip etmeyeceğine ilişkindir. Çalışma konumuz açısından hukuki sorunlardan sadece ilki üzerinde durulacaktır.

Kanaatimizce önemli olan nokta hak düşürücü süre içinde fesih beyanının açıklanmış olmasıdır. Süresinde açıklanan beyanın daha ileri bir tarihte hüküm doğurması özellikle muhatap tarafından istenmişse artık bildirimsiz feshin hak düşürücü süre içinde

¹³⁹ Yargıtay 9 HD, 8464/732, 24.01.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 7554/915, 26.01.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 16224/19143, 27.11.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 10725/19468, 30.11.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 7367/19706, 04.12.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 8451/1776, 06.02.2018 (Legalbank); Yargıtay 22 HD, 8214/5983, 14.03.2019 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 6122/15301, 09.09.2019 (Legalbank); ayrıca bkz Yargıtay 9 HD, 5041/5643, 19.03.2018 (Lexpera); Yargıtay 9 HD, 27198/21412, 26.11.2018 (Lexpera); ifade edelim ki fesih beyanının açıklanmasının yeterli olmadığı, karşı tarafa ulaşması gerektiği ve karşı taraf, bildirim geç ulaşmasına ya da hiç ulaşmamasına etkili olmamışsa bunun sonuçlarına bildirimde bulunanın katlanması gerektiği belirtilmiştir, bkz Çenberci (n 5) 599.

¹⁴⁰ Öğretide de fesih kararı ile infaz arasında uzun süre geçmişse feshin haksız sayılması gerektiği ileri sürülmüştür, bkz Mollamahutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 5) 805. Benzer biçimde, açılan disiplin soruşturmasının disiplin kurulunca tamamlanmasından sonra yetkili makâmın "haklı nedenle feshetme" ilişkin almış olduğu kararın alınma tarihi ile kararın işçiyeye tebliği arasında uzunca bir süre geçmesi halinde feshin zamanında yapılmamış olduğu sonucuna varılacağı ifade edilmiştir, bkz Odaman, *Fesih Hakkı* (n 5) 256.

yapıldığına şüphe duyulmamalıdır¹⁴¹. Ancak incelediğimiz ihtimalde karşı tarafa yapılan bir iyilikten ziyade, süre vererek işçi tarafından yapılan fesihte biraz daha çalışma ya da işverence gerçekleştirilende ise biraz daha çalıştırma iradesi varsa ve buna göre süre de uzunsa, artık haklı nedenle sözleşmeyi feshetme iradesinden vazgeçildiği ve sözleşmenin süre vermek suretiyle feshedildiği sonucuna varılmalıdır¹⁴². Bu bakımdan feshin hak düşürücü süre içinde yapılıp yapılmadığı inceleme konusu olmaz.

7. Üçlü İlişkilerde Hak Düşürücü Süre

İş hukukunda üçlü ilişkiler; işyerinin devri (İŞK m 6), iş sözleşmesinin devri (TBK m 429), asıl işveren-alt işveren ilişkisi (İŞK m 2/6), meslek edinilmiş ve meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi (İŞK m 7) olarak bilinmektedir. Söz konusu ilişkilerin ayrıntılarıyla ele alınması, şüphesiz bu çalışmanın konusunu oluşturmamaktadır. Ancak hak düşürücü sürelerin değerlendirilmesi bakımından konu üzerinde durulma gereği duyulmuştur.

a. İşyeri Devri Bakımından

İşyerinin devrinden sonra İŞK m 24/II veya İŞK m 25/II kapsamına giren bir davranışın gerçekleşmesi halinde feshin hak düşürücü süre açısından değerlendirilmesi yukarıda anlattığımız hususlardan farklılık göstermez. Buna göre, fiilin ve failin öğrenilmesinden itibaren altı iş günü ve fiilin gerçekleşmesinden bir yıl geçtikten sonra hak sona erer. Bununla birlikte işyeri devri gerçekleşmeden önce ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan bir davranışta bulunulmasının süreye etkisi açıklanmalıdır. Ancak belirtelim ki, bu ihtimalde failin ve fiilin öğrenildiği tarihten itibaren altı iş günü geçtikten sonra işyeri devredilirse, fesih hakkı sona ermiş olduğundan konunun incelenmesi gerekli olmaz.

Üzerinde durulması gereken husus, ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranılmasından itibaren altı iş günü içinde işyeri devredildiğinde, devrin hak düşürücü süre üzerindeki etkisine ilişkindir. Esasen hak düşürücü süreler temelinde ele almak istediğimiz söz konusu hukuki sorun, devirden önce doğmuş bulunan fesih hakkının devirden sonra hâlâ varlığını sürdürüp sürdürmeyeceğine ilişkin sorunun yanıtı ile yakından ilgilidir. Farklı bir deyişle, devirden önce işçi ya da işveren tarafından gerçekleştirilmiş olan ahlak ve iyi niyet kuralına aykırı bir davranışa dayanarak işçinin ya da işverenin sözleşmeyi devirden sonra feshedip edemeyeceği öncelikle belirlenmelidir. Böyle bir hakkın devirle birlikte artık sona erdiği sonucuna varılırsa, sürenin tartışılması da anlamsız hâle gelir.

Özkaraca, işçinin ya da devreden işverenin devirden önce doğmuş bulunan haklı nedenle derhal fesih hakkının işyerinin devri ile birlikte ortadan kalkmayacağını

¹⁴¹ Çenberci (n 5) 601.

¹⁴² Ibid 601; Odaman, *Fesih Hakkı* (n 5) 265.

belirtmiştir¹⁴³. *Alpagut*, haklı fesih nedeninin devreden işveren yanında çalışırken ortaya çıkması halinde devralan işverenin kural olarak bu nedene dayanarak sözleşmeyi feshedemeyeceği ancak haklı fesih nedenlerinin güven ilişkisini zedelediği ve birlikte çalışmayı beklenemez kıldığı olasılıklarda devralan işverenin nedene dayanabileceğini ifade etmiştir¹⁴⁴.

Kanaatimizce işyerinin devri sonucunda iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçlarıyla birlikte devralana geçeceği (İşK m 6) düşünüldüğünde, devirden önce doğmuş olan bildirimsiz fesih hakkının sona ermediği sonucuna varılmalıdır. Bu sonuca varmada devirden önce doğan fesih nedeninin içeriğinin ise önemli olmadığı düşüncesindeyiz. Dolayısıyla işçi, işyerinin devrinden önce ortaya çıkan İşK m 24/II kapsamındaki bir nedenle iş sözleşmesini feshetmemişse, devirden sonra iş sözleşmesini feshedebilir. Aynı şekilde devralan işveren de devirden önce doğmuş olan İşK m 25/II çerçevesindeki haklı nedenle derhal fesih sebebine dayanarak iş sözleşmesini sonlandırabilir. Şüphesiz, devreden işveren veya işçi devirden önce doğan hakkından vazgeçmişlerse, sona ermiş bir hakkın devirle birlikte devam etmesi de mümkün olmaz.

Konumuz açısından göz önünde bulundurulması gereken nokta, kabul ettiğimiz görüş uyarınca devirle ortadan kalkmamış olan *fesih hakkının doğru muhataba hak düşürücü süre içinde yöneltmesi* zorunluluğudur. İşyerinin devrinden sonra sözleşme feshedilecekse, iş sözleşmesinin tarafı devralan işveren olduğundan, işçi tarafından irade beyanı devralan işverene yöneltilmelidir. Devralan işveren içinse, muhatap farklılık göstermeyeceğinden fesih iradesi işçiye karşı açıklanmalıdır.

İfade ettiğimiz üzere, feshin doğru muhataba yöneltilmesinden sonra dikkate alınması gereken diğer önemli nokta, hakkın süresi içinde kullanılmasıdır. Devirden önce gerçekleşmiş ve sona ermiş olaya ilişkin bir yıllık hak düşürücü süre işlemeye başlamış olur. Zira çalışmamızda da ifade ettiğimiz üzere, bir yıllık süre olayın gerçekleştiği tarih esas alınarak hesaplanır. Devirden önce fiil ve fail de öğrenilmişse, altı iş günlük süre de işlemeye başlamış kabul edilir. Sürelerin hak düşürücü olduğu dikkate alındığında, devrin süreye herhangi bir etkisinin olmayacağı açıktır¹⁴⁵. Farklı bir deyişle, devir, işlemeye başlamış olan hak düşürücü sürelerin durmasına veya kesilmesine sebebiyet vermez. Özellikle belirtmek gerekir ki, devralan işverenin fesih nedenini devirden sonra öğrenmiş olması dahi, devreden işverenin öğrenmesiyle birlikte işlemeye başlamış olan süreye etki etmez¹⁴⁶. Ancak devirden önce gerçekleşmiş bir fiilin ve failinin devirden önceki bir tarihte devreden işverence öğrenilmemesi ve devirden sonra devralan işveren tarafından öğrenilmesi ihtimalinde devralan

¹⁴³ Özkaraca (n 5) 289, 292.

¹⁴⁴ Alpagut (n 5) 150.

¹⁴⁵ Özkaraca (n 5) 289, 293. Ayrıca bkz Alpagut (n 5) 150.

¹⁴⁶ Özkaraca (n 5) 293.

işverenin öğrenme tarihi altı iş günlük sürenin belirlenmesinde esas alınmalıdır¹⁴⁷. Bu olasılıkta devirden sonra devreden işverenin fiili ve faili öğrenmiş olmasının ise, süreye etkisi olmadığı gözden uzak tutulmamalıdır. Zira devirle birlikte sözleşme bütün hak ve borçlarıyla birlikte devralana geçmiş olacağından, sözleşmenin tarafı olmayan devreden işverenin fiili ve faili öğrenmesi sonuca etki etmez. Önemle tekrar vurgulayalım ki, bir yıllık hak düşürücü süre yine olayın gerçekleştiği tarihten itibaren işleme başlar.

b. İş Sözleşmesinin Devri Bakımından

Ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranılmasından itibaren altı iş günü içinde iş sözleşmesi devredildiğinde, devrin hak düşürücü süre üzerindeki etkisinin incelenmesinin anlamı olabilmesi için devirden önce doğmuş olan bildirimsiz fesih hakkı devirle birlikte sona ermemiş olmalıdır. Zira hakkın devirle sona ermiş olduğu bir durumda, hak düşürücü sürenin değerlendirilmesi mümkün olmaz. Bu bakımdan devirden önce işçi ya da işveren tarafından gerçekleştirilmiş olan ahlak ve iyi niyet kuralına aykırı bir davranışa dayanarak işçinin ya da işverenin sözleşmeyi devirden sonra feshedip edemeyeceği süreden bağımsız şekilde öncelikle belirlenmelidir. Feshedebilecekleri sonucuna varıldığında da fesih hakkı, hak düşürücü süreler açısından ele alınmalıdır.

İşçinin iş sözleşmesi devredilirken bildiği bir nedeni devirden sonra devralan işverene karşı ileri sürmesi kanaatimizce mümkün olmamalıdır. Zira işçi, İşK m 25/ II kapsamında değerlendirilecek bir davranışı bilmesine rağmen iş sözleşmesini feshetmemiş ve *sözleşmesinin devrine TBK m 429 uyarınca rıza göstermiştir*. Daha net bir deyişle, işyerinin devrinden farklı olarak iş sözleşmesinin devrinde *işçinin rızasının bulunması zorunluluğu ve işçinin de nedeni bilmesine rağmen bu rızayı göstermiş olması* karşısında, kendisinin fesih hakkından feragat ettiği sonucuna varılmalıdır. Dolayısıyla, failin ve fiilin öğrenildiği tarihten itibaren altı iş günü geçmemiş olsa da işçi tarafından -devirden önce doğmuş ve varlığı bilinen bir neden gerekçe gösterilerek- bildirimsiz fesih hakkı devirden sonra kullanılamaz. Bununla birlikte iş sözleşmesi devredilirken işçi, fiili ve faili bilmiyorsa ve devirden sonra öğrenmişse, öğrendiği tarihten itibaren altı iş günü içinde iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir.

Devralan işveren iş sözleşmesi devredilirken, işçinin devirden önce İşK m 24/ II doğrultunda ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan bir davranışta bulunduğunu biliyorsa; farklı bir deyişle, bildirimsiz fesih hakkının doğumuna neden olan davranış bilmesine rağmen devir sözleşmesini yapmışsa artık devralan işveren de -altı işgünlük süre geçmemiş olsa dahi- iş sözleşmesini söz konusu nedene dayanarak feshedemez.

¹⁴⁷ Ibid 294.

Bununla birlikte *devralan işverenin, devirden sonra fesih nedenini öğrenmiş olması halinde* sözleşmeyi devirden önce doğmuş olan nedene dayalı olarak bildirimsiz fesih yoluyla sona erdirebileceği kabul edilmelidir. Ancak bu durumda konumuz açısından hak düşürücü süreye ilişkin iki olasılığın ortaya çıkacağı göz ardı edilmemelidir. Dolayısıyla, iki ihtimal için hak düşürücü sürelerin hesaplanması değerlendirilmelidir. Söz konusu iki olasılık, *devirden önce nedenin devreden işverence bilinip bilinmemesine* göre ortaya çıkar. Buna göre devirden önce doğmuş olan bir nedeni devreden işveren biliyor ancak devralan işveren devir anında bilmiyorsa, devralan işveren altı iş günlük hak düşürücü süre içinde sözleşmeyi feshedebilir. Ancak ele aldığımız olasılıkta fail ve fiil devirden önce devreden işverence öğrenilmiş olduğundan, hak düşürücü süre işlemeye başlamış kabul edilmelidir. Devralan işverenin bunu devirden sonra öğrenmesi sadece fesih hakkının sona ermemiş olması bakımından önemli olup hak düşürücü sürenin yeniden başlamasına vb duruma yol açmaz. İkinci ihtimalde devirden önce doğmuş olan bir nedeni devreden ve devralan işveren bilmiyorsa, devralan işveren altı iş günlük hak düşürücü süre içinde sözleşmeyi feshedebilir. Görüldüğü üzere, ilk ihtimalden farklı biçimde ikinci olasılıkta devreden işverenin devirden önce nedeni öğrenmemiş olması söz konusudur. Anılan farklılık hak düşürücü sürenin işlemeye başladığı tarihin belirlenmesi bakımından önemlidir. Zira devirden önce devreden işverence fiil ve fail öğrenilmediğinden süre işlemeye başlamamış olup devirden sonra devralan işverenin nedeni öğrenmiş olmasıyla birlikte altı iş günlük süre işlemeye başlamış olur. Ancak bir yıllık süre her durumda, olayın gerçekleştiği tarih dikkate alınarak belirlenir.

c. Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi Bakımından

Asıl işveren-alt işveren ilişkileri bakımından ise, hukuki sorunun çözümü daha basittir. Zira söz konusu ilişkide, asıl işverenle alt işveren işçileri veya alt işverenle asıl işveren işçileri arasında iş sözleşmesi yoktur. Asıl işveren işçilerinin sözleşmesi sadece asıl işveren tarafından ve alt işveren işçilerinin sözleşmeleri sadece alt işveren tarafından feshedilebilir. Bu bakımdan eğer asıl işveren işçisinin iş sözleşmesi feshedilecekse failin ve fiilin asıl işverence, eğer alt işveren işçisinin iş sözleşmesi feshedilecekse failin ve fiilin alt işverence öğrenildiği tarih dikkate alınarak altı iş günlük süre hesaplanmalıdır.

Yargıtay da bir kararında “...feshin kanuni süre olan altı gün içinde yapılmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmişse de, **feshe yetkili makam alt işveren olup, altı iş günlük sürenin başlangıcı feshe yetkili kişi veya organın davacının davranışını öğrendiği tarihe göre belirlenmelidir.** Somut olayda alt işverene davacının feshe konu eylemlerinin asıl işveren tarafından 03.07.2012 tarihinde fasklandığının anlaşılmasına göre feshe yetkili makamın davacının feshe konu davranışını öğrendiği tarih itibarıyla altı iş günlük süre geçmemiştir. Bu sebeple

*mahkemece feshin haklı olduğu gerekçesi ile davanın reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” şeklinde isabetli sonuca varmıştır¹⁴⁸. Başka bir kararında da haklı biçimde, “...G...Devlet Hastanesi Başhekimliği yazısında “Hastanemiz Otomasyon personeli ...’in tutanaklarda belirtilen tarihlerde nöbetine gelmediği tespit edilmiştir. İlgili tutanak yazımız ekinde sunulmuş olup konu ile ilgili gereğinin yapılması” istenmiştir. Ancak söz konusu yazı ve ekinde bulunan tutanakların davalı şirkete ne zaman gönderildiği ve **davalı alt işverene ne zaman ulaştığı açıklığa kavuşturulmamıştır. Hal böyle olunca davalı alt işverenin tutanaklardan ne zaman haberdar tespit edilerek...**” ifadelerine yer verilmiştir¹⁴⁹.*

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu durumlar açısından ise hak düşürücü süreye ilişkin değerlendirilmesi gereken hukuki sorunlar vardır. Bu noktada muvazaa halinde alt işveren işçileri, başlangıçtan itibaren asıl işveren işçileri sayılacağından, altı iş günlük sürenin failin ve fiilin asıl işverence öğrenildiği tarih dikkate alınarak mı hesaplanması gerektiği sorulabilecektir. Misal olarak görünürde alt işveren işçisi olan bir kişinin iş sözleşmesi, fiilin ve failin alt işverence öğrenildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde değil de, asıl işverence öğrenildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde feshedilirse, feshin süresinde yapıldığı kabul edilecek midir? Bu sorunun olumlu yanıtlanmaması gerektiği, aksi halde muvazaalı işlem yapan taraflara kendi muvazaasına dayanmak suretiyle hak sağlanacağı bir gerekçe olarak ileri sürülebilir. Ancak yukarıda “Yetkisiz Kişi Tarafından Fesih Hakkının Kullanımının Süreye Etkisi” başlığı altında açıkladığımız gerekçeler doğrultusunda feshe yetkili olmayan bir kişinin fiili ve faili öğrenmesine sonuç bağlamak kanaatimizce mümkün olmamalıdır.

Bununla birlikte ifade edelim ki asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu durumlarda görünürdeki alt işverenin işçisi tarafından sözleşmenin bildirimlessiz feshinde, fesih iradesinin alt işverene karşı açıklanması kanaatimizce kabul edilmelidir. Farklı bir deyişle, işçinin sözleşmesini feshederken fesih iradesini yanlış muhataba (alt işverene) açıkladığı gerekçesiyle beyanın süresi içinde yapılmadığı ve sonuç doğurmayacağı savunulmamalıdır. Aksi halde bu durumda kişilerin kendi muvazaasına dayanarak hak talep etmiş olması gündeme gelir.

d. Meslek Edinilmiş ve Meslek Edinilmemiş Ödünç İş İlişkileri Bakımından

Meslek edinilmiş ya da edinilmemiş ödünç iş ilişkisinde hangi olguların işveren için İşK m 25/II ve işçi için de İşK m 24/II kapsamında değerlendirilebileceği çalışma konumuzun kapsamında yer almadığından incelenmemiştir. Farklı bir deyişle, geçici işveren yanında gerçekleşen bir olguya dayanarak iş sözleşmesinin

¹⁴⁸ Yargıtay 22 HD, 6098/8224, 11.04.2017 (Lexpera).

¹⁴⁹ Yargıtay 22 HD, 5363/10480, 03.05.2018, karar için bkz *Gerekçeli İçtihatlı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulaması C II* (Türk İş / Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği 2019) 215.

özel istihdam bürosu ya da ödünç veren (sürekli) işveren yahut işçi tarafından haklı nedenle feshedilip edilemeyeceği üzerinde durulmamıştır. Burada haklı nedenle fesih sebeplerinin ortaya çıkabileceği ihtimali kabul edilmek suretiyle değerlendirme yapılmıştır.

Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde geçici işçinin işvereni, özel istihdam bürosu olduğundan (İŞK m 7/11) büronun faili ve fiili öğrenmesiyle birlikte altı iş günlük süre işlemeye başlar. Bu itibarla, geçici işçiyi çalıştıran işverenin fiili ve faili öğrenmesinin altı iş günlük süreye etkisi yoktur. Özel istihdam bürosunun fiili ve faili öğrendiği ihtimalde de meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin varlığı sürenin işlemesine engel değildir. Bir yıllık hak düşürücü süre, her durumda olayın gerçekleştiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Açıkladığımız bu hususların meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi açısından da geçerli olduğu kabul edilmelidir¹⁵⁰. Önemle vurgulayalım ki ulaştığımız sonuçlar, kabul ettiğimiz görüş uyarınca fesih hakkının iş sözleşmesinin tarafı olarak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde sadece özel istihdam bürosuna ve meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinde de sadece ödünç veren işverene ait olması halinde geçerlidir. Kanaatimizce savunmak mümkün olmasa da, eğer iş sözleşmesinin fesih hakkının özel istihdam bürosu ya da ödünç veren işveren yanında geçici işverene ait olduğu da ileri sürülürse, geçici işverenin öğrenmesi de şüphesiz altı iş günlük süreyi başlatır.

8. Feshin Hak Düşürücü Süre İçinde Yapıldığının İspatı

Feshin hak düşürücü süre içinde yapılıp yapılmadığının ispatına ilişkin öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, sözleşmeyi fesheden taraf fesih hakkını süresi içinde kullandığını ispat etmekle yükümlüdür¹⁵¹. Bunun dışında işverence gerçekleştirilen fesihte sözleşmenin altı iş günü içinde sonlandırıldığının ispatının işverene ait olduğu ileri sürülmüştür¹⁵².

Diğer görüş ise, işçilik alacaklarını talep eden davacının feshin süresi içinde yapılmadığını ispat etmekle yükümlü olduğu, kısacası anılan sürelerin geçtiğini ileri süren tarafın bunu ispat etmesi gerektiği yönündedir¹⁵³. Başka bir görüş de benzer şekilde, fesih yetkisinin kural olarak hak düşürücü süre içinde kullanılmış sayılacağını, fesih iradesini açıklayan tarafın bu süreye uyduğunu ispat etmesinin kendisinden beklenemeyeceğini belirtmiştir¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Öğretide geçici iş ilişkisinde ödünç veren işverenin, ödünç alan işverene fesih haklarını kullanma konusunda temsil yetkisini vermesinin hukuka uygun olduğu belirtilmiştir, bkz Baycık (n 18) 294. Temsil yetkisinin verilmesi halinde ise, yetki verilen ödünç alan işverenin fiili ve faili öğrenmesi de süreyi başlatmalıdır.

¹⁵¹ Yürekli (n 5) 265; İren (n 5) 1336; Ekmekçi ve Yiğit (n 5) 618.

¹⁵² Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat (n 5) 634; Sümer (n 5) 284. Öğretide *Kaplan* da işverenin öğrenmesinden uzun bir süre sonra iş sözleşmesini feshettiğini işçi ileri sürdüğünde, feshin süresinde yapıldığının işverence ispat edilmesi gerektiğini ifade etmiştir, bkz Kaplan (n 5) 173. Yargıtay 7 HD, 3317/13326, 02.06.2016 (Lexpera).

¹⁵³ Özdemir (n 5) 332.

¹⁵⁴ Çenberci (n 5) 600.

II. İş Sözleşmesinin Ahlak ve İyi Niyet Kurallarına Uymayan Nedenler Dışında Haklı Nedenle Feshinde Süre

A. Öğretideki Görüşler ve Altı İş Günlük/Bir Yıllık Sürelerin Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu

İş Kanununda fesih hakkının kullanılabilmesine ilişkin süre, İşK m 26'da yer almıştır. Yukarıda özellikle, “Bir Yıllık ve Altı İş Günlük Sürelerin Uygulama Alanı” ve “İş Sözleşmesinin Ahlak ve İyi Niyet Kurallarına Uymayan Nedenler Dışında Haklı Nedenle Feshinde Süre” başlıkları altında detaylı biçimde açıklandığı üzere, anılan düzenlemedeki sürelerin iş sözleşmesinin ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzeri durumlara (İşK m 24/II, İşK m 25/II) dayanılarak feshedilmesi halinde uygulama alanı bulacağına şüphe duyulmamalıdır.

Hükümde ahlak ve iyi niyet kurallarına ilişkin haklı nedenler dışındaki nedenler bakımından ise süre kabul edilmemiştir. Farklı bir deyişle, iş sözleşmesinin işçi tarafından İşK m 24/I uyarınca sağlık nedenleriyle veya İşK m 24/III gereğince zorlayıcı nedenlerle feshinde ya da iş sözleşmesinin işverence İşK m 24/I hükmüne göre sağlık nedenleriyle yahut İşK m 25/III doğrultusunda zorlayıcı nedenlerle veya İşK m 25/IV uyarınca işçinin gözüaltına alınması ve tutuklanması sebebiyle derhal feshinde hak düşürücü süreye ilişkin açık bir düzenleme İşK m 26'da bulunmamaktadır.

1475 sayılı Kanun döneminde öğretide *Saymen*, sağlık sebepleri ile mücbir sebep hususunda herhangi bir süre olmadığını, bu haller devam ettiği sürece haklı nedenin mevcut bulunduğunu ve her an yenilendiğini ancak sona erdikten sonra sözleşmenin feshinin mümkün olmadığını savunmuştur¹⁵⁵. *Oğuzman* da benzer şekilde, ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık dışındaki durumlarda süre verilmediğini, söz konusu haller devam ettiği sürece haklı nedenle derhal fesih hakkının da varlığını koruyacağını ve hak sahibinin süre boyunca yeteri kadar düşünme fırsatının olduğunu, dolayısıyla nedenlerin sona ermesinden itibaren altı iş günü beklemesine gerek olmadığını belirtmiştir¹⁵⁶. *Erkul* da sürelerin yalnız ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan halleri işaret etmesi nedeniyle, 16. ve 17. maddelerde (1475 sayılı Kanun) taraflara sözleşmeyi fesih hakkını veren diğer hallerin gerçekleşmesinde yani sağlık nedenleri ve zorlayıcı nedenlere dayanılarak yapılan fesihlerde 18. maddedeki sürelerin uygulanmayacağını, nedenler var olduğu sürece fesih hakkının devam ettiğini belirtmiştir¹⁵⁷. *Çenberci* de hak düşürücü sürelerin ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hallerde dayanılarak yapılacak fesihler bakımından uygulama alanı bulacağını, sağlık nedenleriyle ve zorlayıcı nedenlerle gerçekleştirilecek fesihlerde sürelerin dikkate alınmayacağını

¹⁵⁵ Saymen (n 5) 613.

¹⁵⁶ Oğuzman (n 5) 112.

¹⁵⁷ Erkul (n 5) 153.

ve bağışlama varsayımı çerçevesinde sonuca ulaşılacağını açıklamıştır¹⁵⁸. *Tunçomağ* ise, söz konusu görüşlerden farklı sayılacak nitelikte olmak üzere, 1475 sayılı İşK m 18'deki sürelerin 1475 sayılı İşK m 16/III ve m 17/III'deki zorlayıcı nedenlerle fesihlerde de uygulanması gerektiğini ifade etmiştir¹⁵⁹. *Kaplan*, fesih hakkının kullanımına ilişkin ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık dışındaki bir nedenle sözleşmenin feshinde fesih hakkının kullanılması gereken süreye ilişkin genel kural olmadığını ancak MK m 2 hükmünün esas alınacağını ileri sürmüştür¹⁶⁰. *Caniklioğlu*, bildirim süresini altı hafta geçtikten sonra işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmemesi halinde, bu durumun hakkın sonradan kullanılmayacağı anlamına gelmediğini ve işçi iyileşmediği sürece işverence sözleşmenin feshedebileceğini, işçinin gelip çalışmaya başlamasından sonra ise artık bu nedene dayanarak sözleşmenin derhal feshedilemeyeceğini açıklamıştır¹⁶¹. *Yazar* ayrıca genel biçimde, sağlık sorunu devam ettiği sürece fesih hakkının kullanılabilceğini, sorun ortadan kalktıktan sonra artık hakkın kullanılmayacağını, bununla birlikte uzun bekleme süresi öngörülemeyen hâller için daha farklı yaklaşılması gerektiğini, bu itibarla işçinin kendi kastı ya da derli toplu olmayan yaşayışı yahut alkole düşkünlüğü sebebiyle hastalanmasına bağlı olarak ortaya çıkan devamsızlık nedeniyle fesihte işverene uygun bir düşünme süresinin tanınmasının isabetli olacağını, sürenin uzunluğu konusunda ise, İş Kanunundaki sürenin kıyasen uygulanabileceğini ifade etmiştir¹⁶². *Odaman*, 1475 sayılı Kanun m 16/I ve III ile m 17/I ve II'te düzenlenen sağlık sebepleri ve zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması halinde m 18'deki sürelerin uygulanmasının isabetli olacağını öne sürmüştür¹⁶³.

4857 sayılı İş Kanunu döneminde öğretilde *Süzek* altı iş günlük ve bir yıllık hak düşürücü sürelerin İşK m 26 ile sadece ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hallere dayanılarak gerçekleştirilen fesihlerde uygulanacağını kabul edildiğini, sağlık nedenleri veya zorlayıcı nedenlerle yapılan fesihlerde söz konusu sürelerin uygulanmayacağını belirtmiştir¹⁶⁴. *Narmanlioğlu*, hastalığın devamı ya da belli bir süre geçtikten sonra zorlayıcı sebebin devamı süresince bildirimsiz fesih hakkının kullanılabilceğini, söz konusu durumların ortadan kalkması halinde ise, kanunda açık bir süre olmadığından hakkın dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanılacağını açıklamıştır¹⁶⁵. *Tunçomağ/Centel* tarafından ise, İşK m 26/I'deki sürelerin İşK m 24/I ve İşK m 25/I'de belirtilen sağlık nedenleriyle ve İşK m 24/III'te yer alan zorlayıcı

¹⁵⁸ Çenberci (n 5) 595.

¹⁵⁹ Tunçomağ (n 5) 317.

¹⁶⁰ Kaplan (n 5) 174.

¹⁶¹ Caniklioğlu (n 5) 248, 249.

¹⁶² Ibid 279, 280.

¹⁶³ Odaman, *Fesih Hakkı* (n 5) 258-259.

¹⁶⁴ Süzek (n 5) 690.

¹⁶⁵ Narmanlioğlu (n 5) 411. *Yazar*, İşK m 25/IV'te fesih hakkı düzenlenmişse de buna ilişkin süre olmadığını da ayrıca belirtmiştir, bkz ibid 411.

nedenlerle yapılan fesihler için de uygulanması gerektiği zira haklı nedenle fesih hakkının kullanılmaması halinde bunun nedeninin haklı sayılmadığı veya fesihten vazgeçildiği anlamına gelebileceği ileri sürülmüştür¹⁶⁶. *Akyiğit* de, İşK m 24/I ve İşK m 25/I'deki haller için altı iş günlük sürenin dikkate alınacağını ancak İşK m 24/III ve İşK m 25/III bakımından zorlayıcı neden sona ermeden fesih hakkının kullanılması gerektiğini savunmuştur. Ayrıca *Akyiğit*, bu gibi durumlarda altı iş günlük sürenin uygulanacağı, bir yıllık sürenin uygulanmasının ise anlamlı olmadığı düşüncesindedir¹⁶⁷. *Ekmekçi/Yiğit*, İşK m 24/II ve İşK m 25/II dışındaki nedenlerle gerçekleştirilen haklı fesih nedenleri için İşK m 26'nın uygulanmayacağını, fesih hakkını kullanma süresinin fesih nedeninin devamına bağlı olduğunu, fesih nedeni ortadan kalktığında fesih hakkının da ortadan kalktığını belirtmiştir¹⁶⁸. *Ergin*, sağlık nedenleriyle derhal fesih hakkının kullanılması gereken sürenin her olayın özelliğine göre dürüstlük kuralı çerçevesinde belirleneceğini açıklamıştır¹⁶⁹. *Birben*, hakkın etkisizleşmesinin kuramsal olarak uygulanabileceğini öne sürmüştür¹⁷⁰.

Görüldüğü üzere öğretide konuya ilişkin görüş birliği olmadığı gibi, İşK m 26'daki sürelerin İşK m 24/II ve İşK m 25/II dışındaki fesihler için de aranması gerektiğini ileri süren önemli yaklaşımlar bulunmaktadır. İşK m 26'daki sürelerin diğer haklı nedenle derhal fesih sebepleri için de uygulanıp uygulanmayacağını belirlemede öncelikli olarak konuya ilişkin Kanunda boşluk olup olmadığı değerlendirilmelidir. Farklı bir deyişle, ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık dışında sözleşmenin herhangi bir haklı nedenle derhal fesih hakkının kullanımı için hak düşürücü süreye ilişkin boşluk olup olmadığı açıklanmalıdır. Ulaşılabilecek sonuç, anılan hâllerde dikkate alınacak sürenin tespiti bakımından da son derece önemlidir.

3008 sayılı Kanun¹⁷¹ döneminde haklı nedenle derhal fesih hakkı, işçi ve işveren bakımından -4857 sayılı İş Kanuna benzer biçimde- sağlık nedenleri, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışlar ve zorlayıcı nedenler başlıkları altında düzenlenmiştir (3008 sayılı Kanun m 15 ve m 16). Anılan Kanunda bir yıllık süre kabul edilmemiş, altı iş günlük sürenin de ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranış nedeniyle gerçekleştirilen fesihler bakımından uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

1475 sayılı Kanunda da işçi ve işveren için bildirimsiz fesih hakkı üç ana bent ile düzenlenmiş, altı iş günlük ve bir yıllık hak düşürücü süreler ise yine sadece ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranışlara dayalı yapılacak fesihler için kabul edilmiştir.

¹⁶⁶ Tunçoğmağ ve Centel (n 5) 235.

¹⁶⁷ Akyiğit (n 5) 1330.

¹⁶⁸ Ekmekçi ve Yiğit (n 5) 613, 618.

¹⁶⁹ Ergin (n 5) 168.

¹⁷⁰ Birben (n 5) 463.

¹⁷¹ İş Kanunu, Kanun Numarası: 3008, Kabul Tarihi: 08.06.1936, RG 15.06.1936/3330.

Kanun koyucu 4857 sayılı İş Kanununda da -3008 ve 1475 sayılı Kanunlarda olduğu gibi-haklı nedenle derhal fesih sebeplerini (sağlık nedenleri, ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık, zorlayıcı nedenler, işçinin gözüaltına alınması veya tutukluluk) düzenlediği hükümlerden (İşK m 24, İşK m 25) hemen sonra hak düşürücü süreye yer vermiş (İşK m 26) ve yine hak düşürücü süreyi açık bir şekilde sadece ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranış nedeniyle yapılan fesihler için belirlemiştir.

Mülga kanunlardaki düzenlemeler, hükümlerin içeriği, sürelerin yer aldığı maddeler ve bunların kanunlardaki sıralaması dikkate alındığında kanun koyucunun yaklaşımının unutkanlık sonucu gerçekleşmediği, bilinçli olduğu kanaatindeyiz. Özellikle konunun ele alınışının **1936'da** yürürlüğe giren 3008 sayılı Kanundan itibaren aynı yönde olduğu dikkate alındığında kanun koyucunun 1936'dan itibaren ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık oluşturan fesihler dışındaki haklı nedenler için hak düşürücü süreyi unuttuğunu kabul etmek isabetli olmayacaktır.

Ayrıca önemle vurgulayalım ki gerekli olmasına rağmen kanun koyucunun düzenleme yapmaması kanunda boşluk olarak değerlendirilmelidir. Kanun koyucunun yaklaşımının açıkladığımız şekilde olmasının nedeni, söz konusu hollere ilişkin gün, hafta, yıl şeklinde önceden rakamsal olarak açık bir süre belirlemeyi gerekli görmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Gerçekten aşağıda açıklanacağı üzere, bazı bildirimsiz fesih nedenleri niteliği gereği süreyi kendi içinde barındırmaktadır. Fesih nedeninin niteliği gereği sürenin ortaya çıkmadığı nedenler açısından ise yine herhangi bir sürenin dikkate alınmayacağı sonucuna varılmaz. Zira öğretilerde de belirtildiği üzere, yenilik doğuran haklar için kanunda ya da hukuki işlemde hak düşürücü süre öngörülmemişse muhatapın maruz kalacağı hukuki belirsizliği ortadan kaldıracak iki imkan vardır¹⁷². Buna göre muhatap, hak sahibine uygun bir süre tayin edebilir ya da hakkın uzun süre kullanılmaması ve muhatapta hakkın kullanılmayacağına dair güven yaratılması suretiyle hakkın etkisizleşmesi söz konusu olur¹⁷³.

Yenilik doğuran haklardan olan fesih hakkının muhatapı için de aynı imkanlar şüphesiz geçerlidir. Ancak açıkladığımız ilk imkanın kullanılması iş ilişkilerinin yapısı gereği çok mümkün olmayabilir. Bununla birlikte iş ilişkilerinde hakkın etkisizleşmesi kurumu daha dikkate alınabilir niteliktedir. Kanaatimizce iş ilişkilerinin özelliği esas alındığında, failin ve fiilin bilinmesine rağmen makul sayılacak bir süre içinde iş sözleşmesinin sona erdirilmemesi halinde hakkın kullanılmayacağı yönünde muhatapta güven oluştuğunun kabulü gerekir. Bu itibarla da makul süre sonunda hakkın kullanılma imkanı ortadan kaybolur.

Sonuç olarak kısaca ifade etmek gerekirse, İşK m 26'daki süreler, işçi ya da işveren tarafından haklı nedenle gerçekleştirilecek bütün fesihler için değil; iş

¹⁷² Buz (n 18) 263; Birben (n 5) 452.

¹⁷³ Buz (n 18) 263; Birben (n 5) 452, 453.

sözleşmesinin sadece ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hallere ve benzeri durumlara dayanılarak feshedilmesi halinde uygulama alanı bulacak olup¹⁷⁴ kanun koyucu bilinçli olarak diğer haklı nedenler bakımından gün, hafta, yıl şeklinde önceden rakamsal olarak açık bir süre belirlemeyi gerekli görmemiştir.

B. Dikkate Alınması Gereken Süreler

İş sözleşmesinin sağlık nedenleriyle, zorlayıcı sebeplerle işçi veya işveren tarafından haklı nedenle feshinde ya da işçinin gözüne alınması/tutuklanması gerekçesiyle işverence feshinde İşK m 26'daki sürelerin uygulanmayacağı görüşündersek de herhangi bir sürenin uygulanmayacağını savunmak mümkün değildir. Gerçekten, yenilik doğuran haklardan olması nedeniyle zamanaşımına tabi olmayan fesih hakkının herhangi bir süreye tabi olmayacağı benimsenirse, muhatap hakkın kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin sürekli bir hukuki belirsizlik içinde olur ki bu durum kabul edilemez.

Sonuç olarak İşK m 24/I, III, İşK m 25/I, III ve IV hükümleri uyarınca gerçekleştirilecek fesihlerde sürenin ne olduğu açıklanmalıdır. Kanaatimizce anılan hükümler gereğince yapılacak fesihlerde süre, her durumda sadece *makul süre* olarak ifade edilmemeli, her fesih nedeni dikkate alınmak suretiyle sonuca varılmalıdır.

İşK m 24/I,a ve b hükümlerinde “a) İş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa, b) İşçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçi bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulursa” iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı nedenle derhal feshedebileceği düzenlenmiştir.

İşK m 25/I,b’de “işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğuun Sağlık Kurulunca saptanması durumunda” işverence sözleşmenin haklı nedenle derhal feshedebileceği hükme bağlanmıştır.

Her iki düzenlemenin içeriği esas alındığında işçinin ya da işverenin, hükümdeki nedenler devam ettiği sürece fesih hakkını kullanabileceğini kabul etmek isabetli olur. Anılan nedenler ortadan kalktıktan sonra makul süre içinde sözleşmenin feshedebileceğini savunmak ise hükümlerin içeriğiyle bağdaşmaz. Zira nedenler sona erdiğinde sözleşmenin feshedilmesini gerekli kılan hâller bitmiş olacağından işçinin ya da işverenin sözleşmeye devam etmesini veya sonlandırmasını düşünmesini gerektiren bir olgu kalmaz.

¹⁷⁴ Konuya ilişkin öğretideki açıklamalar için bkz Saymen (n 5) 613; Oğuzman (n 5) 112; Tunçomağ (n 5) 317; Erkul (n 5) 153; Çenberci (n 5) 595; Süzek (n 5) 690; Tunçoğmağ ve Centel (n 5) 235; Narmanlioğlu (n 5) 411; Akyiğit (n 5) 1330; Kaplan (n 5) 174; Demircioğlu, Korkmaz ve Kaplan (n 5) 296; Kılıçoğlu ve Şenocak (n 5) 680-681; Özkaraca (n 5) 289; Arslan (n 5) 151; Elmas (n 5) 55.

İfade edelim ki ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranış sona erdikten sonra işçinin ya da işverenin sözleşmeyi feshedip etmeme konusunda belli süre düşünme ihtiyacı duyması, yukarıdaki düzenlemeler için geçerli değildir. Gerçekten İşK m 24/II ya da İşK m 25/II kapsamındaki olay nedeniyle iş sözleşmesine devam edip etmeme noktasında düşünme süresine ihtiyaç duyulmasının gerekçesi, olayın durumun gösterdiği koşullara göre aradaki güven ilişkisini ortadan kaldırıp kaldırmadığının taraflarca değerlendirilmesidir. Daha net bir deyişle tarafların, ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranışın iş ilişkisinde olması gereken güveni sonlandırıp sonlandırmadığına karar vermeleri için düşünme gereksinimleri vardır. Oysa İşK m 24/I,a ve b ile İşK m 25/I,b,1 düzenlemelerinin uygulama alanı bulması için taraflar arasındaki güven ilişkisinin sona erip ermediği önemli değildir. Hükümde belirtilen esasların varlığı haklı nedenlerin ortaya çıkması için yeterlidir. Yinelemek gerekirse, söz konusu esasların son bulmasıyla birlikte de fesih hakkının sona erdiği kabul edilmelidir.

İşK m 25/I,a “*İşçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması veya engelli hâle gelmesi durumunda, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi*” halinde işverence sözleşmenin haklı nedenle derhal feshedilebileceği hükme bağlanmıştır. Söz konusu düzenlemedeki şartlar gerçekleştiğinde, yukarıda yer verdiğimiz hükümlere ilişkin ulaştığımız sonuçtan farklı olarak, işverene fesih hakkını kullanabilmesi için *makul bir süre* bir tanımak isabetli olur. Zira işveren, işçinin hastalanmasına ya da engelli hale gelmesine yol açan nedenlerin (kasıt, derli tolu olmayan yaşam, alkole düşkünlük) devam edip etmeyeceğini ve bu şekilde iş ilişkisinin olumsuz etkilenip etmeyeceğini değerlendirmek isteyebilir. Başka bir deyişle, maddedeki haklı nedenin şartları esas alındığında, işverenin düşünmesi feshi gerçekleştirme iradesinin ortaya çıkması bakımından etkili olacağından, maddede belirtilen gerekçeler doğrultusunda yapılan devamsızlığın sona ermesiyle birlikte haklı nedenin de derhal ortadan kalktığını savunmak mümkün değildir. Ancak işveren fesih hakkını, her somut olayın özelliğine göre şekillenecek makul süre geçtikten sonra kullanırsa, hakkın etkisizleştiği ve dolayısıyla sona erdiği sonucuna varılmalıdır.

Yukarıda açıklananlar dışında İşK m 24/III, İşK m 25/I,b,2, III, IV düzenlemelerinde işin bir haftadan fazla süre ile durmasını gerektiren zorlayıcı nedenin varlığı halinde işçi veya işveren tarafından ya da işçinin belli süre devamsızlık (İşK m 25/I,b,2 ve m 25/IV) yapmasına bağlı olarak işverence sözleşmenin haklı nedenle feshedilebileceği belirtilmiştir. Anılan maddelerin uygulama kabiliyeti bulması için işin durması gereken süre veya devamsızlık süresi ile işin durmasına ve işçinin devamsızlığına yol açan nedenler esas alındığında, fesih hakkının maddede belirtilen süreler boyunca var olduğu kabul edilmelidir. Başka bir deyişle, işçinin devamsızlığı son bulup çalışmaya

başladığında ya da zorlayıcı nedenin bitmesiyle birlikte işyerindeki faaliyete devam edildiğinde artık sözleşmeyi sona erdirmeye nedeni ortadan kalkmıştır. Nedenlerin sona ermesinden sonra tarafların düşünme veya araştırma süresine ihtiyaçları da bulunmamaktadır. Zira ifade ettiğimiz üzere, söz konusu maddelerdeki süreler araştırma ve düşünme için yeterlidir.

Yüksek Mahkeme ise bir kararında “...iş akdinin kullandığı bu raporlar sebebiyle 30.07.2016 tarihinde feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacının 20.07.2015-31.12.2015 ve 31.01.2016-13.06.2016 tarihleri arasında aldığı istirahat raporlarının süresi ayrı ayrı ihbar süresine ilaveten 6 haftalık süreyi aştığından söz konusu her iki istirahat döneminden sonra davalının 4857 İş Kanunu'nun 25/1-b maddesine göre fesih hakkı doğmuştur. 4857 sayılı İş Kanunu'nun **26. maddesinde bahsedilen hak düşürücü süre aynı Kanun'un 25/II. maddesine istinaden ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranışlar nedeniyle yapılan fesihlerde uygulanmakta olup diğer fıkralarda öngörülen fesih nedenleri bakımından hak düşürücü süre öngörülmemiştir. Bu durumda feshin makul sürede yapılması yeterlidir [...]** somut uyuşmazlıkta davacının aldığı son raporun üzerinden 6 iş günlük süre geçtikten sonra fesih yapılmışsa da davacının aldığı raporların süresi ve sıklığı dikkate alındığında iş akdi İş Kanunu'nun 25-1/b maddesine göre haklı nedenle feshedildiğinden...” şeklindeki ifadelerle yer vermek suretiyle, İşK m 25/1,b,2 hükmüne göre yapılacak fesihlerde İşK m 26'daki altı iş günlük sürenin uygulanmayacağı ancak feshin makul süre içinde yapılabileceği sonucuna ulaşmıştır¹⁷⁵.

III. İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Süre

İşverenlerin geçerli nedenle fesih hakkını kullanılabilecekleri süre Kanunda bulunmamaktadır. Bu noktada ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil eden haklı nedenler dışındaki sebeplere ilişkin ortaya çıkan hukuki sorunlar geçerli nedenle yapılacak fesihler için de söz konusudur. Dolayısıyla, geçerli nedenle fesih hakkının kullanılması gereken süreye ilişkin Kanunda boşluk olup olmadığı ve İşK m 26'daki sürelerin uygulama alanı bulup bulmayacağı soruları gündeme gelecektir.

Kanun koyucu iş güvencesine yönelik düzenlemelerle (İşK m 18, m 19, m 20, m 21), işveren için öngörülen haklı nedenle derhal fesih sebepleri (İşK m 25) arasındaki ilişkiyi gözeterek hareket etmiştir. Örneğin İşK m 19'da İşK m 25/II nedeniyle yapılan fesihlerde savunmanın alınmayacağı, İşK m 25/son'da işçinin İşK m 18, m 20 ve m 21 uyarınca dava açabileceği hükme bağlanmıştır. Ancak İşK m 26 ile iş güvencesi hükümleri bakımından herhangi bir bağ kurulmamıştır. İş güvencesiyle ilgili maddelerle, İşK m 25 arasındaki bağı dikkate alan kanun koyucu isteseydi, geçerli nedenlerle yapılacak fesihlerle İşK m 26 arasında da bağlantı kurardı. Farklı

¹⁷⁵ Yargıtay 9 HD, 2732/21461, 26.11.2018 (Lexpera).

bir deyişle, bilinçli hareket ettiği anlaşılan kanun koyucu İŞK m 26'daki sürelerin geçerli nedenlerle gerçekleştirilecek fesihlerde de uygulanacağı kanaatinde olsaydı, bunu açıkça düzenlerdi.

Sonuç olarak İŞK m 26'daki süreler, geçerli nedenle yapılan fesihlerde uygulama alanı bulmaz¹⁷⁶. Bu bakımdan Yargıtay kararlarında da açıklandığı üzere, İŞK m 24/II ve m 25/II'deki nedenlerle iş sözleşmesinin İŞK m 26 uyarınca kabul edilen süreler içinde feshedilmemesi feshin haklı olma özelliğini ortadan kaldırırsa da geçerli olmasını etkilemez¹⁷⁷.

Ayrıca yukarıda açıklanmış olmakla birlikte kısaca yeniden vurgulamak gerekir ki kanun koyucu İŞK m 24/II ve İŞK m 25/II dışındaki nedenler açısından süre belirlemeyi gerekli görmemiştir. Zira sürenin kanunda açıkça ortaya konmaması fesih hakkının kullanımında herhangi bir sürenin uygulanmayacağı anlamına gelmez. Buna göre muhatap, hak sahibine uygun bir süre tayin edebilir ya da hakkın uzun süre kullanılmaması ve muhatapta hakkın kullanılmayacağına dair güven yaratılması suretiyle hakkın etkisizleşmesi söz konusu olur¹⁷⁸. İş ilişkileri açısından failin ve fiilin bilinmesine rağmen makul sayılacak bir süre içinde iş sözleşmesinin sona erdirilmemesi halinde hakkın kullanılmayacağı yönünde muhatapta güven oluşur. Bu itibarla da makul süre sonunda hakkın kullanılma imkanı ortadan kaybolur.

Ulaştığımız sonuç çerçevesinde geçerli nedene dayanılarak yapılan fesihlerde İŞK m 26'daki süreler esas alınmayacaksa da¹⁷⁹, sınırsız bir süre içinde sözleşmenin geçerli nedenle feshine imkan tanımak da mümkün değildir. Geçerli nedenlerin işçinin davranışlarına, yetersizliğine veya işletmeye ilişkin olabileceği dikkate alındığında, nedenlerin ortaya çıkması halinde işverenin sözleşmeyi feshetmesi için belli bir süre düşünmeye ve araştırmaya ihtiyacı olur. Gerçekten de geçerli nedenlere bağlı olarak işçinin iş görme borcunu yerine getirip getirmediğinin, iş görme borcunun ihlali halinde bunun ileride de devam edip etmeyeceğinin, işçinin davranışlarının işyerinde olumsuzluklara yol açıp açmadığının, işletmesel nedenlerle işçinin işinin ortadan kalkıp kalkmadığının vb hususların herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirlenmesinden sonra feshin yapılabileceği kabul edilmelidir. Esasen geçerli nedenle feshe ilişkin kabul edilen süreç de belli bir sürenin geçmesi gerekliliğini kendiliğinden ortaya çıkarır. Misal olarak, işçinin uyarılması, savunmasının alınması, feshe sona çare bakma ilkesi çerçevesinde bazı önlemlerin uygulanması vb gereklilikler süreyi

¹⁷⁶ Sützek (n 5) 585-586; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat (n 5) 544; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 5) 1031-1032; Akyiğit (n 5) 1329, 1331; Demircioğlu, Korkmaz ve Kaplan (n 5) 296; Kılıçoğlu ve Şenocak (n 5) 680; Çil (n 5) 2006; İren (n 5) 1340.

¹⁷⁷ Yargıtay 9 HD, 31552/19088, 27.11.2017 (Lexpera); Yargıtay 9 HD, 29485/17628, 07.11.2017 (Lexpera); Yargıtay 9 HD, 21328/14312, 27.09.2017 (Lexpera); Yargıtay 9 HD, 9527/21185, 22.11.2018 (Lexpera).

¹⁷⁸ Buz (n 18) 263; Birben (n 5) 452, 453.

¹⁷⁹ Öğretide isabetle *Birben* de haklı nedenle fesih için öngörülen hak düşürücü sürelerin kıyasen uygulanmasının söz konusu olmayacağını, ihtar ile bildirimsiz feshin birbirinden farklı durumlar olduğunu ayrıca doldurulması gereken kural boşluğundan da bahsedilemeyeceğini açıklamıştır, bkz Birben (n 5) 465-466.

zorunlu kılar. İfade edelim ki bazı fesihler bakımından savunma alma ve uyarıda bulunma zorunluluklarının olmaması da ulaşılan sonucu değiştirmez.

Sonuç olarak yukarıda İşK m 24/I, III, İşK m 25/I,b,1 ve 2, III, IV gereğince yapılacak fesihlerde makul süre ölçütünün kabulü mümkün görülmemişse de geçerli nedenlerin taşıdığı özellikler ve feshe ilişkin izlenmesi gereken süreç nedeniyle geçerli nedenle yapılacak fesihlerde *somut olayın özelliğine ve feshin niteliğine göre belirlenecek* “makul süre” ölçütü esas alınmalıdır¹⁸⁰.

Vurgulayalım ki geçerli neden devam ettiği sürece makul sürenin geçmesi söz konusu olmaz. Bu itibarla, işçinin davranışı veya yetersizliği iş görme borcunun gerektiği biçimde ifasını engellediği veya işyerinde olumsuzluklara sebebiyet verdiği sürece sürenin işlemeye başlamasının söz konusu olmadığı sonucuna varılmalıdır. Aynı sonuç şüphesiz işletmesel nedenlerin devamında da benimsenmelidir.

Yüksek Mahkeme de isabetli biçimde işe iade talepli davalarda altı iş günlük süreyi esas almadan makul süre içinde feshin yapılıp yapılmadığının araştırılmasının yeterli olduğunu kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme konuya ilişkin olarak bir kararında, “...*Dairemizin yukarıda anılan kararında da belirtildiği gibi, davalı işverenin haklı nedenle fesih hakkının altı iş günlük hak düşürücü süre içinde kullanıp kullanmadığının ileride açılacak kıdem ve ihbar tazminatı talepli davada değerlendirilmesi mümkün olup, yukarıda belirtilen nedenle fesih için en azından geçerli neden bulunduğu anlaşıldığından, davanın reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulü hatalıdır...*” sonucuna ulaşmıştır¹⁸¹.

Geçerli nedenle yapılan fesihlerde makul sürenin ne olduğu ise her somut olay bakımından ele alınmalıdır. Yargıtay da “...*Geçerli fesih nedeninin doğmasından sonra, feshin etkisizleştiği ve geçersizliğini yitirdiği sonucunun çıkarılabilmesi için ne kadar bir süre geçmesi gerektiği konusunda mutlak bir süre verilemez. Haklı neden için öngörülen 26. maddede belirtilen süre de ölçü olamaz. Süre unsuru, somut olayın özellikleri ile birlikte değerlendirilmelidir. Özellikle davranış ve yeterlilik nedeni ile fesihte, fesih hakkının kullandığı anda işçinin feshe konu edilen davranışı işyerinde olumsuzluklara neden olmaya devam ediyor ve iş yerinde iş ilişkisinin devamını etkiliyorsa, bir anlamda işçinin davranışı veya diğer geçerli nedenler etkisini yitirmemiş ise, makul süre geçmediğinin kabulü gerekir...* davalının sunduğu tabloya

¹⁸⁰ Öğretide *Odaman*, Yargıtay’ın muğlaklığı engellemek amacıyla makul süre kavramından yararlanmasının isabetli olduğunu ancak yine de anılan ifadenin belirsizlik taşıdığını ve özellikle davranışlar ve yeterlilikle alakalı fesihlerde sözleşmesi feshedilecek işçinin ihbar önelinin misal olarak yarı kadar bir sürenin fesih için hak düşürücü süre olarak belirlenmesinin muğlaklığı ortadan kaldırılabileceğini öne sürmüştür, bkz Serkan Odaman, ‘İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı’ *Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011 (İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği Semineri / Kamu-İş)* (XII Levha 2013) (‘İş İlişkisinin Sona Ermesi’) 181, 182 (Değerlendirme). *Birben* ise, fesih hakkının daha kısa veya uzun bir sürede kullanılmasını haklı kılan nedenler olmadığı sürece İşK m 17’deki sürelerden hareketle makul sürenin belirlenmesi gerektiğini açıklamıştır, bkz *Birben* (n 5) 471. Yargıtay 9 HD, 24429/29361, 12.9.2005 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 9790/1003, 02.02.2009 (Legalbank); Yargıtay 22 HD, 38769/20286, 03.10.2017 (Legalbank); Yargıtay 9 HD, 16046/10923, 19.06.2017 (Legalbank).

¹⁸¹ Yargıtay 9 HD, 17267/11400, 03.07.2017 (Legalbank).

göre en son 2015 yılı Ağustos ayında istirahat aldığı görülmüş olup, iş sözleşmesinin 12/01/2016 tarihinde feshedildiği en son rapora göre feshin makul süre içinde yapılmadığı...” sonucuna varmıştır¹⁸².

IV. İş Sözleşmesinin Feshine İlişkin Deniz İş Kanununda Düzenlenen Hak Düşürücü Süreler

Deniz İş Kanununun “fesih hakkını kullanma öneli” başlıklı 15. maddesinde, “14 üncü maddede işveren, işveren vekili veya gemiadamına tanınan akti feshetmek yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu öbür tarafın öğrendiği gündün başlayarak (6) işgünü geçtikten ve herhalde fiilin vukuundan itibaren bir sene sonra kullanılamaz” düzenlemesine yer verilmiştir. Görüldüğü üzere, düzenleme ile İŞK m 26 ile aynı uzunlukta hak düşürücü süreler kabul edilmiştir.

Sürelerin öngörüldüğü fesih nedenleri bakımından her iki Kanun arasında herhangi bir farklılığın olup olmadığı üzerinde de kısaca durulmalıdır. DİK m 14’te işçi ve işveren için ayrı bentlerde (I ve II) hem de ortak bentte (III) fesih nedenleri yer almaktadır. Bahsi geçen düzenlemedeki fesih nedenlerinin bazıları İŞK m 24/II ve İŞK m 25/II’deki nedenlere, bir kısmı ise diğer bentlerdeki sebeplere benzemektedir. Örneğin DİK m 14/I ve II numaralı bentlerde yer alan nedenlerin –m 14/I,b hariç olmak üzere- İŞK m 24/II ve İŞK m 25/II’deki nedenlerle aynı nitelikte olduğu ileri sürülebilir. DİK m 14/I,b ve m 14/III,a,b’deki hâllerin ise İş Kanunundaki ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan durumlarla benzer özelliğe sahip olduğu söylenemez.

Buna karşılık DİK m 15 ile kanun koyucu, 4857 sayılı İş Kanunundan farklı olarak, DİK m 14’teki bütün nedenler bakımından altı iş günlük ve bir yıllık sürelerin uygulanacağını hükme bağlamış gibi gözükmektedir. Zira İŞK m 26’dan farklı biçimde, DİK m 15 ile m 14’teki belirli bentlere atıf yapılmaksızın, süreler düzenlenmiştir. Sadece bu durum esas alınırsa İş Kanunundan farklı olarak, Deniz İş Kanununda bütün nedenler için altı iş günlük ve bir yıllık sürelerin benimsendiği sonucuna varılır.

¹⁸² Yargıtay 9 HD, 35051/768, 22.01.2018 (Legalbank); Yüksek Mahkeme bir kararında 17 günlük süreyi makul süre olarak değerlendirmiştir, Yargıtay 22 HD, 7712/5870, 13.03.2019 (Lexpera); başka bir kararında da 11 günlük süre makul süre olarak nitelendirilmiştir, Yargıtay 9 HD, 3958/22732, 10.12.2018 (Legalbank); feshin 29.01.2016’da gerçekleştiği ve Bölge Adliye Mahkemesinin makul sürenin geçtiğine karar vermiş olduğu olaya ilişkin Yargıtay “Somut olayda bir turizm firması olan davalı şirkette transporter olarak çalışan ve tura çıkacak otobüslerin kalkışının sağlanması ya da dönen otobüslerin karşılanması gibi görevleri de olan davacıya 29/11/2015 tarihinde otobüs kalkış noktası olan ...’taki görevine gitmediği ve görevini başka bir çalışana devrettiği belirtilerek savunması alındıktan sonra kanama cezası verilmiştir. Bu olaydan kısa bir süre sonra 13/12/2015 tarihinde davacının aynı eylemi tekrarladığı, aynı gün telefonla arayarak işe alkollü olduğundan gelemeceğini bildirdiğinin Baha isimli çalışan tarafından maille işverene bildirildiği, davacıdan alınan savunmada ise davacının fazla mesai yapmayı kabul etmediğini bildirdiği, davacının iş akdinin bu olaydan sonra 4857 sayılı İş Kanunu’nun 25/1-d ve 25/1-h maddeleri gereğince feshedildiği ancak feshin 6 iş günlük hak düşürücü içinde yapılmadığı dosyadaki bilgi ve belgelerden sabittir. Davalı işverenin hak düşürücü süreye riayet etmemesi fesihte haklılığı ortadan kaldırmakla birlikte dairemiz uygulamasına göre feshin geçerliliğine etki etmeyeceğinden, haklı neden ağırlığında olmasa da davacının eylemleriyle işyerinde olumsuzluğa neden olduğu anlaşıldığından feshin geçerli nedene dayandığının kabulü gerekmektedir...” sonucuna varmıştır, Yargıtay 9 HD, 68/10742, 13.05.2019 (Lexpera); başka bir karara konu olan olaydan anlaşıldığı üzere, öğrenme tarihi ile fesih arasında 1,5 aylık bir süre de makul süre olarak değerlendirilmiştir, Yargıtay 9 HD, 30461/18864, 22.11.2017 (Legalbank).

Ancak DİK m 15 hükmünde yer alan “iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu öbür tarafın öğrendiği günden başlayarak (6) işgünü geçtikten ve herhalde filin vukuundan itibaren bir sene sonra kullanılamaz” ifadeleri, sürelerin m 14’teki bütün nedenler için uygulanabilir nitelikte olmadığını göstermektedir. Gerçekten de söz konusu ifadeler, DİK m 14/III,a’daki “geminin herhangi bir sebeple 30 günden fazla bir süre seferden kaldırılması” şeklindeki fesih nedeni bakımından uygulanabilir değildir. Farklı bir deyişle anılan bent, *bir davranışta bulunulması* şeklindeki fiili içermez.

Diğer taraftan İşK m 24/II ve İşK m 25/II’deki ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hâllerle benzerlik göstermeyen DİK m 14/I,b ve m 14/III,b’de yer alan nedenler açısından sürelerin kabul edildiği savunulabilir. Bu itibarla, Deniz İş Kanunu ve İş Kanununda her ne kadar aynı uzunlukta süreler hükme bağlanmışsa da, sürelerin uygulanması gereken nedenler açısından farklılık yaratılmıştır.

Son olarak belirtelim ki, altı iş günlük sürenin hesabı da 4857 sayılı İş Kanunundan farklı olmalıdır. Zira Deniz İş Kanununun “hafta tatili” başlıklı 41. maddesinde liman hizmeti ve şehir hattı gemilerinde gemiadamının haftada altı günden fazla çalıştırılmasının yasak olduğu hükme bağlanmıştır. *Hükümde belirtilen istisnalar dışında* gemilerde yürütülen işler açısından haftanın her günü iş günü kabul edilmelidir. Bu itibarla, söz konusu istisnai durumlar açısından hafta tatil günü belirlenmeden günlerin hesaplanması gerektiği kanaatindeyiz.

V. İş Sözleşmesinin Basın İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Feshinde Süre

Basın İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki iş sözleşmelerinin haklı nedenle derhal feshedilmesi gereken süreye ilişkin açık düzenleme anılan Kanunlarda yoktur. Ayrıca İşK m 10/2 uyarınca, süresiz işlere İşK m 26 hükmü uygulanmayacağından ve bu işler bakımından da Türk Borçlar Kanunu esas alınacağından, söz konusu ilişkiler için de açık bir biçimde hak düşürücü sürenin kabul edilmediği sonucuna varılır.

İş Kanunu m 26’daki hükmün Basın İş Kanununa ve Türk Borçlar Kanununa tabi sözleşmeler için uygulanabilir olup olmadığı üzerinde de kısaca durulmalıdır. Çalışmamızda benimsediğimiz görüş doğrultusunda tekrar ifade edelim ki anılan Kanunlarda düzenleme olmaması konuya ilişkin boşluk olduğu anlamına gelmez. Dolayısıyla, İş Kanunundaki hükümlerin bahsi geçen kanunlar için uygulanabilirliği de tartışma konusu yapılamaz.

Bununla birlikte Basın İş Kanununda ve Türk Borçlar Kanununda konuya ilişkin boşluk olduğu kabul edildiğinde dahi farklı bir sonuca ulaşmak kanımızca mümkün

değildir. Zira 4857 sayılı İş Kanunu ile diğer bireysel iş kanunları arasında özel kanun-genel kanun ilişkisi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, hak düşürücü süreye ilişkin düzenlemenin genel kanunda yer aldığı, dolayısıyla Basın İş Kanununda boşluk olduğu gerekçesiyle, Basın İş Kanunu kapsamındaki iş ilişkilerinde de İşK m 26'nın uygulanması gerektiği şeklindeki bir yaklaşım kanaatimizce isabetli değildir.

Ayrıca İşK m 26 hükmünün Türk Borçlar Kanununa veya diğer bireysel iş kanunlarına tabi iş ilişkilerinde de uygulanacağına yönelik İş Kanununda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanun koyucu, İşK m 26'daki sürelerin Türk Borçlar Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamındaki sözleşmeler için de uygulanmasını isteseydi, bunu açıkça ortaya koyardı düşüncesindeyiz. Zira her ne kadar kanun yapma tekniği açısından isabetli olmasa da kanun koyucu İş Kanunundaki bazı düzenlemelerin Kanun kapsamında olmayan ilişkiler için de uygulanabilirliğini kabul etmiştir. Misal olarak asgari ücretin, analık izninin, zamanaşımı sürelerinin diğer iş ilişkilerinde de dikkate alınması gerektiği açıkça İş Kanununda hükme bağlanmıştır (m 39, m 74, ek m 3).

Çalışmamızda da belirttiğimiz üzere, hak düşürücü süreye ilişkin açıkça bir sürenin öngörülmemesi sözleşmenin her zaman feshinin mümkün olduğu anlamına gelmez. Basın İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki iş sözleşmeleri, somut olayın özelliğine göre *makul süre* içinde feshedilmelidir¹⁸³. Bu bakımdan somut olayın koşullarına göre gereğinden uzun bir bekleme, feshe dayanak alınacak olayların haklı neden olarak değerlendirilmekten vazgeçildiği anlamı taşır ve iş sözleşmesinin buna rağmen feshi hukuka uygun bir feshin sonucu doğurmaz¹⁸⁴.

VI. İş Sözleşmesinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Uyarınca Kanun Dışı Grev ve Lokavt Nedeniyle Feshinde Süre

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununda¹⁸⁵ (STİSK) işverenin, kanun dışı grevin yapılması kararına katılan veya böyle bir greve katılmaya ya da devam teşvik eden işçilerin iş sözleşmelerini haklı nedenle feshedebileceği, benzer biçimde işçilerin kanun dışı lokavtın yapılması hainde iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği hükme bağlanmıştır (m 70/I, III).

Konumuz bakımından önemli olan husus, fesih hakkının kullanılabilmesi süreye ilişkindir. Kanunda fesih hakkının kullanılabilmesi süre düzenlenmemiştir¹⁸⁶. Bu

¹⁸³ Oğuzman (n 5) 111; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 5) 801. *Oğuzman*, sürenin her olaya göre değişeceğini ancak kurumun özelliği gereği sürenin kısa olması gerektiğini belirtmiştir, bkz Oğuzman (n 5) 112.

¹⁸⁴ Oğuzman (n 5) 111; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 5) 801; ayrıca bkz Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1046/535, 22.03.2017 (Legalbank); öğretilde Türk Borçlar Kanunu açısından da hak düşürücü kesin bir sürenin getirilmesi ve haklı nedenin doğması halinde tarafların fesih hakkını derhal veya iki/üç gün içinde kullanması gerektiği belirtilmiştir, bkz Yürekli (n 5) 265.

¹⁸⁵ Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Kanun Numarası: 6356, Kabul Tarihi: 18.10.2012, RG 07.11.2012/28460.

¹⁸⁶ Konuya ilişkin açıklamalar için bkz Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat (n 5) 1047, 1048.

noktada İşK m 26'daki sürelerin, kanun dışı grev ve lokavta nedeniyle yapılacak fesihlerde uygulanması gerektiği öne sürülebilir. Gerçekten de kanun dışı grev ve lokavtın İşK m 24/II ve İşK m 25/II'de düzenlenen ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranış olarak değerlendirilebilmesi, sürelerle ilişkin kıyasın yapılabileceğini akla getirir de, kıyasın yapılabilmesi için gerekli olan boşluk hükümde mevcut değildir. Çalışmamızda kabul ettiğimiz görüş doğrultusunda yinelemek gerekirse, fesih hakkının kullanımına ilişkin açıkça sürenin öngörülmemesi halinde süre tayini ve hakkın etkisizleşmesi yoluyla hakkın kullanılmasının önüne geçmenin mümkün olduğu unutulmamalıdır. Kanun koyucunun bu olasılıkların farkında olarak bu tutumu devam ettirdiği kabul edilmelidir. Nitekim toplu iş hukukuna ilişkin mülga kanunlarda da konuya ilişkin düzenleme yoktu ve buna karşılık yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, 3008, 1475 sayılı Kanunlarda ve yürürlükteki Deniz İş Kanunda, 4857 sayılı İş Kanununda ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık halinde fesih hakkının kullanımı süreye bağlanmıştı. Kanun koyucunun ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı nitelikteki yasa dışı grev ve lokavt için uzun yıllarca süre öngörmemesi veya İş Kanununda düzenlenen altı iş günlük süreye atıfta bulunmaması karşısında yasa dışı grev ve lokavta bakımından süreyi unuttuğundan bahsetmek mümkün görülmemelidir.

Ayrıca STİSK kapsamında sadece 4857 sayılı İş Kanuna tabi çalışanların olmadığı da unutulmamalıdır. Dolayısıyla, kanun dışı grev veya lokavt halinde kıyasan uygulama kabul edilse bile, bu 4857 sayılı Kanun uyarınca işçi ve işverenler için geçerli olur. Deniz İş Kanunu kapsamındakiler bakımından ise anılan Kanunun 14. maddesi uygulama kabiliyeti bulur. Ancak BİK ve TBK kapsamındaki işçiler açısından anılan süreler kıyas yoluyla uygulamayacağından, aynı hukuka aykırı fiil farklı sürelerle tabi kılınmış olur ki ortaya çıkan bu sonucun hukuki güvenliği zedeleyeceği şüphesizdir. Misal olarak yasa dışı grev ve lokavtta, İşK ile DİK kapsamındaki işçiler için altı iş günlük süre uygulanacakken, BİK ve TBK işçileri içinse makul sürenin dikkate alınması gündeme gelir.

Kanun dışı grev ve lokavta ilişkin uygulamada ortaya çıkabilecek olasılıklar önceden kati biçimde sürenin belirlenmesine engeldir. Misal olarak taraflar, STİSK m 71 gereğince grev ve lokavtın kanun dışı olup olmadığını her zaman talep edebilirler. Ancak konuya ilişkin tespit davası açmaları bir zorunluluk değildir. Tespit davasının açıldığı bir olasılıkta mahkemenin yasa dışı grev veya lokavtın varlığına hükmetmesi halinde derhal veya karardan itibaren altı iş günü içinde sözleşmenin feshi beklenmemelidir. Zira hükmün tespit niteliği taşıdığı dikkate alındığında, karara rağmen taraflar yasa dışı greve veya lokavta devam edebilirler. Bu durumda süreklilik arz eden davranış nedeniyle hak düşürücü sürenin işlemeye başlamadığı ve dolayısıyla geçmesinin de mümkün olmadığı sonucuna varılmalıdır. Keza mahkeme kararıyla yasa dışı grevin veya lokavtın varlığına hükmedildiğinde, grev veya lokavt sona erse bile farklı bir sonuca ulaşmak mümkün olmamalıdır. Farklı bir deyişle bu

olasılıkta da tarafların iş sözleşmesini derhal feshetmeleri beklenmemelidir. Zira işçi ya da işveren tespit hükmüne rağmen sözleşmeyi derhal feshetmek istemeyebilirler. Şüphesiz tarafların sınırsız bir düşünme haklarının olması da belirsizlik açısından kabul edilemeyeceğinden feshin makul süre içinde yapılması savunulmalıdır. Davanın açılması ve kanun dışı grev veya lokavta ilişkin tespit hükmü verilmesi karşısında -söz konusu hukuka aykırılık da son bulmuşsa- makul sürenin çok uzun olmaması gerekmektedir. Tarafların dava açmaları zorunlu olmadığından davanın açılmadığı olasılıklar açısından da yasa dışı grev veya lokavtın sona erdiği tarihten itibaren fesih hakkının kullanımı için makul süre uzun olmamalıdır.

VII. Feshin Süresi İçinde Gerçekleştirilmemesinin Sonucu

Yukarıda belirttiğimiz sürelerde sözleşmenin feshedilmemesi durumunda feshin hukuki niteliği ve feshe bağlı ortaya çıkacak sonuçlar önemlidir. Sonuçlar, işveren ya da işçi tarafından gerçekleştirilen fesihler bakımından farklılık gösterir. İşçinin iş güvencesi kapsamında olması da sonuçların özelliğini etkiler. Süresi içinde gerçekleştirilmeyen feshe bağlı sonuçların detaylı bir şekilde ele alınması çalışmamız sınırları içinde mümkün olmadığından sonuçlar üzerinde kısaca durulmuştur.

A. İşveren Tarafından Gerçekleştirilen Fesihlerde

İşveren, işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranması halinde, iş sözleşmesini İş Kanunu m 25/II'deki nedenlerden birine dayanarak feshederse ancak fesih İşK m 26'daki süreler içinde gerçekleşmezse, fesih haksız nitelik taşır¹⁸⁷. Farklı bir deyişle, işverenin İşK m 25/II uyarınca haklı nedeni olsa dahi, salt altı iş günlük ve/veya bir yıllık sürenin geçmiş olması feshi haksız kılar. Aynı şekilde iş sözleşmesinin işverence İşK m 25/I, III ya da IV hükümlerine göre feshedilmesi ancak feshin yukarıda ifade ettiğimiz sürelerde yapılmaması halinde de fesih haksız olur.

Haksız feshe bağlı olarak belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışmış olan işçi, işyerinde en az bir yıllık kıdeme sahip olmak şartıyla kıdem tazminatına hak kazanır (1475 sayılı Kanun m 14). Bunun dışında işçi belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışıyorsa, işverence sözleşme İşK m 17'deki bildirim süreleri tanınmadan feshedilmiş olduğundan işçi ihbar tazminatı talep eder. Belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi ise ihbar tazminatı alamayacaksa da TBK m 438/2 gereğince bakiye süre ücretine hak kazanır.

İşçi belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışsa ve iş güvencesi kapsamında olmasa dahi, salt sürenin geçmiş olması nedeniyle kötü niyet tazminatına hak kazanamayacağı düşüncesindeyiz. Zira kötü niyet tazminatı, fesih hakkının MK m 2'ye aykırı biçimde kullanılması halinde işçi tarafından talep edilebilecek bir tazminattır.

¹⁸⁷ Süzek (n 5) 690; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat (n 5) 635; Akyiğit (n 5) 1331.

Sürenin geçmesi nedeniyle haksız nitelik taşıyan feshe dayalı olarak TBK m 438/3'te düzenlenen haksız fesih tazminatı da istenemez. Anılan maddede hakimin, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, ayrıca miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebileceği hükme bağlanmıştır. Bu itibarla somut olaydaki fesih nedeni, kişilik haklarının ihlal edilip edilmediği, işçinin işyerindeki görevi, kıdemi, mesleki kıdemi, vb olgular dikkate alınarak haksız fesih tazminatına hükmedilecek ya da edilemeyecektir. Farklı bir deyişle, sürenin geçmiş olması tek başına haksız fesih tazminatının ortaya çıkması için yeterli değildir.

İşçinin çalıştığı süre boyunca kullanmadığı yıllık izinleri, İşK m 59 gereğince sözleşme ne şekilde sona ererse ersin sözleşmenin sona ermesiyle birlikte ücret alacağına dönüşeceğinden, işçi ücret alacağına dönen yıllık ücretli izin alacağını talep eder. Aynı şekilde İşK m 32/6 doğrultusunda işçiye sözleşmenin sona ermesiyle birlikte, ücreti ile sözleşmeden ve kanundan doğan para ile ölçülmesi mümkün olan menfaatlerin de ödenmesi zorunludur.

İşçi, iş güvencesi kapsamındaysa yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, feshin İşK m 26'daki süreler içinde yapılmaması feshi geçersiz kılmaz. Ancak makul süre içinde feshin gerçekleştirilmemesi halinde fesih geçersiz sayılır. Buna ilişkin olarak İşK m 21 hükmü uygulama kabiliyeti bulur.

İş güvencesi kapsamındaki işçi, feshin geçersizliğinin tespiti davası (işe iade davası) açmadan doğrudan işçilik alacaklarına ilişkin dava da açabilir. İşe iade davası dışındaki davalarda, feshin geçerli ya da geçersiz oluşu kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazanma koşullarının belirlenmesinde etkili değildir. Farklı bir deyişle, fesih geçerli de olsa geçersiz de olsa işçi, işyerinde en az bir yıl çalışmış olması koşuluyla, kıdem tazminatına hak kazanır. Aynı şekilde geçerli fesih de yapılırsa, işçiye İşK m 17 uyarınca süre verilmelidir. Bu bakımdan, işe iade davası yerine kıdem ve ihbar tazminatlarının tahsiline ilişkin dava açıldığında geçerli nedenle feshin süresi içinde yapılıp yapılmadığının araştırılmasının önemi yoktur.

Son olarak belirtelim ki işçinin 4857 sayılı İş Kanunu dışındaki diğer bireysel iş kanunlarına veya Türk Borçlar Kanununa tabi olması halinde feshin süresi içinde yapılmaması, feshi haksız kılacak ve anılan kanunlardaki sonuçlar doğacaktır.

B. İşçi Tarafından Gerçekleştirilen Fesihlerde

İşçi iş sözleşmesini hak düşürücü süre içinde feshetmezse, fesih yine haksız sayılır. Öyle ki işçinin İşK m 24 kapsamına giren bir nedeni olması dahi sonucu değiştirmez ve kıdem tazminatına hak kazanamaz. İşçi kıdem tazminatı elde edemeyeceği gibi, belirsiz süreli iş sözleşmesini İşK m 17'ye göre feshetmemiş olduğundan, işverene ihbar tazminatı ödemekle yükümlü olur. İhbar tazminatı ödeme yükümlülüğü şüphesiz belirsiz süreli iş sözleşmesinin varlığı halinde söz konusudur.

İşçinin sözleşmeyi hak düşürücü süre için feshetmemesine bağlı olarak işverenin TBK m 439'da düzenlenen tazminata hak kazanamayacağı düşüncesindeyiz. Farklı bir deyişle, iş sözleşmesinin salt hak düşürücü süre için feshedilmemiş olması işverene TBK m 439'daki talep etme hakkı vermez.

İşçinin 4857 sayılı İş Kanunu dışındaki diğer bireysel iş kanunlarına veya Türk Borçlar Kanununa tabi olması halinde feshin süresi içinde yapılmaması, feshi haksız kılacak ve anılan kanunlardaki sonuçlar doğacaktır.

Sonuç

4857 sayılı İş Kanununda fesih hakkının kullanılabilmesine ilişkin süre, açık bir şekilde sadece m 26'da bulunmaktadır. Ancak anılan hükümdeki süreler, işçi ya da işveren tarafından gerçekleştirilecek bütün fesihler için kabul edilmemiştir. Gerçekten maddedeki süreler, iş sözleşmesinin sadece ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hallere ve benzeri durumlara dayanılarak feshedilmesi halinde uygulama alanı bulur.

İş sözleşmesinin işverence İşK m 25/II dışında herhangi bir haklı nedenle feshinde bir yıllık ya da altı iş günlük süreler dikkate alınmaz. Farklı bir söyleyişle, İşK m 25/I uyarınca sağlık nedenleriyle, İşK m 25/III gereğince zorlayıcı nedenlerle, İşK m 25/IV doğrultusunda işçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması neticesinde bildirim süresi kadar devamsızlık yapması nedeniyle iş sözleşmesinin işverence haklı nedende feshinde İşK m 26'daki süreler uygulanmaz. İş sözleşmesinin işverence İşK m 25/II'deki nedenler dışında herhangi bir haklı nedenle feshedilmesinde İşK m 26'daki süreler uygulanmayacağı gibi, geçerli nedenle yapılan fesihlerde de anılan hükümdeki süreler göz önünde bulundurulmaz.

Aynı şekilde iş sözleşmesinin işçi tarafından İşK m 24/II dışındaki herhangi bir haklı nedenle, farklı bir anlatımla İşK m 24/I uyarınca sağlık sebepleriyle ya da İşK m 24/III hükmüne göre zorlayıcı nedenlerle feshinde de İşK m 26'daki süreler dikkate alınmaz.

İşK m 24/II ve İşK m 25/II dışındaki haklı nedenler açısından düzenlemelerin içeriği esas alınmak suretiyle süre açısından sonuca varılmalıdır. Bu bağlamda haklı nedenle derhâl feshe ilişkin düzenlemelerin (İşK m 24 ve İşK m 25) içeriği doğrultusunda işçinin ya da işverenin, hükümdeki nedenler devam ettiği sürece fesih hakkını kullanabileceğini kabul etmek isabetli olur. Anılan nedenler ortadan kalktıktan sonra makul süre içinde sözleşmenin feshedilebileceğini savunmak ise hükümlerin içeriğiyle bağdaşmaz. Zira nedenler sona erdiğinde sözleşmenin feshedilmesini gerekli kılan hâller bitmiş olduğundan işçinin ya da işverenin sözleşmeye devam etmesini veya sonlandırmasını düşünmesini gerektiren bir olgu kalmaz. Bununla birlikte düzenlemenin niteliği gereği sadece İşK m 25/I,a'da yer verilen haklı nedenle

fesih sebebi için makul süre araştırılması yapılmalıdır. Ayrıca İşK m 25/I,a gereğince yapılacak fesihlerde olduğu gibi, geçerli nedenlerin taşıdığı özellikler ve feshe ilişkin izlenmesi gereken süreç nedeniyle geçerli nedenle yapılacak fesihlerde de somut olayın özelliğine ve feshin niteliğine göre belirlenecek makul süre ölçütü esas alınmalıdır.

İşK m 26'da yer alan sürelerin uygulama alanı dışında, bunların emredicilik yapısı çalışmamızda incelenmiştir. Hükmün lafzı, bir yıllık sürenin mutlak emredici olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Bunun dışında maddenin düzenleniş amacı doğrultusunda, hem altı iş günlük sürenin hem de bir yıllık sürenin mutlak emredici olduğu kabul edilmelidir. Gerçekten İşK m 26'daki hak düşürücü sürelerle öncelikle tarafların maddi menfaatini korumak amaç edinilmemiş, bunun yerine hukuki belirsizliğin önüne geçilmek ve bu şekilde hukuki güvenlik sağlanmak istenmiştir. Kanun koyucu, tarafların süreleri değiştirebileceğini kabul etmek isteseydi, herhangi bir süre öngörmezdi. Zira çalışmamızda da sıklıkla ifade ettiğimiz üzere sürenin kanunda yer almadığı durumlarda, "muhatapça süre tayin etmek" veya "somut olaya göre belli sürenin geçmesi ve hak sahibinin de hakkı kullanmayacağına dair yarattığı güvenle hakkın etkisizleşmesinin ortaya çıkması" suretiyle fesih hakkının kullanılacağı sürenin doğrudan ya da dolaylı tespiti mümkün olabilecekti. Kanunda, tarafların iradelerine bağlı olarak sürenin belirlenebildiği bu iki imkana olanak tanımak yerine, süreler kati şekilde hükme bağlanarak belirsizliğin uzunluğu mutlak şekilde ortaya konmuştur.

Altı iş günlük ve bir yıllık sürelerin uygulanmasında ortaya çıkan hukuki sorun, sadece sürelerin uygulama alanı ve hükmün emredicilik yapısıyla ilgili değildir. Bir yıllık sürenin uygulanmamasına yol açan maddi çıkar kavramından ne anlaşılması gerektiği üzerinde de durulmuştur. Maddi çıkar kavramının genel bakımdan anlamını belirlemek kolay olsa da madde açısından anlamını tayinde hükmün amacı da esas alınmalıdır. Kanun koyucu, İşK m 26 ile hak düşürücü süreyi kabul ederek muhatapın hukuki belirsizlik içinde olmasının önüne geçmek suretiyle hukuk güvenliğini sağlamak istemiştir. Nihai amacı hukuki belirsizliği gidermek olan bir kurala "maddi çıkar" gerekçesiyle istisna getirilmiştir. Maddi çıkar ifadesi değerlendirilirken, bu amaç mutlak suretle dikkate alınmalıdır. Daha net bir ifadeyle, hak düşürücü sürenin kamu düzeni veya kamu yararı için kabul edildiği düşünüldüğünde, getirilen istisnai uygulamanın da aynı amaca hizmet etmesi gerektiğini savunmak makul olur. Bu itibarla kamu düzenini ihlal etmeyen bir davranışın, kamu düzenini sağlamak için getirilmiş bir hükmün istisnasını oluşturamayacağını kabul etmek isabetlidir. Sonuç olarak işçinin maddi çıkar elde etmesine sebebiyet veren İşK m 25/II kapsamına giren davranışı ile kamu düzeninin de bozulduğu kanaatine varılırsa, bir yıllık sürenin uygulanmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Bir yıllık sürenin uygulanmasını etkileyen istisnai hâl dışında, altı iş gününün uygulanması açısından iş günü kavramı da değerlendirilmiştir. Bu bağlamda İşK m 26 hükmünün uygulanmasında iş gününün,

hafta tatil günü hariç olmak üzere, her durumda altı gün olarak değerlendirilmesi hem olası hukuki sorunların önüne geçmek hem de hükmün amacını sağlamak bakımından uygun olacaktır.

Çalışmamızda bir yıllık ve altı iş günlük sürelerin uygulanmasını yakından etkilediği için özellik arz eden durumlar da değerlendirilmiştir. Bu kapsamda özellikle ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışın devam etmesi, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışın araştırılması, söz konusu davranışların ceza davasına konu olması, fiilin ve failin öğrenilmesine rağmen iş ilişkisine devam edilmesi hâllerinde bir yıllık ve altı iş günlük sürelerin ne zaman işlemeye başlayacağı üzerinde durulmuştur. Bunun yanında bir yıllık ve altı iş günlük süreler bakımından fesih hakkının kullanılması da değerlendirilmiştir. Bu çerçevede yetkisiz kişi tarafından fesih hakkının kullanılmasının süreye etkisi, fesih beyanının yanlış kişiye yöneltilmesinin süreye etkisi, fesih beyanının şeklinin süreye etkisi, fesih beyanının hak düşürücü süre içinde süre verilerek kullanılmasının süreye etkisi, üçlü ilişkilerde süre konuları da açıklanmıştır.

Çalışmamız kapsamında uygulama alanının geniş olması nedeniyle ağırlıklı olarak 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında süre değerlendirilmişse de diğer bireysel iş kanunları ve TBK açısından da konu ele alınmıştır. Ayrıca iş sözleşmesinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu uyarınca yasa dışı grev ve lokavt nedeniyle feshinde süre konusu da değerlendirilmiştir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Akyiğit E, *İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi C I* (3. Bası, Seçkin 2008).
- Alpagut G, *İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı* (Beta 2010).
- Arslan S, *İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı* (XII Levha 2012).
- Baycık G, *İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin 2011).
- Birben E, 'İşverenin İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Etkisizleşmesi' (2013) 15(Özel Sayı/Special Issue) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 451-480.
- Buz V, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin 2005).
- Caniklioğlu N, *Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi* (Beta 2002).
- Çelik N, Caniklioğlu N ve Canbolat T, *İş Hukuku Dersleri* (32. Bası, Beta 2019).
- Çenberci M, *İş Kanunu Şerhi* (6. Bası, 1986).
- Çil Ş, *İş Kanunu Şerhi* (2. Bası, Turhan 2007).
- Demircioğlu M, Korkmaz D ve Kaplan HA, *Sorularla 4857 Sayılı İş Yasası* (4. Bası, Beta 2018).
- Doğan-Yenisey K, 'İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı' *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016 (İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği Semineri)* (XII Levha 2018) 387-563.
- Ekmekçi Ö ve Yiğit E, *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (XII Levha 2020).
- Elmas S, *Türk İş Hukukunda Haksız Fesih* (Lykeion 2018).
- Erdem M, *Özel Hukukta Zamanaşımı* (XII Levha 2010).
- Ergin H, *Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi* (Beta 2009).
- Erkul İ, *Uygulamalı Sosyal Politika Dersleri, Türk İş Hukuku (1475 Sayılı İş Kanunu ve Uygulaması) C I* (1985).
- Esener T, 'İşK. 18 (No. 2)' *İş Hukuku Uygulaması "İHU" Kararlar ve İncelemeleri İşK II* (Ze 1975).
- Eyrenci Ö, Taşkent S ve Ulucan D, *Bireysel İş Hukuku* (9. Bası, Beta 2019).
- İren E, 'Haklı Nedenle İş Sözleşmesinin Feshinde Hak Düşürücü Süreler' *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan C II* (Beta 2011) 1335-1342.
- Kaplan ET, *İşverenin Fesih Hakkı, Sınırları, Hüküm ve Sonuçları* (1987).
- Kılıçoğlu M ve Şenocak K, *İş Kanunu Şerhi* (3. Bası, Legal 2013).
- Limoncuoğlu SA, 'İşçinin İş Sözleşmesini Psikolojik Tacize Dayalı Olarak Haklı Nedenle Feshinde Hak Düşürücü Sürenin Başlangıcı (Karar İncelemesi)' (2013) 15(Özel Sayı/Special Issue) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 547-571.
- Mollamahmutoğlu H, Astarlı M ve Baysal U, *İş Hukuku* (6. Bası, Turhan 2014).
- Narmanlıoğlu Ü, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I* (5. Bası, Beta 2014).
- Odaman S, *İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyi Niyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı* (Kamu-İş 2003). (*Fesih Hakkı*).
- Odaman S, 'İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı' *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011 (İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği Semineri / Kamu-İş)* (XII Levha 2013) 129-235 ('İş İlişkisinin Sona Ermesi').
- Oğuzman K, *Hizmet (İş) Akdinin Feshi* (1955).
- Özdemir E, *İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları* (Beta 2006).
- Özkaraca E, *İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu* (Beta 2008).

Savaş FB, *İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi* (Beta 2012).

Saymen FH, *Türk İş Hukuku* (1954).

Sümer HH, *İş Hukuku Uygulamaları* (7. Bası, Seçkin 2019).

Süzek S, *İş Hukuku* (18. Bası, Beta 2019).

Tunçomağ K, *İş Hukuku (Genel Kavramlar-Hizmet Sözleşmesi ve Sendikalar Hukuku) C I* (1979).

Tunçomağ K ve Centel T, *İş Hukukunun Esasları* (9. Bası, Beta 2018).

Ulucan D, 'İşK. 18 (No. 3)' *İş Hukuku Uygulaması "İHU" Kararlar ve İncelemeleri İşK II* (Zet 1975).

Yürekli S, *Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi* (2. Bası, Beta 2014).

Çevrimiçi Kaynaklar/Online Sources

<https://legalbank.net/arama> (Legalbank)

<https://www.lexpera.com.tr/> (Lexpera)

Diğer Kaynaklar/Other Sources

Çalışma ve Toplum Dergisi (<http://www.calismatoplum.org/>)

Gerekçeli İçtihatlı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulaması C II (Türk İş / Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği 2019).



Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Paradigma: Hesap Verebilirlik İlkesi

Mehmet Bedii Kaya*

Öz

Siber risklerin değişen niteliği, analitik ve yapay zekâ uygulamalarıyla kişisel verilerin işlenmesinin yaygınlaşması, veri işleme ve saklama ortamlarının çeşitlenmesi, sektörel düzenlemelerin artması, klasik veri koruma yaklaşımlarının yetersiz kalmasına sebep olmuştur. Bu bağlamda, değişen veri koruma ve mahremiyet düzlemlerinde ortaya çıkan yeni riskler ve sorunlar için etkin bir çözüm olarak hesap verebilirlik ilkesi ortaya çıkmıştır.

Hesap verebilirlik ilkesi, salt mevzuata uyumu aşan ve kavramsal derinliği haiz bir paradigma değişikliğidir. Bu ilke, veri sorumlularının, veri koruma düzenlemelerine uyum için uygun ve etkin tedbirleri almasını ve talep halinde de bunu ispat etmelerini gerektirmektedir. Diğer bir deyişle hesap verebilirlik ilkesi, kişisel verilerin korunmasının bir veri sorumlusu nezdinde sürekli gözetilen, etkin şekilde uygulanan ve düzenli olarak denetlenen bir değer olduğunun ispatı sürecidir.

Bu makalenin amacı, veri koruma hukuku bağlamında hesap verebilirlik ilkesini mukayeseli olarak incelemektir. Çalışma, hesap verebilirlik ilkesinin temelini ve kapsamını sorgulamayı, diğer veri koruma ilkeleriyle ilişkisini tespit etmeyi ve ilkenin veri sorumluları ile veri işleyenler üzerindeki normatif etkisini ortaya koymayı hedeflemektedir.

Anahtar Kelimeler

Hesap verebilirlik, Veri koruma, Mahremiyet, Uyum, İspat

The New Paradigm of Data Protection Law: The Principle of Accountability

Abstract

The inadequacy of classical data protection approaches have been uncloaked by the evolving nature of cyber risks, the tremendous increase in personal data processing through analytics and artificial intelligence technologies, the diversification of data processing and storage environments and the proliferation of sectoral regulations. The principle of accountability is proposed as the most efficacious solution to tackle new emerging risks and challenges in the changing landscape of data protection and privacy contexts.

The principle of accountability is a paradigm shift in data protection which has a conceptual breadth and magnitude that goes far beyond mere compliance. It requires data controllers to implement appropriate and effective measures to comply with the principles and obligations set out under data protection regulations and to further demonstrate this compliance on request. This is a process of proving that the protection of personal data is an essential value that is constantly observed, effectively applied, and regularly audited by data controllers.

This article aims to provide a thorough analysis of the principle of accountability in the context of data protection law by adopting a comparative approach. The article aims to scrutinise the scope and underpinnings of the principle, identify its relationship with other data protection principles, and discuss the normative effects of such a principle has on data controllers and data processors.

Keywords

Accountability, Data protection, Privacy, Compliance, Proof

* **Sorumlu Yazar:** Mehmet Bedii Kaya (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Bilgi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Bilişim ve Teknoloji Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: mehmet@mbkaya.com ORCID: 0000-0001-5256-9854

Atf: Kaya MB, "Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Paradigma: Hesap Verebilirlik İlkesi" (2020) 78(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1859. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.4.0005>



Extended Summary

The possibilities for the use of personal data have increased tremendously as a result of a data-wide range of analytics tools, the Internet of Things (IoT), artificial intelligence technologies and other similar methods. As highlighted by the Article 29 Working Party, the amount of personal data that exists, is processed and is further transferred continues to grow; the ever-increasing amount of personal information is accompanied by an increase in its value in social, political and economic terms; and breaches of personal information may have significant negative effects for data controllers in public and private sectors.

The proliferation of national, regional, and international regulations for better protection of personal data and privacy have impacted business operations, government administrations and the personal activities of individuals. The inadequacy of classical data protection approaches have been unmasked by the evolving nature of cyber risks, the tremendous increase of personal data processing through analytics and artificial intelligence technologies, the diversification of data processing and storage environments and the proliferation of sectoral regulations. The principle of accountability is proposed as the most efficacious solution to tackle new emerging risks and challenges in the changing landscape of data protection and privacy contexts.

Accountability is a principle that exists in different national and international regulations, and its importance is increasing over time. For instance, OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, the pioneer instrument that addresses new and elevated privacy risks, prescribes the principle of accountability alongside other major data protection principles, such as collection limitation, data quality, purpose specification, use limitation, security safeguards, openness and individual participation principles. The OECD identified accountability as a key concept and underlined that a data controller should be held accountable for complying with measures which give effect to these principles.

While Convention 108 (Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data) did not explicitly include the principle of accountability, it is argued that the modernised Convention 108, also called as Convention 108+, is based on the accountability principle. The modernised Convention imposes broader obligations on those who process data or have data processed on their behalf. Accordingly, accountability becomes an integral part of the protective scheme, with an obligation on controllers to be able to demonstrate compliance with the data protection rules.

The Article 29 Working Party has underlined that there is an increasing need and interest in ensuring that data controllers take effective measures to deliver real data protection. The Article 29 Working Party's discussions on the legal architecture of

accountability-based systems has paid off. The principle of accountability is currently articulated under Article 5(2) of the General Data Protection Regulation (“GDPR”). The GDPR lays down six distinct data protection principles and requires controllers to be responsible for and be able to demonstrate compliance with these principles. This compliance requirement is briefly referred to as ‘accountability’.

Turkish Data Protection Law does not mention accountability among its principles, which is not surprising as Turkish Data Protection Law is modelled after Directive 95/46/EC. However, in the long term, accountability is expected to be included among other core data protection principles since the Turkish government, under the latest development plan, announced its intention to reform Data Protection Law in accordance with the GDPR.

The principle of accountability is a paradigm shift in data protection which has a conceptual breadth and magnitude that goes far beyond mere compliance. It requires data controllers to implement appropriate and effective measures to comply with the principles and obligations set out under data protection regulations and to further demonstrate this compliance on request. It is the process of proving that the protection of personal data is an essential value that is constantly observed, effectively applied, and regularly audited by data controllers. The principle of accountability imposes an increased duty of care on data controller and calls the data controller to act prudently according to changing risks. This principle is directly interlinked with other core data protection principles and creates a special liability regime. It could even be said that the principle encapsulates parts from all the data protection principles.

According to the Article 29 Working Party, common accountability measures may include the following non-exhaustive list: establishment of internal procedures; creation of written and binding data protection policies; maintenance of an inventory of data processing operations; appointment of a data protection officer; offering adequate data protection, training and education; implementing procedures to manage access, correction and deletion requests; establishment of an internal complaints handling mechanism; setting up internal procedures for the effective management and reporting of security breaches; performance of privacy impact assessments; and implementation and supervision of verification procedures. It is important to note that a data controller can determine the level of accountability that is desired to be achieved, which depends on the legal and institutional framework to which the controller is subject.

This article aims to provide a thorough analysis of the principle of accountability in the context of data protection law by adopting a comparative approach. The article aims to scrutinise the scope and underpinnings of the principle, identify its relationship with other data protection principles, and further discuss the normative effects of

such a principle has on data controllers and data processors. In the context of this analysis, the article will attempt to shed light on how to demonstrate compliance with requirements set out under data protection laws/regulations in a practical way.

Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Paradigma: Hesap Verebilirlik İlkesi

“Mevzuata uyumlu ve teknik olarak yapılması mümkün olan her şey, ahlaken sürdürülebilir olmayabilir.” Giovanni Buttarelli¹

Giriş

Bilgi ve iletişim teknolojilerinin hayatın her alanında kendisini hissettirdiği dijital dönüşüm, bu teknolojiler karşısında bireyi ve verilerini korumaya yönelik taleplerin artmasına, bu alanda yeni bir regülasyon dalgasının başlamasına sebep olmuştur. Kişisel verilerin en üst düzeyde korunmasına ilişkin dünyanın neredeyse tamamında gözlemlenen katı bir düzenleme eğilimi vardır.

Devletler, vatandaşlarının dijital mahremiyetlerini en üst düzeyde korumak için yasal düzenlemeler yapmakta, mevcut düzenlemelerini mevcut risklere göre güncellenmekte ve bu alanda kurallarını uluslararası antlaşmaların ışığında mümkün olduğunca yeknesaklaştırmaktadır.² Yeni kurallar yeni idari yapıların gerekliliğini de ortaya çıkarmış ve kişisel verilerin korunması alanındaki hukuki düzenlemeler daha ziyade bağımsız düzenleyici otoriteler eliyle icra edilmeye başlanmıştır.

Bilgi ve iletişim teknolojilerindeki dönüşüm, mevcut düzenlemelerin gözden geçirilmesinin ve regülasyon dalgasının momentumu olmuştur. Daha fazla verinin daha hızlı şekilde işlenmesine olanak tanıyan teknolojilerin yaygınlaşması ve nispeten makul ücretlerle bunların erişilebilir olması, 3G ile başlayan ve 5G ile farklı bir düzeye taşınan mobil bağlantıların yaygınlaşması, ağa bağlanan cihazların çeşitlenmesi ve her şeyin interneti (*Internet of Everything - IoE*) gibi teknolojilerin sağlıktan eğitime hayatın her alanında kullanılmaya başlanması, yapay zekâ teknolojilerinin yaygınlaşması, kullanılan sistemlerin iç içe geçmesi dönüşümü etkileyen temel teknik gelişmelerdir. Dijital dönüşüm tüm iş süreçlerini otomatikleştirmekte, otomatik olmayan veri işleme süreçlerini istisnai bir hale getirmektedir.

Hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin uluslararası ticaret hukuku kurallarının da etkisiyle dijital hizmet sağlayıcıların çok farklı coğrafyalara uzaktan hizmet sunmaya başlaması ise bu alandaki dönüşümü etkileyen en önemli gelişmelerden birisidir. Öyle ki, bir veri sorumlusu kişisel verinin elde edilmesi, sınıflandırması, anlamlandırılması veya sadece saklanması için farklı ülkelerde bulunan bazen veri işleyen bazen de ortak veri sorumlusu sıfatıyla hareket eden hizmet sağlayıcılarla

¹ “Not everything that is legally compliant and technically feasible is morally sustainable.” Giovanni Buttarelli (1957-2019) (European Data Protection Supervisor), EDPS ‘ICDPPC 2018 Debating Ethics: Dignity and Respect in a Data Driven Life (24 Ekim 2018)’ https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/18-10-24_choose_humanity_speech_en_1.pdf [Erişim Tarihi: 01.09.2020].

² Kişisel verilerin korunması alanındaki düzenlemeler ve bunları uygulayan düzenleyici otoriteler için bkz CNIL ‘Data protection around the world’ <https://www.cnil.fr/en/data-protection-around-the-world> [Erişim Tarihi: 01.09.2020].

çalışmak durumunda kalmaktadır. Bu durum, aynı anda birden fazla mevzuatın ve kuralının uygulanmasını kaçınılmaz kılmaktadır.

Kişisel verilerin korunması alanında Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü³ (“*GVK Tüzüğü*”) ile 108 sayılı Sözleşme olarak da anılan Avrupa Konseyi’nin Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi⁴ bu alandaki reformların temel çerçevesini oluşturmaktadır. 1981 tarihli 108 sayılı Sözleşme de bilgi ve iletişim teknolojilerinin dinamikliği karşısında reform edilmiş ve 108+ numaralı Sözleşme olarak da anılan 223 numaralı Sözleşme⁵, modern bir çerçeve çizmeye çalışmıştır.

Alanda ortaya çıkan yeni ihtiyaçlar ve bunlara karşılık üretilen yeni kurallar yeni idari yapıların gerekliliğini de ortaya çıkarmış ve kişisel verilerin korunması alanındaki hukuki düzenlemeler daha ziyade bağımsız düzenleyici otoriteler eliyle icra edilmeye başlanmıştır.

Kişisel veri işleme süreçlerinin hukuka uygun şekilde sürdürülmesinin temin edilmesi ve kişisel verilerin hukuka uygun şekilde işlendiğinin ispat edilmesi uygulamadaki temel sorunlardan biridir. Hatta bazen bir veri sorumlusu başka bir ülkede dolaylı olarak hesap vermek durumunda kalabilmektedir. Sektör-spesifik düzenlemelerin artması, sınır aşan veri akışlarının özel kurallara riayet edilmesini gerekli kılması ve yukarıda izah edilen dijital dönüşümdeki gelişmeler sebebiyle sınır aşan nitelikte olsun veya olmasın standart, hızlı, makul maliyetsiz ve güvenilir ispat araçlarının varlığı ve bu alanda yeknesak kuralların geliştirilmesi hem denetleyici otoriteler için hem de tüm paydaşlar için temel bir ihtiyaçtır.

Nihayetinde veri sorumluları, ilgili kişileri aydınlatmaktan, kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesini ve erişilmesini önlemeye, belirli koşullarda açık rızalarını almaktan kişisel verileri silme, yok etme ve imha etmeye kadar çok geniş yelpaze yükümlülükleri bulunmaktadır. Tüm bu hususlarda hukuka uygun davrandığını ispat külfeti veri sorumlusunun üzerindedir.

Dijital dönüşüm ve iş süreçlerinin karmaşıklaşması sadece veri sorumluları için değil, veri koruma otoriteleri için de ciddi maliyet doğurmakta ve sorun oluşturmaktadır. Yapay zekâ teknolojilerinin kullanıldığı, büyük ölçekli veri işlemenin gerçekleştiği ve içerik dağıtım ağlarıyla verinin parçalarının dünyanın farklı coğrafyalarına yayıldığı işlemler karşısında, veri koruma otoriteleri ile veri

³ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), OJ L 119, 4.5.2016.

⁴ Council of Europe, Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, (No. 108), Strasbourg, 28.01.1981.

⁵ Council of Europe, Amending protocol to the Convention for the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data, 18.05.2018.

sorumluları veya daha genel ifadeyle dijital hizmet sağlayıcılar arasında teknik bilgi asimetrisi oluşmaktadır. Hizmet sağlayıcılara girift teknolojiler ve yöntemleri kullanmayı yasaklamak ölçsüz bir tedbir olacağı için, otoritelerin teknik bilgi asimetrisini ortadan kaldıracak pratik denetim araçlarına ihtiyacı vardır.

Tüm bu sebeplerle, mevzuata uyum, uyumun ispatı ve otoritelerin paydaşları hızlı ve etkin şekilde denetleyebilmesi için yeni bir yaklaşıma ihtiyaç duyulmaktadır. Bu yaklaşım, hesap verebilirlik yaklaşımıdır. Hesap verebilirlik ilkesi (“*accountability principle*”), kişisel verilerin korunması alanındaki düzenlemelere uyumda temel bir paradigma değişikliğidir. Hesap verebilirlik, öz bir ilkedir. Ancak, bu ilke derinlemesine incelendiği zaman, aslında birden fazla veri koruma ilkesinin bu ilkedeki beslendiği ve bu ilkeyi doğrudan veya dolaylı olarak desteklediği görülmektedir.

Bu çalışma kapsamında öncelikle hesap verebilirlik ilkesi etraflıca incelenecek olup ilkenin esas mahiyeti ortaya koyulmaya ve ilke somutlaştırılmaya çalışılacaktır. Çalışma kapsamında, hesap verebilirlik ilkesinin kapsamı, diğer veri koruma ilkeleriyle ilişkisi, getirdiği temel yükümlülükler ve sorumluluklar ile veri sorumlusu ile veri işleyenlere etkileri incelenecektir. Bu inceleme bağlamında veri koruma düzenlemelerine uyum nasıl ispat edilebilir sorusuna yanıt bulunmaya çalışılacaktır. Bu amaçla, farklı nitelikteki veri koruma hukuku ispat araçları ele alınarak, bu araçların veri sorumluları tarafından kullanılabilme şartları ile araçların sunduğu avantajlar ve dezavantajlar incelenecektir.

Hesap verebilirlik kavramının muhtelif disiplinlerde çeşitli anlamları bulunmaktadır.⁶ Bu çalışma kapsamında hesap verebilirlik kavramı sadece veri koruma hukuku bağlamındaki anlamı ve kapsamıyla ele alınacaktır. Hesap verebilirlik ilkesi ve uyum ispat araçları konusu Avrupa Birliği hukuku ve Türk hukuku bağlamında ele alınacaktır. Metodolojik açıdan çalışmada mukayeseli hukuk ve doktrinsel inceleme metotları kullanılacaktır. Çalışmanın merkezinde Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (“GVK Tüzüğü”) ile Türk hukukundaki en temel yasal çerçeve olan 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu yer alacaktır. Bu alandaki sektör-spesifik düzenlemelere sadece önemli görülen yerlerde atıf yapılacaktır. Çalışmadaki temel amaç, veri koruma hukukunda hesap verebilirliğin ve ispatın nasıl gerçekleştirildiği sorusunun yanıtını bulmaktır. Bu sebeple, çalışmada tam veya yarı-yapısal herhangi bir ampirik çalışma yapılmamıştır. Konu hukuk bağlamında ele alındığı için ispat araçlarına ilişkin herhangi bir ekonomik analiz de gerçekleştirilmemiştir.

⁶ Etik, kamu yönetimi ve finans başta olmak üzere kavramın farklı manaları için bkz Paul De Hert, ‘*Accountability and System Responsibility: New Concepts in Data Protection Law and Human Rights Law*’ in Daniel Guagnin and others (eds), *Managing Privacy through Accountability* (Palgrave Macmillan 2012), 195-196; Ayrıca bkz Andrea C Bianculli, Xavier Fernández-i-Marín ve Jacint Jordana (eds), *Accountability and Regulatory Governance* (Palgrave Macmillan 2015); Jernej Letnar Černič, *Corporate Accountability under Socio-Economic Rights* (Routledge 2019).

Çalışmanın ilk bölümünde farklı düzlemlerde hesap verebilirlik ilkesinin nasıl düzenlendiği ve hangi anlamda kullanıldığı incelenecektir. İkinci bölümde, Avrupa Birliği hukuku açısından konu incelenecek ve üçüncü bölümde temel hesap verebilirlik araçları olan veri koruma etki analizi, veri koruma görevlisi ve davranış kuralları ile sertifikasyon konuları incelenecektir. Çalışmanın dördüncü bölümünde konu Türk hukuku bağlamında ele alınarak, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve bu kanunun uygulayıcısı Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun hesap verebilirlik ilkesine yaklaşımı analiz edilecektir. Son bölümde ise konuya ilişkin genel değerlendirmelere yer verilecektir.

I. Farklı Düzlemlerde Hesap Verebilirlik İlkesi

A. OECD

İktisadi İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (*Organisation for Economic Co-operation and Development - OECD*) tarafından 23 Eylül 1980 tarihinde kabul edilen Özel Yaşamın Gizliliğinin ve Sınır Aşan Kişisel Veri Dolaşımının Korunmasına İlişkin Rehber İlkeler, kişisel verilerin korunması alanında öncü bir uluslararası metindir.⁷ Bu Rehberde veri toplamının sınırlı olması (madde 7), veri niteliği (kalitesi) (madde 8), amacın belirliliği (madde 9), kullanımın sınırlanması (madde 10), veri güvenliği ilkesi (madde 11), açıklık (madde 12), kişisel katılım (madde 13) şeklinde ilkelere yer verilmiştir.

Tüm bu ilkeler, bunları yatay düzlemde kesen on dördüncü ilke olarak hesap verebilirlik ilkesi (madde 14) ile anlamlı hale gelmiştir. “Hesap Verebilirlik İlkesi” Rehberde şu şekilde tanımlanmıştır: “*Bir veri sorumlusu, belirtilen ilkelere uyulması için öngörülen önlemlere uymaması halinde sorumluluk taşımalıdır.*”

OECD Rehber İlkeleri, 2013 yılında gözden geçirilmiştir.⁸ 2013 yılındaki revizyonun odak noktası ise hesap verebilirlik ilkesi olmuştur. Risk yönetimi ile artırılmış beraber-çalışabilirlik konularına daha fazla yer veren güncel ilkelere, hesap verebilirlik ilkesinin uygulanmasına ilişkin müstakil bir üçüncü bölüm ayrılmış ve “*mahremiyet yönetim programı*” kavramsallaştırılmıştır. 1980 tarihli ilkeler ile 2013 tarihli ilkelere hesap verebilirlik karşılaştırıldığında, ilkinde sadece veri sorumlusunun sorumluluğundan bahsedilirken ikincisinde veri sorumlusunun düzenleyici otoritelere uyumu gerçekleştirmek için gerekli araçlara sahip olduğunu ispat etmesi gerekmektedir. Gerçekleştirilen revizyon ile sorumluluk, ispat edilebilir uyumla desteklenmiştir.

⁷ OECD, ‘*OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*’ (1980) <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecdguidelinesontheProtectionofPrivacyandTransborderFlowsOfPersonalData.htm> [Erişim Tarihi: 01.09.2020]

⁸ OECD, ‘*The OECD Privacy Framework - Recommendation of the Council concerning Guidelines governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*’ (2013) https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf [Erişim Tarihi: 01.09.2020], 11-17.

OECD 2013 Rehber İlkelerine göre, bir veri sorumlusu mahremiyet yönetim programı uygulamaya koymalıdır. OECD, sadece bu programı anmakla yetinmemiş, programın mahiyetini de açıklamıştır. OECD'ye göre mahremiyet yönetim programı, kontrolündeki tüm kişisel verilere ilkelerin uygulanmasını sağlamalı, faaliyetinin yapısı, ölçeği, boyutu ve hassasiyetine göre uygun olarak geliştirilmeli, mahremiyet risk değerlendirmesine dayalı uygun teminatları sağlamalı, yönetim yapısına entegre edilmeli ve iç denetim mekanizmaları kurmalı, taleplere ve olaylara yanıt verecek planlar içermeli, sürekli gözetleme ve periyodik değerlendirme ışığında güncellenmelidir.

Veri sorumlusu, mahremiyet uyum programını aktif bir şekilde tutmalı ve yetkili mahremiyet otoritesinin talebi durumunda bu programını sunmaya hazır olmalıdır. Mahremiyet yönetim programı, yerel mevzuat, uluslararası yükümlülükler, öz-düzenleyici programlar ve akdi düzenlemeleri de içermektedir.

Veri sorumlusunun bir diğer önemli yükümlülüğü ise, kişisel verileri etkileyen esaslı bir güvenlik ihlali olması durumunda mahremiyet otoriteleri ile ilgili diğer makamları bilgilendirmektir. İhlalin veri sükelerini (ilgili kişileri) de olumsuz etkileme ihtimali varsa, veri sorumlusu ayrıca etkilenen veri sükelerini de bilgilendirmelidir.

OECD, hesap verebilirlik ilkesinin öneminin zamanla arttığı ve veri korumada kurumsal sorumluluğu geliştirmek amacıyla kullanılan yeni bir araca dönüştüğü görüşündedir.⁹ Veri sorumlusunun, “kontrolündeki” tüm kişisel verilere ilişkin hesap verebilirlik mekanizmasını oluşturması gerekmektedir. Bu şekilde, sadece kendi iç faaliyetlerinden değil, kişisel verinin kime aktarıldığından bağımsız olarak tüm faaliyetlerden veri sorumlusu sorumlu tutulmaktadır.¹⁰

Veri sorumlusunun tüm faaliyetlerinde ve üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde bu sorumluluğu gözeterek uygun koruma mekanizmaları geliştirmesi beklenmektedir. OECD'ye göre veri sorumlusunun mahremiyet politikaları ve uygulamalarındaki uyumu adresleyen hükümler, bir güvenlik ihlali olması durumunda veri sorumlusuna bildirim yapmaya ilişkin protokoller, çalışanların talim ve eğitimi, alt-yüklenicilere ilişkin yükümlülükler ve denetim yapmaya ilişkin süreçler bu tür koruma mekanizmalarına örnektir.¹¹

Peki, mahremiyet yönetim programı nasıl kurgulanmalıdır? OECD, bu programı tasarlarırken ve uygularken esnekliğe ihtiyaç olduğunu belirtmektedir.¹² Esneklikten anlaşılması gereken, veri sorumlusunun faaliyette bulunduğu alan, işlediği veri boyutu veya verinin hassasiyetine göre farklı kapsam ve nitelikte bir tedbir alınması gerekliliğidir. Şöyle ki, birden fazla konum ve ülkede faaliyet gösteren büyük bir

⁹ OECD (n 8) 23.

¹⁰ OECD (n 8) 23.

¹¹ OECD (n 8) 23.

¹² OECD (n 8) 24.

veri sorumlusu ile tek bir konumda faaliyette bulunan küçük veya orta ölçekli veri sorumlusundan farklı nitelikte iç denetim mekanizması kurması beklenmektedir.

Farklı muamele gerekliliği verinin ölçüğü ve hassasiyeti için de geçerlidir. Dolayısıyla, mahremiyet yönetim programı her veri sorumlusu için özel olmalıdır ve sorumluluk da buna göre belirlenmelidir. Bu doğrultuda OECD, veri sorumlularının hesap verebilirlik ilkesi bağlamında sorumluluğu beklenirken aynı veya eşit statüde olanlara aynı veya eşit muamele yapılması gerektiğini hatırlatmaktadır.

OECD'nin 2013 yılında güncellediği rehber ilkelerindeki diğer bir odak noktası risk temelli yaklaşımdır. OECD, hesap verebilirliği temin için gerekli olan tedbirlerin bireylerin mahremiyetine ilişkin risklerin tanımlanması, analizi ve değerlendirilmesiyle tespit edilmesi gerektiğini, gerektiği durumlarda mahremiyet etki analizi gerçekleştirilmesi gerektiğini, mahremiyet yönetim programının gerekli olduğu durumlarda tasarımda mahremiyet (*privacy by design*) yaklaşımını da desteklediğini belirtmiştir.¹³

Hesap verebilirlik, kurumsal yönetim ile doğrudan bağlantılı bir konudur. OECD, mahremiyet yönetim programının veri sorumlularının kurumsal yapılarına entegre edilmesini ve uygun iç denetim mekanizmalarıyla desteklenmesini önermektedir.¹⁴ Kurumsal liderliğin desteğinin bu konuda kolaylaştırıcı olduğu vurgusunu yapan OECD, yeterli kaynak ve personelin programın sürdürülebilirliğine doğrudan etki ettiğini belirtmektedir. Keza, veri koruma görevlisinin varlığı da başarının bir diğer etkenidir.

Mahremiyet yönetim programının bir diğer önemli unsuru ise kişisel verilere ilişkin taleplere ve olaylara yanıt verecek planlardır. Özellikle olay müdahale planının varlığı şarttır. Nihayetinde mahremiyet yönetim programları statik değil, dinamik programlardır. Bu programlar, düzenli olarak gözden geçirilmeli ve risk ortamına uygunluklarını temin etmek amacıyla güncellenmelidir.

OECD'ye göre hesap verebilirliğin varlığından bahsedebilmek için henüz herhangi bir veri ihlalinin gerçekleşmediği veya uyumsuzluk iddiasının olmadığı bir aşamada mahremiyet yönetim programının etkinliği ve yeterliliği temin edilmiş olmalıdır.¹⁵ Bu konuda yetkili makamların talepleri durumda, uyum derhal ve pratik şekilde ispat edilebilmelidir.

OECD Rehber İlkeleri, hesap verebilirliğin sorumluluk boyutunu yeterince ortaya koymadığı ve yükümlülüğün muhataplarını müphem bıraktığı gerekçesiyle

¹³ OECD (n 8) 24.

¹⁴ OECD (n 8) 24.

¹⁵ OECD (n 8) 25.

eleştirilmektedir.¹⁶ Ayrıca, bağlayıcı olmaması sebebiyle etkili olmadığı da belirtilmektedir.¹⁷ Diğer yandan bu rehber ilkeler, uluslararası birçok düzenlemeye ilham kaynağı olmuş ve bu alandaki temel çerçevenin belirlenmesinde öncü olmuş, hesap verebilirlik ilkesinin daha bilinir olmasına önemli katkılar sunmuştur. 1980 yılında yalnızca bir söylem gibi görünen hesap verebilirlik ilkesi, 2013 yılında mutlak şekilde gözetilmesi gereken müstakil bir ilkeye evrilmiştir.

B. 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi

108 sayılı Sözleşme olarak da anılan Avrupa Konseyi'nin Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi, OECD Rehber İlkelerinin aksine bağlayıcı nitelikte bir uluslararası belgedir. 55 farklı ülke tarafından kabul edilen bu Sözleşme, Avrupa Konseyi üyesi olmayan devletlerin de taraf olmasıyla, bölgesel nitelikten uluslararası niteliğe kavuşmuştur.¹⁸ Sözleşme, birçok devletin kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuatının hazırlanmasına ve geliştirilmesine katkı sağlamıştır.¹⁹

108 sayılı Sözleşmede yer alan kişisel verilere ilişkin temel ilkeler şunlardır: verilerin niteliği (madde 5), hassas kişisel verilerin özel olarak korunması (madde 6), veri güvenliğinin sağlanması (madde 7), ilgili kişinin bilgi alma, verilere erişme ve gerektiğinde onları düzeltme hakkı (madde 8). Verilerin niteliği başlıklı 5. madde uyarınca otomatik işleme konu olan kişisel veriler, dürüst şekilde ve hukuka uygun şekilde elde edilir ve işlenir; belirli ve meşru amaçlar için saklanır ve bu amaçlara aykırı şekilde kullanılamaz; kaydedilme amaçlarına uygun ve yerinde olur ve aşırı olamaz; doğru bilgileri yansıtır ve gerektiğinde güncellenir; kaydedilme amaçlarını gerçekleştirmek için gerekli olan süreyi aşmayacak şekilde ilgili kişilerin kimliklerini belirlemeye imkan veren bir biçimde saklanır.

108 sayılı Sözleşme kişisel verilerin korunması alanında bağlayıcı kurallar getiren öncü bir düzenlemedir. Sözleşme belirli bir teknolojiyi dikte etmeksizin, genel ilkelerle taraf devletlere bu alanda esnek bir çerçeve sağlamıştır. Keza, kişisel verilerin uluslararası serbest akışı için özel bir kural getirerek liberal bir serbest dolaşım rejiminin altyapısını kurmuştur.

¹⁶ Graham Greenleaf, 'Accountability Without Liability: 'To Whom' and 'With What Consequences'? (Questions for the 2019 OECD Privacy Guidelines Review) *UNSW Law Research Paper No. 19-67* (2019) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3384427 [Erişim Tarihi: 01.09.2020], 4.

¹⁷ Paul De Hert ve Vagelis Papakonstantinou, 'The Council of Europe Data Protection Convention reform: Analysis of the new text and critical comment on its global ambition' (2014) 30 *Computer Law & Security Review* 633, 634.

¹⁸ 108 sayılı Sözleşmeye taraf olan devletler ve Sözleşmenin yürürlük tarihi için bkz Chart of signatures and ratifications of Treaty 108 https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108/signatures?p_auth=ligcOAUk [Erişim Tarihi: 01.09.2020]

¹⁹ Gloria González Fuster, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU* (Springer 2014), 92-93.

108 sayılı Sözleşme uyarınca kişisel verilerin akit devletler arasında serbest dolaşımı esastır. Sözleşmenin 12. maddesi uyarınca bir taraf devlet, münhasıran özel yaşamın korunması amacıyla kişisel verilerin diğer bir taraf devlete sınır ötesi akışını yasaklayamaz veya özel izne tabi tutamaz. Bu genel rejimin iki temel istisnası vardır: (1) belirli kişisel veri kategorileri için özel kurallar ve/veya korumalar getirilmiş olması ve aktarımın yapılacağı taraf devlette getirilen bu korumalara “eşdeğer” bir korumanın bulunmaması veya (ii) aktarımın 108 sayılı Sözleşmeye taraf olmayan üçüncü bir devlet aracılığıyla yapılacak olması.

108 sayılı Sözleşmenin tamamlayıcısı niteliğinde 181 sayılı Ek Protokol ile de hem veri koruma otoritelerinin kurulması hem de sınır aşan veri akışının “yeterlilik” kuralları yeniden düzenlenmiş ve oluşturulan uluslararası veri koruma rejimi perçinlenmiştir.²⁰ Şöyle ki, 181 Sayılı Ek Protokol uyarınca; 108 sayılı Sözleşmenin tarafları, Sözleşmeye taraf olmayan ve yeterli korumayı sağlamayan bir devletin/ kuruluşun yetki alanına tabi olan bir alıcıya aktarım yapılmasına şu durumlarda izin verebilmektedirler: (i) İlgili kişinin belirli bir menfaati veya (özellikle önemli kamu menfaati olmak üzere) üstün gelen meşru menfaatler nedeniyle iç hukukun izin verdiği haller, ya da (ii) İlgili veri aktarımından sorumlu olan veri sorumlusu tarafından sağlanan ve ilgili otorite tarafından iç hukukuna göre uygun bulunan koruma tedbirleri (ki bu koruma tedbirleri aktarıma konu olan sözleşme hükümlerinin bir sonucu olarak ortaya çıkabilir).

Hesap verebilirlik ilkesi 108 sayılı Sözleşmede doğrudan zikredilmiş bir ilke değildir. Sözleşmenin kabul edildiği dönemde henüz hesap verebilirlik ilkesi genel kabul görmüş ve öne çıkmış bir ilke olmadığı için bu durum doğaldır. Yine de kişisel verilerin yurtdışına aktarılmasında 108 sayılı Sözleşmeye taraf olma koşulu ile 181 sayılı Protokol bağlamında yeterli korumayı sağlama kriteri dolaylı bir hesap verebilirlik yöntemi olarak değerlendirilebilir.

C. 108+ sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi

Kişisel verilerin işlenmesi ve korunması dinamik bir alan olup giriş bölümünde izah edilen teknik değişimler ve sosyo-ekonomik gelişmeler sebebiyle bu alana özgü yeni sorunlar ortaya çıkmıştır. 108 sayılı Sözleşme, getirdiği ilkelerle bu alanda temel koruma seviyesini oluşturmuşsa da teknik gelişmelerin ortaya çıkardığı sorunları karşılamaktan uzak kalmıştır. Bu sebeple, 2010 yılında 108 sayılı

²⁰ 108 Sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Konvansiyonu ve Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesine Ek Denetleyici Makamlar ve Sınırşan Veri Akışına İlişkin Protokol (181 Sayılı Ek Protokol) (Additional Protocol to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data regarding supervisory authorities and transborder data flows), 08.11.2001.

Sözleşme reform çalışmaları başlatılmış ve 108+ sayılı Sözleşme olarak da anılan 223 numaralı Sözleşme ile uluslararası veri koruma hukuku rejiminde ikinci faza geçilmiştir.²¹

Hesap verebilirlik ilkesi, 108+ sayılı Sözleşmede de açıkça yer almamaktadır. 108+ sayılı Sözleşme bu sebeple de eleştirilmektedir.²² Yine de 108+ sayılı Sözleşme'nin farklı hükümlerinde hesap verebilirlik ilkesinin izlerini bulmak mümkündür. Hesap verebilirlik ilkesi en fazla da 108+ sayılı Sözleşmenin “İşlemenin şeffaflığı” başlıklı 8. maddesi ile “Ek yükümlülükler” başlıklı 10. maddesinde farklı unsurlarıyla görünür durumdadır. Madde başlığından da anlaşılacağı üzere, bu yükümlülükler diğer temel yükümlülükleri yatay kesen şekilde gözetilmesi ve uygulanması gereken yükümlülüklerdir.

108+ sayılı Sözleşmenin 8. maddesi, 108 sayılı Sözleşmede yer almayan yeni bir ilke getirmiştir: şeffaflık ilkesi. Söz konusu hükme göre, veri sorumlusu, kişisel verilerin adil ve şeffaf işlenmesinin sağlanması için gerekli her türlü ek bilgiler dahil olmak üzere (i) kimliği ve mutlak meskeni veya kuruluşu; (ii) hedeflenen işlemenin hukuki sebebi ve amaçları; (iii) işlenen kişisel verilerin kategorileri, (iv) varsa, kişisel verilerin alıcıları veya alıcı kategorileri ve (v) ilgili kişinin haklarını kullanma yolları hakkında ilgili kişilerin bilgilendirilmesini sağlar.

108+ sayılı Sözleşmenin Açıklayıcı Raporunda, şeffaflığın nasıl gerçekleştirilmesi gerektiği izah edilmiştir.²³ Açıklayıcı Rapora göre, sunulan bilgiler kolayca erişilebilir, okunaklı, anlaşılabilir ve ilgili kişilere uyarlanmış olmalıdır (örneğin, gerektiğinde çocukların anlayabileceği bir dilde).²⁴ Keza, adil şekilde veri işlemeyi sağlamak için gerekli veya faydalı olan, saklama süresi veya veri işlemenin altında yatan nedenler veya başka bir taraf veya taraf olmayan devlette bulunan bir alıcıya veri aktarımı gibi her türlü ilave bilgi de sağlanmalıdır.

Açıklayıcı Rapora göre veri sorumlusu, ilgili kişileri toplu olarak (bir web sitesinde veya genel duyuru suretiyle) veya bireysel olarak bilgilendirmek için uygun, makul ve düşük maliyetli herhangi bir yöntemi kullanabilir ve bilgilendirme, işleme başlarken bunu yapmak mümkün değilse, daha sonraki bir aşamada, örneğin veri sorumlusu herhangi bir yeni nedenden dolayı ilgili kişi ile temasa geçtiğinde yapılabilir.

²¹ 1 Ağustos 2020 itibarıyla 36 devlet 108+ sayılı Sözleşmeyi imzalamıştır. Bkz Chart of signatures and ratifications of Treaty 223 <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/223/signatures> [Erişim Tarihi: 01.09.2020]

²² De Hert ve Papakonstantinou, ‘*The Council of Europe Data Protection Convention reform: Analysis of the new text and critical comment on its global ambition*’, 639 ve n 45’te anılan Cécile De Terwangne, Jean-Marc Van Gysegem ve Yves Pouillet, *Rapport sur les lacunes de la Convention no 108 pour la protection des personnes à l’égard du traitement automatisé des données à caractère personnel face aux développements technologiques (Partie II)*, 2010) <http://www.crid.be/pdf/public/6559.pdf> [Erişim Tarihi: 01.09.2020] (Serbest Çeviri), 48.

²³ Council of Europe, Explanatory Report to the Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (“Açıklayıcı Rapor”) <https://rm.coe.int/cets-223-explanatory-report-to-the-protocol-amending-the-convention-fo/16808ac91a> [Erişim Tarihi: 01.09.2020] 108+ sayılı Sözleşmenin ve Açıklayıcı Raporun Türkçe çevirisi için bkz <https://itlaw.bilgi.edu.tr/media/document/2019/09/avrupa-konseyi-108plus-konvansiyon-tercume.pdf> [Erişim Tarihi: 01.09.2020]

²⁴ 108+ sayılı Sözleşme: Açıklayıcı Rapor (n 23) para. 68.

108+ sayılı Sözleşmenin 10. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, her bir taraf devlet, veri sorumlularının ve uygun olduğu ölçüde veri işleyenlerin 108+ sayılı Sözleşmenin getirdiği yükümlülüklerle uymaları için uygun tedbirleri almasını ve kendi kontrollerindeki veri işlemenin Sözleşme hükümlerine uyumlu olduğunu ispat etmesini sağlamakla yükümlü tutulmuştur. Dolayısıyla, istisnalara dayalı işleme halleri saklı kalmak kaydıyla, sadece tedbirlere uyum değil, bu uyumun ispatı da gereklidir. Hesap verebilirlik yaklaşımına göre hem uyumun doğrulanıyor olması hem de ispat edilebilir olması asıldır.

108+ sayılı Sözleşmenin Açıklayıcı Raporunda uygun tedbirler, çalışanların eğitimi, uygun bildirim prosedürlerinin oluşturulması, yetki devri olan durumlarda özel sözleşmesel hükümlerin oluşturulması ve uyumun doğrulanması ve ispatı için dahili süreçlerin oluşturulması şeklinde örneklendirilmiştir.²⁵ Keza, bir veri işleme istisnasına dayalı olarak faaliyet gerçekleştiriyorsa, bu istisnaya dayanıldığının da ispatı gerekmektedir.

Açıklayıcı Raporda, üzerinde durulan bir diğer uygun tedbir ise veri koruma görevlisi atanmasıdır.²⁶ Uygun yetkiyle donatılan bir veri koruma görevlisinin uyumu doğrulama ve ispatlama sürecini kolaylaştıracağı öngörülmektedir. Veri koruma görevlisi, tüm veri işleme durumları için zorunlu değil, ihtiyari bir yöntem olarak önerilmektedir.

10. maddedeki bir diğer yenilik ise mahremiyet etki analizine ilişkindir. 108+ sayılı Sözleşmenin 10. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, her bir taraf devletin, veri sorumlularının ve uygun olduğu ölçüde veri işleyenlerin, veri işlemeye başlamadan önce hedeflenen veri işlemenin ilgili kişilerin hak ve temel özgürlükleri üzerindeki olası etkilerini değerlendirmesini ve veri işlemeyi bu hak ve temel özgürlüklere müdahale riskinin önlenmesine veya minimize edilmesine yönelik tasarlamasını sağlaması gerekmektedir.

108+ sayılı Sözleşmenin Açıklayıcı Raporunda, mahremiyet etki analizinin aşırı bir formaliteye bağlı olmaksızın gerçekleştirilebileceği ve bu analiz yapılırken ölçülülük ilkesi açısından planlanan işlemenin ele alınması gerektiği belirtilmektedir.²⁷ Veri sorumlusu bir veri işleyen kullanacaksa, veri sorumlusunun riski değerlendirmesi gerektiğinin altı çizilmektedir.²⁸ Peki, riski veri sorumlusunun hangi iç ekibi değerlendirecektir? Açıklayıcı Raporda, riskin güvenlik ve tasarım uzmanları dahil BT sistem geliştiricileri tarafından hukukçularla beraber değerlendirilmesi tavsiye edilmektedir.²⁹ Bu tavsiye, veri koruma hukukunun disiplinler arası niteliğiyle uyumlu nitelikte bir tavsiyedir.

²⁵ 108+ sayılı Sözleşme: Açıklayıcı Rapor (n 23) para. 85.

²⁶ 108+ sayılı Sözleşme: Açıklayıcı Rapor (n 23) para. 87.

²⁷ 108+ sayılı Sözleşme: Açıklayıcı Rapor (n 23) para. 88.

²⁸ 108+ sayılı Sözleşme: Açıklayıcı Rapor (n 23) para. 88.

²⁹ 108+ sayılı Sözleşme: Açıklayıcı Rapor (n 23) para. 88.

108+ sayılı Sözleşmeyle hem veri sorumlularının hem de uygun ölçüde veri işleyenlerin, veri işlemenin tüm aşamalarında kişisel verilerin korunması hakkını dikkate alarak teknik ve idari tedbirleri uygulanmakla yükümlü olduklarının altı çizilmiştir. 10. maddenin üçüncü fıkrasındaki bu kural, sürdürülebilir bir veri koruma yaklaşımına işaret etmektedir. Veri sorumluları ve de uygun olduğu ölçüde veri işleyenler hem iç hem de dış organizasyonlarında aynı seviyede ve titizlikle kişisel verilerin korunmasına ilişkin tedbirleri işler kılmakla yükümlüdür.

Teknik ve idari tedbirlerin sürekli işlerliğinin sağlanması genel bir yükümlülük olarak tanımlandığı için, bu süreçlerin gerçekten de var olup olmadığı, etkin şekilde uygulandığı ve üçüncü taraf paydaşlar tarafından da bu standartların takip edildiğinin kontrolü için bir hesap verebilirlik sisteminin kurulmuş olmasına ihtiyaç vardır. Nihayetinde, teknik ve idari tedbirlerin sadece var olması değil, etkin şekilde sürdürülebilirliğinin ispatı da temelde veri sorumlularına yüklenmiş dinamik bir yükümlülüktür. Aslında, dolaylı olarak “tasarımda mahremiyet” (privacy by design) ve “varsayılan değer olarak mahremiyet” (privacy by default) ilkelerine atıf yapılmıştır.

108+ sayılı Sözleşmenin Açıklayıcı Raporunda, bu veri koruma yükümlülüklerinin uygulanmasının sadece veri işlemeye yönelik teknolojilere indirgenmemesi; ilgili iş ve yönetim süreçlerinin de dikkate alınması ve uygulanabilir hukuka uyumu kolaylaştıracak kolay kullanılabilir araçların kullanılmasının gerekliliğinin altını çizmiştir.³⁰ Ayrıca, ilgili kişilerin verilerine erişmesi ve bu veriyi taşıması (veri taşınabilirliği) de bu bağlamda sayılmıştır. Esasında, kendisiyle ilgili süreçlere ilgili kişinin hızlıca erişebilmesi ve bu veriyi kolayca taşıyabilmesi bir hesap verebilirlik aracı olarak da nitelendirilebilir.

10. maddedeki son “*ek yükümlülük*” ise risk temelli yaklaşımın benimsenmesidir. 108+ sayılı Sözleşmenin 10. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca her bir taraf devlet, ilgili kişinin menfaatleri, hakları ve temel özgürlüklerinden doğan riskleri göz önünde bulundurarak, 108+ sayılı Sözleşmenin sayılan her üç yükümlülüğünün verinin türü ve hacmi, işlemenin türü, kapsamı ve amacı ve veri sorumlusu ile uygun olduğu hallerde veri işleyen boyutuna göre iç hukukunda uygulanmasını sağlamakla yükümlü kılınmıştır.

Bu yükümlülük, OECD’nin 2013 tarihinde güncellediği rehber ilkelerinden ilham alınmıştır. Bu ilke, tıpkı OECD ilkeleri gibi, kişisel verilerin korunması süreçleri tasarlanırken ve uygulanırken esnek davranılması gerektiğini; veri sorumlusunun faaliyette bulunduğu alan, işlediği veri boyutu veya verinin hassasiyetine göre farklı kapsam ve nitelikte bir tedbir alınması gerektiğini öngörmektedir. Farklı muamele gerekliliği verinin ölçeği ve hassasiyeti için de geçerlidir. Diğer bir deyişle, uyum her

³⁰ 108+ sayılı Sözleşme: Açıklayıcı Rapor (n 23) para. 89.

veri sorumlusu için özel olmalıdır ve sorumluluk da buna göre belirlenmelidir. 108 sayılı Sözleşmenin Açıklayıcı Raporunda da farklı statülere ve durumlara göre farklı nitelikte bir süreç işletilmesi gerektiği belirtilmektedir.³¹

108+ sayılı Sözleşmede hesap verebilirlik lafzında olmasa da özünde yer bulmuştur ve Sözleşme hesap verebilirlik yaklaşımı üzerine inşa edilmiştir.³² Sözleşme bu amaçla şeffaflık ilkesini getirmiş, uyumun doğrulanması ve uyumun ispatını müstakil yükümlülükler olarak tanımlamış, tasarımda mahremiyet yaklaşımını ortaya koymuş, mahremiyet etki analizini tanımlamış ve uyum sürecinin özel bir süreç olarak kurgulanması ve uygulanması gerektiğini vurgulamıştır. Bu doğrultuda hesap verebilirlik, başta veri sorumlusu ve niteliğine uygun düştükçe veri işleyen hem iç organizasyon hem de dış organizasyonunda bir değer olarak yer bulması gerekmektedir.

Ç. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve AİHM

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ("AİHS") açıkça hesap verebilirlik ilkesi, yer almamaktadır. Sözleşmenin düzenlediği alan ve kabul edildiği dönem dikkate alındığında bu durum makuldür. Keza, Sözleşmede kişisel verilerin korunması açıkça düzenlenmemektedir. Bu konudaki temel çerçeve AİHS'nin 'Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı' başlıklı 8. maddesinin uygulanmasının yorumlanmasıyla, AİHM'nin içtihatlarıyla çizilmiştir.³³ Bu içtihatlardan 2008 yılında verilmiş *I v Finlandiya*³⁴ kararı, kişisel verilerin bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi ve de hesap verebilirlik bağlamında önemli çıktıları olan öncü bir karardır.³⁵

I v Finlandiya davasında başvuru, bir devlet hastanesinde çalışan bir hemşiredir ve aynı hastanede yapılan testlerde HIV virüsü taşıdığı tespit edilmiştir. Başvurucu, söz konusu hastalığından diğer çalışma arkadaşlarının bilgisi olduğunu ve bunun da hastanedeki hasta kayıtlarına hastane çalışanları ve hekimlerin herhangi bir kısıtlama olmaksızın doğrudan erişebilmesinden kaynaklandığını iddia etmiştir. Süreç içerisinde başvurucuya başka takma adla özel bir veri girişi yapılmış olsa da başvuru, hastane bilişim sistemlerine herhangi bir güvenlik tedbiri alınmadığından bahisle, AİHS'nin 8. maddesinde güvence altına alınan özel yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Davanın esasını inceleyen AİHM, başvuru hakkı bulmuş ve 8. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

³¹ 108+ sayılı Sözleşme: Açıklayıcı Rapor (n 23) para. 90.

³² Council of Europe, The modernised Convention 108: novelties in a nutshell, s.3-4, <https://rm.coe.int/16808accf8> [Erişim Tarihi: 01.09.2020]

³³ AİHM'nin kişisel veriler bağlamında verdiği içtihatların güncel bir derlemesi için bkz European Court of Human Rights: Factsheet - Personal data protection https://www.echr.coe.int/documents/fs_data_eng.pdf [Erişim Tarihi: 01.09.2020]

³⁴ *I. v Finlandiya* App no 20511/03 (ECHR, 17 July 2008) <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-87510> [Erişim Tarihi: 01.09.2020]

³⁵ Bu çalışmanın kapsamı ve metodolojik sınırları sebebiyle AİHM'nin tüm içtihatlarını derinlemesine ele almak mümkün değildir. Bu konuda kapsamlı bir inceleme için bkz De Hert (n 6) 212 vd.; Ayrıca bkz Sabire Sanem Yılmaz, *Tip Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu* (Seçkin 2014), 59-62.

Uyuşmazlığın çıktığı dönemde Finlandiya’da veri koruma kanunu vardır ve uygulanmaktadır.³⁶ Söz konusu düzenleme uyarınca veri sorumluları gerekli güvenlik tedbirlerini almak ve sadece yetkili personelin erişimini sağlamakla yükümlü tutulmuştur. Ancak, AİHM Finlandiya’nın kişisel verileri korumasına yönelik yükümlülüğünü hatırlatmış, sağlık verilerinin (özellikle de hassas nitelikteki hastalıklara ilişkin) hassas ve tam koruma sistemlerinin kurulması gerektiğini belirtmiş, somut olayda bu güvenlik tedbirlerinin gereği gibi uygulanmadığı ve bu sebeple de kişisel verilerin yetkisiz kişilerce erişilmesine sebebiyet verildiği için başvurucunun mahremiyet hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Başvurucunun iddiası, aslında bilişim sistemlerinin kötüye kullanımını önleyecek proaktif bir kontrol mekanizmasının yokluğu olarak özetlenebilir. AİHM, Finlandiya veri koruma kanunu katı şekilde uygulanmış olsaydı, ihlalin ortaya çıkmayacağı görüşündedir.³⁷ Sorun, bilişim teknolojilerindeki bir eksikliğin mahremiyet ihlaline yol açmasından ziyade, veri sorumlusu tarafından mahremiyet farkındalığının olmamasıdır.³⁸ *I v Finlandiya* kararı, şirketler ve kurumlar tarafından kişisel verilerin korunması kanunlarında yer alan güvenlik tedbirlerini almanın salt ahlaki veya basit bir hukuki yükümlülük olarak değil, pozitif bir insan hakları yükümlülüğü olarak nitelendirilmesi gerektiğinin altını çizmiştir.³⁹ Öyle ki, *I v Finlandiya* kararı veri koruma düzenlemelerinin pozitif insan hakları yükümlülükleri bağlamında değerlendirilmesi için bir kontrol noktası olarak nitelendirilmektedir.⁴⁰

I v Finlandiya kararında başvurucunun çalışma arkadaşlarının başvurucunun sağlık dosyasına eriştiği tam olarak ispat edilmemiştir.⁴¹ AİHM, başvurucunun bu konudaki iddialarını güvenilir bulsa da konuya ilkesel temelde yaklaşmıştır. Diğer bir ifadeyle, somut bir ihlalden ziyade sağlık verilerinin erişilmesine yönelik risk temelli bir değerlendirme yapmıştır. Karar, kişisel verilerin korunması düzenlemelerinin gerekliliklerinin yerine getirmenin salt uyum sağlamakla sınırlı olmadığı şeklinde de yorumlanmaktadır.⁴²

AİHM’nin bu metodolojisi, bilişim sistemlerinin kişisel veri işlemek için kullanıldığı (özellikle de sağlık gibi hassas veriler için) durumlarda güvenliği ve mahremiyeti sağlamak için temel bir hesap verebilirlik yükümlülüğünün AİHS’nin 8. maddesinin bünyesinde yer aldığını göstermektedir. Bu konuda devletlerin pozitif

³⁶ *I. / Finlandiya*, para. 39.

³⁷ *I. / Finlandiya*, para. 40.

³⁸ De Hert (n 6) 189.

³⁹ De Hert (n 6) 214.

⁴⁰ De Hert (n 6) 214; Pozitif yükümlülük, kişisel verilerin korunmasına saygı gösterirken devletin aktif olarak da bu durumun önünde engel teşkil eden düzenlemeler ile ilgili gerekli değişiklikleri yapmak ve bu hakların fiilen uygulanmasını sağlayan her tür tedbir almak olarak tanımlanmaktadır. Bu konuda bkz Yılmaz (n 35) 58.

⁴¹ *I. / Finlandiya*, para. 43.

⁴² De Hert (n 6) 219.

yükümlülüğü olduğu için, veri sorumluların buna uygun şekilde hareket etmeleri yalnızca kurumsal sosyal sorumluluğun değil, AIHS'nin 8. maddesinin açık bir gereğidir.

D. Uluslararası Standartlar Organizasyonu

Uluslararası Standardizasyon Kurumu (*International Organization for Standardization - ISO*) tarafından ve Uluslararası Elektroteknik Komisyonu'nun (IEC) işbirliği ile hazırlanan “Bilgi Teknolojileri - Güvenlik Teknikleri - Gizlilik Çerçevesi” ISO/IEC 29100 Standardı” (“ISO 29100”), bilgi ve iletişim teknolojileri sistemlerinde kişisel verilerin korunmasına ilişkin organizasyonel, teknik ve prosedürel standartlar getirmektedir.⁴³ ISO 29100 ile kişisel verilerin korunmasında ortak bir anlayış geliştirilmesi ve kişisel verilerin işlenmesi temelinde mevcut güvenlik standartlarının iyileştirilmesi hedeflenmiştir.⁴⁴

Hesap verebilirlik, ilk mahremiyet standardı olan ISO 29100'de açıkça yer almaktadır. Standart, kişisel bilgilerin işlenmesinin bir özen yükümlülüğü ve bu bilgilerin korunmasına yönelik somut ve pratik tedbirler alınmasını gerektirdiğini belirterek, hesap verebilirlik ilkesinin gerekliliklerinin yerine getirilmesi için dokuz farklı eylem sıralamıştır.⁴⁵ Söz konusu eylemler şunlardır: ⁴⁶

(1) Mahremiyetle ilgili tüm politikaların, prosedürlerin, uygulamaların belgelenmesi ve yayınlanması,

(2) Organizasyonda belirli bir kişiye (uygun olduğu ölçüde organizasyon dışında başkalarına da devredilebilir) mahremiyetle ilgili politikaların, prosedürlerin ve uygulamaların icra edilmesi görevinin verilmesi,

(3) Kişisel bilgiyi üçüncü kişilere aktarırken sözleşmeler veya zorunlu iç politikalar gibi diğer yöntemler aracılığıyla alıcı üçüncü kişinin aynı ölçüde mahremiyet korumasını sağlayacağını temin etme (uygulanabilir mevzuat uluslararası veri transferlerine ilişkin ilave yükümlülükler içerebilir),

(4) Kişisel bilgiye erişecek veri sorumlusunun çalışanlarına uygun eğitimin verilmesi,

(5) Etkin bir iç şikâyet yönetim ve tazmin prosedürü oluşturulması,

⁴³ ISO, ‘*ISO/IEC 29100:2011 - Information technology - Security techniques - Privacy framework*’ <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso-iec:29100:ed-1:v1:en> [Erişim Tarihi: 01.09.2020]

⁴⁴ Leyla Keser Berber, ‘Çapraz Etkileşim: Mahremiyete İlişkin Mevzuat ve Mahremiyet Standartları Arasındaki İlişki’ in Leyla Keser Berber and Ali Cem Bilgili (eds), *Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2020), 2.

⁴⁵ ISO (n 43) 18.

⁴⁶ ISO 29100, tazminat prosedürlerini hesap verebilirliğin oluşturulmasının önemli bir parçası olarak nitelendirmektedir. Standartta göre tazminat ilgili yöneticinin kişisel bilginin kötüye kullanımı durumunda sorumluyu mesul tutması için önemli bir araç sağlamaktadır. Bkz ISO (n 43) 18.

(6) Esaslı zarara yol açabilecek mahremiyet ihlalleri ve çözüm için alınan tedbirler hakkında ilgilileri bilgilendirme (meğer ki yasaklanmış olsun, örneğin soruşturma süreçlerinde),

(7) Bazı hukuki rejimlerde zorunlu olduğu üzere ve ilgili riskin seviyesine bağlı olarak ilgili tüm mahremiyet paydaşlarına (örneğin, veri koruma otoriteleri) mahremiyet ihlallerine ilişkin bildirim yapma,

(8) Şikâyet eden kişisel veri ilgililerinin uygun ve etkin yaptırımlara sahip olmasına ve/veya mahremiyet ihlali ortaya çıkmışsa düzeltme, silme eski hale iade gibi tazmin yollarına erişmesine izin verme,

(9) Gerçek kişinin mahremiyetini ihlal olmadan önceki döneme getirmek zor veya imkansızsa bu tür durumlara yönelik tazminat prosedürlerini geliştirme.

ISO ve IEC tarafından hazırlanan bir başka standart ise, 2019 yılında yayınlanan ISO/IEC 27701 “Güvenlik teknikleri - Gizlilik bilgi yönetimi için ISO/IEC 27001 ve ISO/IEC 27002’ye ek - Gereklilikler ve rehber” standardıdır (“ISO 27701”).⁴⁷ Bu standart, kişisel verilerin işlenmesi süreçlerinin nasıl yürütüldüğünün -ISO 27701’e uygunluk sonucunda- belgelenmesi ve bu şekilde iş ortakları ile sözleşmelerin kolaylaştırılmasıdır.⁴⁸ ISO 27701, hesap verebilirlik ilkesine yer vermekte ve bu amaçla kullanılacak hesap verebilirlik araçları için ISO 29100’e atıf yapmaktadır. Bu çapraz-atıflar sayesinde standartlar arasında bütüncül ve tutarlı bir sistematik kurulmuştur.

E. Muhtelif Düzlemlerde Hesap Verebilirlik

Hesap verebilirlik ilkesi, bu bölümde değinilen rehberler ve düzenlemeler dışında, farklı metinlerde de yer bulmaktadır. Örneğin, dünyanın farklı yerlerinden gelen elliye aşkın veri koruma otoritesinin 2009 yılında kabul ettiği “Madrid Kararı” hesap verebilirliği müstakil bir ilke olarak saymıştır.⁴⁹ Kararın 11. maddesinde sorumlu kişi (“*responsible person*”) olarak ifade edilen aktörün, tüm veri koruma ilkelerini sağlamak için gerekli tedbirleri alması ve hem veri sükeleri hem de düzenleyici otoritelerin hakları ve yetkilerini kullanması durumunda uyumu ispat için gerekli iç mekanizmaları kurması gerekmektedir.

Asya-Pasifik Ekonomik İşbirliği Forumu (APEC) da 2005 yılında kabul ettiği APEC Mahremiyet Çerçevesi kapsamında hesap verebilirlik ilkesine açıkça yer

⁴⁷ ISO, ‘ISO/IEC 27701:2019(en) Security techniques - Extension to ISO/IEC 27001 and ISO/IEC 27002 for privacy information management - Requirements and guidelines’ <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso-iec:27701:ed-1:v1:en> [Erişim Tarihi: 01.09.2020]

⁴⁸ Keser Berber (n 44) 2.

⁴⁹ Bkz Madrid Resolution on International Standards for the Protection of Privacy http://privacyconference2011.org/htmls/adoptedResolutions/2009_Madrid/2009_M1.pdf [Erişim Tarihi: 01.09.2020]

vermiştir.⁵⁰ APEC Cross-Border Privacy Rules (CBPR) kurallarıyla, sınır aşan veri akışlarında “*Accountability Agent*” olarak adlandırılan hesap verebilirlik temsilcisi atanmasını zorunlu kılınmıştır.⁵¹ Bu şekilde, sınır aşan veri akışlarında bölgesel düzenlemelere uyum pratik bir şekilde temin edilmektedir.

Tüm bunların yanında, Birleşmiş Milletler İş Hayatı ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri’nden Koruma, Saygı Gösterme ve Telafi Edici Çözüm Üretme Çerçevesinin Uygulanması”⁵² da hesap verebilirlik yaklaşımını yaygınlaştıran bir enstrüman olarak anılmaktadır.⁵³ Bu belge bağlayıcı olmasa da muhtelif yargı kararlarında iyi uygulama örneği olarak anıldığı için hesap verebilirlik uygulamasına dolaylı bir etkisi vardır.

II. Avrupa Birliği Veri Koruma Hukukunda Hesap Verebilirlik İlkesi

A. Madde 29 Çalışma Grubu’nun Hesap Verebilirlik Raporu

Hesap verebilirlik ilkesi, bir sonraki bölümde detaylıca inceleneceği üzere GVK Tüzüğü’nde açıkça zikredilen bir kişisel verilerin korunması ilkesidir. Bu ilke Madde 29 Çalışma Grubu’nun (*Article 29 Data Protection Working Party*) öncülüğü sonucu GVK Tüzüğü’nde yer almıştır. Madde 29 Çalışma Grubu’nun ‘Mahremiyetin Geleceği’⁵⁴ başlıklı 1 Aralık 2009 tarihli raporu ve sonrasında tamamen hesap verebilirlik konusuna adanmış 13 Temmuz 2010 tarihinde yayınlamış olduğu hesap verebilirlik görüşü hesap verebilirlik ilkesinin GVK Tüzüğü’nde yer almasının temeli atmıştır.⁵⁵

Madde 29 Çalışma Grubu, veri korumanın teoriden uygulamaya geçmesi gerektiğini vurgulayarak, hesap verebilirlik temelli mekanizmaların etkin veri korumanın sağlanması için veri sorumlularına pratik araçlar/imkanlar sağladığını belirtmiştir. AB’nin 95/46 sayılı Direktifinde reform yapılarak, yeni düzenlemede hesap verebilirlik ilkesinin yer alması gerektiğini önermiş ve bunun veri sorumlusunun rolünü güçlendirerek, sorumluluğunu artıracaklarını ifade etmiştir.⁵⁶

Madde 29 Çalışma Grubuna göre, kişisel veriler alanında hesap verebilirliği gerekli kılan üç temel gelişme vardır: (1) Veri tufanı etkisi olarak nitelendirilecek

⁵⁰ APEC, ‘*APEC Privacy Framework*’ <https://www.apec.org/Publications/2005/12/APEC-Privacy-Framework> [Erişim Tarihi: 01.09.2020]

⁵¹ APEC, ‘*APEC Cross-Border Privacy Rules (CBPR) System*’ <http://cbprs.org/> [Erişim Tarihi: 01.09.2020]

⁵² Birleşmiş Milletler, ‘*Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*’ (2011) https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf [Erişim Tarihi: 01.09.2020]

⁵³ De Hert (n 6) 197.

⁵⁴ Madde 29 Çalışma Grubu, ‘*The Future of Privacy*’ (1 Aralık 2009) https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2009/wp168_en.pdf [Erişim Tarihi: 01.09.2020]

⁵⁵ Madde 29 Çalışma Grubu, ‘*Opinion 3/2010 on the principle of accountability*’ (13 Temmuz 2010) https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp173_en.pdf [Erişim Tarihi: 01.09.2020]

⁵⁶ Madde 29 Çalışma Grubu (n 55) 3.

şekilde, var olan kişisel verilerin işlenmesini ve transferinin hızlıca artması; (2) Sürekli artan kişisel bilgilerin sosyal, politik ve ekonomik bağlamda değerinin artması; (3) Kişisel bilgilerin ihlallerinin artmasının hem kamuda hem özel sektördeki veri sorumluları için önemli olumsuz etkilerinin olması.⁵⁷ Bu gelişmeleri ve sorunları tanımladıktan sonra Çalışma Grubu, hesap verebilirliğin nasıl bir mimaride geliştirilmesi gerektiğini ortaya koymaya çalışmıştır. Çalışma Grubunun yerinde bir şekilde vurguladığı üzere, hesap verebilirliğe ilişkin kurallar temel kişisel verilerin korunması ilkelerini değiştirmemekte veya etkilememekte; sadece bu ilkeleri daha işler kılmaktadır.⁵⁸

Çalışma Grubu, hesap verebilirliğin ‘hukuki mimarisini’ ikiye ayırmaktadır: (1) tüm veri sorumluları için geçerli olacak zorunlu temel hukuki yükümlülükler (2) minimum hukuki gerekliliklerin üstüne ve ötesine geçen gönüllü hesap verebilirlik sistemleri.⁵⁹ Zorunlu temel hukuki yükümlülükler ise uygulama tedbirleri/prosedürleri ve ilgili delillerin muhafazasını içermektedir.

Peki, hesap verebilirlik tam olarak nedir? Çalışma Grubuna göre hesap verebilirlik, sorumlulukların ne şekilde yerine getirildiğini göstermek ve bunu doğrulamaktır.⁶⁰ Bu bağlamda Çalışma Grubu, sorumluluk ile hesap verebilirliğin aynı madalyonun iki yüzü ve iyi yönetişimin temel unsurları olduğunu belirtmiştir.

Çalışma Grubu, hesap verebilirliğin farklı dillerdeki anlamı ve hukuki sistemlerdeki yaklaşımların çeşitliliği sebebiyle bu kavramın tam olarak tercüme edilemeyeceğini belirterek, kavramın sadece veri koruma alanı bağlamında ve belirlediği kapsamdaki tanımının esas alınması gerektiğini hatırlatmıştır.⁶¹ Çalışma Grubu, hesap verebilirlik ilkesinin, diğer ilkeleri ve veri sorumlusunun alacağı tedbirleri somutlaştıracığı görüşündedir.⁶² Her türlü veri işleme sürecine ve türüne bu ilke uygulanacağı için kişisel verilere daha etkin bir koruma sağlanacaktır. Çalışma Grubu, bu ilkenin sanılanın aksine veri sorumlularına ilave bir yükümlülük getirmediği, mevcut ilkelerin *de facto* şekilde etkinliğini artırdığı görüşündedir.⁶³

Bir veri sorumlusunun hesap verebilirlik mekanizmalarını kurması, hukuki sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırır mı? Bu soruyu ele alan Çalışma Grubu, bir veri sorumlusunun tüm tedbirleri yerine getirmesine rağmen, hatalı bir muhakeme neticesinde yanlış bir uygulama geliştirebileceğini belirtmiştir. Çalışma Grubuna göre, veri koruma otoriteleri bir ihlal sebebiyle yaptırım uygularken tedbirlerin

⁵⁷ Madde 29 Çalışma Grubu (n 55) 4-5.

⁵⁸ Madde 29 Çalışma Grubu (n 55) 5.

⁵⁹ Madde 29 Çalışma Grubu (n 55) 6.

⁶⁰ Madde 29 Çalışma Grubu (n 55) 7.

⁶¹ Madde 29 Çalışma Grubu (n 55) 8.

⁶² Madde 29 Çalışma Grubu (n 55) 9.

⁶³ Madde 29 Çalışma Grubu (n 55) 10.

uygulanması ve doğrulanması, diğer bir deyişle hesap verebilirlik mekanizmalarının varlığı ve yaptırımın miktarını belirlerken bir ölçüt olarak kullanılabilir.⁶⁴

Çalışma Grubu, mahremiyet etki analizi ve veri koruma sorumlusu atanmasını hesap verebilirlik ilkesinin tamamlayıcısı olarak saymıştır. Aynı doğrultuda, bağlayıcı topluluk kuralları (*binding corporate rules*), hesap verebilirliği veri sorumlusunun iç ve dış tüm organizasyonunda temin ettiği için önemli bir araç olarak belirtilmiştir. Keza, spesifik politikaların varlığı da (veri işlemenin farklı safhalarına ve paydaşlarına ilişkin) veri sorumluluğunun önemli bir bileşenidir.

Çalışma Grubu, daha da somutlaştırarak, veri sorumlularına yol göstermek adına Madrid Kararlarında yer aldığı gibi tahdidi olmayan şekilde bazı hesap verebilirlik araçlarını listelemiştir.⁶⁵ Önemli hesap verebilirlik araçlarını listeledikten sonra Çalışma Grubu, bu mekanizmaların veri işlemenin oluşturduğu risk ile işlenen kişisel verinin niteliği (örneğin, hassas nitelikli veri işleme durumu) dikkate alınarak uygulanması gerektiğini vurgulama gereği duymuştur.⁶⁶ Şeffaflık ise bu sürecin başarısını gösteren ana etken olarak sayılmıştır.

Hesap verebilirliğin, tüm bu araçlara rağmen hukuki belirlilik taşımadığı ve keyfi uygulamalara yol açabileceği ileri sürülebilir. Özellikle de esneklik ve de ölçeklenebilirliğin belirsizliği artırdığı iddia edilebilir. Çalışma Grubu, bu iddiayı yok saymamıştır. Çalışma Grubu, temel düzenlemede hesap verebilirliğin detaylı olarak yer almasının metodolojik açıdan uygun olmadığını belirtmiş ve burada başta kendi görüş ve çalışmaları olmak üzere, bu alanda ulusal rehberlerin gerekliliğine işaret etmiştir.⁶⁷ Nihayetinde uygulanacak tedbirin etkinliği ve bunun ölçülmesi de her somut durumda farklılaşacaktır.⁶⁸

Çalışma Grubu'nun hesap verebilirlik ilkesine ilişkin ele aldığı bir diğer husus ise bu ilke karşısında veri koruma otoritelerinin durumudur. Hesap verebilirlik ilkesi, veri koruma otoritelerinin elini güçlendirir mi, zayıflatır mı? Çalışma Grubu, hesap verebilirlik ilkesinin veri koruma otoritelerinin yetkisini daraltmayacağı ve denetimlerini daha etkin hale getireceği görüşündedir.⁶⁹ Nihayetinde veri sorumlusu uyumu yerine getirmek ve delillerini doğrulanabilir şekilde ortaya koymakla yükümlü olduğu için veri koruma otoritelerinin denetimi de kolaylaşacaktır. Bu şekilde, veri koruma otoriteleri kaynaklarını daha seçici ve stratejik olarak kullanabilecektir.

Çalışma Grubu'na göre veri koruma otoritelerinin fonksiyonu daha *ex ante* bir

⁶⁴ Madde 29 Çalışma Grubu (n 55) 11.

⁶⁵ Madde 29 Çalışma Grubu (n 55) 12.

⁶⁶ Madde 29 Çalışma Grubu (n 55) 12.

⁶⁷ Madde 29 Çalışma Grubu (n 55) 14-15.

⁶⁸ Madde 29 Çalışma Grubu (n 55) 14-15.

⁶⁹ Madde 29 Çalışma Grubu (n 55) 16.

fonksiyondan ziyade *ex post* niteliktedir. Hesap verebilirlik de iyi bir veri koruma yönetişimi bağlamında belirli çıktılar hedeflediği için, veri işleme başladıktan sonra, yani *ex-post* niteliktedir.⁷⁰ Tabii *ex-post* aşamada yaptırımların da etkin şekilde kullanılması gerekmektedir. Şöyle ki, kendi bağlayıcı politikalarına uymayan bir veri sorumlusu aslında hesap verebilirlik ilkesini ihlal etmiş olacaktır. Çalışma Grubu, hem bu durumlarda yaptırım uygulanmasını hem de veri koruma otoritelerinin detaylı talimatlar vermesini önerdiği sistemin başarıya ulaşmasının koşulları olarak görmektedir.⁷¹

Peki, veri sorumluları uyumlu olduklarını ispat etmek için hangi araçları kullanacaklardır? Çalışma Grubu, sertifikasyon uygulamalarını hesap verebilirlik için önemli ispat araçları olarak saymakta ve bu alanın özel olarak düzenlenmesi gerektiğini hatırlatmaktadır.⁷² Aynı çağrı, bağlayıcı topluluk kuralları bakımından da yapılmıştır.

Çalışma Grubu, özetle, sunmuş olduğu görüşte yer alan tüm tedbirlerin hem kamu hem de özel sektördeki tüm veri sorumluları tarafından uygulanması gerektiğini, bu tedbirlerin ölçeklendirilmesi gerektiğini ve tüm tedbirlerin veri işleme ile verinin niteliğinin oluşturduğu riskle uyumlu olması gerektiğini belirterek, hesap verebilirliği tüm bu gereklilikleri yansıtan yeni bir veri koruma ilkesi olarak önermiştir.

B. Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü

Madde 29 Çalışma Grubu'nun hesap verebilirlik ilkesine ilişkin önerisi, GVK Tüzüğü'nde karşılığını bulmuştur. Hesap verebilirlik ilkesi, Avrupa Birliği'nde kişisel verilerin korunması konusunun direktif ("*directive*") ile düzenleme yönteminden tüzük ("*regulation*") ile düzenleme yöntemine geçilmiş olmasıyla yatay düzeyde doğrudan uygulanan yeni veri koruma hukuku düzeninin üzerine kurulduğu ilkedir. Bu bağlamda, hesap verebilirlik ilkesi bu değişikliğin merkez üssünde durmaktadır.

Hesap verebilirlik, GVK Tüzüğü'nün ana metninde sadece bir yerde, parantez içinde ve resitallerde sadece bir yerde yer bulan bir ilkedir. Resitali de dahil sadece iki kez anılan bu ilke, GVK Tüzüğü'nün en önemli yeniliğidir.⁷³ Zira, kişisel verilerin korunması alanında hukuka aykırılıkla mücadele veri sorumlusunun cephesine taşınmıştır. Avrupa Birliği hukukunda kişisel verilerin korunması alanındaki bu temel paradigma değişikliğiyle, devlet tarafından denetlenme unsuru arka plana geçerek, sorumluluk veri sorumlusu ve/veya veri işleyene yüklenmektedir.⁷⁴

⁷⁰ Madde 29 Çalışma Grubu (n 55) 17.

⁷¹ Madde 29 Çalışma Grubu (n 55) 17.

⁷² Madde 29 Çalışma Grubu (n 55) 17.

⁷³ Christopher Docksey, 'Article 24 - Responsibility of the controller' in Christopher Kuner, Lee A Bygrave ve Christopher Docksey (eds), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary* (Oxford University Press 2020), 557.

⁷⁴ Mesut Serdar Çekin, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu* (On İki Levha 2018), 12.

Hesap verebilirlik ilkesi, kişisel verileri işlenen ilgili kişilerin haklarının en üst düzeyde korunmasını temin eden bir ilkedir. Bu ilke sayesinde, kişisel verilerin işlenmesi sürecinde bir sorumluluk ekosistemi oluşturulmaktadır. GVK Tüzüğü'nün 5. maddesinin ilk fıkrasında altı ilke (hukukilik, dürüstlük ve şeffaflık ilkesi, amaçla sınırlılık ilkesi, veri minimizasyonu ilkesi, doğruluk ilkesi, saklama süresinin sınırlandırılması ilkesi, bütünlük ve gizlilik ilkesi) sayılırken, maddenin ikinci fıkrasında tüm bu altı ilkeye çapraz-atıf yapılarak hesap verebilirlik ilkesine yer verilmiştir.⁷⁵ 5. maddenin ikinci fıkrasını hatırlatmak gerekirse: “*Veri sorumlusu, 1. fıkraya uygun davranmaktan sorumludur ve buna uygun davrandığını gösterebilmelidir.*”

GVK Tüzüğü'nün 24. maddesi veri sorumlusunun temel yükümlülüklerini tanımlamaktadır. Söz konusu hükme göre veri sorumlusu, işleme faaliyetinin mahiyeti, kapsamı, bağlamı ve amaçlarının yanı sıra gerçek kişilerin hakları ve özgürlükleri açısından çeşitli olasılıklar ve ciddiyetlere sahip riskleri dikkate alarak işleme faaliyetinin GVK Tüzüğü uyarınca gerçekleştirilmesini sağlamak ve bu şekilde gerçekleştirildiğini gösterebilmek için uygun teknik ve idari tedbirler uygulamakla yükümlüdür. Keza, veri sorumlusu bu tedbirleri gözden geçirmek ve gerektiğinde, güncellemekle yükümlüdür. 24. maddenin ikinci fıkrasında, uygun veri koruma politikalarının uygulanmasına vurgu yapılırken, üçüncü fıkrasında onaylı davranış kuralları ve sertifikasyon mekanizmalarının veri sorumlusunun yükümlülüklerine uygunluğun gösterilmesine ilişkin araç olarak kullanılmasına izin verilmiştir.

GVK Tüzüğü'nün 24. maddesinin en temel çıktıları, risk temelli yaklaşımla uyum gerçekleştirmek, uyumun ispatı için uygun teknik ve idari tedbirleri uygulamak ve gerektiği hallerde bunları güncellemektir. Diğer bir deyişle, dinamik, yaşayan bir uyum yaklaşımı benimsenmiştir. Keza, GVK Tüzüğü'nün 30. maddesi uyarınca her veri sorumlusunun kendi mesuliyeti altındaki işleme faaliyetlerinin kaydını tutması zorunludur. Tıpkı GVK Tüzüğü'nün 5. maddesinin ikinci fıkrası gibi 24. maddesinde de “gösterebilmek” (*to be able to demonstrate*) kelimesi kullanılmıştır. İlk durumda ilkelere uyumun ispatı, ikinci durumda ise işlemenin GVK Tüzüğü'ne nasıl uyumlu gerçekleştirildiğinin ispatı konudur.

Avrupa Birliği hukukundaki en temel tartışma hesap verebilirlik ilkesinin müstakil bir ilke olup olmadığıdır. Diğer bir ifadeyle, hesap verebilirlik sadece diğer ilkelere uyulmasını temin eden bir ilke midir, yoksa başlı başına gözetilmesi gereken bir ilke midir? Nihayetinde, müstakil bir ilke olup olmaması aykırılık durumunda uygulanacak yaptırımı da belirleyecektir. Şöyle ki, eğer müstakil bir ilke olarak kabul

⁷⁵ Tüm ilkeler ve gereklilikleri hakkında özet bir tablo için bkz EDPS, ‘*Guidelines on the protection of personal data in IT governance and IT management of EU institutions*’ https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/it_governance_management_en.pdf [Erişim Tarihi: 01.09.2020]

edilirse, diğer ilkelere riayet edilse bile salt bu ilkenin gereğinin yerine getirilmemesi bir hukuka aykırılık hali oluşturacaktır. Eğer müstakil bir ilke olarak kabul edilmezse, ancak başka bir ilkenin ihlali durumunda esas ölçü norm değil, destek ölçü norm gibi bir muameleye tabi tutulacaktır.

Bir görüşe göre, AB hukukunda hesap verebilirlik, müstakil şekilde yaptırıma bağlanan bir ilke değildir.⁷⁶ Bu ilke, diğer ilkelere uyumu temin eden bir ilkedir ve iki temel unsuru vardır: uyumu temin etmek için alınan iç tedbirleri ve haricen bu uyumun nasıl gerçekleştirildiğini gösterebilmek. Başka bir görüşe göre ise, hesap verebilirlik, diğer ilkelere müstakil olarak yaptırıma neden olabilecek bir ilkedir.⁷⁷

GVK Tüzüğü, nispeten yeni bir düzenleme olsa da Avrupa Birliği Adalet Divanı (“ABAD”) önünde ihtilaflara konu olmaya başlamıştır. GVK Tüzüğü ile getirilen hesap verebilirlik ilkesinin de niteliği tartışılmaya başlanmıştır. ABAD Hukuk Sözcüsü Szpunar, C-61/19 referanslı davada rızanın alınmasına ilişkin sunmuş olduğu görüşte GVK Tüzüğü’nün 7. maddesinin birinci fıkrasında yer alan rızaya ilişkin veri sorumlusunun yükümlülüğünü hesap verebilirlik ilkesinin bir uzantısı olarak nitelendirmiştir. Söz konusu hükme göre işleme faaliyetinin rızaya dayandığı hallerde, veri sorumlusu veri süjesinin kişisel verilerinin işlenmesine rıza göstermiş olduğunu ispatlamakla yükümlüdür. Hukuk Sözcüsü Szpunar’a göre hesap verebilirliği düzenleyen GVK Tüzüğü’nün 5. maddesinin ikinci fıkrası veri sorumlusunun sadece ilgili kişinin kendisine rıza verdiğini değil rızaya ilişkin tüm koşulların da gereğince yerine getirildiğini ispat etmesini gerektirmektedir.⁷⁸

Esasında AB veri koruma hukuku, bir bütündür. Farklı düzenlemeler ve araçlar, birbirini tamamlamaktadır.⁷⁹ Hesap verebilirlik ilkesi, bu bütünü birbirine bağlayan ve anlamlı kılan özel bir ilkedir. Öyle ki, hesap verebilirlik diğer ilkelere sıkı ve karşılıklı bir ilişki içerisinde. Örneğin, şeffaflık ilkesi, hesap verebilirlik ilkesini destekler. Hesap verebilirlik ise şeffaflığın seviyesini ve içeriğini belirler. Hesap verebilirlik ilkesinin uygulamadaki karşılığı, veri sorumlularının yükümlülüklerine uyumu sağlamak için veriyi nasıl ele aldıklarına dair daha şeffaf ve proaktif olmaları gerektiği şeklinde yorumlanmaktadır.⁸⁰ Bu bağlamda hesap verebilirlik ilkesinin en somut çıktısı sistematik işlem kaydı tutmaktır. GVK Tüzüğü ile kurulan sistemin

⁷⁶ Gehan Gunasekara, ‘*Paddling in unison or just paddling? International trends in reforming information privacy law*’ (2013) 22 International Journal of Law and Information Technology 141, 22.

⁷⁷ Docksey (n 73) 566-567.

⁷⁸ ABAD, Opinion of Advocate General Szpunar: Case C-61/19 Orange România SA v Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal (ANSPDCP), 4 Mart 2020, para. 49.

⁷⁹ Örneğin, AB kurumlarının tüm veri işleme süreçlerinde hesap verebilirlik yaklaşımını sağlaması için Avrupa Veri Koruma Süpervizörü müstakil rehberler yayınlamıştır. Bkz EDPS, ‘*Accountability on the ground: Guidance on documenting processing operations for EU institutions, bodies and agencies*’, https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/guidelines/accountability-ground-provisional-guidance_en [Erişim Tarihi: 01.09.2020]

⁸⁰ Privacy International, ‘*A Guide for Policy Engagement on Data Protection - The Keys to Data Protection*’ (2018) <https://privacyinternational.org/sites/default/files/2018-09/Data%20Protection%20COMPLETE.pdf> [Erişim Tarihi: 01.09.2020], 46.

kayıt tutma yükümlülüğünü ve bu kayıtlarda ne gibi spesifik bilgilerin bulunması gerektiğini daha da somutlaştırdığı belirtilmektedir.⁸¹

Nihayetinde veri işlemenin hukuki sebebin ve amacın sınırları çerçevesinde kalıp kalmadığını temin etmek için sürekli bir denetim ve doğrulama yapılması kaçınılmazdır. Öyle ki hem yazılım hem donanım seviyesinde güvenliğin sağlanması, algoritmik uyumu temin etmek ve hesap verebilirliği sağlamak amacıyla kaynak kodlarının gözden geçirilmesi, tasarımda mahremiyet yaklaşımının benimsenmesi hesap verebilirliğin sürdürülebilir kılınmasının en temel araçlarıdır.⁸² Hesap verebilirlik, güvenlik ihlali bildirim yapıp yapmamanın da kararının verilmesi için en temel yol gösterici ilkedir.⁸³

Hesap verebilirlik, müstakil şekilde yaptırıma konu olan bir ilke olarak kabul edilmelidir. Bunun gerekçesi ise, hesap verebilirlik yaklaşımının bir ihlalin çıkmasını önlemesi veya zararın etkisini minimize etmesidir. Bu şekilde kişisel verilerin veri sorumlusunun tüm iş süreçlerinde en üst düzeyde korunması mümkün olacaktır. Hesap verebilirlik müstakil bir ilke olarak kabul edilmezse, sorumluluk olmayan bir hesap verebilirlik durumu ortaya çıkacaktır ki bu durumda ilkenin normatif hiçbir değeri kalmayacaktır. Ayrıca, kişisel verilerin işlenmesi ve korunmasında risk temelli yaklaşım artık bir zorunluluk haline geldiği için, bu yaklaşımı veri sorumlusu nezdinde egemen kılabilecek temel ilke olan hesap verebilirliğin somut bir karşılığının olması gerekir.

III. Temel Hesap Verebilirlik Araçları

Hesap verebilirlik ilkesinin bir sonucu olarak, kişisel verilerin korunması alanında ispatlanabilir bir uyum sürecinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Hesap verebilirlik, özdenetim mekanizmalarını artırdığı için burada uyumun veri sorumlusunun tanımlı bir iç süreci olarak var olması gerekmektedir. Kişisel verilerin korunması alanındaki düzenlemelerin sayısı ve kapsamı gün geçtikçe artmakta ve karmaşık hale gelmektedir. Hacimce büyüyen bu mevzuat bütünü karşısında veri sorumlularının ve veri işleyenlerin pratik araçlara ihtiyacı vardır.

Madde 29 Çalışma Grubu'nun da işaret ettiği üzere, hesap verebilirlik ilkesi ve beraberinde hayata geçirilecek uyum ispat araçları veri koruma otoritelerinin de denetim işlerini kolaylaştıran niteliktedir. Bu tür araçlar, süreçleri daha standardize hale getirdikleri için veri sorumluları ve otoriteler arasındaki bilgi asimetrisinden kaynaklanan sorunları da azaltmaktadır. Bu durum çok yerinde bir şekilde “*daha az denetim ve daha çok sorumluluk*” olarak özetlenmektedir.⁸⁴

⁸¹ Paul B Lambert, *Understanding the New European Data Protection Rules* (CRC Press - Taylor & Francis 2018), 162-163.

⁸² Ronald, Leenes/Rosamunde, Van Brakel/Serge, Gutwirth/Paul De Hert (eds), *Data Protection and Privacy: (In)visibilities and Infrastructures* (Springer 2017).

⁸³ Lambert (n 81) 306.

⁸⁴ Çekin (n 74) 113.

AB veri koruma hukukunda hesap verebilirlik ilkesinin yerine getirilmesi sırasında kullanılacak doğrudan ve dolaylı muhtelif hesap verebilirlik araçları bulunmaktadır. Veri koruma görevlisi atamak, veri koruma etki analizi gerçekleştirmek, davranış kuralları ve sertifikasyon kullanmak, doğrudan hesap verebilirlik araçları olarak sayılabilir. Bunlar dışında tasarımda mahremiyetin sağlanması da bir hesap verebilirlik gereğidir, kişisel verileri güvenli ülkeler içerisinde işlemek, bağlayıcı topluluk kurallarına sahip olmak⁸⁵, ilgili kişilerin haklarını etkin kullanmasını sağlamak veya veri taşınabilirliğini pratik şekilde gerçekleştirmek de aynı şekilde uygun araçlardır. Bu çalışmanın amacı da dikkate alındığında, bu bölümde doğrudan hesap verebilirlik araçları genel hatlarıyla ele alınacaktır.

A. Veri Koruma Etki Analizi

Veri koruma etki analizi, GVK Tüzüğü'nün yeniliklerindedir. GVK Tüzüğü'nün 'veri koruma etki analizi' başlıklı 35. maddesi uyarınca veri sorumlusu, özellikle yeni teknolojiler kullanıldığında ve işleme faaliyetinin mahiyeti, kapsamı, bağlamı ve amaçları dikkate alındığında bir işleme türünün gerçek kişilerin hakları ve özgürlükleri açısından yüksek bir riske sebebiyet vermesinin muhtemel olduğu hallerde, işleme faaliyetinden önce, öngörülen işleme faaliyetlerinin kişisel verilerin korunmasına olan etkisine ilişkin bir değerlendirme yapmakla yükümlü tutulmuştur.⁸⁶ Tek bir değerlendirmede benzeri yüksek riskler taşıyan bir dizi benzer işleme faaliyetinin ele alınması mümkündür.

Veri koruma etki analizi, veri sorumlusunun önemli hukuki neticeleri olan bir iç operasyonudur. Veri etki analizi veya farklı ifadeyle "*mahremiyet etki analizi*", kişisel veri işlemeyi içeren bir projenin, politikanın, programın, hizmetin, ürünün veya başka bir girişimin mahremiyet üzerindeki etkilerinin değerlendirildiği ve diğer paydaşlarla da danışarak, olumsuz etkileri önlemek veya asgariye indirmek için gerekli telafi edici eylemlerin alındığı bir süreçtir.⁸⁷ Veri koruma etki analizi, bu bağlamda bir erken uyarı mekanizmasına benzetilmektedir.⁸⁸ Bir nevi, testi kırılmadan testinin kırılma simülasyonunu hazırlamayı, ortaya çıkacak durumu gözetmeyi gerektirmektedir.

Veri koruma etki analizi, dinamik bir süreçtir ve her bir veri işleme sürecinde bu analizin gerekli olup olmadığı (pozitif veya negatif kapsamın) sorgulanması

⁸⁵ Madde 29 Çalışma Grubu (n 55) 7.

⁸⁶ GVK Tüzüğü'nün 35. maddesi uyarınca veri sorumlusu, atanmışa veri koruma görevlisine de başvurarak, (1) gerçek kişilerle ilgili kişisel özellikler hususunda profil çıkarma da dahil olmak üzere otomatik işlemeye dayalı olan ve gerçek kişi ile ilgili hukuki sonuçlar doğuran veya gerçek kişiyi kayda değer şekilde etkileyen kararların dayandığı sistematik ve kapsamlı bir değerlendirme yapıldığı; veya (2) özel nitelikli kişisel verilerin veya mahkumiyet kararları ve ceza gerektiren suçlara ilişkin kişisel verilerin büyük çaplı olarak işlendiği; veya (3) kamunun erişebileceği bir alanın büyük çaplı olarak sistematik bir şekilde izlendiği durumlarda veri koruma etki analizi gerçekleştirmesi beklenmektedir. Keza, hangi durumlarda bu tür bir analiz yapılacağına (pozitif) ve hangi durumlarda yapılmayacağına dair (negatif) dair bir belirleme yapmaya ilişkin listelerin belirlenmesi de pekâlâ mümkündür.

⁸⁷ David Wright ve Paul De Hert (eds), *Privacy Impact Assessment* (Springer 2012), 5.

⁸⁸ Çekin (n 74) 116.

zorunludur. Bu süreç, işleme prosedürünün sistematik şekilde tanımı ve işlenme amaçlarının belirtilmesi, işleme prosedürünün sistematik şekilde tanımı ve işlenme amaçlarının belirtilmesi, ilgili kişilerin hak ve hürriyetleri açısından risk değerlendirmesi, söz konusu risklere karşı alınan önlemleri içermelidir. Eğer ki, bir sorun tespit edilirse, işleme süreci başlatılmadan önce bunun düzeltilmesi ve bu şekilde verisi işlemeye konu ilgili kişilerin korunması mümkün olmaktadır. Veri sorumlusu, olumlu veya olumsuz neden bu karara varıldığını, bu karar alındıktan sonra nasıl bir süreç işletildiğini tüm detaylarıyla raporlamak ve bu sürecin eksiksiz işletildiğini ispat etmekle yükümlüdür. Bu yönleriyle, veri koruma etki analizi en temel hesap verebilirlik aracıdır.

B. Veri Koruma Görevlisi

GVK Tüzüğü'nün bir diğer yeniliği ise veri koruma görevlisidir. Kişisel verilerin korunması mevzuatına uyum teknik, hukuki ve de yönetsel hususların aynı anda gözetilmesini ve karar alma süreçlerine dahil edilmesini gerektirmektedir. Bu süreç, oldukça özellikli bir hal almıştır. Öyle ki, bu alandaki ulusal ve uluslararası mevzuat hızla gelişmekte, veri koruma otoritelerinin kararları ve mahkeme içtihatlarıyla alan dinamik şekilde kapsam ve şekil değiştirmektedir. Bu tablo karşısında veri sorumlusu bünyesinde, hesap verebilirliğin de bir uzantısı olarak bu süreci koordine edecek bir aktörün varlığının ihtiyacı kaçınılmaz hale gelmektedir.⁸⁹

GVK Tüzüğü, veri koruma görevlisi olarak tanımladığı bir aktörün, atanması, konumu ve görevlerini etraflıca düzenlemiştir. GVK Tüzüğü öncesinde de veri sorumluları bünyesinde benzer bir aktör veya yapılar gözlemlenmekteydi. GVK Tüzüğü, bu aktörün hukuki çerçevesini belirlemek suretiyle kurumsallaşmasını sağlamıştır.

GVK Tüzüğü'nün 37. maddesi uyarınca (hangi tür kişisel veri işlediğinden bağımsız olarak) tüm kamu kurum ve kuruluşlarında veri koruma görevlisi atamak zorunludur. Bunun dışında veri sorumlusu ve veri işleyenin esas faaliyeti şekil kapsam ve amaç açısından kişilerin kapsamlı ve sürekli şekilde gözetilmesi ise veya veri sorumlusu ve veri işleyenin esas faaliyeti kapsamlı şekilde özel nitelikteki verilerin işlenmesi ise veri koruma görevlisi atanması zorunludur.

Veri koruma görevlisi, kişisel verilerin işlenmesi sürecindeki tüm paydaşların (veri koruma otoriteleri, veri sùjeleri (ilgili kişiler), veri sorumluları, veri işleyenler gibi) arasında iletişimi ve koordinasyonu sağlayan bir aracı konumundadır.⁹⁰ Muhataplık sorununu önemli ölçüde ortadan kaldıran bir fonksiyonu vardır. Veri koruma

⁸⁹ Bu konuda bkz Madde 29 Çalışma Grubu, 'Guidelines on Data Protection Officers ('DPOs')' (13 Aralık 2016) http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=44100 [Erişim Tarihi: 01.09.2020], 4.

⁹⁰ Madde 29 Çalışma Grubu (n 89) 4.

görevlisi doğrudan veri sorumlusu veya işleyenin en üst yönetimine rapor verme yetkisini haizdir. Veri koruma görevlisi atanması sadece veri sorumlusunun değil, veri işleyenin de yükümlülüğüdür.⁹¹

GVK Tüzüğü'nün 38. maddesi, veri koruma görevlisinin konumunu da tam olarak ortaya koymaktadır. Veri sorumlusu ve veri işleyen, veri koruma görevlisinin kişisel verilerin korunmasına ilişkin tüm konulara uygun bir şekilde ve zamanında müdahil olmasını sağlamakla; kişisel veriler ile işleme faaliyetlerine erişilmesi ve uzmanlık bilgisinin aynı seviyede tutulması için gereken kaynakları sağlamakla yükümlüdür.

Veri koruma görevlisi, GVK Tüzüğü ile özel olarak tanımlanmış bir aktör olduğu için veri sorumlusu ve veri işleyen, veri koruma görevlisine bu görevlerinin yerine getirilmesi ile ilgili olarak talimat veremez, görevlerinin yerine getirilmesi nedeniyle veri sorumlusu ya da veri işleyen tarafından işten çıkarılamaz veya cezalandırılmaz. Diğer bir ifadeyle veri koruma görevlisi, bir nevi veri koruma otoritesinin veri sorumlusu bünyesindeki iç ajanıdır.⁹²

Veri koruma görevlisi, veri sorumlusu ve veri işleyen bünyesinde düzenli işleme kayıtlarının tutulması, tüm iş süreçlerinde ve karar alma süreçlerinde yasal yükümlülüklerin gözetilmesini temin ettiği için temel bir hesap verebilirlik aracı niteliğindedir.⁹³ Keza, hesap verebilirliğin en önemli gerekliliği olan veri koruma süreçlerinin sürdürülebilirliğini de temin etmektedir.

C. Davranış Kuralları ve Sertifikasyon

Davranış kuralları ve sertifikasyon mekanizmaları, gönüllülük esasına göre kullanılan enstrümanlardır. Davranış kuralları, bir işletmenin veri işleme süreçlerinin büyük bir çoğunluğunu esas alan ve belirli sektörlerde gerçekleştirilen veri işleme faaliyetlerinin hukuka uygun şekilde gerçekleştirilmesini amaçlayan kurallar iken, sertifikalar daha çok, belirli veri işleme süreçlerinin hukuka uygunluğunu belgelemek amacıyla kullanılan araçlardır.⁹⁴ Çok yalın bir tanımlamayla davranış kuralları belirli bir sektör veya teknolojiye ilişkin GVK Tüzüğü kapsamındaki yükümlülükleri adreslerken, sertifikasyonlar GVK Tüzüğü kapsamındaki onaylı faaliyetler için uyumu ispatlamak için kullanılmaktadır.⁹⁵ Süreçleri ve işlemleri belgeleme fonksiyonu sebebiyle davranış kuralları ve sertifikasyon, hesap verebilirliğin en temel araçlarındandır.

⁹¹ Madde 29 Çalışma Grubu (n 89) 9.

⁹² Veri koruma görevlisi, nitelikleri ve sorumlulukları sebebiyle sıklıkla iş güvenliği uzmanına benzetilmektedir.

⁹³ Bkz Madde 29 Çalışma Grubu (n 89) 4; Aynı görüş için bkz Paul B Lambert, *The Data Protection Officer - Profession, Rules, and Role* (CRC Press - Taylor & Francis 2017), 94-95.

⁹⁴ Çekin (n 74) 233.

⁹⁵ Paul Voigt/Axel Von dem Bussche, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Practical Guide* (Springer 2017), 5.

Davranış kuralları ve sertifikasyon, klasik devlet regülasyonunun aksine, düzenleme kısmını diğer paydaşlara bıraktığı için regüle edilmiş öz-düzenleme kategorisinde “*regulated self-regulation*” (*co-regulation, enforced self-regulation, enforced voluntary regulation, audited regulation* vb.) enstrümanlardır.⁹⁶ Keza, bu enstrümanların oluşturduğu sistem beraber düzenleme “*işbirlikçi yönetim*” olarak da anılmaktadır.⁹⁷

GVK Tüzüğü’nün 40. maddesinde düzenlenen davranış kuralları, meslek kuruluşları gibi ilgili paydaşların kendi üyeleri için hazırladıkları ve tüm üyelerinin aynı şekilde tabi olduğu kurallar bütünüdür. İlgili paydaş tarafından hazırlanan davranış kuralı, yetkisine tabi olunan veri koruma otoritesinin onayına sunulmak zorundadır.

Davranış kuralları, veri koruma otoritelerinin yetkisini tamamen ortadan kaldırmamaktadır. Keza, bu kuralların varlığı diğer hukuki yükümlülüklerle harel getirmemektedir. Bu mekanizmanın en önemli pratik çıktısı, davranış kuralları içerisinde hareket edildiği ispat edilirse, o işleme için hukuka uygunluk karinesinden faydalanılmasıdır.

Sertifikalar ise GVK Tüzüğü’nün 42 ve 43. maddelerinde düzenlenmiştir. Sertifikalar salt GVK Tüzüğü’ne özel bir araç değildir; Avrupa Birliği hukukunda farklı konularda düzenlenen ve uygulanagelen bir enstrümandır. Düzenleme olarak, doğrudan veri koruma otoritesi sertifikasyon sürecini düzenleyip yönetebileceği gibi, bu alanda başka otoriteleri de akredite edip, süreci sadece denetlemekle yetinebilir. Hangi yöntem tercih edilirse edilsin sertifikasyonun hesap verebilirliği göstermek, işlemenin güvenliğini ispatlamak ve tercih edilecek veri işleyeni tercihi kolaylaştırmak gibi bir rolü olduğu belirtilmektedir.⁹⁸

Sertifikasyon olarak kullanılacak özel mühürler (seals) veya damgalar (marks) kullanıldığı durumlarda, kapsamlı bir belgeleme ve standardize hale gelmiş işlem kayıtları tutulması zorunlu olduğu için, sertifikasyonların en çok hesap verebilirlik ilkesine hizmet ettiği söylenebilir. Uyum ispat araçları, denetim araçlarının işletilmesini de standardize hale getirdiği için veri koruma otoritelerinin denetimini kolaylaştırmaktadır.

IV. Türk Veri Koruma Hukukunda Hesap Verebilirlik İlkesi

Türk Hukukunda kişisel verilerin korunması alanındaki temel düzenleme 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’dur.⁹⁹ Kanun’un 4. maddesinde beş temel

⁹⁶ Çekin (n 74) 232.

⁹⁷ Serge Gutwirth, Ronald Leenes ve Paul De Hert (eds), *Data Protection on the Move - Current Developments in ICT and Privacy/Data Protection* (Springer 2016), 145.

⁹⁸ Rowena Rodrigues ve Vagelis Papakonstantinou (eds), *Privacy and Data Protection Seals* (T.M.C. Asser Press 2018), 26-27.

⁹⁹ RG 07.04.2016/29677.

genel veri koruma ilkesi yer almaktadır: (1) Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma (2) doğru ve gerektiğinde güncel olma (3) belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme; (4) işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma (5) ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme.

Hesap verebilirlik, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda açıkça zikredilen bir ilke değildir. Esasında, Kanun her ne kadar GVK Tüzüğü ile aynı dönemde kabul edilmiş olsa da esas olarak 95/46 sayılı AB Direktifi esas alınarak hazırlanmıştır. Dolayısıyla, hesap verebilirlik ve şeffaflık ilkeleri kanunda yer bulmamıştır. Öte yandan 2019-2023 yıllarını kapsayan 11. Kalkınma Planında Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun GVK Tüzüğü dikkate alınarak güncellenmesi politik hedefi vardır. Dolayısıyla, uzun vadede bu reform çalışmaları neticesinde hesap verebilirlik ilkesinin de Türk hukukunda yer alması beklenmektedir.

KVK Kanun'unda temel hesap verebilirlik araçları olan veri koruma etki analizi ve veri koruma görevlisi yükümlülükleri de düzenlenmemiştir. Keza, davranış kuralları, sertifikasyon ve bağlayıcı topluluk kurallarına da doğrudan bir atıf yoktur. Lakin, KVK Kanunu'na uyuma ilişkin KVK Kurumu'nun genel düzenleyici yetkileri kapsamında bu konuda bir düzenlemeye gidilmesi pekâlâ mümkündür. Nitekim 10 Nisan 2020 tarihinde bu araçlardan bağlayıcı şirket kurallarına ilişkin atıf bir düzenleme yapılmıştır.¹⁰⁰

A. Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun Yaklaşımı

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, hesap verebilirlik ilkesine özel bir önem atfetmektedir. Öyle ki, Kurum'un Misyon ve Vizyon bağlamında temel ilke ve değerleri arasında şeffaflık ve hesap verebilirlik ilkesini özel olarak sayılmaktadır.¹⁰¹ Bu değer, Kurum'un faaliyetlerini mevzuata uygun şekilde yürüterek kararlarını kurallar ve düzenlemeler doğrultusunda açık ve anlaşılır bir şekilde alacağı, ilgili taraflarla paylaşacağı ve gerektiğinde yaptığı işlemler hakkında ilgililere açıklama yapacağı şeklinde açıklanmıştır.¹⁰² Burada hesap verebilirlik kavramı genel anlamıyla kullanılmıştır ve veri işleme süreçlerinden ziyade Kurum'un genel olarak hesap verebilir olduğu ifade edilmiştir. 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'ndaki hesap verebilirlik ilkesini yansıtmaktadır.

Öte yandan, bir veri sorumlusunun kanuni yükümlülüğünü yerine getirmek için işlediği kişisel verileri meşru menfaat çerçevesinde kullanma talebiyle KVK

¹⁰⁰ KVK Kurumu, 'Bağlayıcı Şirket Kuralları Hakkında Duyuru', <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6728/YURT-DISINA-KISISEL-VERI-AKTARIMINDA-BAGLAYICI-SIRKET-KURALLARI-HAKKINDA-DUYURU> [Erişim Tarihi: 01.09.2020]

¹⁰¹ KVK Kurumu, 'Miyon - Vizyon' <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/2074/Miyon---Vizyon> [Erişim Tarihi: 01.09.2020]

¹⁰² KVK Kurumu, '2018 Yılı Faaliyet Raporu' <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/cef9699a-579d-4fbd-ab45-cade6f2bba3b.pdf> [Erişim Tarihi: 01.09.2020], 18.

Kurulu'na yapmış olduğu başvuruya verilen yanıtta, meşru menfaat belirlenirken söz konusu yararın çok sayıda kişiyi etkilemesi, yalnızca kâr elde edilmesi ya da ekonomik yararın sağlanması amacına yönelik olmaması, iş süreçlerini ya da bir işleyişi kolaylaştırması) gibi şeffaf ve hesap verilebilir nitelikleri haiz kriterlerin esas alınması gerektiği belirtilerek, açıkça hesap verebilirliğe atıf yapılmıştır.¹⁰³ Bu karardaki hesap verebilirlik, genel değil özel anlamında kullanılmıştır. Bu açıdan önemli niteliktedir.

KVK Kurumu'nun hesap verebilirliğe açıkça değindiği bir diğer bağlam ise bağlayıcı şirket kurallarıdır ("BŞK"). KVK Kurumu, BŞK için yapılan başvurularda "Hesap Verebilirlik ve Diğer Esaslar/Araçlar" başlığı altında grup üyelerinin, BŞK için nasıl uyum sağlayacağı ve bundan nasıl sorumlu tutulacağını ve grup üyeleri tarafından, her bir veri sorumlusu adına BŞK kapsamında gerçekleştirilecek işleme faaliyetlerinin kaydının nasıl tutulacağını açıklamasını talep etmektedir.¹⁰⁴ Ayrıca, BŞK bakımından hesap verebilirliğin sağlanması amacı ile söz konusu kişisel veri işleme envanterinin hazırlanması gerekmektedir.

KVK Kurumu, hesap verebilirlik ve araçlarını da açıklamaktadır.¹⁰⁵ Kurum, BŞK için başvuracak her bir veri sorumlusunun, BŞK'ye uyumu göstermekle yükümlü ve sorumlu olduğunu belirttikten sonra, uyumun sağlanabilmesi için BŞK üyelerinin, tüm kategorilerdeki veri işleme faaliyetlerinin elektronik yöntemler de dâhil olmak üzere yazılı şekilde kaydını tutması ve talep halinde KVK Kurum'una sunması gerektiğini hatırlatmaktadır. Kurum ayrıca, uyumluluğun artırılması ve gerektiğinde, gerçek kişilerin hak ve özgürlükleri bakımından yüksek risk oluşturması muhtemel olan veri işleme faaliyetleri için risk analizi yapılması gerektiğinin altını çizmektedir.

Kurum, yapılan risk analizine göre, veri sorumlusu tarafından riski hafifletmek için gerekli tedbirlerin alınmamış olması ve veri işlemenin yüksek risk doğuracağını ortaya çıkması durumunda, veri işleme faaliyetinden önce KVK Kurumu'na danışılması gerektiğini belirtmiş, ayrıca veri koruma ilkelerini uygulamak ve uygulamada BŞK'ler tarafından belirlenen gereksinimlere uyumu kolaylaştırmak için uygun teknik ve idari tedbirlerin alınması gerektiğini vurgulamıştır.

BŞK ile ilgili KVK Kurumu düzenlemesinde KVK Kurumu'nun hesap verebilirliği GVKT bağlamındaki anlamıyla yorumladığı görülmektedir. Tüm veri işleme faaliyetlerinin düzgün tanımlanmasını sağlamak için tüm prosedürlerin haritasını

¹⁰³ KVK Kurulu, Karar Tarihi: 25.03.2019, Karar No: 2019/78, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5434/2019-78> [Erişim Tarihi: 01.09.2020]

¹⁰⁴ KVK Kurumu, 'Bağlayıcı Şirket Kuralları, Veri Sorumluları İçin Bağlayıcı Şirket Kuralları Başvuru Formu' <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/0aa5e8ce-8e4e-403c-a444-7212f581ad23.docx> [Erişim Tarihi: 01.09.2020]

¹⁰⁵ KVK Kurumu, 'Bağlayıcı Şirket Kuralları, Veri Sorumluları İçin Bağlayıcı Şirket Kurallarında Bulunması Gereken Temel Hususlara İlişkin Yardımcı Doküman', <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/62fb06e5-d623-404d-b3a1-c492891a3bbb.docx> [Erişim Tarihi: 01.09.2020]

çıkarma ve tüm veri işleme faaliyetlerinin bir envanterini tutma, detaylı işlem kaydı tutulması, gereken durumlarda veri etki analizinin gerçekleştirilmesi ve Kurum'a ön istişare için başvurulması ve riskin gerektirdiği uygun tedbirlerin alınması da AB hukukuyla paralel şekilde temel hesap verebilirlik araçları olarak anılmıştır.

B. Hesap Verebilirlik Açısından VERBİS

KVK Kurumu'nun hesap verebilirliğe özel olarak değindiği bir diğer bağlam ise veri sorumluları sicili, VERBİS'tir. VERBİS neden kamuya açık tutulmaktadır sorusunun yanıtı olarak Kurum, hesap verebilirliği gerekçe göstermiştir. Kişisel verisi işlenen gerçek kişilerce verileri üzerinde kontrolün sağlanabilmesi, kişisel verilerini işlediği gerçek kişilere her zaman hesap verebilir olması ve şeffaflık ilkeleri gereği VERBİS'e girilen bilgilerin görüntülenebilmesi ve varsa ihlalin tespiti için Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun, kamuya açıklık ilkesini benimsediği belirtilmiştir.¹⁰⁶ Bu konudaki benzer kararlarda da Veri sorumlularına, Kişisel Verilerin Korunması Kanunuyla VERBİS'e kayıt ve bildirim yükümlülüğü getirilmiş olmasının amacı; kişisel verilerin korunması alanında toplumun tüm kesimlerinde kültür ve farkındalık oluşması ve veri sorumlularının kişisel verisini işlediği kişilere hesap verebilmesi olarak izah edilmiştir.

VERBİS, statik bir sicil değildir. Veri Sorumluları Sicili Hakkında Yönetmeliğin 13. maddesi uyarınca veri sorumluları, VERBİS'te kayıtlı bilgilerde bir değişiklik olması halinde meydana gelen değişiklikleri, değişikliğin meydana geldiği tarihten itibaren yedi gün içerisinde VERBİS üzerinden KVK Kurumu'na bildirmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğün tanımlanması suretiyle, VERBİS'in veri sorumlusunun veri işleme faaliyetinin en son halini yansıtması amaçlanmaktadır.

Peki, VERBİS gerçekten de hesap verebilirliği sağlamaya uygun bir araç mıdır? Veri sorumluları, VERBİS'e kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği, veri konusu kişi grubu ve grupları, kişisel verilerin aktarılacağı alıcı veya alıcı grupları, yabancı ülkelere aktarımı öngörülen kişisel veriler, alınan teknik ve idari tedbirler ile kişisel verilerin mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan azami muhafaza edilme süresini kaydetmek zorundadır.

Sicil, detaylı bir envanter olarak değil, temel kategorik bir envanter olarak kurgulanmıştır. Örneğin, işleme amaçları her bir veri için spesifik değil, veri grupları için genel (çoğu zaman da birbirine benzer) niteliktedir. Bu haliyle VERBİS, hesap verebilirliğin sağlanması için bir başlangıç noktası oluştursa da tam manasıyla fonksiyonel bir hesap verebilirlik aracı değildir. Asıl hesap verebilirliği sağlayan araç, doğru, güncel ve kapsamlı tutulduğu durumlarda ana kişisel veri işleme envanteridir.

¹⁰⁶ KVK Kurumu, '*Sorularla Verbis*' https://verbis.kvkk.gov.tr/UploadedFiles/SORULARLA_VERB%C4%B0S.pdf [Erişim Tarihi: 01.09.2020], 15.

Hesap verebilirlik anlayışı gerçek manada uygulandığı durumda zaten VERBİS gibi bir sicil varlığına da ihtiyaç kalmayacaktır.

C. Politikalar ve Hesap Verebilirlik

Önceki bölümlerde izah edildiği üzere, en önemli hesap verebilirlik bileşeni veri sorumlusunun veri işleme süreçlerini bağladığı politikalarıdır. KVK Kanunu ve ikincil düzenlemeleri uyarınca veri sorumlularının hazırlaması zorunlu olan iki temel politika vardır: (1) kişisel veri saklama ve imha politikası (2) özel nitelikli kişisel verilere ilişkin politika. Bunlarda ilki Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesi uyarınca veri sorumluları siciline kayıt olmakla yükümlü olan veri sorumlularına getirilirken, ikincisi 31 Ocak 2018 Tarihli ve 2018/10 Sayılı KVK Kurulu kararı ile özel nitelikli kişisel veri işleyen tüm veri sorumlularına getirilmiştir. Veri sorumlularının belirli politikaları hazırlaması, uygulaması ve de şeffaf olarak yayınlaması hesap verebilirliğin sağlanması açısından önemli bir gelişmedir.

C. Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri Bağlamında Hesap Verebilirlik

Hesap verebilirliğin unsurlarının araştırılabileceği bir diğer nokta ise veri sorumlusunun yükümlülükleridir. KVK Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca veri sorumlusu, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini önlemek, kişisel verilere hukuka aykırı olarak erişilmesini önlemek, kişisel verilerin muhafazasını sağlamak, amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbirleri almak zorundadır. GVK Tüzüğü'nün 24. maddesinden farklı olarak hesap verebilirliğin en temel bileşeni olan işlemenin düzenlemeye uygun şekilde gerçekleştirildiğini gösterebilmek yükümlülüğü KVK Kanunu'nda yer almamaktadır.

Risk temelli yaklaşım zaten alınan idari ve teknik tedbirlerin değişen risk ortamına göre uyarlanmasını zorunlu kılmaktadır. Kabahatler Kanunu'nun 17. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca idari para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumunun birlikte göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Dolayısıyla failin kusurunun tespitinde risk temelli yaklaşıma uygun hareket edip etmediği önemli bir kriter olacaktır. Eğer fail, yani veri sorumlusu hesap verebilirlik ilkesine uygun şekilde riskleri tespit etmiş, gerekli teknik ve idari tedbirleri almış, gerektiğinde güncellemiş ve tüm bu iş süreçlerine ilişkin bağlayıcı bir kurumsal politika geliştirmişse, bunu ispat etmek suretiyle sorumluluğunu bertaraf etmesi mümkün olacaktır.

Sonuç

Hesap verebilirlik ilkesi, veri koruma hukuku alanındaki farklı ulusal ve uluslararası düzenlemelerde kendisine yer bulmuş ve gün geçtikçe de önemi artan bir ilkedir. Öz, fakat hukuki sonuçları itibarıyla çok boyutlu bir ilkedir. Kişisel verileri işlenen ilgili kişilerin haklarının en üst düzeyde korunmasını temin eden bir ilke olan hesap verebilirlik, veri sorumlusuna artırılmış bir özen yükümlülüğü getirmekte, veri sorumlusunu riske göre basiretli şekilde davranmaya davet etmektedir. Bu ilke, tüm diğer veri koruma ilkeleriyle doğrudan bağlantılı olup, kişisel verilerin işlenmesi sürecinde bir sorumluluk ekosistemi oluşturmaktadır.

OECD, hesap verebilirliği mahremiyet yönetim programı ile somutlaştırmıştır. Hesap verebilirlik ilkesi 108 sayılı Sözleşmede yer almazken, 108+ sayılı Sözleşmede hesap verebilirlik lafzında olmasa da özünde yer bulmuştur ve Sözleşme hesap verebilirlik yaklaşımı üzerine inşa edilmiştir. AİHM içtihatları incelendiği zaman veri güvenliği ve mahremiyeti sağlamak için temel bir hesap verebilirlik yükümlülüğünün AİHS'nin 8. maddesinin bünyesinde yer aldığı görülmektedir.

Hesap verebilirlik, ISO tarafından hazırlanan alanındaki ilk mahremiyet standardı olan ISO 29100:2011'de açıkça yer almakta; somut eylemlerle bu ilke desteklenmekte ve veri sorumluları için standart bir iş akışı sunulmaktadır. Tüm bunların yanında, hesap verebilirlik, Avrupa Birliği veri koruma hukukunun merkez üssünde yer almaktadır. Aslında ilkeyi dünyada bu kadar bilinir kılan GVK Tüzüğü olmuştur.

Hesap verebilirlik, veri sorumlusunun sadece kendi duvarları içerisinde değil hem veriyi alırken hem de veriyi aktarırken, tüm paydaşlarıyla işlerinde sürekli olarak gözetmesi gereken bir ilkedir.¹⁰⁷ Hesap verebilirlik, mevzuata salt uyumu aşan bir ilkedir. Hesap verebilirliğin uyumdan farklı olmasının temelinde, veri işleme ve koruma süreçlerinin dinamikliği ve sürekliliği yer almaktadır.

Uyum “kör güven” (*blind trust*), hesap verebilirlik ise “doğrulanmış güven” (*proven trust*) olarak nitelendirilmektedir.¹⁰⁸ Gerçek manada uyum tek seferlik bir işlem değil, kurumsal yönetişimde sürekli var olan bir iş sürecidir. Bu bağlamda hesap verebilirlik ilkesi, kişisel verilerin korunmasının bir veri sorumlusu nezdinde devamlı gözetilen, etkin şekilde uygulanan ve sürekli olarak denetlenen bir değer olduğunun ispatı sürecidir. İlkenin özü, sorumluluğun nasıl yerine getirildiğini göstermek ve bunu doğrulamaktır.

Hesap verebilirlik, kanundan, sözleşmeden, sektörel veya genel bir davranış kuralına bağlılıktan veya kurumsal sosyal sorumluluktan kaynaklanabilir ve her

¹⁰⁷ Damien Geradin/Dimitrios Katsifis/Theano Karanikioti, 'GDPR Myopia: How a Well-Intended Regulation ended up Favoring Google in Ad Tech - ILEC Discussion Paper No. 2020-012' (2020) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3598130 [Erişim Tarihi: 01.09.2020], 12.

¹⁰⁸ De Hert (n 6) 199.

kurum, şirket, yapı, veri işleme süreci, veri türüne göre farklı bir görünümü ve kapsamı vardır. Aslında veri sorumlusu hangi hususlardan dolayı hesap vereceğini tespit ederse, nasıl bir tedbir alacağını veya nasıl bir uyum gerçekleştirilmesi gerektiğini de belirlemiş olacaktır. Sorumluluğunun bilincinde olmayan ve bunu test etmemiş bir veri sorumlusu için uyum bir formaliteden öteye geçmeyecektir.

Hesap verebilirlik ilkesinin ilk önemli çıktısı, veri işleme süreçlerinin tüm aşamalarına ilişkin detaylı kayıt tutma yükümlülüğüdür. Bu kayıt tutma yükümlülüğü, kişisel veri envanterini aşan, nitelikli bir kayıt tutma yükümlülüğüdür. Benzetme yapılırsa kaptanın seyir defteri gibi “hesap verebilirlik seyir defteri” tutulmasıdır. Hesap verebilirlik, veri sorumlusunun uyum sürecini ispat edilebilir şekilde yürütmesini gerektirmektedir.

Hesap verebilirlik ilkesinin ikinci önemli çıktısı uyumun sürekliliğini sağlamak için gerekli kurumsal yapıları kurma yükümlülüğüdür. Daha da somutlaştırmak gerekirse, işlemenin tüm aşamalarının veri koruma ilkelerine uyumlu olduğunu temin için bu konuda bağlayıcı bir politika olmalı, bu politika eksiksiz şekilde uygulanmalı ve denetlenmelidir. Uyum var olmalı, buna yönelik farkındalık tüm çalışanlarda yer almalıdır. Diğer bir deyişle, politika, insanlar ve süreçler arasında etkin ve dinamik bir bağlantı var olmalıdır. Bu yapı statik değil, dinamik olmalı ve değişen risklere göre de uyarlanmalıdır.

Uyarılma, uygulanacak uyum sürecinin de esnekliğini gerektirmektedir. OECD tarafından da vurgulandığı üzere, esneklikten anlaşılması gereken, veri sorumlusunun faaliyette bulunduğu alan, işlediği veri boyutu veya verinin hassasiyetine göre farklı kapsam ve nitelikte bir tedbir alması gerekliliğidir. Şöyle ki, birden fazla konum ve ülkede faaliyet gösteren büyük bir veri sorumlusu ile tek bir konumda faaliyette bulunan küçük veya orta ölçekli veri sorumlusu farklı nitelikte iç denetim mekanizması kurması beklenmektedir. Aynı farklı muamele gerekliliği verinin ölçeği ve hassasiyeti için de geçerlidir. Dolayısıyla, mahremiyet yönetim programı her veri sorumlusu için özeldir ve sorumluluk da buna göre belirlenmelidir.

Hesap verebilirlik ilkesinin üçüncü önemli çıktısı ise denetimdir. Hesap verebilirliğin varlığından bahsedebilmek için herhangi bir veri ihlali gerçekleşmediği veya uyumsuzluk iddiası olmadığı bir aşamada uyum sürecinin etkinliği ve yeterliliği temin edilmiş olmalıdır.¹⁰⁹ Bir nevi, testi kırılmadan testinin kırılma simülasyonunu hazırlamayı ve ortaya çıkacak durumu gözetmeyi gerektirmektedir.

Bir veri sorumlusunun hesap verebilirlik ilkesini yerine getirdiğinin muhtelif karineleri vardır. Hesap verebilirliğin en temel göstergesi, uyum sürecine ilişkin veri sorumlusu bünyesinde iç kontrol ve denetim mekanizmalarının varlığıdır. Mahremiyet yönetimi için ayrılan kaynaklar ve yapılan harcamalar bile bir veri sorumlusunun kişisel verilere ilişkin hesap verebilirlik yaklaşımına karinesidir. Keza, veri korumadan

¹⁰⁹ European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European data protection law* (European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2018), 137.

sorumlu kişinin varlığı ve veri sorumlusunun operasyonel büyüklüğüne göre sayısı veya bir ihlalin iç disiplin kurallarına göre yaptırımla neticelenip neticelenmemiş olması da hesap verebilirliğe ilişkin önemli göstergelerdir. Nihayetinde, hesap verebilirlik veri sorumlusu için doğrudan ve dolaylı maliyetler çıkarmaktadır.¹¹⁰

Özetle, iç prosedürler, bağlayıcı politikalar, detaylı veri envanteri, veri koruma görevlisi, eğitim ve talimatlar, yeterli kaynaklar, etkin ilgili kişi başvuru yöntemleri, dahili şikâyet yönetim mekanizması, güvenlik ihlal yönetim sistemleri, mahremiyet etki analizi, iç ve dış denetim, davranış kuralları ve sertifikasyon temel hesap verebilirlik araçlarıdır. Bunlar veri sorumlularının ispat yükümlülüğünü yerine getirmek için başvurulabilecekleri pratik araçlardır.

Hesap verebilirlik sanılanın aksine veri sorumlusunun yenilikçi teknolojileri kullanmada takdir marjını artırmaktadır. Veri sorumlusu analitik araçlardan yapay zekâ teknolojilerine kadar dilediği teknolojiyi kullanabilir yeter ki hesap verebilirlik anlayışıyla hareket etmiş olsun. Bu yaklaşımla hareket ettiğini ispat ettiği durumda veri koruma otoritesi nezdinde sorumluluğu özel olarak değerlendirilecektir.

Hesap verebilirlik ilkesi, veri koruma otoritelerin yetkisini daraltan bir ilke değil, bilakis denetimlerini daha etkin hale getiren, destekleyici bir ilkedir. İlkenin bilgi asimetrisini azaltan bir özelliği vardır ve *ex-post* denetimi kolaylaştırmakta, veri koruma otoritelerinin daha seçici ve stratejik davranmalarını, işlemleri önceliklendirmelerini ve tasarruf yapmalarını sağlamaktadır. İdarenin en az maliyetle en etkin denetimi yapmasını sağlayan bu durum, çok yerinde bir şekilde daha az denetim ve daha çok sorumluluk olarak özetlenmektedir.

Hesap verebilirlik ilkesi, Türk veri koruma hukukunda açık normatif dayanağı olan bir ilke değildir. Kanunun lafzında değil ruhunda yer almaktadır. Yine de bu ilkenin kişisel verilerin korunmasına ilişkin önemli etkileri sebebiyle yasal düzeyde tanımlanması ve şeffaflık ilkesiyle de desteklenmesi gerekmektedir. Zira, şeffaflık olmadan uygulanan tedbirlerin etkinliğinin gerçek manada doğrulanması mümkün değildir. Bu iki ilkenin müstakil ilkeler olarak kabul edilmesiyle, veri koruma hukukunda temel yaklaşım değişecek ve yeni bir sorumluluk ekosistemi oluşacaktır. Veri sorumlusuna, iç ve dış tüm iş süreçlerinde artırılmış bir özen yükümlülüğü getirileceği için kişisel verilerin daha etkin bir biçimde korunması mümkün olacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

¹¹⁰ Geradin/Katsifis/Karanikioti (n 107) 12.

Bibliyografya/Bibliography

- Bianculli A C, Xavier F ve Jacint J (eds), *Accountability and Regulatory Governance* (Palgrave Macmillan 2015).
- Birleşmiş Milletler, ‘*Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*’ (2011) https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf
- Çekin MS, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu* (On İki Levha 2018).
- Černič JL, *Corporate Accountability under Socio-Economic Rights* (Routledge 2019).
- De Hert P, ‘*Accountability and System Responsibility: New Concepts in Data Protection Law and Human Rights Law*’ in Guagnin D and others (eds), *Managing Privacy through Accountability* (Palgrave Macmillan 2012).
- De Hert P ve Vagelis P, ‘*The Council of Europe Data Protection Convention reform: Analysis of the new text and critical comment on its global ambition*’ (2014) 30 *Computer Law & Security Review* 633.
- De Terwangne C, Jean-Marc VG ve Yves P, *Rapport sur les lacunes de la Convention no 108 pour la protection des personnes à l’égard du traitement automatisé des données à caractère personnel face aux développements technologiques (Partie II)* (2010) <http://www.crid.be/pdf/public/6559.pdf>
- Docksey C, ‘*Article 24 – Responsibility of the controller*’ in Kuner C, Bygrave LA and Docksey C (eds), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary* (Oxford University Press 2020).
- European Union Agency for Fundamental Rights ve Council of Europe, *Handbook on European data protection law* (European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2018).
- Fuster GG, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU* (Springer 2014).
- Geradin D, Dimitrios K ve Theano K, *GDPR Myopia: How a Well-Intended Regulation ended up Favoring Google in Ad Tech - ILEC Discussion Paper No. 2020-012*, 2020 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3598130>
- Greenleaf G, ‘*Accountability Without Liability: ‘To Whom’ and ‘With What Consequences’? (Questions for the 2019 OECD Privacy Guidelines Review)* UNSW Law Research Paper No. 19-67’ (2019) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3384427
- Gunasekara G, ‘*Paddling in unison or just paddling? International trends in reforming information privacy law*’ (2013) 22 *International Journal of Law and Information Technology* 141.
- Gutwirth S, Ronald L ve De Hert P (eds), *Data Protection on the Move - Current Developments in ICT and Privacy/Data Protection* (Springer 2016).
- Keser Berber L, ‘*Çapraz Etkileşim: Mahremiyete İlişkin Mevzuat ve Mahremiyet Standartları Arasındaki İlişki*’ in Keser Berber, Leyla and Bilgili, Ali Cem (eds), *Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2020).
- Lambert P, *The Data Protection Officer - Profession, Rules, and Role* (CRC Press - Taylor & Francis 2017).
- Lambert P, *Understanding the New European Data Protection Rules* (CRC Press - Taylor & Francis 2018).

- Leenes R, Van Brakel R, Gutwirth S ve De Hert P (eds), *Data Protection and Privacy: (In)visibilities and Infrastructures* (Springer 2017).
- Madde 29 Çalışma Grubu, ‘Guidelines on Data Protection Officers (‘DPOs’)’ (13 Aralık 2016) http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=44100
- Madde 29 Çalışma Grubu, ‘*Opinion 3/2010 on the principle of accountability*’ (13 Temmuz 2010) https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp173_en.pdf
- Madde 29 Çalışma Grubu, ‘*The Future of Privacy*’ (1 Aralık 2009) https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2009/wp168_en.pdf
- OECD, ‘*The OECD Privacy Framework*’ (2013) https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf
- Privacy International, ‘*A Guide for Policy Engagement on Data Protection - The Keys to Data Protection*’ (2018) <https://privacyinternational.org/sites/default/files/2018-09/Data%20Protection%20COMPLETE.pdf>
- Rodrigues R ve Papakonstantinou V (eds), *Privacy and Data Protection Seals* (T.M.C. Asser Press 2018).
- United Nations, ‘*Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*’ (2011) https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf
- Voigt P ve Von dem Bussche A, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Practical Guide* (Springer 2017).
- Wright D ve De Hert P (eds), *Privacy Impact Assessment* (Springer 2012).
- Yılmaz SS, *Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu* (Seçkin 2014).



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 30.03.2020
Revizyon Talebi: 19.10.2020
Son Revizyon: 26.10.2020
Kabul: 30.10.2020

Medeni Yargıda İstinaf Sebepleriyle Bağlılık Kuralı

Hilal Ünal Kaya*

Öz

Kullanılan yöntemler farklı olmakla birlikte, aslında her yargılama usulü, en doğru karara ulaşarak adaletin mümkün olduğunca eksiksiz tecelli etmesine yönelmiştir. Ancak bu hedef yargılamaya birtakım sınırlamalar getirilmesine de engel değildir; zira uyumsuzluk belirli bir süre içerisinde, makul masraflar ve emek dâhilinde çözüme kavuşturulmak durumundadır. Asıl sorun, getirilen sınırlamanın nerede başlayıp bitmesi gerektiğindedir. Bu çerçevede makalenin konusunu da istinaf yargılamasına getirilen önemli sınırlandırmalardan birini oluşturan sebeple bağlılık kuralı oluşturmaktadır.

İstinafa sebeple bağlılık kuralı, bir yandan istinaf taleplerinin gerekçelendirilmesi gerekliliği ile diğer yandan da tasarruf ilkesi ve aleyhe karar verme yasağı ile yakın ilişki içerisindedir. Gerekçelendirme, istinaf incelemesini yapan mahkemeye yön göstermesi ve karşı tarafa savunma imkânı tanınması nedeniyle önemlidir. Tasarruf ilkesi ve aleyhe karar verme yasağı ise, istinaf incelemesinin sınırlarını oluşturan diğer önemli iki ilke olması nedeniyle konumuz bakımından önem arz eder. Çalışmamızda öncelikle gerekçelendirme kuralı incelenip, sonrasında sebeple bağlılık kuralının Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenlemesi ve yargı kararlarındaki yansımaları ele alınacaktır. Bu esnada, Yargıtay'ın sebeple bağlılık kuralından doğabilecek sakıncaları bertaraf etmek için geliştirdiği çözümler de değerlendirme konusu yapılacaktır. Devamında, sebeple bağlılık kuralının tasarruf ilkesi ve aleyhe karar verme yasağı ile bağlantısı ele alınacak olup, sonuç kısmında konuyla ilgili değerlendirmelerimize yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler

Özel hukuk yargılaması, İstinaf, Dilekçenin gerekçelendirilmesi, Sebeple bağlılık kuralı ve sınırları

The Principle of Causality in Appeal under the Law of Civil Procedure

Abstract

Although the methods used are different, in fact, every proceeding procedure aims to establish justice as complete as possible by reaching the most accurate decision. However, such an aim does not prevent the imposition of some restrictions on proceedings since the dispute has to be resolved within a certain time and within reasonable costs and labor. The main matter is where the restriction imposed shall commence and end. In this context, the subject of this article is the principle of causality and its framework, which is one of the crucial restrictions imposed on the proceeding of the appeal.

The rule of dependency for the reason in appeal cases is in close relation with the necessity of justifying the appeal requests on the one hand, and the principle of disposition and the prohibition of adjudication on the other. Reasoning is important, as it guides the court conducting the appeal review and allows the opposing party to defend. The principles of disposition and prohibition against adjudication are two important principles that constitute the boundaries of the appeal review. In our study, firstly, the reasoning rule will be examined, and then the regulation of the rule of dependency for the reason in the Turkish Code of Civil Procedure and its reflections in judicial decisions will be discussed. Also, the solutions developed by the Court of Appeal to eliminate the drawbacks that may arise from the rule of dependency for the reason will be evaluated. Subsequently, the connection of the rule of dependency for the reason and the principle of disposition and the prohibition against adjudication will be discussed, and our evaluations will be included in the conclusion section.

Keywords

Private law proceeding, Appeal, Justification of the petition, The principle of causality and its restrictions

* **Sorumlu Yazar:** Hilal Ünal Kaya (Dr. Öğr. Üyesi), Türk-Alman Üniversitesi İ.İ.B.F, Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye.
E-posta: hilal.kaya@tau.edu.tr ORCID: 0000-0001-6065-0919

Atf: Unal-Kaya H, "Medeni Yargıda İstinaf Sebepleriyle Bağlılık Kuralı" (2020) 78(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1899.
<https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.4.0006>



Extended Summary

Upon the application for appeal, the parties have the opportunity to obtain another decision that is favourable to them and more accurate, by opposing the court decision in which issues are found against them and which they find faulty. Within this opportunity, the court of appeal can re-investigate when necessary and revoke the first-instance court's decision and make its own decision instead. When the relevant regulations of the Code of Civil Procedure numbered 6100 are examined, it is observed that the courts of appeal have been granted a very limited power of investigation (please review Article 355, 357 of the Code of Civil Procedure). In accordance with the principle of causality, which is one of the regulations in which the restriction is observed the most intensely, the court of appeal shall carry out its investigation based on the reasons of appeal, except for circumstances contrary to public order (Article 355).

The party requests of appeal must also submit the reasons for the appeal. Under sub-paragraph "e" of Article 342/2 of the Code of Civil Procedure which regulates the elements of the appeal petition, the reasons and the justification for the application are stated. However, when paragraph 3 of the same article is examined, a conclusion has been reached that, even if the reason is not submitted, if the identity of the party requests of appeal and the decision against which the party requests of appeal are stated, the Regional Court of Appeal shall investigate the decision of the first-instance court in terms of the violation of public order, by considering the merits of the lawsuit. However, once such conclusion has been considered along with Article 352 of the Code of Civil Procedure where the preliminary investigation is regulated, it causes a confusion. Thus, it is explicitly stated in the relevant provision that the lawsuit file, which is determined as complete, shall be taken into the main investigation (Article 352/3). Therefore, since an application petition, which does not include the reasons for the appeal, shall be considered as incomplete, the dismissal of the same due to procedural deficiencies at the preliminary investigation stage will be a more appropriate solution.

Although it is required to expect from the party requests of appeal that they submit the reasons for the appeal in the petition, this requirement is not a must of the appeal investigation to be restricted with the reasons submitted in absolute terms. Since the purpose of the proceeding of appeal is to eliminate the material and legal mistakes determined in the decisions of the first-instance court as much as possible and to provide a more effective legal protection to the citizens. Restricting the court of appeal with the reasons submitted by the parties leads to a conclusion to ignore some mistakes or deficiencies by the court, and such a conclusion is not compatible with the purpose of reaching more accurate and fair decisions by the court of appeal and the purpose of reaching the material truth of civil procedure law.

While evaluating the principle of causality, special attention shall be given to two issues. The first one of these two is the principle of not deciding beyond the request, which is a result of the disposition principle, which is also valid in the proceeding of appeal. In accordance with the principle of not deciding beyond the request, the court shall not be able to decide more than the party requests of appeal, even if the court determines a violation other than the reasons indicated by the petition of the party requests of appeal. The second issue required to be considered is the “prohibition of reformatio in peius”. As per this prohibition, even if a reason is determined against the party requests of appeal by the appeal court during its investigation, the appeal court shall not be able to make a decision that puts the party request of appeal in a more disadvantaged position than that of the decision of the court of first instance by taking such a matter against the party requests of appeal. Public order is also the only exception to both the principle of not deciding beyond the request and prohibition of reformatio in peius. To the extent that the principle of not deciding beyond the request and the prohibition of reformatio in peiuare are complied with, we are in the opinion that the principle of causality can be abandoned in the appeal.

Medeni Yargıda İstinaf Sebepleriyle Bağlılık Kuralı

Giriş

İstinaf başvurusuyla taraflar, aleyhe hususlar içeren ve hatalı buldukları mahkeme kararına karşı koyarak, yerine lehe ve doğru olduğunu düşündükleri bir başka karar elde etme imkânına sahip olurlar. Bu imkân dâhilinde, istinaf mahkemesi başvuru üzerine, gerektiğinde yeniden tahkikat yaparak, ilk derece mahkemesi kararını kaldırıp yerine kendi kararını verebilir. İstinaf aşamasında yapılacak tahkikat çoğu hukuk sisteminde sınırlandırılmış olmakla birlikte, bu sınırlandırmanın kapsamı her hukuk sisteminde farklıdır.¹ Uyuşmazlığın istinaf aşamasına gelmeden önce hâlihazırda bir mahkeme sürecinden geçtiği ve istinaf yargılamasının ikinci derecede gerçekleşen bir yargılama olduğu dikkate alındığında, bu aşamada tahkikatın bazı sınırlamalara tâbi tutulması anlaşılabilir bir durumdur. Ancak sınırlandırmanın nerede başlayıp bitmesi gerektiği sorusuna yanıt aranırken, istinafla elde edilmek istenen amaca ve sınırlandırmanın bu amaçla uyum içerisinde olmasına da özen gösterilmesi gerekir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun konuyla ilgili düzenlemeleri incelendiğinde, istinaf mahkemelerine oldukça sınırlı bir tahkikat yapma yetkisi tanındığı görülür (bkz HMK m 355, 357, 358).² Sınırlandırmanın en yoğun hissedildiği düzenlemelerden biri olan sebeple bağlılık kuralı uyarınca istinaf mahkemesi, kamu düzenine aykırı haller hariç olmak üzere, incelemesini istinaf sebepleri ile bağlı olarak gerçekleştirir (HMK m 355). Bir diğer ifadeyle, tarafların istinaf dilekçelerinde gösterdiği sebepler aynı zamanda istinaf incelemesinin çerçevesini de belirleyecektir. Çalışmamızın temelini istinaf kanun yolunda sebeple bağlılık kuralı, sınırları ve değerlendirilmesi oluşturmakla birlikte, öncesinde konuyla yakından ilgili olan bir başka hususa, istinaf dilekçesinin gerekçelendirilmesine yer verilecektir. Çalışmamızda yargı kararlarına değinilerek uygulamanın da ne yönde geliştiği ele alınıp, sorunlu noktalarda çözüm önerilerinde bulunulmaya çalışılacaktır.

¹ Tahkikatın sınırlandırılmış olduğu farklı yargılama hukuku sistemlerine örnek olarak bkz Avusturya Medeni Usul Kanunu (Österreichische Zivilprozessordnung) §§ 462/1, 482, 483; Alman Medeni Usul Kanunu (Deutsche Zivilprozessordnung) §§ 529/1, 531, 533; İsviçre Medeni Usul Kanunu (Schweizerische Zivilprozessordnung) § 317. /1, e 3cae2 kapumunu HMK md. 342/3ön verirkenni Usul Kanunu) mahkemesince resen dikkate alınıp, bu şartlardan biri eksikse masi

² 22/07/2020 tarih 7251 sayılı Kanun ile HMK'nın istinaf ile ilgili hükümlerinde bazı değişiklikler meydana gelmekle birlikte, sebeple bağlılık kuralında ve konuyla bağlantılı olabilecek diğer hükümlerde bir değişiklik olmamıştır. Getirilen yenilikler özette istinafa başvurulabilecek kararlar (HMK m 341/1), duruşma yapılmadan verilecek kararlar (HMK m 353/1a), duruşma yapılması ve karar verilmesi (HMK m 356/2) ve duruşmaya gelinmemesi ve giderlerin ödenmemesi (HMK m 358/1,3) hususlarını kapsamaktadır.

I. İstinaf Dilekçesinin Gerekçelendirilmesi

A. Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki İlgili Düzenlemeler (HMK m 342/2-e; 352/1-d)

Kanun koyucu, yargı organları önünde hukuki bir talepte bulunan kişiden bu talebini gerekçelendirmesini beklemektedir (Karş HMK m 119/1-e; 129/1-d, 194, 342/2-e, 364/2-f). Ancak gerekçelendirme sayesinde ki, mahkeme kendisinden tam olarak ne talep edildiğini ve nedenini anlayabilir. Yine bu sayede mahkeme, önüne gelen bir talebin gerçekten bir menfaati korumak amacıyla mı yoksa keyfiyetten mi ileri sürüldüğünü değerlendirebilir. Eğer talebin karşı tarafı var ise, o da ancak gerekçeyi okuduktan sonra talebin içeriğini ve nedenini öğrenip, savunmasını buna göre hazırlayabilecektir. Dolayısıyla, “gerekçelendirme” bir yandan mahkemeye yol gösterip, yargılamayı hızlandırırken; diğer yandan da karşı tarafa savunma imkânı tanır.³ Bu yönüyle, hukuki bir talebin gerekçesinin gösterilmesi, yargı organları karşısında adil yargılanma hakkının, silahların eşitliği ilkesinin ve hatta usul ekonomisi ilkesinin hayata geçirilmesine zemin hazırlayan önemli bir unsurdur. Her ne kadar sayılan ilkeleri hayata geçirmek birinci derecede mahkemenin görevi olsa da, taraflar da yargılamanın süjesi olarak bu konuda azami özeni göstermelidir.⁴

Kanun koyucu, istinafa başvuran taraftan da istinaf sebeplerini göstermesini haklı olarak beklemektedir. İstinaf dilekçesinin unsurlarını düzenleyen HMK m 342/2 hükmünün “e” bendinde, başvuru sebepleri ve gerekçesi de yer almaktadır. İlgili düzenleme, başvuruda bulunan taraftan, ilk derece mahkemesi kararındaki hata veya eksikliklerin neler olduğunu, kendi bakış açısıyla dilekçesine yansıtmasını beklemektedir. Başvuran taraf, aynı zamanda ileri sürdüğü istinaf sebeplerini yeterince somutlaştırmalıdır. Örneğin, sadece “verilen karar kanuna aykırıdır” ya da “deliller hatalı değerlendirilmiştir” gibi genel ve soyut ifadeler, gerekçelendirme kuralından beklenen faydayı sağlamayacağı için, geçerli kabul edilmemelidir.⁵ Bu nedenle Yargıtay’ın vermiş olduğu şu karara katılamıyoruz: “[...] davalı taraf, süre tutum dilekçesinde “mahkeme kararının hukuka uygun olmaması ve herhangi bir araştırma yapılmaması nedeniyle” istinaf yoluna başvurduğunu açıklamaktadır. Davalı süre tutum dilekçesi olarak adlandırılan dilekçesinde, kısa da olsa, istinaf sebeplerini bildirmiştir. Bu nedenle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 355. maddesinin 1. fıkrasına göre, davalının dilekçesinde bildirdiği sebepler ile sınırlı olarak başvurunun esasına yönelik inceleme yapılması gerekirken, istinaf başvurusunun usulden reddine

³ Nevhis Deren Yıldırım, ‘İstinafin Gerekçelendirilmesi ve İstinaf Sebepleri’ *Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan* (Seçkin Yayıncılık 2006) 701; M Kamil Yıldırım, *Hukuk Devletinın Gereği: İstinaf* (Nesil Matbaacılık 2000) 110; Nesibe Kurt Konca/Ceren Damar, ‘İş Yargısında İstinaf Kanun Yolu’, *TBB Dergisi* 2016 (125) 213, 215.

⁴ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, *Medeni Usül Hukuku (Ders Kitabı)* (6. Bası Vedat Kitapçılık 2018) 193.

⁵ H. Yavuz Alangoya/M Kamil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, *Medeni Usül Hukuku Esasları* (6. Bası Beta Basım Yayın 2009) 521; Tolga Akkaya, *Medeni Usül Hukukunda İstinaf* (Yetkin Yayınları 2009) 215. Talebin somutlaştırılmasına ilişkin tartışmalar için bkz Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, (2. Bası Yetkin Yayınları 2014) 992.

karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir [...]”.⁶ Ancak hâkim, gösterilen sebeplerde maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili hususlar görürse, bu hususların açıklığa kavuşturulmasını isteyebilecektir (Karş HMK m 31). Benzer şekilde hâkim, hukuki nitelendirmeyi kendisi yapacağı için, başvuran taraf istinaf sebebini yanlış nitelendirmiş olsa bile, kendisi doğru nitelendirmeyi yaparak, gereken incelemeyi yapmalıdır (HMK m 33).⁷

İstinaf sebepleri ve gerekçesi HMK m 342/2 içerisinde dilekçenin unsurları arasında düzenlendikten sonra, aynı maddenin 3’üncü fıkrasında, sebep gösterilmese dahi, şayet başvuru kimliği ve hangi karara karşı başvuru yaptığı belirtilmiş ise, bölge adliye mahkemesinin HMK m 355 çerçevesinde gerekli incelemeyi yapması gerektiği düzenlenmiştir. HMK m 355 hükmü, istinaf mahkemesinin kamu düzenine aykırılık hallerini, istinaf sebeplerinden bağımsız olarak inceleyeceğini düzenler. Buradan çıkan sonuç, başvuru dilekçesinde istinaf sebepleri gösterilmese dahi, bölge adliye mahkemesinin esasa girerek, ilk derece mahkemesi kararını kamu düzenine aykırılık yönünden incelemesi gerektiği yönündedir. Bu düzenleme, istinafta ön incelemeyi düzenleyen HMK m 352 hükmüyle birlikte ele alındığında uygulamada birtakım karışıklıklara yol açmaktadır. Zira HMK m 352/1 içerisinde, bölge adliye mahkemesinin başvuru hakkında asıl incelemeye geçmeden önce bir ön inceleme yapacağı ve bu ön inceleme sonunda eksiklik bulunursa öncelikli karar vereceği belirtilmiştir. Ön incelemede dikkate alınacak hususlar arasında başvuru sebeplerinin gösterilip gösterilmediği de yer almaktadır (HMK m 352/1-d). Öncelikli karardan ne anlaşılması gerektiği ise maddede açık değildir. Bu karar her bir eksiklik için farklılık gösterebilir. Örneğin, kesin bir karara karşı yahut süresinden sonra istinafa başvurulmuş ise başvurunun usulden reddi gerekirken; incelemenin başka bir dairenin iş sahasına girmesi durumunda ilgili daireye gönderme kararı verilmesi gerekir.⁸ Peki dilekçede istinaf sebebi veya gerekçesi hiç gösterilmemiş ise nasıl bir karar vermek gerekir? Ön incelemeyi düzenleyen HMK m 352/3 hükmünde, ancak eksiklik bulunmadığı anlaşılan dosyanın esas incelemeye alınacağı açıkça belirtilmiştir. HMK m 352/1 içerisinde, istinaf sebeplerinin gösterilip gösterilmediği de ön incelemede dikkate alınacak hususlar arasında sayıldığına göre, şayet bu hususta bir eksiklik var ise, yani başvuru dilekçesinde geçerli bir istinaf sebebi gösterilmemiş ise, bölge adliye mahkemesinin işin esasına girmeden, başvuruyu daha ön inceleme aşamasında reddetmesi gerekir. Ancak HMK m 342/3 hükmünün açık lafzı karşısında bu sonuç geçerliliğini yitirmekte ve istinaf başvurusunda gerekçe gösterilmese dahi, bölge

⁶ Yargıtay 22. HD, E 2017/33666 K 2017/12649 T 30.05.2017 (Lexpera).

⁷ Detaylı bilgi için bkz Nur Bolayır, *Medeni Usûl Hukuku’nda Hâkimin Hukuku Re’sen Uygulaması İlkesi* (On İki Levha Yayıncılık 2019) 13 vd.; Yalçın Kavak, *Medeni Hukukun Hakim Tarafından Uygulanması* (Legal Yayıncılık 2019) 201. Hâkimin hukuki nitelendirmesine ilişkin İsviçre ve Alman Federal Mahkemesi karar örnekleri için bkz Özge Arpacı, ‘Mahkeme Kararları Işığında Ölümüne Bağlı Tasarruf İle Sağlararası Hukuki İşlemlerin Ayrımında Geliştirilen Kriterler’, AHBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2020 (24) 150 vd.

⁸ Ön incelemede verilebilecek kararlara ilişkin detaylı bilgi için bkz Melis Taşpolat Tuğsavul, *İstinaf İncelemesi Sonucunda Verilebilecek Kararlar*, TBB Dergisi 2018 (134) 322 vd.

adliye mahkemesinin işin esasına girerek, kamu düzenine aykırılık yönünden inceleme yapması gerekir şeklinde bir sonuca varılmaktadır.

B. Değerlendirilmesi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 342'inci maddesi ile 352'inci maddesi arasındaki çelişki kendisini yargı kararlarında da göstermektedir. İstinaf sebeplerinin başvuruda gösterilmemesi durumunda, bölge adliye mahkemesi zaman zaman başvuruyu daha ön inceleme aşamasında usulden reddetmekte; Yargıtay ise istinafın bu yöndeki tutumunu HMK m 342/3 hükmü karşısında hatalı bulmakta ve dosyanın esasa girilerek kamu düzeni yönünden incelenmesi gerektiğine, şayet kamu düzenine bir aykırılık yok ise, o zaman istinaf başvurusunun esastan reddedilmesi gerektiğine hükmetmektedir.⁹

Kanaatimizce, gerekçelendirilmemiş istinaf başvurularının işin esasına girilerek kamu düzenine aykırılık yönünden incelenmesi gerektiği yönündeki HMK m 342/3 hükmü isabetli bir düzenleme değildir. Doktrinde daha önce de savunulduğu gibi, şayet sadece başvuranın kimlik ve başvuru kararın künye bilgisinin verilmesi, istinaf incelemesine başlamak için yeterli sayılırsa (her ne kadar bu halde inceleme sadece kamu düzeniyle sınırlı yapılacaksa da), bu durum, korunmaya değer hukuki yarar içermeyen, keyfi başvurulara neden olabilecek ve yargının iş yükünü gereksiz yere arttırabilecektir.¹⁰ Hiçbir neden gösterilmeksizin başlayan istinaf incelemeleri, ilk derece yargılamasını kaybeden tarafı, sırf şansını bir kez daha denemek için uyuşmazlığı ikinci derece yargılamasına götürmeye teşvik edebilecektir. Öyle ki günümüzde artık “süre tutum dilekçesi” adı altında, hiçbir gerekçe içermeyen başvurularla dahi istinaf incelemesini başlatabilmek mümkün hale gelmiştir.¹¹ Oysaki hukukumuzda kanun yoluna başvurma süresi için tefhim dahi söz konusu olsa, kanun

⁹ Yargıtay 12. HD, E 2018/9799 K 2019/326 T 16.1.2019; Yargıtay 12. HD, E 2017/8613 K 2018/8003 T 13.09.2018; Yargıtay 22. HD, E 2017/33666 K 2017/12649 T 30.05.2017 (Lexpera). Çoğu zaman da, bölge adliye mahkemesi gerekçelendirilmemiş istinaf taleplerini, kamu düzenine de aykırılık görülmediğini belirterek, usulden red kararı vermektedir. Yargıtay ise bu durumda, kamu düzenine ilişkin bir inceleme yapıldığından yola çıkarak, usulden değil esastan red kararı verilmesi gerektiğini belirterek, kararları bozmaktadır. Bkz: Yargıtay 22. HD, E 2017/10813 K 2017/5656 T 21.3.2017; Yargıtay 22. HD, E 2017/33666 K 2017/12649 T 30.5.2017 (Lexpera). Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise, gerekçelendirilmemiş istinaf taleplerinin kamu düzeni açısından esas incelemesi yapıldıktan sonra, esastan red yerine usulden red kararı verilmesi halinde, şayet bu usule aykırılık sonuca etki etmiyorsa bozma nedeni yapılmaması gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay 9. HD, E 2017/20300 K 2018/3709 T 21.2.2018 (Lexpera).

¹⁰ Muhammet Özkes, *Pekcanutez Usul Medeni Usul Hukuku* (15. Bası On İki Levha 2017) 2237- 2238; Akkaya (n 4) 250 vd. Benzer şekilde: Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku* (3. Bası Adalet Yayınevi 2019) 369. 1, e 3cae2 kapumunu HMK md. 342/3'ün verirkenni Usul Kanunu) mahkemesince resen dikkate alınıp, bu şartlardan biri eksikse ması

¹¹ “[...]Her ne kadar davalı tarafta gerekçeli istinaf dilekçesi süresinde verilmemiş ise de, İlk Derece Mahkemesi kararı davalı vekiline teahhüt edilmiş ve süresinde süre tutum dilekçesi verilmekle, istinaf isteminin süresinde yapıldığının kabulü gerekir. Bu durumda, Bölge Adliye Mahkemesince yapılacak iş, HMK'nin 342/3.maddesinde belirtildiği üzere, istinaf dilekçesini reddetmeden, HMK'nin 355. maddesi uyarınca kamu düzeni ile sınırlı inceleme yapmaktır. Şayet, incelenen mahkeme kararında kamu düzenine aykırılık tespit edilmez ise, işin esasına dair inceleme yapılmış olacağından, HMK'nin 353/1-b-1 maddesi gereği, istinaf isteminin esastan reddine karar verilmesi gerekecektir[...]”. Yargıtay 8. HD, E 2018/11622 K 2019/4271 T 17.4.2019 (Lexpera). Benzer yödeki başka kararlar için bkz Yargıtay 8. HD, E 2017/13412 K 2018/17070 T 10.10.2018; Yargıtay 10. HD, E 2017/439 K 2018/3105 T 5.4.2018; Yargıtay 12. HD, E 2017/8613 K 2018/8003 T 13.09.2018; Yargıtay 12. HD, E 2018/9799 K 2019/326 T 16.1.2019 (Lexpera).

yoluna başvurma süresinin başlayabilmesi için mahkeme kararının “tüm unsurlarıyla tefhim edilmiş olması” gerekir. Sadece kısa karar tefhim edilmişse, kanun yoluna başvurma süresi gerekçeli kararın tebliğinden itibaren başlayacaktır.^{12 13} Dolayısıyla hukukumuzda “süre tutum dilekçesi” şeklinde bir kurum aslında mevcut olmadığı gibi, böyle bir kuruma ihtiyaç da yoktur.¹⁴

Gerekçelendirilmemiş istinaf başvurusuna binaen başlayan esasa ilişkin incelemede, hem mahkemenin hem de karşı tarafın önünü görmesi mümkün olmadığı için, hukuki güvenlik ve hukuki öngörülebilirlik ilkeleri de tehlike altındadır. Bu doğrultuda, aslında istinafta gerekçelendirme kuralının kendisinin kamu düzenini korumaya yönelik bir önlem olduğunu söylemek dahi mümkündür. O zaman ise, daha en başta gerekçelendirilmemiş istinaf başvurusuyla tehlikeye düşen kamu düzenini gözetmeyerek, sonrasında kamu düzenini korumak için inceleme yapmaya başlamak, kanımızca kendi içerisinde de çelişkili bir durumdur.

Yapılması gereken, gerekçelendirilmemiş istinaf başvurularını ön inceleme aşamasında usulden reddetmektir.¹⁵ Hâlihazırda, ön incelemede öncelikli karar verilmesi gereken halleri düzenleyen HMK m 352/1 hükmü ile eksiklik bulunan dosyanın incelemeye alınmayacağını düzenleyen aynı maddenin 3’üncü fıkrası bu yöndeki bir çözüme yasal zemini hazırlamıştır.

¹² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun konuyla ilgili bir kararında ifade edildiği üzere “[...] İİK’da yer alan istinaf ve temyiz süresinin başlangıcına esas alınan tefhim kavramının ‘hükme ilişkin tüm hususların gerekçesi ile birlikte açıklandığı hal’ olarak anlaşılması zorunludur [...]” Yargıtay HGK, E 2013/22-1441 K 2014/1000, T 03.12.2014 (Kazancı). Yargıtay’ın aynı yönde yakın tarihli bir başka kararında şu ifadelere yer verilmiştir: “[...] Kısa karar, taraf vekillerinin yüzüne karşı tefhim edilmiş ise de gerekçeli karar tüm unsurlarıyla tefhim edilmemiştir. Bu durumda ilk derece mahkemesinin istinaf süresi tefhimden değil gerekçeli kararın tebliğinden itibaren başlar [...]” Yargıtay 23. HD, E 2020/425 K 2020/1061 T 17.02.2020 (Legalbank).

¹³ Anayasa Mahkemesi’ne göre de hükme ilişkin tüm hususların gerekçesiyle birlikte tefhim edilmediği hallerde gerekçeli kararın taraflara tebliği zorunludur (Anayasa Mahkemesi Başkanlığı’nın 20.03.2014 gün ve 2012/1034 Başvuru sayılı kararı). Yine Anayasa Mahkemesi 25.09.2019 tarihinde, Nihal Uslukol (B No: 2016/73086) başvurusunda Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi’nin anılan kararında yer vermiş olduğu açıklamalar oldukça çarpıcıdır: “[...] Başvurucunun, istinaf süresinin kararın tebliğinden itibaren işlemeye başlayacağına güvenerek kanun yoluna müracaat etmesinin makul görülmesi gerekmektedir. Kanun yolu merciiinin, kanun yolu süresinin ilk derece mahkemesi tarafından gerekçesi açıklanmadığı halde tefhimden itibaren başlamasına ilişkin yorumunun öngörülemez nitelikte olup başvurucu üzerinde ağır bir yükü sebep olduğu değerlendirilmiştir. Bu nedenle başvurucunun katlanmak zorunda kaldığı külfetin hedeflenen meşru amaçla orantısız olduğu, dolayısıyla müdahalenin ölçülü olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Anayasa Mahkemesi açıklanan gerekçelerle Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir [...]”

¹⁴ Umar (n 4) 992. “... eldeki davada gerçekleşmiş bozma sebeplerini istinaf dilekçesinde belirtmeyip sırf hak düşüren süreyle uymuş olmak için dilekçe verildiğini, sebeplerin daha sonra ayrı bir dilekçe ile bildirileceği kayda dilekçede yer vermenin yararı ve geçerliliği yoktur, çünkü “Hukuk usulünde, müddeti muhafaza kurumuna yer verilmemiştir””. Muhammet Özkes, ‘Hukuk Yargılamasında Süre Tutum Müessesesi Yoktur’, Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan (Adalet Yayınları 2009), 389 vd.

¹⁵ Aynı yönde: Özkes (n 9) 2237- 2238; Akyaya (n 4) 250 vd. Aksi yönde: Mert Namlı, ‘İş Uyuşmazlıkları ve İstinaf’, Sicil İş Hukuku Dergisi 2016 (36) 135. Yazar, gerekçesiz istinaf başvurularının kamu düzeni yönünden incelenmesinin mahkemelerin iş yükünü arttıracığına katılmakla birlikte, bu durumun yargıya olan güveni sağlamlaştıracağından yola çıkarak olumlu bir düzenleme olduğu fikrindedir. Alman Medeni Usul Kanunu § 522/1 içerisinde, istinaf mahkemesinin, başvuru kararın istinaf incelemesine tabi olup olmadığı, başvurunun süresinde ve usulüne uygun şekilde yapılıp yapılmadığı ve gerekçelendirilip gerekçelendirilmediği hususlarının istinaf mahkemesince re’sen dikkate alınıp, bu şartlardan biri eksikse başvurunun esasa girilmeden reddedileceği açıkça düzenlenmiştir. 1. e 3cae2 kapımunu HMK md. 342/3ön verirkenni Usul Kanunu) mahkemesince resen dikkate alınıp, bu şartlardan biri eksikse masi

II. Sebeple Bağlılık Kuralı

A. Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki İlgili Düzenleme (HMK m 355)

İstinaf aşamasında yapılacak incelemenin önemli bir sınırını HMK m 355 hükmü oluşturur. Bu hükme göre istinaf incelemesi, istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılır. Bir diğer ifadeyle, ilk derece mahkemesi kararı, istinaf mahkemesi tarafından, kural olarak, tarafların ileri sürdüğü nedenler çerçevesinde denetlenebilecektir. İlgili maddede, bu kuralın tek istisnası olarak kamu düzenine aykırılık hali kabul edilmiştir. Kamu düzenini ilgilendiren hususlarda, bölge adliye mahkemesi sebeple bağlı olmaksızın, re'sen inceleme yapabilecektir. Örneğin, maddi hukuk alanında, kişiler ve aile hukuku ile ilgili sevk edilmiş pek çok emredici hükme aykırılık yahut usul hukuku alanında dava şartlarındaki eksiklik, davaya yasaklı hâkimin bakmış olması gibi durumların istinaf mahkemesince kendiliğinden dikkate alınacağına kuşku yoktur.¹⁶ Ancak bu gibi kamu düzenini ilgilendirdiği açık olan haller dışında, ilk derece yargılamasında oluşmuş bir eksikliğin yahut yanlışlığın ne vakit istinaf mahkemesince re'sen dikkate alınabileceği sorusuna cevap vermek kolay değildir.¹⁷ Bir an için, ilk derece yargılamasında hükme esas alınan bilirkişi raporunda birtakım eksiklikler olduğunu, ancak bu eksikliğin başvuran tarafından istinaf sebebi yapılmadığını varsayalım. Söz konusu karar başkaca bir nedenle istinaf mahkemesinin önüne geldiğinde ve istinaf mahkemesi yeniden tahkikat yapmaya karar verdiğinde, acaba bilirkişi raporundaki ilgili eksikliği de dikkate alıp giderebilecek midir? HMK m 355 hükmünün lafzı dikkate alındığında, şayet istinaf dilekçesinde bilirkişi raporundaki eksikliğe itirazda bulunulmamışsa, istinaf mahkemesinin bu eksikliği inceleme konusu yapamayacağı düşünülür. Doktrindeki baskın görüş de, delillerin toplanması ve değerlendirilmesi sırasında oluşabilecek hataların, kamu düzenini ilgilendirmemesi ve de mutlak istinaf sebebi teşkil etmemesinden dolayı, taraflarca ileri sürülmedikçe istinafta dikkate alınamayacağı yönündedir.¹⁸ Gerçekten de bilirkişi raporundaki eksikliği kamu düzenine dâhil ederek sebeple bağlılık kuralının istisnası olarak saymak oldukça güçtür. Şayet doktrinde ifade edildiği üzere “yargılama usulü kurallarının ilke olarak tümü için, kuralın konmasında ve gözetilmesinde kamu

¹⁶ Yargıtay 9. HD, E 2018/5201 K 2018/11906 T 28.5.2018; Yargıtay 10. HD, E 2017/996 K 2018/3107 T 5.4.2018; Yargıtay 22. HD, E 2017/10813 K 2017/5656 T 21.3.2017 (Lexpera).

¹⁷ İstinaf incelemesinde kamu düzeni kavramına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz Haluk Konuralp, “İstinafta Kamu Düzeni Kavramı”, *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI* (Türkiye Barolar Birliği Yayını 2008) 147-148; Cenk Akil, *İstinaf Kavramı* (Yetkin Yayınları 2010) 356 vd; Sezin Aktepe Artık, ‘İstinaf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı’, TBB Dergisi 2018 (134) 260 vd.; Deniz Meraklı Yayla, *İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması*, (Yetkin Yayınları 2014) 72-73.

¹⁸ Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*, (Legal Yayıncılık 2016) 675; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım (n 4) 522-523; Deren-Yıldırım (n 2) 702; İbrahim Ermenek, ‘İstinaf Kanun Yolu ve Bölge Adliye Mahkemesinin İnceleme Sınırlarının Kapsamı’ 13, <https://www.izmirbarosu.org.tr/Upload/files/haberler/%C4%B0stinaf%20Kanun%20Yolu%20ve%20B%3%B61ge%20Adliye%20Mahkemesinin%20C4%B0nceleme%20S%C4%B1n%C4%B1rlar%C4%B1n%C4%B1n%C4%B1n%20Kapsam%C4%B1.pdf> (Erişim Tarihi: 24.03.2020); Akil (n 12) 364; Akkaya (n 4) 204,262 263; Aktepe Artık (n 12) 265. Umar ise, Yargıtay’ın temyiz başvurusunu incelerken bozma istemini yasa önünde haklı kılabilecek nedenlerin varlığını kendiliğinden göz önüne alıp bozma kararı verebiliyor iken, istinaf için aksi yöndeki çözümü çelişkili bulmaktadır. Bkz. Umar (n 4) 1030.

yararı vardır”¹⁹ düşüncesinden hareket edilecek olursa, bu durumda – m 355 de dâhil olmak üzere – HMK’ nın kamu düzenini istisna olarak düzenleyen hükümlerinin içi boşaltılmış olacaktır. Diğer yandan ise, istinaf mahkemesinin ilgili eksikliğe rağmen hareketsiz kalmasının ve bilirkişi raporunu olduğu gibi hükmüne esas almasının bazı haksız sonuçlara yol açacağı da aşikârdır.

B. Sebepile Bağlılık Kuralının Yargı Kararlarındaki Yansımaları

Sebepile bağlılık kuralının istinaf incelemesini ne ölçüde sınırlayacağı sorusu, son dönemlerde bölge Adliye mahkemelerini ve Yargıtay’ı da oldukça meşgul etmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin yakın zamanda önüne gelen bir işe iade davasında, ilgili soruya tanık delili yönünden yanıt aranmıştır: Davalı işveren, işçinin iş akdinin haklı nedenlerle feshedildiğini ileri sürmüştür. Davalı, bu konuda ilk derece yargılamasında tanık dinletmek istediğini bildirmiş, ancak mahkeme tarafından tanık dinlenmesine yönelik HMK m 240 vd maddelerinde öngörülen usulî işlemler gereği gibi yerine getirilmeden, davalı tarafa tanıklarının hazır etmesi için gelecek celse ile kesin süre verilmesine, hazır etmediği takdirde tanık dinletme talebinden vazgeçmiş sayılacağına ihtarına yönelik bir ara karar oluşturulmuştur. Takip eden oturumlarda, mahkeme, tanık dinlemeye yönelik önceki ara kararı ile ilgili herhangi bir işlem yapmadan ve yeni bir ara karar da oluşturmadan, feshin haklı nedenle değil ancak geçerli nedenle feshedildiğine hükmederek, davanın reddine karar vermiştir. Karara karşı, hem davacı hem de davalı istinaf başvurusunda bulunmuştur. Davalı taraf, istinaf dilekçesinde, feshin geçerli değil haklı nedenle gerçekleştiğinin kabulünü talep etmiş, ancak ilk derece yargılaması sırasında oluşan tanık dinlenmesine yönelik usulî eksiklikleri istinaf sebebi yapmamıştır. Bölge adliye mahkemesi, istinaf incelemesinin sebeple bağlı olarak gerçekleşeceğini belirttiikten sonra, davalı tarafın tanığa ilişkin herhangi bir istinaf sebebi ileri sürmediğini, kaldı ki verilen süreye rağmen tanık bildirmediğini belirterek, davalı tarafın istinaf başvurusunu reddetmiş ve davacının işe iadesine karar vermiştir. Davalının temyiz başvurusu üzerine Yargıtay’ın kararı şu yönde olmuştur: ‘[...] Bölge Adliye Mahkemesi ise davalının hukuki dinlenme hakkına yönelik olarak yukarıdaki hususu değerlendirmeden davacının istinaf talebini kabul ederek davalının tanık dinletmediği ve ispat yükünü yerine getirmedeği gerekçesiyle feshin geçersizliğine davacının işe iadesine karar verilmiş ise de davalının tanık dinletme talebine yönelik olarak usulî işlemler ilk derece mahkemesince yerine getirilmemiş, bu usulî eksiklikler istinaf incelemesi sırasında da giderilmemiştir. Bu nedenlerle, yukarıdaki açıklamalar karşısında tanık dinletme talebine ilişkin olarak usulî işlemler yerine getirilmeden karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir [...]’.²⁰ Görüldüğü gibi, temyiz mahkemesi, ilk

¹⁹ Umar (n 4) 1031; karşı Konuralp (n 12) 147-148. kalmasının vegi s. 204. k üzere e tir.snasini düzenleyen pek çok hükmün içi boşaltılmış dirdiği

²⁰ Yargıtay 9. HD, T 20.02.2019 E 2018/6280 K 2019/4222 (Lexpera).

derece yargılaması sırasında oluşan tanık dinlenmesine ilişkin usuli eksiklikleri – tarafça istinaf sebebi yapılmış olup olmadığına bakılmaksızın – istinaf incelemesine tabi tutmuş ve bu eksikliklerin ikinci derecede giderilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Gerekçesini ise, kamu düzenini yakından ilgilendiren hukuki dinlenilme hakkına dayandırmıştır.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin yakın zamanda vermiş olduğu başka bir kararda, davalı işveren, müteveli heyet kararı raporunda darbe yanlısı terör örgütleri ve oluşumlarına destek verdiği belirlenen ya da bunlarla irtibatlı olabilecekleri değerlendirilen personel isimlerinin arasında davacının da isminin bulunması nedeniyle, davacının işine son vermiştir. Davacının işe iade talebini inceleyen ilk derece mahkemesi, müteveli heyet kararının idari bir işlem olduğunu, yapılan değerlendirmenin doğru olup olmadığı hususunda mahkemece denetim yapma hak ve yetkisinin olmadığını belirterek, davanın reddine karar vermiştir. Davacının istinaf başvurusu üzerine bölge adliye mahkemesi, istinaf incelemesinin başvuru dilekçesindeki sebeplerle sınırlı olarak gerçekleşeceğini ancak davacının gerekçeli istinaf dilekçesini süresinde vermemesi nedeniyle dilekçede belirtilen sebeplerin nazara alınmayacağını belirterek, incelemesini HMK m 355 uyarınca sadece kamu düzeni ile sınırlı olarak gerçekleştirmiştir. İnceleme sonunda kamu düzenine aykırı bir hususun saptanamadığı belirtilerek, davacının istinaf başvurusunun reddine karar verilmiştir. Davacının temyiz başvurusu üzerine ise Yargıtay, ilk derece yargılaması sırasında iş sözleşmesinin feshinin haklı mı, haksız mı yoksa geçerli sebebe mi dayanmakta olduğu hususlarında hiçbir araştırma yapılmadan karar verilmesini adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmüş ve bu hakkın kamu düzenini ilgilendirdiğini belirterek şu şekilde karar vermiştir: “[...] Bölge adliye mahkemesince gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 8 günlük süre geçtikten sonra verilen gerekçeli istinaf başvuru dilekçesinin nazara alınmayacağı belirtilmiş ve kamu düzenine de aykırı bir yön bulunmadığı gerekçesi ile davacının istinaf başvurusu ret edilmiştir. Ancak Mahkemece fesih haklı mı, haksız mı yoksa geçerli sebebe mi dayanmakta olduğu hususlarında davacının delilleri toplanmadan, iddia ettiği hususlara yönelik bir araştırma yapılmadan, tarafların hak arama özgürlüğü kapsamında iddia, savunma, usulüne uygun şekilde bilgilendirilme ve açıklama yapma hakkı gözetilmeden tamamen davacının adil yargılanma hakkı kısıtlanarak karar verilmiştir. Bu itibarla adil yargılanma hakkı kamu düzenini ilgilendiren en önemli noktalardan biri olup Bölge Adliye Mahkemesince bir değerlendirme yapılması gerekirken hatalı gerekçe ile karar verilmesi bozma nedenidir [...]”²¹

Yukarıda verilen her iki kararın sebeple bağlılık kuralı açısından ortak yanı şudur: İlk derece yargılamasında oluşan hata ve eksiklikler, istinaf aşamasında geçerli şekilde ileri sürülmemelerine rağmen, Yargıtay tarafından istinaf incelemesi kapsamına dâhil

²¹ Yargıtay 22. HD, E 2018/3323 K 2018/9615 T 24.4.2018 (Lexpera).

edilmişlerdir. Bölge adliye mahkemesi, usulüne uygun şekilde ve süresinde ileri sürülmemiş olan istinaf nedenlerini incelemekten kaçınarak, sebeple bağıllık kuralını oldukça katı uygularken; Yargıtay, ilk derece yargılaması sırasında oluşan hata ve eksiklikleri kamu düzenine ilişkin olan hukuki dinlenilme ve adil yargılanma hakkı kapsamına alarak, sebeple bağıllık kuralının istisnası saymıştır.

Yargıtay'ın anılan kararları, hak arama özgürlüğünün sınırlarını genişletmek bakımından isabetli olmakla birlikte, sebeple bağıllık kuralının sınırlarını belirlemek açısından ise yetersiz kalmaktadır. Şöyle ki; kamu düzeni kavramı, özellikle her hukuk kuralının toplumsal bir boyutu olduğu da düşünüldüğünde, farklı şekillerde yorumlanmaya ve esnetilmeye uygundur.²² Adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkı örneğin, yargılamada çok geniş uygulama alanına sahip olan iki temel haktır. Adil yargılanma hakkı, içerisinde, mahkemelerin bağımsızlığı ve tabii hâkim ilkesinden, mahkemeye erişim hakkına; usul ekonomisi ilkesinden, aleniyet ilkesine ve hukuki dinlenilme hakkına kadar pek çok farklı ilkeyi barındırır (AİHS m 6; AY m 36).²³ Aynı şekilde hukuki dinlenilme hakkı da kendi içerisinde, bilgilendirilme hakkı, açıklama ve delil gösterme hakkı, dikkate alınma hakkı gibi ana unsurlar yanında; bilgi ve belgelerin incelenebilmesi hakkı, sürpriz karar yasağı gibi başkaca yan unsuru barındırır (AY m 36; HMK m 27).²⁴ Bu durumda, davanın açılmasından itibaren (hatta dava açılmadan önce eğer ihtiyati tedbir istenmiş ise o zamandan itibaren)²⁵ ilk derece mahkemesi hükmünü verinceye kadar geçen sürede oluşabilecek pek çok eksiklik ve hata, adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkı içerisinde değerlendirilerek, sebeple bağıllık kuralının istisnası olarak yorumlanabilir. İstisnai haller bu kadar geniş yorumlandığında ise, bu sefer, HMK m 355' de ifadesini bulan sebeple bağıllık kuralının hangi durumlarda uygulama alanı bulacağı sorusu önem kazanır.

Bu soruya Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 2017 yılında vermiş olduğu bir cevap oldukça dikkat çekicidir. Bu cevaba göre: '[...] Bölge Adliye Mahkemesi maddi vakıa denetimi bakımından istinaf sebepleri ile bağılıdır. Ancak, Bölge Adliye Mahkemesi aynı zamanda hukukilik denetimi de yapmak durumundadır. Hukukilik denetimi bakımından ise istinaf sebepleri ile bağılı değildir [...]'.²⁶ Görüldüğü gibi Yargıtay, sebeple bağıllık kuralı açısından maddi vakıa denetimi ile hukukilik denetimi arasında bir ayrıma gitmiştir. Bu ayrımda, vakıa denetimi sebeple bağılı

²² Bkz Konuralp (n 12) 147-148; Tanrıver, kamu düzeni kavramına çok geniş bir içerik yüklenmesini, sebeple bağıllık kuralını bertaraf edecek tehlikeli bir adım olarak değerlendirmektedir. Bkz. Süha Tanrıver, Konuralp'in Tebliği Üzerine Değerlendirme, *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI* (Türkiye Barolar Birliği Yayını 2008) 149.

²³ Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Hilal Ünal Kaya, *Yargı Örgütü* (2. Bası Seçkin Yayıncılık 2019) 30 vd.

²⁴ Hakan Pekantez, 'Hukuki Dinlenilme Hakkı', *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan* (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 2000) 769 vd.

²⁵ Hukuki dinlenilme hakkı, gerek davadan önce gerekse dava sırasında talep edilen ihtiyati tedbirde de geçerlidir. Bkz. Pekantez (n 19) 764.

²⁶ Yargıtay 22. HD, E 2017/30909 K 2017/7476 T 03.04.2017 <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=461263> (Erişim Tarihi 25.03.2020); aynı yönde Yargıtay 22. HD, E 2017/33666 K 2017/12649 T 30.5.2017 (Lexpera).

olarak gerçekleşirken, hukuki denetim sebeple bağlı olmadan gerçekleşecektir. Ancak kararda, bu yöndeki ayrımın gerekçesine yer verilmemiştir. Hâlbuki HMK m 355`de, istinafta sebeple bağlılık kuralı açısından, vakıa ve hukukilik denetimi arasında bir fark gözetilmemiştir. Şayet kanun koyucu, istinaf aşamasında hukukilik denetiminin sebeple bağlı olmaksızın gerçekleşeceğini ön görmüş olsaydı, bunu tıpkı temyiz incelemesinin temyiz sebepleriyle bağlı olmadan gerçekleşeceğini düzenlediği gibi (HMK m 369/1), açıkça düzenleyebilirdi kanaatindeyiz. Böyle yapmak yerine, kanun koyucu, sebeple bağlılık kuralının tek istisnası olarak kamu düzenine aykırılık halini öngörmüştür. İlgili düzenlemeden çıkan sonuç, hukukilik denetiminin de sebeple bağlı olmaksızın gerçekleşebilmesi için, kamu düzenini ilgilendiren bir halin var olması gerektiğidir. Her ne kadar hukuk kurallarının tümü özde toplumsal düzeni sağlamak için var olsalar da, her hukuk kuralının doğrudan kamu düzeni/kamu yararı amacıyla sevk edilmediği de açıktır.²⁷ Hal böyle olunca, hukukilik denetiminin vakıa denetiminden farklı olarak sebeple bağlı olmaksızın gerçekleşeceği yönündeki çözümün hukuki temeli de eksik kalmaktadır.

Sebeple bağlılık kuralının sınırlarını belirlemek açısından Yargıtay`ca geliştirilen maddi vakıa denetimi - hukuki denetim ayrımındaki diğer bir zorluk, yargılamada vakıa ve hukuki tespitin çoğu kez iç içe geçmiş olmasıdır. Hukuki bir tespit için önce vakıa tespitinin yapılmış olması gerektiği gibi, vakıa tespiti de çoğu kez hukuki bir değerlendirmeyi içerir.²⁸ Örneğin, sık karşılaşılan istinaf sebeplerinden biri olan, ilk derece yargılamasında delillerin değerlendirilmesinde oluşabilecek bir eksiklik, hem vakıa hem de hukuki denetimi yakından ilgilendirir.²⁹ Dolayısıyla, vakıa denetimi ile hukukilik denetim arasında yapılan ayırmadan, sebeple bağlılık kuralının sınırlarını belirlemek açısından, pratikte de bir fayda beklenemeyeceği kanaatindeyiz.

Konuyla bağlantılı olarak son bir hususa dikkat çekmek gerekirse, bugün uygulamada en çok şikâyet edilen konuların başında gelen, bölge adliye mahkemelerinin yeniden tahkikat yapmaya yanaşmadıkları gerçeğinin³⁰ arkasındaki nedenlerden birinin de,

²⁷ Tekinay`ın da belirttiği gibi, bir hukuk kuralının kamu düzeninden sayılabilmesi için, toplumun önemli ve doğrudan doğruya menfaatlerini korumaya yönelik olması gerekir. Bkz Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman /Haluk Hurcuoglu/ Atlilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (6. Bası Filiz Kitabevi 1988) 540. Usul kuralları bazında ele alındığında ise, mahkemenin otoritesini güvence altına almak ya da şahsı düşünmeye sevk etmek üzere sevk edilmiş kuralların kamu düzenine ilişkin olduğunu kabul etmek gerekir. Bkz İlhan E Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (6. Bası Sulhi Garan Matbaası 1975) 339.

²⁸ Kurt Kuchinke, *Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz* (Ernst und Werner Gieseking Verlag 1964) 58 vd, 98 vd; Erich Schwinge, *Grundlagen des Revisionsrechts* (Roehrscheid Verlag 1960) 48 vd; Adolf Baumbach/Wolfgang Lauterbach/Jan Albers/Peter Hartmann, *Zivilprozessordnung*, (76. Aufl. C.H.BECK Verlag 2018) § 546 Rn 4. Farklı yöndeki görüşler için: Friedrich Stein/Martin Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung* (22. Aufl Band 6 Mohr Siebeck Verlag 2013) § 546 Rn 5; Bernhard Wiczorek/Rolf A. Schütze/Prütting, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar* (4. Aufl De Gruyter Verlag 2014) § 546 Rn 8 ff.

²⁹ Wolfgang Krüger, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung* (5. Aufl C.H.BECK Verlag 2016) § 546 Rn 2, 3.

³⁰ Bkz Hakan Pekcanitez, ‘Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Değerlendirilmesi’ TBB Dergisi 2019 (144) 408 vd; Cenk Akil, ‘Bir İstinaf Sebebi Olarak HMK m. 353/1-a-6 Üzerine Değerlendirme’, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 2019 (38) 2 vd.

mahkemeler ve toplum nezdinde oluşan “dar istinaf modeli³¹” ne ilişkin yanlış algı olduğunu düşünmekteyiz. “Dar istinaf modeli” başlığı altında, sürekli olarak istinaf mahkemelerinin hukuki denetim boyutunun vurgulanması, istinaf mahkemelerinin denetim görevinin asli, tespit edilen hataları giderme görevinin ise tali nitelikte olduğu gibi yanlış bir algıya sebebiyet vermektedir. Hâlbuki istinaf yargılamasında hukuki denetim ve vakıa denetimi aynı derecede öneme sahip olan iki denetim yoludur. İstinaf aşamasında tahkikatın bazı sınırlamalara tabi tutulmuş olması bu sonucu değiştirmez, zira bu sınırlandırma, vakıa denetiminin ikincil nitelikte olmasından değil, uyuşmazlığın istinafa gelmeden önce hâlihazırda bir mahkeme sürecinden geçmiş olmasından kaynaklanır. Ne var ki, Yargıtay’ca sebeple bağlılık kuralı ile ilgili olarak geliştirilen “sınırlı vakıa denetimi-sınırsız hukuki denetim” ayrımı hâlihazırda bu yanlış algıyı besler niteliktedir. Nitekim bu ayrımda da, istinaf mahkemesinin hukuki denetim yapan organ olma özelliği ön plana çıkarılırken, aynı zamanda bir olay mahkemesi olduğu gerçeği ise ötelenmektedir.

C. Sebeple Bağlılık Kuralının Değerlendirilmesi

Sebeple bağlılık kuralının değerlendirilmesine geçmeden önce, istinaf ile neyin hedeflendiğini bir kez daha vurgulamak gerekir. İstinaf ile hedeflenen, ilk derece mahkemesi kararlarının, ikinci derecede gözden geçirilerek, tespit edilen maddi ve hukuki hataların mümkün olduğunca bu aşamada giderilmesi ve vatandaşlara daha etkin bir hukuki himaye sağlanmasıdır.³² Şüphesiz istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin doğru tespitleriyle bağlı olmalıdır. Zira pek çok ülkede olduğu gibi, ülkemizde de ikinci derece yargılaması, ilk derece yargılamasının baştan sona bir tekrarı olarak değil, daha çok bir kontrol mekanizması olarak düşünülmüştür.³³ Ancak

³¹ Dar (sınırlı) istinaf modeli hakkında bkz Ejder Yılmaz, *İstinaf*, (2. Bası Yetkin Yayınları 2005) 22; Selçuk Öztekin, ‘Adalet Bakanlığı Üst Mahkemeler Hukuk Komisyonu Tarafından Hazırlanmış Olan Üst Mahkemeler Tasarısı’ *Yargı Reformu 2000 Sempozyumu* (İzmir Barosu Yayınları 2000) 104-105; Yıldırım (n 2) 45 vd; Nevhis Deren-Yıldırım, ‘Teksif İlkesi Açısından İstinaf’ *İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, 7-8- Mart 2003* (Türkiye Barolar Birliği Yayını 2004) 269.

³² “Temyiz üzerine verilecek hüküm sadece hukuka aykırılığı denetler; bu nedenle maddi ve hukuki gerçeklere ulaşmak ve adli hataları gidermek bakımından, uyuşmazlık ve çekişmenin maddi olay yani ispat yönünden ve hukuka aykırılık açısından uygun bir sonuca bağlanıp bağlanmadığını denetleyen ve temyiz yolundan önce gelen ayrı bir kanun yoluna gereksinim olduğu gerçeği ortaya çıkmaktadır”. 5235 Sayılı Kanun Genel Gereğe.

³³ Almanya, İsviçre ve Avusturya hukuk sistemlerinde de istinaf mahkemesi, kural olarak ilk derece mahkemesinin (doğruluğunda şüphe gerektirmeyen) tespitleri ile bağlıdır. Ancak Alman Medeni Usul Kanunu’nda istinaf incelemesinin sebeple bağlı olmadan gerçekleştirileceği açıkça düzenlenmiş (§ 529/2 dZPO), İsviçre Medeni Usul Kanunda da istinaf incelemesini sebeple sınırlayan herhangi bir hükme yer verilmemiştir. İsviçre’de istinafın sebeple bağlı olmadığı yönündeki görüşler için bkz Oliver M. Kunz/Urs. H. Hoffmann-Nowotny/ Demian Stauber (Hrsg), *ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde Kommentar* (Helbing Lichtenhahn Verlag 2013) 98, Rn 92; Michael Graber, *Die Berufung in der Schweizerischen Zivilprozessordnung* (Dike Verlag 2011) 146. Türk Hukukundaki düzenlemeye benzer bir şekilde, istinafta sebeple bağlılık kuralına Avusturya Medeni Usul Kanunu içerisinde rastlanmaktadır (§ 462/1 öZPO). Ancak Avusturya Hukuk Sisteminde bir yandan ikinci derece yargılaması sınırlandırılırken, diğer yandan ilk derece yargılamasını güçlendirici önlemler alınmıştır. Bu hukuk sisteminde „Konzentration des Verfahrens auf die erste Instanz”, yani yargılamada ağırlığın ilk derecede olması prensibi geçerli olup, uyuşmazlığın ilk derece aşamasında mümkün olduğunca derinlemesine incelenmesine yönelik tedbirler ağırlık verilmiştir. Bkz. Andreas Konency, ‘Die Berufung im österreichischen Recht und ihre Bewahrung’, ZJP 1994 (107) 483; Peter Böhm, ‘Was will das Neuerungsverbot? Hintergrund, Funktion und Einfluß auf das Prozessverhalten in erster Instanz’, *100 Jahre ZPO* (Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 1998) 241. Ve de en önemlisi Avusturya’da istinaf aşamasında taraflara avukatla temsil zorunluluğu getirilmiştir (§ 463/2 öZPO). Dolayısı ile bu hukuk sisteminde sebeple bağlılık kuralının yaratacağı olumsuz sonuçların ülkemizde hukuk sistemindeki kadar etkili olmaması beklenebilir.

istinaf mahkemesinin, ilk derece mahkemesinin vakıa veya hukuki tespitinde bir eksiklik yahut hata görmesi durumunda, artık bu yanlışlığın – taraflarca istinaf sebebi yapılmış olup olmadığına bakılmaksızın – giderilebilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Aksi durum, istinaf mahkemesinin gerçekler karşısında gözlerini kapatması ve ilk derece hükmündeki yanlışlığı olduğu gibi kararına esas almasına yol açacaktır ki, böylesi bir sonuç ne istinafin daha doğru ve adil kararlara ulaşma, ne de medeni usul hukukunun maddi gerçeğe ulaşma amacı ile bağdaşır.

Diğer yandan, istinafa başvurarak ilk derece mahkemesi kararını kanun yoluna götüren kişiye, aslında kararın gerçekten hatalı olduğunu, ancak kendisinin bu hatayı istinaf dilekçesinde belirtmemesi nedeniyle dikkate alınmadığını açıklamak oldukça güçtür. Özellikle avukatla temsil zorunluluğunun olmadığı ülkemizde, hak arayanlardan, ilk derece yargılaması sırasında oluşmuş tüm hata ve eksiklikleri eksiksiz olarak dilekçelerinde göstermelerini beklemenin adil bir çözüm olduğu söylenemez.

Göz ardı edilmemesi gereken bir diğer husus, sebeple bağlılık kuralı uyarınca istinaf aşamasında giderilemeyen bazı hata ve eksikliklerin, daha sonra temyiz incelemesine konu olabilecek olmasıdır. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanununda öngörülen temyiz incelemesinde sebeple bağlılık söz konusu değildir (HMK m 369/1). Yukarıda verdiğimiz, ilk derece yargılamasında oluşan bilirkişi raporundaki eksiklik örneğinden yola çıkacak olursak, Yargıtay bu gibi durumlarda, rapordaki eksiklik veya çelişkinin istinafta giderilmemiş olmasını bozma nedeni saymaktadır.³⁴ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 24.05.2018 tarihli bir kararında, yerel mahkemece alınan esas ve ek bilirkişi raporlarındaki çelişkilerin istinaf aşamasında giderilmemesi bozmayı gerektirerek, şu ifadelerle yer verilmiştir: “[...] Bu durumda bölge adliye mahkemesince 6100 sayılı HMK'nın 281/3. maddesi uyarınca maddi gerçeğin ortaya çıkması için yeniden oluşturulacak konusunda uzman teknik bilirkişi kurulundan davalı iş sahibinin teknik içerikli itirazlarını da göz önünde tutarak ... rapor alınıp değerlendirilerek ... sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken bu hususlar üzerinde durulmaksızın hatalı hukuki yorumla ve eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm verilmesi doğru olmamış kararın bozulması uygun bulunmuştur[...]”³⁵ Dolayısıyla istinaf aşamasında giderilebilecek bir hatanın, sebeple bağlılık kuralına takılarak bu aşamada giderilememesi ancak bir sonraki aşama olan temyiz incelemesine konu olması, usul ekonomisi açısından da uygun bir çözüm değildir.

Bir diğer bakış açısından ele alındığında ise, hukuk sistemimizde hatırı sayılır miktardaki mahkeme kararına karşı istinaftan sonra temyiz yolunun kapalı olduğu

³⁴ Yargıtay 22. HD, E 2018/103 K 2018/3153 T 14.2.2018 (Lexpera); Yargıtay 22. HD, E 2019/5775 K 2019/16311 T 16.09.2019 (Kazancı). Ermenek, kamu düzenine ilişkin haller hariç olmak üzere, tarafların istinaf incelemesinin kapsamı dışında bıraktığı hususların kendiliğinden temyiz incelemesinin de kapsamı dışında bırakılması gerektiğini düşünmektedir. Ermenek (n 13) 11-12.

³⁵ Yargıtay 15. HD, 24.5.2018, E 2017/2797 K 2018/2148 (Kazancı).

düşünüldüğünde³⁶, sebeple bağlılık kuralı gereğince istinaf aşamasında giderilemeyen bazı hata ve eksikliklerin, olduğu gibi kalma tehlikesi de mevcuttur.

HMK m 355 hükmünün gerekçesi incelendiğinde, istinaf mahkemelerine tanınan yeniden tahkikat yapabilme yetkisinin, sebeple bağlılık kuralına neden olarak gösterildiğini görüyoruz: “[...] bölge adliye mahkemesinde yapılacak incelemede tarafların ileri sürdüğü sebeplerle bağlı kalınmasının nedeni, bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesinin kararının kanuna aykırılığını tespit etmesi hâlinde, çoğu zaman yeniden yargılama yaparak yeni bir karar verebilmesidir [...]”. Yeniden yargılama yapabilme yetkisinin ne suretle sebeple bağlılık kuralını gerektirdiğini anlamak güçtür. Kanun koyucunun bu yöndeki tutumunu, istinaf aşamasında yapılacak tahkikatı sınırlı tutmak istemesinin göstergelerinden biri olarak kabul etmek mümkündür. Ancak hukuki bir müesseseye getirilen sınırlama, o müessesenin ruhunu ve amacını boğar nitelikte de olmamalıdır. İstinaf mahkemeleri aynı zamanda bir olay mahkemesi olarak, gerektiğinde ilk derece tespitleri yerine kendi tespitlerini koyabilen mahkemelerdir. İstinaf mahkemelerine tanınan yeniden tahkikat yapabilme yetkisi de, madde gerekçesinde belirtilenin aksine, tespit edilen hataların mümkün olduğunca geniş çerçevede (maddi-hukuki hata ayrımı olmadan) giderilebilmesi amacına hizmet eder.

D. Sebeple Bağlılık Kuralının Tasarruf İlkesi ve Aleyhe Karar Verme Yasağı ile Olan İlişkisi

İlk derece yargılamasında olduğu gibi, istinaf aşamasında da kural olarak tasarruf ilkesi geçerlidir. İstinaf incelemesini başlatmak, konusunu tespit etmek ve davaya son veren taraf işlemlerinden biriyle bitirebilmek, tarafların inisiyatifindedir. Bu çerçevede, istinafta sebeple bağlılık kuralının da taraf iradesine ve tasarruf yetkisine üstünlük tanınmasının doğal bir sonucu olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışılabilir.³⁷ Burada ilk dikkat edilmesi gereken husus, taleple bağlılık kuralını sebeple bağlılık kuralından ayırmaktır. İstinafta geçerli olan tasarruf ilkesinin diğer bir sonucu da, hâkimin taraflarca ileri sürülen taleplerle bağlı olmasıdır.³⁸ İstinaf mahkemesi, talep edilenden fazlasına hükmedemeyeceği gibi, ancak daha azına hükmedebilir. Taleple bağlılık kuralının da tek istisnası yine kamu düzenine aykırılık halleridir. Bu kural gereğince mahkeme, istinafa başvuran tarafın dilekçesinde gösterdiği nedenlerden farklı, başkaca bir hukuka aykırılık tespit etse bile, başvurusunun talebinden fazlasına hükmedemeyecektir. Örneğin, aleyhe verilmiş

³⁶ Özellikle temyiz için öngörülen yüksek parasal sınır ve HMK md. 362 içerisindeki diğer düzenlemeler önemlidir. Bunun dışında münferit kanunlar içerisinde de istinafa birlikte kesinleşecek kararlara rastlamak mümkündür. Ülkemizde Almanya'dakine benzer bir “Zulassungsrevision” (§ 543 dZPO), yani uyumsuzluk konusunun anlam ve önemine binaen başlatılabilen bir temyiz yolu da öngörülmediğinden, temyize götürülebilecek kararlar oldukça sınırlıdır.

³⁷ Bu yönde bkz Akkaya (n 4) 179.

³⁸ Yargıtay 10. HD, E 2017/439 K 2018/3105 T 5.4.2018 (Lexpera). Taleple bağlılık ilkesinin istinaftaki yasal dayanakları için bkz Murat Atalı, *Medeni Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı* (Yetkin Yayınları 2014) 28.

bir kararın kısmen kaldırılması talebiyle istinafa başvurulması halinde, istinaf mahkemesi, kararın tümünden iptalini gerektirecek bir hukuka aykırılık tespit etse bile, bu aykırılık kamu düzenini ilgilendirmedeği sürece, kararın tümünden iptaline karar veremeyecektir.³⁹ Sebeple bağlılık kuralı ise, talep edilene gösterilen nedenle ilgili bir kuraldır. Dolayısıyla mahkemenin, gösterilen nedenden farklı bir istinaf sebebi tespit etmesi durumunda bunu dikkate alabilmesinin tasarruf ilkesine ve taleple bağlılık ilkesine aykırı bir yanı yoktur. Kaldı ki *Umar`ın* da isabetle belirttiği gibi, istinaf başvurusu yapan tarafın iradesi “açıkça öne sürmediğim bir sebep varsa dikkate alınması” yönünde de değerlendirilmemelidir.⁴⁰

Sebeple bağlılık kuralı değerlendirilirken dikkate alınması gereken bir diğer husus, yine tasarruf ilkesi ile yakın ilişki içerisinde olan, “aleyhe karar verme yasağı”dır. Bu yasak, kanun yoluna taraflardan yalnız birinin başvurusu halinde, hükmün başvuran taraf aleyhine değiştirilememesini ifade eder. Aleyhe karar verme yasağının sağladığı fayda, tarafların daha dezavantajlı konuma düşme endişesi ile kanun yoluna başvurmadan kaçınmalarının önüne geçerek, hak arama özgürlüğünün çerçevesini genişletmesidir.⁴¹ Kamu düzenine aykırılık halleri ayırık olmak üzere⁴², istinaf mahkemesi incelemesi sırasında, istinafa başvuran taraf aleyhine bir sebep tespit etse bile, bunu dikkate alıp başvurucaı ilk derece mahkemesi kararında olduğundan daha dezavantajlı konuma düşürecek bir karar verememelidir.⁴³

Bu bağlamda, istinaf incelemesi sırasında, taleple bağlılık ilkesine ve aleyhe karar verme yasağına riayet edildiği ölçüde, sebeple bağlılık kuralından vazgeçilebileceği kanaatindeyiz. İstinaf mahkemesi, şayet yerel mahkeme kararında, istinaf talebinde bulunan tarafın gösterdiği sebeplerden başkaca bir hukuka aykırılık tespit ederse, bu aykırılığı (vakıa-hukuki hata ayırımı olmaksızın) başvuran lehine olacak şekilde giderebilmelidir. Ancak tüm bu söylenenlerden, istinaf mahkemesinin her başvuruda, ilk derece mahkemesi kararını kendiliğinden, baştan sona gözden geçirmesi gerektiği gibi bir sonuca da varılmaması gerekir.⁴⁴ Kural olarak istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin doğruluğundan şüphe gerektirmeyen hukuki ve vakıa tespitleriyle bağlı olmalıdır. Şayet istinafa başvuran taraf, ilk derece mahkemesi tespitlerinde bir

³⁹ Akkaya (n 4) 218 vd.

⁴⁰ Umar (n 4) 1030.

⁴¹ Benedikt Seiler, *Die Berufung nach ZPO* (Schulthess Verlag 2013) 193 Rn 441. Güvenin korunması ilkesi ve aleyhe bozma yasağı arasındaki ilişki için bkz: Atalı (n 33) 79 vd.

⁴² Atalı, mahkemenin re’sen karar verebildiği her halde, aleyhe karar verme yasağının genel olarak ortadan kalktığının söylenemeyeceğini belirtmektedir. Bkz Atalı (n 33) 104.

⁴³ Taraflar arasında görülen tapu iptali-tescil/tazminat davası sonunda, yerel mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir. Kararı davalı istinafa götürmüş, bunun üzerine Bölge Adliye Mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını kaldırılarak, davanın yeni pay oranları üzerinden kabulüne ilişkin yeni bir karar vermiştir. Ancak somut olayda, davacı tarafın istinaf isteği bulunmamasına ve davalı tarafın da hükmedilen pay oranlarının düzeltilmesini istinaf nedeni yapmamasına rağmen, davalı aleyhine olacak şekilde, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak davanın yeni pay oranları üzerinden kabulüne ilişkin verilen karar, Yargıtay tarafından hatalı görülerek, bozmaya sebep olmuştur. Yargıtay 1. HD, E 2017/5308 K 2018/8185 T 27.03.2018 (Lexpera).

⁴⁴ Bkz. Stein/Jonas (n 23) § 529 Rn 2; Melanie Lehmann, Anforderungen an die Begründung der Berufung, <http://zpo-gerichtspraxis.ch/beitrag/anforderungen-an-die-begrueundung-der-berufung> (Erişim Tarihi: 26.03.2020)

hata yahut eksiklik olduğunu düşünüyorsa, bu durumu dilekçesinde gerekçeleriyle birlikte belirtmelidir. Ancak istinaf mahkemesi, gösterilen gerekçelerden farklı bir şüphe duyulması gereken halin varlığını tespit ederse, bu durumu da her zaman dikkate alabilmeli ve gerektiğinde yeniden inceleme yapabilmelidir. Aksinin kabulü, ilk derecede verilen kararın, barındırdığı hata ve eksiklikler ile birlikte kesinleşme ihtimalini doğuracaktır ki, bu sonuç istinaf kanun yolundan beklenen faydayı sağlamaktan uzaktır.

Yargıtay'ın yukarıda incelediğimiz kararları da aslında sebeple bağlılık kuralının yaratabileceği olumsuz sonuçları gidermeye yöneliktir. Ancak kamu düzeni istisnasının geniş yorumlanması suretiyle bulunan çözümler, daha çok münferit olay adaletini sağlamaya yönelik tampon çözümler olarak kalmakla birlikte, sebeple bağlılık kuralına bir çerçeve çizmek bakımından yetersizdir. Yine vakıa denetiminde sebeple bağlı olunacağı ancak hukuki denetimde olunmayacağı yönündeki çözüm, hem hukuki temelden hem de pratik bir fayda sağlamaktan uzaktır. Bunun yerine, HMK m 355`de yapılacak yeni bir düzenleme ile istinaf mahkemelerinin sebeple bağlılık kuralından kurtarılması düşünülmelidir.

Sonuç

Yargılamanın her aşamasında önem arz eden gerekçelendirme kuralı, istinaf aşamasına gelindiğinde özel bir dikkat gerektirir, zira uyuşmazlık istinaf mahkemesi önüne gelmeden önce hâlihazırda bir mahkeme sürecinden geçmiştir. İstinaf incelemesi artık kural olarak bu mahkeme sürecindeki hata ve eksiklikler üzerinden ilerleyecektir. İlgili hata ve eksikliklerin neler olduğunun başvuru dilekçesinde gösterilmesi, bir yandan istinaf mahkemesine yön gösterirken; diğer yandan da karşı tarafa istinaf sebeplerine karşı koyabilme imkânı verir. Belirli bir emek ve zaman harcanarak alınmış mahkeme kararına karşı hangi yönlerden itiraz edildiğini bildirmek, davanın her aşamasında özen yükümlülüğü (HMK m 29 karşı HMK m 351) altında olan taraftan beklenmesi gereken zorunlu bir sonuç olarak kabul edilmelidir. Hiçbir neden gösterilmeksizin başlayan istinaf incelemeleri, keyfi başvurulara neden olabileceği gibi, hukuki güvenliği ve öngörülebilirliği de zedeler. Kanun koyucu, her ne kadar sebep gösterilmeyen istinaf başvurularının sadece kamu düzeni yönünden incelenmesi gerektiği yönündeki düzenlemesiyle kamu düzenini koruduğunu düşünse de, aslında kamu düzenini ciddi bir tehlike altına atmaktadır. Olması gereken, gerekçelendirilmemiş istinaf başvurularının, ön inceleme aşamasında esasa girilmeden reddedilmesidir. Ön incelemede öncelikli karar verilmesini düzenleyen HMK m 352/1 ve 3 hükmü bu yöndeki bir çözüme yasal dayanağı hazırlamıştır.

Her ne kadar istinafa başvuran taraftan, istinaf sebeplerini ve gerekçesini dilekçesinde göstermesini beklemek gerekir ise de, bu gereklilik, istinaf

mahkemesinin ilk derece mahkemesi kararında başkaca bir hata yahut eksiklik tespit etmesi halinde, ilgili aykırılığı giderememesi sonucunu doğurmamalıdır. Zira istinafin temel amacı, maddi ve hukuki gerçeklere uygun kararlarla güçlü bir hukuki himayenin sağlanmasıdır. İstinafın ilk derece ile temyiz arasında konumlanması, yeniden tahkikat yapabilmesi ve istinaf hâkimlerinin özellikle tecrübeli hâkimler arasından seçilmesi de bu amacı destekler niteliktedir. İstinaf incelemesini tarafların gösterdiği sebeplerle bağlı tutmak, istinafla elde edilmek istenen amacın önünde ciddi bir engeldir. Nitekim Yargıtay bu tehlikeyi öngörerek uygulamada bazı formüller geliştirmiştir. Bunlardan ilki, sebeple bağlılık kuralının istisnası olan kamu düzenini geniş yorumlamak suretiyle istinaf incelemesinin sınırlarını genişletmektir. İkincisi ise, istinaf incelemesini sadece vakıa denetimi sırasında sebeple bağlı tutmak, hukuki denetimde ise böyle bir sınırlama getirmemektir. İlk formül kamu düzeni gibi muğlak bir ifadeden yola çıkması ve her olayın özelliğine göre değişkenlik gösterebilmesi nedeniyle kalıcı bir çözüm değildir. İkinci formül ise hem teoride hem de pratikte yetersizlikler içermektedir. Bunun yerine, yapılacak yeni bir düzenleme ile istinaf mahkemelerinin sebeple bağlılık kuralından kurtarılması düşünülmelidir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Akil C, 'Bir İstinaf Sebebi Olarak HMK m. 353/1-a-6 Üzerine Değerlendirme', 2019 (38) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 1-18.
- Akil C, *İstinaf Kavramı* (Yetkin Yayınları 2010).
- Akkaya T, *Medeni Usûl Hukukunda İstinaf* (Yetkin Yayınları 2009).
- Alangoya H Y ve Yıldırım M K ve Deren-Yıldırım N, *Medeni Usûl Hukuku Esasları* (6. Bası Beta Basım Yayın 2009).
- Arpacı Ö, 'Mahkeme Kararları Işığında Ölümüne Bağlı Tasarruf İle Sağlararası Hukuki İşlemlerin Ayrımında Geliştirilen Kriterler', 2020 (24) AHBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 127-168.
- Artık S A, 'İstinaf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı', 2018 (134) TBB Dergisi 257-292.
- Atalı M, *Medeni Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı* (Yetkin Yayınları 2014).
- Atalı M ve Ermenek İ ve Kaya H Ü, *Yargı Örgütü* (2. Bası Seçkin Yayıncılık 2019).
- Baumbach A ve Lauterbach W ve Albers J ve Hartmann P, *Zivilprozessordnung*, (76. Bası C.H.BECK Verlag 2018).
- Bolayır N, *Medeni Usûl Hukuku'nda Hâkimin Hukuku Reşen Uygulaması İlkesi* (On İki Levha Yayıncılık 2019).
- Böhm P, 'Was will das Neuerungsverbot? Hintergrund, Funktion und Einfluß auf das Prozessverhalten in erster Instanz', *100 Jahre ZPO* (Manzsche Verlags- und Universitaetsbuchhandlung 1998) 239-248.
- Budak A C ve Karaaslan V, *Medeni Usul Hukuku* (3. Bası Adalet Yayınevi 2019).
- Deren-Yıldırım N, 'İstinafın Gereçlendirilmesi ve İstinaf Sebepleri' *Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan* (Seçkin Yayıncılık 2006) 693-712.
- Deren-Yıldırım N, 'Teksif İlkesi Açısından İstinaf' *İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, 7-8-Mart 2003* (Türkiye Barolar Birliği Yayını 2004) 267-284.
- Ermenek İ, 'İstinaf Kanun Yolu ve Bölge Adliye Mahkemesinin İnceleme Sınırlarının Kapsamı', <https://www.izmirbarosu.org.tr/upload/files/haberler/%C4%B0istinaf%20Kanun%20Yolu%20ve%20B%3B6lge%20Adliye%20Mahkemesinin%20%C4%B0nceleme%20S%C4%B1n%C4%B1rlar%C4%B1n%C4%B1n%20Kapsam%C4%B1.pdf> (Erişim Tarihi: 24.03.2020).
- Graber M, *Die Berufung in der Schweizerischen Zivilprozessordnung* (Dike Verlag 2011).
- Kavak Y, *Medeni Hukukun Hâkim Tarafından Uygulanması* (Legal Yayıncılık 2019).
- Konca Kurt N ve Damar C, 'İş Yargısında İstinaf Kanun Yolu', 2016 (125) TBB Dergisi 187-230.
- Konency A, 'Die Berufung im österreichischen Recht und ihre Bewährung', 1994 (107) ZJP 481-498.
- Konuralp H, 'İstinafta Kamu Düzeni Kavramı', *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI* (Türkiye Barolar Birliği Yayını 2008) 133-150.
- Krüger W, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung* (5. Bası C.H.BECK Verlag 2016).
- Kuchinke K, *Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz* (Ernst und Werner Gieseking Verlag 1964).
- Kuru B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku* (Legal Yayıncılık 2016).
- Kunz O M ve Hoffmann-Nowotny Urs H ve Stauber D(Hrsg), *ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde Kommentar* (Helbing Lichtenhahn Verlag 2013).

- Lehmann M, Anforderungen an die Begründung der Berufung, <http://zpo-gerichtspraxis.ch/beitrag/anforderungen-an-die-begrueundung-der-berufung> (Erişim Tarihi: 26.03.2020).
- Namlı M, ‘İş Uyuşmazlıkları ve İstinaf’, 2016 (36) Sicil İş Hukuku Dergisi 119-147.
- Özekes M, ‘Hukuk Yargılamasında Süre Tutum Müessesesi Yoktur’, *Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan* (Adalet Yayınları 2009) 389 vd.
- Özekes M, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (15. Bası On İki Levha 2017).
- Öztek S, ‘Adalet Bakanlığı Üst Mahkemeler Hukuk Komisyonu Tarafından Hazırlanmış Olan Üst Mahkemeler Tasarısı’ *Yargı Reformu 2000 Sempozyumu* (İzmir Barosu Yayınları 2000) 104-114.
- Pekcanitez H, ‘Hukuki Dinlenilme Hakkı’, *Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan* (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 2000) 753-791.
- Pekcanitez H, ‘Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Değerlendirilmesi’ 2019 (144) TBB Dergisi 383-419.
- Pekcanitez H ve Atalay O ve Özekes M, *Medeni Usûl Hukuku (Ders Kitabı)* (6. Bası Vedat Kitapçılık 2018).
- Postacıoğlu İ E., *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (6. Bası Sulhi Garan Matbaası 1975).
- Schwinge E, *Grundlagen des Revisionsrechts* (Roehrscheid Verlag 1960).
- Seiler B, *Die Berufung nach ZPO* (Schulthess Verlag 2013).
- Stein F ve Jonas M, *Kommentar zur Zivilprozessordnung* (22. Aufl Band 6 Mohr Siebeck Verlag 2013).
- Tanrıver S, Konuralp’in Tebliği Üzerine Değerlendirme, *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI* (Türkiye Barolar Birliği Yayını 2008) 148-150.
- Tekinay S S ve Akman S ve Hurcuoğlu H ve Altop A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (6. Bası Filiz Kitabevi 1988).
- Tuğsavul M T, *İstinaf İncelemesi Sonucunda Verilebilecek Kararlar*, 2018 (134) TBB Dergisi 313-355.
- Umar B, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (2. Bası Yetkin Yayınları 2014).
- Wieczorek B ve Schütze R A, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar* (4. Bası De Gruyter Verlag 2014).
- Yayla D M, *İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması* (Yetkin Yayınları 2014).
- Yıldırım M K, *Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf* (Nesil Matbaacılık 2000).
- Yılmaz E, *İstinaf* (2. Bası Yetkin Yayınları 2005).



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 01.10.2020
Revizyon Talebi: 30.12.2020
Son Revizyon Tarihi: 31.12.2020
Kabul: 05-01-2021

Anayasa ve Sürdürülebilir Kalkınma

Oya Boyar*

Öz

Sürdürülebilir kalkınma hukuk alanında kavramsal olarak ilk defa uluslararası hukukta kullanılmış ve onun tarafından hazırlanmıştır. Bu kavram uluslararası belgelerde genellikle bir soft law meselesi olarak ele alınmıştır. Bununla birlikte sürdürülebilir kalkınmanın özel unsurlarını düzenleyen azımsanmayacak sayıda hard law belgesi de bulunmaktadır. Kavram 1980’li yılların sonundan itibaren anayasalarda yerini bulmaya başlamıştır. Aslında sürdürülebilir kalkınmanın referans yaptığı konular, anayasa içinde yer alan hususlardır. Ancak 80’lerin sonundan itibaren başlayan bu dönüşümün anayasacılık açısından farklı bir anlamı vardır. Sürdürülebilir kalkınma insanın, diğer insanlarla, toplumla ve devletle kurduğu ilişki biçimini değiştirmektedir. Bu değişim, kavramın gerektirdiği haklar, ödevler ve yükümlülükler incelenerek gözlemlenebilir. Bu değişim anayasacılığın devlet-birey ikiliği üzerine temellenmiş olan eski ilişki modelinde dönüştürücü bir etki yaratmıştır. Anayasacılığın asli amacı bireylerin anayasal haklarının korunması için devlet iktidarının sınırlandırılması olarak düşünüldüğünde, bu ikilik sorunsuz biçimde işlemektedir. Ancak anayasacılığın işlevi artık bu eşit olmayan ilişkiyle sınırlı değildir. Kavram beraberinde “hep birlikte gezegen üstünde hayatta kalma” anlayışını getirerek, anayasacılığın işlevlerini yeniden inşa etmekte ve çeşitlendirmektedir. Bu kavram daha sorumlu vatandaşları daha sorumlu şirketleri beraberinde getirmektedir. Devlet artık anayasanın tek muhatabı değildir. Sürdürülebilir kalkınma kavramı anayasal ilişkilerin de özelleşmesine neden olmaktadır. 1982 Anayasasının metninde sürdürülebilir kalkınma kavramı kullanılmamış olsa da, Anayasa bu kavramın üç ayağına sistematik olarak referans yapmaktadır. Anayasa kalkınma planlarını sürdürülebilirliğin üç ayağının etkili bir biçimde gerçekleştirilmesi ve entegrasyonu için öngörmüştür.

Anahtar Kelimeler

Anayasa, Sürdürülebilir kalkınma, Soft law, Çevre, Sosyal adalet, Ekonomik kalkınma, Kuşaklar arası adalet, Kuşak içi Adalet, Dayanışma

Constitution and Sustainable Development

Abstract

In the legal framework, sustainable development as a concept was firstly used and elaborated upon in international law. The concept has generally been treated as a matter of soft law by international instruments. However there is also non-negligible number of hard law documents that regulate specific elements of sustainable development. The concept had begun to find its place in the constitutions by the late 1980’s. In fact, the issues that the concept of sustainable development refers to were already regulated by national constitutions. However, the concept of sustainable development brought up a meaning different to that which was regulated by the constitution before. Sustainable development changes the way people relate to other people, society and the state. This shift can be observed by analysing the rights, duties and obligations that the concept imposes. This shift caused a transformative effect on constitutionalism’s old model of relationships based entirely on the state-individual dichotomy. This dichotomy functions when the primordial aim of constitutionalism is considered as the limitation of government authority for the protection of constitutional rights of the individuals. However the function of constitutionalism is no longer limited to this unequal relationship. The concept reconstructs and diversifies the functions of constitutionalism by perpetuating the conception of “common survival in the planet”. This conception requires more responsible citizens and much more responsible enterprises. The state is no

* **Sorumlu Yazar:** Oya Boyar (Dr. Öğr. Üyesi), Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye.
E-mail: oboyar@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9731-3174

Atrf: Boyar O, “Anayasa ve Sürdürülebilir Kalkınma” (2020) 78(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1921. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.4.0007>



longer the sole debtor of the constitution. Sustainable development imposes a privatization of constitutional relations. Despite the absence of the concept in the wording of the Turkish Constitution of 1982, Constitution refers systematically to the three pillars of sustainable development. The Constitution envisaged development plans as to the effective realisation and integration of the three pillars of sustainability.

Keywords

Constitution, Sustainable development, Soft law, Environment, Social justice, Economic development, Intergenerational justice, Intra-Generational justice, Solidarity

Extended Summary

International law on sustainable development began to take shape mainly in the 1970s. By the early 1990s, the term was already recognized by international law. Conceptually, the elements of sustainable development have been adapted to the field of law through soft law instruments (United Nations General Assembly resolutions, declarations, action plans, etc.). On the other hand, there is also an international hard law regarding elements such as environmental protection, social development and economic development to which the concept refers. In other words, while sustainable development is conceptually defined by declarations, its implementation is left to more specific and much more concrete international treaties.

Following the Brundtland Report, the term sustainable development has been widely used. In particular, the statement “*ability to make development sustainable to ensure that it meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs*” seems to have been adopted as the definition of sustainable development. However, in our opinion, this term actually emphasizes the moral obligation that sustainable development imposes.

In our opinion, the section in the Brundtland Report that can be considered as the definition of sustainable development is in the following paragraph: “*sustainable development is not a fixed state of harmony, but rather a process of change in which the exploitation of resources, the direction of investments, the orientation of technological development, and institutional change are made consistent with future as well as present needs*”.

The difference of sustainable development from the terminology of “environmental protection”, which emerged conceptually before it, is that it puts the “integration” and “relation” between intergenerational justice (environmental protection) and intragenerational justice (social and economic development / development) at the center of law.

The concept began to find its place in constitutions in the late 1980’s. In fact, the issues that the concept of sustainable development refers to were already regulated by the national constitutions. However, the concept of sustainable development brought up a different meaning to that which was regulated by the constitution before. Sustainable development changes the way people relate to other people, society and the state. This shift can be observed while analysing the rights, duties and obligations that the concept imposes. This shift caused a transformative effect on constitutionalism’s old model of relationships based entirely on the state-individual dichotomy. This dichotomy functions when the primordial aim of constitutionalism is considered as the limitation of government authority for the protection of constitutional rights of

the individuals. However the function of constitutionalism is no longer limited to this unequal relationship. The concept reconstructs and diversifies the functions of constitutionalism by perpetuating the conception of “common survival in the planet”.

In this study, the interpretation of the constitution in terms of the concept of sustainable development has been accomplished by reference to mutual relations between international law and national law on the one hand, and citizen – society – state on the other.

AN individual’s relationship with nature is a relation of mutual inclusion. In this respect, neither solely starting from nature nor starting from human being would be appropriate for judicial interpretation: The interpretation of the constitutional environmental right can take place primarily, as François Ost suggests, on the basis of the “human-nature relationship”.

Constitutions may or may not include regulations on sustainable development; national policies can be decisive in this respect. However, especially when considered together with sustainable development goals, international sustainability requires, as a minimum, incorporation of procedural safeguards (specifically expressed in the Aarhus Convention) in all constitutional systems in one form or another.

In the 1982 Constitution, development plans emerge as the basic principle that connects the three pillars of the concept of sustainable development. The Constitution has highlighted the concept of planning in order to link economic development with social justice.

Finally, constitutional sustainable development can be based on a relational value: on the principle of solidarity that says “to see someone else’s gain as one’s own gain”, “to know that the society is as strong as its weakest”, “to progress towards a common value by enriching with pluralism and tolerance”. This is how we understand the principle of national solidarity prescribed by Article 2 of the 1982 Constitution.

Anayasa ve Sürdürülebilir Kalkınma

Giriş

Sürdürülebilir kalkınma¹, görece olarak yeni bir kavramdır. Hukuk alanında, özellikle de uluslararası hukukta kullanımı 90'lı yılların başından itibaren yaygınlaşmaya başlamıştır. Her ne kadar bu kavramın referans yapığı konuların hukuk belgelerine girişı çok daha eski olsa da tam kavramsallaştırma için Brundtland Raporu'nu (1989) beklemek gerekmektedir.²

Aslında daha önce Stockholm Beyannamesi'nde³ (1972 – İnsan Çevresine Dair Birleşmiş Milletler Konferansı Beyannamesi) insan-çevre-kalkınma ilişkisi ele alınmıştır: “İnsan çevresinin korunması ve geliştirilmesi, ulusların refahını ve dünya çapında ekonomik kalkınmayı etkileyen büyük öneme sahip bir sorundur” (para 2). “İnsan sürekli deneyim biriktirir; keşfetmeye, icat etmeye, yaratmaya ve ilerlemeye devam eder. Zamanımızda insanın yaşadığı ortamı dönüştürme gücü akılcı kullanıldığı takdirde tüm ülkelerin vatandaşlarını kalkınmanın yararlarından faydalandırabilir ve onlara yaşam kalitelerinin yükseltilmesi olanağını sunabilir. Bu güç kötü niyetli ve düşüncesiz bir biçimde kullanılırsa insan ve çevresine hesap edilmesi mümkün olmayan zararlar verebilir” (para 3). Aynı Beyanname'de, gelişmekte olan ülkelerin çevresel problemlerinin az-gelişmişlikten kaynaklandığı, gelişmiş ülkelerin çevresel problemlerinin ise endüstrileşme ve teknolojik gelişmeye bağlı olduğu belirtilmektedir (para 4). Ancak Beyanname'de sürdürülebilir kalkınmanın bugün çizdiği perspektife en yakın olan kısım, 6. paragrafın son cümlesinde yer almaktadır: “Bugünün ve gelecek kuşakların çevresini korumak ve iyileştirmek insanlık için hayati bir hedef haline gelmiş olup; bu hedef daha önce saptanmış olan barış ve dünya çapında ekonomik ve sosyal kalkınma hedefleriyle birlikte ve bunlarla uyum içinde gerçekleştirilecektir”. Görüldüğü gibi 2002'de Johannesburg Beyannamesi'nde sürdürülebilir kalkınmanın üç ayağı olarak kabul edilen tüm unsurlar burada tek bir cümlede çok daha kesin bir ifadeyle yerini almıştır: “çevresel koruma”, “sosyal gelişme” ve “ekonomik kalkınma”.

1982 Anayasası'nın sürdürülebilir kalkınma kavramına uzak bir anayasa olmadığı rahatlıkla iddia edilebilir. 1982 Anayasası'nın toplumsal ilişkileri son derece detaylı düzenleme gibi bir iddiası bulunmaktadır.

¹ “Sustainable development” (ing) ya da “développement durable” (fr) ifadesi Türkçe'ye çoğu yazar tarafından “sürdürülebilir kalkınma” olarak çevrildiğinden, ayrıca resmi ve gayri-resmi olarak böyle kullanıldığından bu incelemede de o şekilde kullanılmıştır. Ama “development / développement” ifadesi, uluslararası belgelerde “sosyal”den sonra kullanıldığında, ifade Türkçe'ye “sosyal gelişme” olarak çevrilmiştir.

² Philippe Sands, Jacqueline Peel, Adriana Fabra and Ruth MacKenzie, *Principles of International Environmental Law* (3rd edn Cambridge University Press 2012) 206 vd.

³ Report of the United Nations Conference on the Human Environment, A/CONF48/14/Rev1, Stockholm, 5-16 June 1972, < <https://digitallibrary.un.org/record/523249> > Erişim Tarihi 6 Mayıs 2020.

1982 Anayasasında, bir sıfat tamlaması olarak “sürdürülebilir kalkınma” ifadesi bulunmamaktadır. Bu kavrama anayasal düzenlemelerinde yer veren Arjantin⁴, Güney Afrika⁵, Belçika⁶ ve başkaca ülkeler⁷ bulunmaktadır. Ancak bu alan ilk olarak uluslararası hukuk tarafından düzenlenmekte ve uluslararası pozitif hukuktaki yeri açısından tartışılmaktadır.⁸ Bu kavrama açıkça yer veren birçok beyanname vardır. Bunun dışında bu kavramın farklı unsurlarını içeren uluslararası, bölgesel, çok taraflı ve ikili sözleşmeler bulunmaktadır. Dolayısıyla bu mesele anayasa nazarında bir yönüyle uluslararası normların iç hukukta uygulanması meselesidir. Diğer yandan, sürdürülebilir kalkınma kavramı, oldukça kapsamlı olan içeriğiyle, ad olarak anayasada açıkça anılmasa bile bu metinde düzenlenen birçok konuyla yakından ilgilidir.

I. Sürdürülebilir Kalkınma ve Anayasa İlişkinin Kurulması

Sürdürülebilir kalkınma kavramının konu yönünden olduğu kadar, bir uluslararası hukuk kavramı olarak ulusal hukukun geçerlilik sistemine dahil olması bakımından anayasa ile ilişkisi vardır. Ayrıca anayasanın farklı tanımlanma biçimlerinden yola çıkarak sürdürülebilir kalkınma için bir bağlam belirlemesi yapmak mümkündür.

Anayasa “politeia” olarak Aristoteles’ten beri kullanılan bir kavramdır. Aristoteles bu kavramı, Yunan sitelerinin yönetim biçimlerini incelediği çalışmasında kullanıyor. Bu kullanım biçimine göre her sitenin bir anayasası var; çünkü her sitenin bir yönetim biçimi var. Dolayısıyla Aristoteles’in kullandığı anlamda anayasa, aslında tamamen siyasal ve dolayısıyla olgusal bir kavram olarak işlev görmektedir. Aristoteles

⁴ Arjantin Anayasası’nın 41. maddesi “gelecek nesillerin ihtiyaçlarını tehlikeye atmayan insani gelişmeden” bahsetmektedir. Bu hükmün yorumu için bkz Daniel A. Sabsay, ‘Constitution and Environment in Relation to Sustainable Development’, (2004) 21(1) Pace Environmental Law Journal 155-177.

⁵ Güney Afrika Anayasası’nın 24. maddesi uyarınca “Herkesin,
(a) sağlığına ve esenliğine zararlı olmayan çevre hakkı ve
(b) şimdiki kuşakların ve gelecek kuşakların yararına,
(i) kirlenmeyi ve ekonomik yıkımı önleyecek;
(ii) çevrenin korunmasını sağlayacak;
(iii) ekonomik ve sosyal gelişmeyi teşvik ederken ekolojik olarak sürdürülebilir gelişmeyi ve tabii kaynak kullanımını güvenceleyecek makul yasal ve diğer önlemler yoluyla çevrenin korunması hakkı vardır”. Bu hükmün yargı organı tarafından uygulanması için bkz Louis J. Kotzé and Anél Du Plessis, ‘Some Brief Observations on Fifteen Years of Environmental Rights Jurisprudence in South Africa’, (2011) 3(1) Journal of Court Innovation 157-176.

⁶ Belçika, “sürdürülebilir kalkınma” ifadesini Anayasası’na eklemiştir. 6 Mayıs 2007’de 7bis maddesi olarak eklenen hükme göre, “Federal devlet, alan toplulukları ve bölgelerin bütünü, görevlerini yerine getirirken, nesiller arası dayanışmayı da dikkate almak suretiyle, sosyal, ekonomik ve çevresel boyutlarıyla sürdürülebilir kalkınma hedeflerini gözetir”. Ayrıca Anayasa’nın “Belçikalılar ve hakları”nı düzenleyen bölümüne “genel politika hedefleri” başlıklı bir düzenleme de konulmuştur. Bu düzenlemeye ve Belçika Anayasası’nda sürdürülebilir kalkınma çerçevesinde düzenlenen diğer hükümlere ilişkin bir değerlendirme olarak bkz Jean-François Neuray and Marc Pallemaerts, ‘L’environnement et le développement durable dans la Constitution belge’, (2008) (double numéro special: L’environnement, objet d’un droit fondamental) Revue Aménagement-Environnement 131-166.

⁷ İsviçre Anayasası’nın Başlangıç Bölümü’nde sürdürülebilir kalkınma Anayasa’nın amaçları arasında sayılmıştır. Guatemala, Portekiz, Uganda, Polonya, Litvanya, İsveç, Bolivya, Ekvator, Venezuela, Kolombiya ve Salvador anayasalarında da sürdürülebilir kalkınma kavramına göndermeler bulunmaktadır, bkz Michel Prieur, ‘L’environnement’ in Michel Troper and Dominique Chagnollaud (eds) *Traité international du droit constitutionnel* (Tome 3, Dalloz 2012) 621.

⁸ Bu konudaki tartışmaları görmek için Virginie Barral, ‘Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm’ (2012) 23 (2) The European Journal of International Law 377-400.

farklı sitelerin incelenmesi yoluyla ideal yönetim biçimini aramıştır.⁹ Aristoteles’le başlayan ve her devletin iyi ya da kötü mutlaka bir anayasası olduğu şeklinde beliren bu anlayış, Aydınlanma dönemine kadar devam etmiştir. Aydınlanmayla birlikte anayasasız toplumların da olabileceği düşüncesi ve 1789 İhtilaliyle beraber anayasanın “yapılabileceği” (*pouvoir constituant*) anlayışı gelişmeye başlamıştır.¹⁰ Nitekim 1789 Beyannamesi’nin 16. maddesinde “*hakların güvencelenmediği, kuvvetler ayrılığının belirlenmediği toplumlarda anayasa da yoktur*” denmektedir. Başka bir deyişle, anayasa artık olgusal değil, normatiftir. Anayasa artık olması gerekeni göstermektedir. 1789 İhtilali belki kurucu iktidar kavramını icat etmemiştir¹¹; ancak onu uygulamaya koyarken, aynı zamanda bu kavramın teorisini oluşturmuştur.¹² Kurucu iktidar, modern demokratik devletin kavramsal çerçevesinin oluşturulmasında üç yönlü işlev görmüş görünmektedir: ilk olarak meşru siyasal düzen için halkın ya da milletin egemenliği kullanımıyla kabul ettiği hukuk öncesi dışsal bir kaynak oluşturulmuş ve bu surette tüm yurttaşların objektif olarak bağlı olduğu bir anayasal düzen yaratılmıştır.¹³ İkinci olarak, halkın kendi kendine oluşturduğu anayasa fikri modern devletin meşruluk temelini oluşturmuş, bu surette hak ve özgürlük talepleri karşılanmaya çalışılmıştır.¹⁴ Üçüncü olarak da modern merkezi devlet için tek bir otorite kaynağı oluşturmuştur.¹⁵

Anayasanın bu şekilde “kurucu iktidar” kavramına başvurulmak yoluyla dışsal bir olguya bağlı olarak tanımlanması, özellikle yeni devletlerin kurulduğu dönemlerde (Amerika Birleşik Devletleri’nin kuruluşunda olduğu gibi) ya da bir rejimin yıkılıp yerine yenisinin kurulduğu dönemlerde (1789 Fransız İhtilali’nde olduğu gibi) işlev görmüştür. Ancak günümüz anayasacılığı açısından aynı saptamayı yapmak daha zor görünmektedir. Bugün artık anayasalar sadece yeni devlet kurulması ya da eski rejimlere son verilmesi amacıyla yapılmıyor; İsviçre ve Finlandiya’da yakın dönemde gözlemlenen anayasa yapma süreçleri bu açıdan göz önünde bulundurulabilir.

O nedenle anayasanın daha formel tanımlarına ihtiyaç duyulabilir. Kelsen’ci biçimde tanımlandığında, anayasa, dayanağını hipotetik bir temel normdan alan ve bir hukuk düzenindeki normların ne şekilde üretileceğini gösteren normdur. Ancak

⁹ Jean-Charles Jobart, ‘La notion de Constitution chez Aristote’ (2006) 65(1) Revue française de droit constitutionnel 97-143.

¹⁰ Pasquale Pasquino, ‘Constitution et pouvoir constituant : le double corps du peuple’ in Pierre-Yves Quiéger, Vincent Denis and Jean Salem (eds) *Figures de Sieyès* (Édition de la Sorbonne 2008) para 4 <<https://books.openedition.org/psorbonne/20025>> Erişim Tarihi 3 Nisan 2020.

¹¹ Farklı görüş için Carlos-Miguel Pimentel, ‘Du contrat social à la norme suprême : l’invention du pouvoir constituant’ (2009) 3 Jus Politicum < <http://juspoliticum.com/article/Du-contrat-social-a-la-norme-supreme-l-invention-du-pouvoir-constituant-145.html> > Erişim Tarihi 10 Nisan 2020.

¹² Ran Halévi, ‘La déconstitution de l’Ancien Régime - Le pouvoir constituant comme acte révolutionnaire’ (2009) 3 Jus Politicum < <http://juspoliticum.com/article/La-deconstitution-de-l-Ancien-Regime-Le-pouvoir-constituant-comme-acte-revolutionnaire-141.html> > Erişim Tarihi 10 Nisan 2020. Halévi, 1789’ dan önce kurucu iktidar olarak değerlendirilebilecek iki tarihsel olayı anmaktadır: birisi Britanya’nın Şanlı Devrimi (*Glorious Revolution*), diğeri Amerikan Bağımsızlık Beyannamesinin ilanıdır.

¹³ Chris Thornhill, ‘Contemporary constitutionalism and the dialectic of constituent power’, (2012) 1(3) Global Constitutionalism 370.

¹⁴ ibid

¹⁵ ibid

anayasayı ya da anayasada yer alan normları anlamak için sadece onu oluşturan normları incelemek yeterli değildir, normlar bütününe oluşturduğu dinamik sistemin incelenmesi ve anlaşılması gerekmektedir.¹⁶ Örneğin bir temel hak normunu değerlendirebilmek için, öncelikle hukuk düzenini oluşturan normlar bütününe karakteristik özelliğini tespit etmek gerekmektedir.

Kelsen'in hukuk kuramında hukuki norm teorisini inceleyen nomostatik yanında, hukuk düzeni teorisini inceleyen nomodinamik vardır.¹⁷ Hukuk düzeni dinamik yapıdadır. Dinamik yapıda olan hukuk düzeninde, anayasa, gördüğü fonksiyonlarla değil; hukuk düzeninin işleyiş şekli içerisindeki yeriyle anlam kazanır. Başka bir deyişle, anayasa pozitif hukuk düzenini biçimlendirmesi itibarıyla üstün normdur. Anayasa bunu diğer hukuk normlarının üretiliş usulünü düzenleyerek yapar. Anayasanın içinde bulunduğu hukuk düzeni ise bir bütündür, birdir. Bu monizm, uluslararası hukuku da içermektedir. Uluslararası hukuk ve iç hukuk aynı hukuk düzeninin parçalarını oluşturmaktadırlar. Bu açıdan sürdürülebilir kalkınma öncelikle ortaya çıktığı alan olan uluslararası hukukun konusu olarak Türk hukuk düzeninin ya da geçerlilik sisteminin bir parçasıdır.

Ancak Anayasa'da uluslararası sözleşmeleri iç hukuk sistemine dahil eden üretim usulü dışında (Any md 90), sürdürülebilir kalkınmanın farklı unsurlarını içeren normlar da bulunmaktadır.¹⁸

Bu durumda şimdilik şöyle bir tanımla yetinebiliriz: sürdürülebilir kalkınma, özellikleri ve unsurları ilk olarak uluslararası hukuk tarafından tanımlanmış, bu itibarla da halihazırda iç hukukun bir parçası olan, ayrıca içerdiği üç temel unsurun (çevresel koruma, sosyal gelişme ve ekonomik kalkınma) anayasada kendisine doğrudan ya da dolaylı olarak yer bulduğu kapsayıcı bir kavramdır. Anayasa ve sürdürülebilir kalkınmanın ortak konularını tespit etme faaliyetine geçmeden önce, sürdürülebilir kalkınma kavramının doğuşuna ve ele alınış şekline (ilişkisel) ilişkin ön belirlemelerde bulunmak gerekmektedir.

A. Sürdürülebilir Kalkınmanın Yolculuğu

Sürdürülebilir kalkınma kavramının terim olarak uluslararası belgelerde ilk defa 1987'de Dünya Çevre ve Gelişme Komisyonu Raporu'nda¹⁹ (Brundtland Raporu ya da Ortak Geleceğimiz Raporu -*Our Common Future, notre avenir à tous*-) kullanıldığı, ancak 1972 Stockholm Beyannamesi'nde çevresel korumayla, kalkınma arasındaki

¹⁶ Norberto Bobbio, 'Structure et fonction dans la théorie du droit de Kelsen' in *Essais de théorie du droit* (Bruylant LGDJ 1998) 217.

¹⁷ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (Andres Wedberg tr, Harvard University Press, 1949) 110-122.

¹⁸ Bu hükümler üzerinde aşağıda II. bölümde durulacaktır.

¹⁹ United Nations, General Assembly, Report of the World Commission on Environment and Development, A/42/427, Distr GEN 4.08.1987, < <https://digitallibrary.un.org/record/139811> > Erişim Tarihi 6 Mayıs 2020.

bağlantılara vurgu yapıldığını belirtmiştik. Ancak Stockholm Beyannamesi'nin merkezinde “insan çevresi” vardı. Brundtland Raporu, bu açıdan aslında bir eksen değişikliğini ifade etmekte, “sürdürülebilir kalkınma” ifadesini kullanması ve bunun gerekçelendirilme şekli itibarıyla bir ilk olma özelliğini taşımaktadır.²⁰ Brundtland Raporu'nun ardından kabul edilen ve esas olarak bu Rapor doğrultusunda hazırlanan 1992 Rio Beyannamesi'nde de “insan çevresinden”, “sürdürülebilir kalkınma”ya evrilen bir anlayış değişikliği olduğundan bahsedilebilir.²¹

Kamuoyunda Brundtland Raporu olarak bilenen Ortak Geleceğimiz isimli Rapor, bir görüşe göre Kuzey ve Güney ülkelerinin ekonomik kalkınma meselesine bakış açılarının uyumlulaştırılması çabası doğrultusunda hazırlanmıştır.²² Ancak “Ortak Geleceğimiz” temalı raporun hazırlanması ve bunun daha sonra Rio ve Johannesburg beyannameleriyle tamamlanması için, insanda yaşadığımız dünyaya karşı bir perspektif değişiminin olduğunu görmek gerekmektedir. Artık Dünya'dan Ay'a değil; Ay'dan Dünya'ya bakılmakta ve orada siyasi sınırlar değil; tüm doğal özellikleriyle Dünya görünmektedir. Wolfgang Sachs bu perspektif değişiminin Neil Armstrong'un aya yolculuğuyla başladığını söylüyor²³:

“Neil Armstrong'un aya yolculuğu bizi yeni bir görüntüyle karşı karşıya getirdi; bu Ay'ın değil, Dünya'nın görüntüsüydü. Apollo uzay gemisinden geride kalan Dünya'ya bakan Armstrong, gezegenin geleceği hakkındaki hemen hemen her raporun kapağını süsleyen fotoğrafları çekti: ufak kırılğan bir top, dış uzayın karanlığına karşın mavi parlak yüzey, nazikçe bulutlarla kaplanmış okyanuslar, yeşillikler ve topraklar. Gezegen insan gözüne hiç bu kadar tam haliyle görünmemişti; uzay fotoğrafçılığı Gezegeni gözlerimizin önünde duran bir nesneye dönüştürerek ona yeni bir gerçeklik kattı. Yüzen küre, tüm güzelliği ve savunmasızlığı içinde merak ve hayranlık uyandırmakta idi. İlk defa “Gezeganimizden” bahsetmek mümkün hale gelmişti.

Ancak Gezeganimiz ifadesindeki iyelik eki aynı zamanda derin bir çatışmayı da ortaya çıkarmıştı. “Bizim” ifadesi bir yandan katılımı ima edebilir ve insanın kapsayıcı realiteye bağımlılığını vurgular; diğer yandan mülkiyeti ima edebilir ve insanın ortak mülke hakim olma ve onu yönetme eğilimine vurgu yapar. Bu nedenle, Gezegen(imizin) görüntüsü çelişkili bir mesaj iletmektedir: tevazuya da neden olabilir, megalomaniye de”.

Aydan “Gezeganimiz'e” bakış, Sachs'ın belirttiği gibi iki yönlü okunabilirdi: İnsanın içinde bulunduğu kapsayıcı gerçekliği kavraması ve bu surette kendisini

²⁰ Kavram bu şekilde ilk defa Brundtland Raporunda kullanılmakla birlikte, anlayış olarak sürdürülebilirliğin Üye Devlet uygulamalarında daha önce (hatta 1893 tarihli bir tahkim kararında - *Award between the United States and the United Kingdom relating to the rights of jurisdiction of United States in the Bering's sea and the preservation of fur seals*, 15.08.1893, <https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXVIII/263-276.pdf>- Erişim Tarihi 12.04.2020) görüldüğü ile ilgili olarak bkz Sands, Peel, Fabra and MacKenzie (n 2) 206. Aynı eserde Avrupa Birliği ülkeleriyle Afrika, Pasifik ve Karayip Ülkeleri arasında imzalanan Lomé Sözleşmesi'nin 33. maddesinin, sürdürülebilir kalkınmanın adını anmaksızın, bütün unsurlarını içerdiği söylenmektedir, ibid

²¹ Bu konuya aşağıda Rio Beyannamesinden bahsedilen bölümde değinilecektir.

²² Prieur (n 7) 605.

²³ Wolfgang Sachs, ‘Environment’ in Sachs (ed) *The Development Dictionary a Guide to Knowledge as Power* (2nd edn, Zed Books 2010) 24.

de bu bütüne bağlı görmesinin verdiği tevazuyla ya da bu Gezegen'e sahip olduğu yönündeki megalomanlıkla. Ancak günün sosyo-ekonomik koşulları, uluslararası alanda, insanı içinde bulunduğu ortam içinde görmenin daha uygun olduğu anlayışını beraberinde getirmiş görünmektedir.

“Gezegeneimize” bu iki yönlü indirgeyici bakışın eleştirisini François Ost’un eserlerinde görmek mümkündür. Ost, “*hukukun konusu olarak doğa*”, “*hukukun öznesi olarak doğa*” ayrımını değerlendirmekte ve bir klasik olarak monizm – düalizm tartışmasını hatırlatmaktadır.²⁴ Doğayı hukukun konusu olarak görenler Descartes’çı düşünen özne – nesne ayrımından hareket etmektedirler; buna karşılık radikal ekolojik yaklaşım ya da “Derin Ekoloji” (*deep ecology*), yaşayan varlıklar arasındaki tüm farklılıkları ortadan kaldırmaktadır.²⁵ Aynı doğrultuda Descartes’ın doğanın basit bir nesne olmadığına ilişkin sözlerini alıntılayan Ost, Merleau-Ponthy’nin “doğanın muamması” dediği hususu açıklamaktadır: “*doğa bizim içinde olduğumuz nesnedir*”.²⁶ Yazar doğanın salt bir nesne olarak görüldüğü yaklaşımı da, bir özne olarak görüldüğü yaklaşımı da eleştirmektedir. O’na göre insan–doğa ilişkisi kartezyen biçimde değil, diyalektik olarak kavranmalıdır: “*insanla doğa arasında karşılıklı içerme ve etkileşim vardır*”.²⁷ Başka bir deyişle, insanın içinde doğa, doğanın içinde insan vardır.

Buna karşılık sürdürülebilir kalkınmanın merkezinde insan ve onun çevresiyle, toplumla ve devletle ilişkileri vardır. Birleşmiş Milletler Dünya Çevre ve Gelişme Komisyonu, sürdürülebilir kalkınma başlığı altında şu açıklamayı yapmaktadır:

“İnsanlığın, bugünün ihtiyaçlarının, gelecek kuşakların kendilerininini karşılama kabiliyetlerini tehlikeye düşürmeksizin karşılanmasını sağlayarak, kalkınmayı sürdürülebilir kılma imkanı bulunmaktadır. Sürdürülebilir kalkınma kavramı sınırları içermektedir: Bu sınırlar mutlak nitelikte olmayıp, teknolojinin bugün geldiği duruma, sosyal örgütlenmeye, çevresel kaynaklara ve biyosferin insan faaliyetlerinin sonuçlarını sindirme kapasitesine bağlı olarak değişir. Ancak teknoloji ve sosyal örgütlenme birlikte ekonomik büyümede yeni bir döneme yol açacak şekilde yönetilebilir ve iyileştirilebilir. Komisyon yaygın yoksulluğun artık kaçınılmaz olmadığı kanaatinde. Yoksulluk sadece kendinde kötü olan bir şey değildir; sürdürülebilir kalkınma herkesin temel ihtiyaçlarının karşılanmasını ve yine herkesin daha iyi bir yaşama yönelik arzularını gerçekleştirebilmek için olanaklarının genişletilmesini gerektirmektedir. Yerleşik yoksulluğa izin veren bir dünya, ekolojik ya da diğer her türlü felakete maruz kalmaya açıktır.

Temel ihtiyaçların karşılanması için, çoğunluğunu yoksulların oluşturduğu milletlerin ekonomik büyümelerinin sağlanması tek başına yeterli değildir; aynı zamanda yoksulların

²⁴ François Ost, ‘Le juste milieu - Pour une approche dialectique du rapport homme-nature’ in Philippe Gérard, François Ost and Michel Van de Kerchove (eds) *Images et usages de la nature en droit* (Presses de l’Université Saint-Louis 1993) 13-73, < <https://books.openedition.org/pustl/23445> > Erişim Tarihi 4 Mayıs 2020.

²⁵ ibid para 3.

²⁶ ibid para 4.

²⁷ ibid para 49.

büyümeyi sürdürülebilir kılan kaynaklardan kendilerine düşen adil payı almalarının sağlanması gerekmektedir. Kararların alınmasına vatandaş katılımını sağlayan siyasal sistemlerin ve uluslararası kararların alınmasında etkili bir demokrasinin varlığı bu adaletin sağlanmasına izin verecektir.

Sürdürülebilir küresel kalkınma daha varlıklı olanların yaşam tarzlarını, örneğin enerji kullanımlarını, Gezegen'in ekolojik ihtiyaçlarına adapte etmelerini gerektirmektedir. Bunun dışında hızlı bir **demografik artış**, kaynaklar üzerinde baskının artmasına ve yaşam şartlarının iyileşme hızının yavaşlamasına neden olabilir; bu nedenle sürdürülebilir kalkınma ancak nüfusun büyüklüğüyle büyümenin, ekosistemin değişen üretim potansiyeliyle uyum içinde gelişmesiyle mümkündür.

Bütün bunlar göstermektedir ki; **sürdürülebilir kalkınma, sabit bir denge hali değil; kaynakların işletilmesinin, yatırımların yönetilmesinin, teknolojik gelişmenin yönlendirilmesinin ve kurumsal değişimin geleceğin ve bugünün ihtiyaçlarına uygun olarak belirlendiği bir değişiklik sürecidir.** Bu sürecin kolay ve dolambaçsız bir süreç olduğunu iddia etmiyoruz. Acı verici seçimlerin yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla, son gözlemlerde, sürdürülebilir kalkınma bir siyasi irade meselesidir".²⁸

Bu Rapor'dan itibaren sürdürülebilir kalkınma terimi yaygın olarak kullanılmaya başlanmıştır. Özellikle yukarıda yapılan alıntının ilk paragrafında yer alan, "**bugünün ihtiyaçlarının, gelecek kuşakların kendilerininkini karşılama kabiliyetlerini tehlikeye düşürmeksizin karşılanmasını sağlamak**" ifadesi adeta sürdürülebilir kalkınmanın tanımı olarak benimsenmiş görünmektedir. Ancak kanımızca bu terim aslında sürdürülebilir kalkınmanın ahlaki yükümlülük boyutunu vurgular niteliktedir.

Rapor'da sürdürülebilir kalkınmanın her şeyden önce yeni ekonomik dönemin temel kavramlarından biri olduğu vurgulanmakta ve ekonomik büyüme ile yoksulluk arasında bir **ilişki** kurulmaktadır. Ancak bu ilişki, kontrolsüz ekonomik büyümenin yoksulluğu artıracığı şeklinde değil; yoksulluğun ekonomik büyümeyle engelleyeceği şeklinde kurulmuştur. Dolayısıyla yoksullukla mücadele gerekmektedir. Ancak bu noktada şu soru akla gelmektedir: Hangi yoksulluk? Rapor devletleri ikiye ayırmış görünmektedir. Nüfusunun çoğunluğunu yoksulların oluşturduğu devletler ve daha varlıklı devletler. Bu iki devlet tipinin sürdürülebilir kalkınmaya katkısı farklı olacaktır.

Nüfusunun çoğunluğunu yoksulların oluşturduğu devletler (siyasi terminolojide gelişmekte olan devletler) için iki yükümlülük öngörüldüğü saptanabilir: bunlardan ilki, yoksulların temel ihtiyaçlarının karşılanması ve onlara mevcut durumlarını iyileştirme imkanlarının tanınması yolundaki yükümlülüktür. İkincisi ise, bu devletlerde yoksul çoğunluğun da ülke kaynaklarından pay almasının sağlanmasıdır. Bu şekilde tasarlanan "adil paylaşım"ın yolunun da demokrasiden geçtiği vurgulanmaktadır. Kanımızca Rapor'un asıl katkısı ise demokrasinin gerçekleştirilme

²⁸ Our Common Future, para 27-30. Vurgular bize ait.

düzeyi konusunda ortaya çıkmaktadır. Öncelikle bu devletlerde vatandaşların karar alma süreçlerine katılımını sağlayan mekanizmaların öngörülmesi gerektiği vurgulanmakta; ancak ikinci olarak demokrasinin uluslararası alana taşınması gerektiği (“uluslararası kararların alınmasında etkili bir demokrasinin varlığı”) belirtilmektedir.

Nüfusunun çoğunluğunu varlıklı kişilerin oluşturduğu devletler açısından ise sürdürülebilir kalkınmanın temel yükü vatandaşlara yüklenmiş görünmektedir. Rapor’da bu açıdan ilk olarak vatandaşların yaşam tarzlarını ekolojik ihtiyaçlara göre ayarlaması zorunluluğundan bahsedilmiştir. İkinci olarak, aşırı nüfus artışının kaynaklar üzerinde yaratacağı baskı vurgulanmaktadır.

Rapor’da sürdürülebilir kalkınmanın tanımı olarak değerlendirilebilecek bölüm aslında alıntıladığımız ilk paragrafta değil, son paragrafta bulunmaktadır: “sürdürülebilir kalkınma, sabit bir denge hali değil; kaynakların işletilmesinin, yatırımların yönetilmesinin, teknolojik gelişmenin yönlendirilmesinin ve kurumsal değişimin, geleceğin ve bugünün ihtiyaçlarına uygun olarak belirlendiği bir değişiklik sürecidir”.

Bu ifadeye göre, ilk olarak, sürdürülebilir kalkınma bir **süreç**dir. İngilizce “process”, Fransızca “processus” kelimelerinin kökeni Latince “procedere” fiilidir. Ortaçağ Latinesinde, “procedere” fiili için dört ayrı anlam bağlamına işaret edilmektedir²⁹: Niermeyer sözlüğünde, fiilin birinci anlamı “topluya ya da alay halinde ilerlemek”, ikinci anlamı “bir şeye girişmek ya da başlamak”, üçüncü anlamı “dava açmak”, dördüncü anlamı ise “farklı olmak / birşeyden ayırılmak” olarak gösterilmiştir. Yine sözcüğün “ilerleme kaydetmek” anlamında kullanıldığını da görmek mümkündür.³⁰ Sürdürülebilir kalkınmanın bir “süreç” olarak ele alınması, onun aslında topyekûn girilen bir faaliyetler bütününe hedeflediğini göstermektedir. Burada söz konusu olan faaliyetler bütünü, sadece devletler tarafından girilebilecek ya da sadece bireyler ya da özel kuruluşlar tarafından gerçekleştirilebilecek nitelikte değildir; Raporda uluslararası belgede görmeye alışık olmadığımız biçimde herkese dönük ödev ve yükümlülükler bulunmaktadır.

İkinci olarak, sürdürülebilir kalkınma bir süreç olduğu için, bu sözcüğe tekabül eder biçimde çerçevesi belirlenmiş kavramsal bir alan çizmek mümkün değildir. Süreç ifadesi her türlü durağanlığı dışarıda bırakır. Sürdürülebilir kalkınmanın ihtiyaçlara bağlı olduğu vurgulanmaktadır. Bu da söz konusu kavramın günün koşullarına göre değişen bir anlamı olduğunu göstermektedir. Sürdürülebilir kalkınma dinamik bir kavramdır.

²⁹ Jan Frederik Niermeyer, *Mediae Latinitatis Lexicon Minus – Lexique Latin Médiéval – Français/Anglais* (E. J. Brill 1976) 854.

³⁰ Félix Gaffiot, *Dictionnaire Latin – Français – “Gaffiot 2016”, Version Komarov* (Ed Gérard Gréco 2016) 1068, < http://gerardgreco.free.fr/IMG/pdf/Gaffiot_2016_-_komarov.pdf > Erişim Tarihi 4 Mayıs 2020.

Üçüncü olarak, Rapor’da bahsedilen ihtiyaçlar, bugünün ve geleceğin ihtiyaçlarıdır. Rapor gelecek kuşakların ihtiyaçlarını dikkate alarak gelişmenin hedeflenmesi gerektiğini belirtmektedir.

Dördüncü olarak sürdürülebilir kalkınmada hedeflenen faaliyet alanları “*kaynakların işletilmesi*”, “*yatırımların yönetilmesi*”, “*teknolojik gelişmenin yönlendirilmesi*” ve “*kurumsal değişim*” olarak gösterilmiştir. Bu sayılan alanlardan, devlet ve özel kuruluşların birlikte sorumlu olduğu alanlardır. Sürdürülebilir kalkınmanın hukukun de asıl özelliği burada ortaya çıkmaktadır: sürdürülebilir kalkınma kamu-özel farkını ortadan kaldırmaktadır.³¹

B. Sürdürülebilir Kalkınmanın Anayasayla Buluşması

İncelemenin bundan sonraki kısmında öncelikle sürdürülebilir kalkınmanın konularıyla anayasanın konularının nasıl ele ele ilerlediği görülebilir (1). Ardından bu kavramın normatifliği incelenebilir (2).

1. Sürdürülebilir Kalkınmanın Kavramının İçeriği İtibarıyla Anayasayla Buluşması

Brundtland Raporu’nun ardından yine Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal İşler Departmanı tarafından 1992 yılında Rio’da 178 ülkenin katılımıyla “Birleşmiş Milletler Rio Çevre ve Kalkınma Beyannamesi” ile “Gündem 21” kabul edilmiş ve kapsayıcı bir eylem planı ortaya konulmuştur. Bu Konferans’ın diğer önemli hukuki çıktıları Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi³² ve Birleşmiş Milletler Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi’nin³³ imzaya açılmasıdır. Bunlar arasında sürdürülebilir kalkınma konusundaki tanım çalışması kapsamında Rio Beyannamesi’nden söz etmek gerekmektedir. “Birleşmiş Milletler Çevre ve Kalkınma Beyannamesi”nde yirmi yedi ilke kabul edilmiştir. Prieur’ün yukarıda belirtilen Brundtland Raporu’na ilişkin yaptığı “Kuzey ve Güney ülkelerinin menfaatlerini uzlaştırma çabası” şeklindeki değerlendirmenin benzerini Rajamani Rio Beyannamesi için yapmaktadır³⁴: “*Rio Beyannamesi’nin sonucu, gelişmekte olan ülkelerle endüstriyel ülkelerin menfaatleri arasında kurulan nazik dengedir*”.

³¹ Ost, ‘Le milieu, un objet hybride qui déjoue la distinction public-privé’, <https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/36/francois_ost.pdf_4a082acb12c9b/francois_ost.pdf> Erişim Tarihi 5 Mayıs 2020. Bu görüşe karşı bkz Yishai Blank and Issi Rosen-Zvi, ‘The Persistence of the Public/Private Divide in Environmental Regulation’ (2014) 15(1) Theoretical Inquiries in Law 199-228.

³² Türkiye’nin bu Sözleşme’ye katılımı 2003/6458 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla gerçekleşmiştir, RG 18 Aralık 2003-25320, (4990 sayılı Uygun Bulma Kanunu için RG 21 Ekim 2003-25266).

³³ Türkiye’nin bu Sözleşme’ye katılımı 1996/8857 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla gerçekleşmiştir, RG 27 Aralık 1996-22860, (4177 sayılı Uygun Bulma Kanunu için RG 03 Eylül 1996-22746).

³⁴ Lavanya Rajamani, ‘From Stockholm to Johannesburg: The Anatomy of Dissonance in the International Environmental Dialogue’ (2003) 12(1) Review of European Community and International Environmental Law 26.

Rio Beyannamesi'nin ilk ilkesi uyarınca, “*İnsan, sürdürülebilir kalkınma kaygılarının merkezinde yer alır. Herkesin doğayla uyum içinde sağlıklı ve üretken bir yaşama hakkı vardır.*”³⁵ İkinci ilke ise “*devletlerin kendi kaynaklarını işletme yolundaki egemenlik haklarını*” hatırlatmaktadır.³⁷ Üçüncü ilke, gelişme hakkının, şimdiki nesillerin ve gelecek nesillerin kalkınmaya ve çevreye ilişkin ihtiyaçlarını **adaletli** biçimde karşılayacak şekilde kullanılacağını belirtmektedir. Dördüncü ilke, sürdürülebilir kalkınmaya ulaşabilmek için **çevresel korumanın kalkınma sürecinin bütünleyici parçası** olduğunu hatırlatmakta ve ondan ayrı bir kalkınma sürecinin düşünülmemeyeceğini hükme bağlamaktadır. Beşinci ilke, yoksulluğun kökünün kazınması işinin sürdürülebilir kalkınmanın temel gereklerinden biri olduğunu vurgulamakta; altıncı ilke gelişmekte olan ülkelerin özel ihtiyaçlarının gösterilecek özeni düzenlemektedir. Ekosistemin korunmasında devletlerin ortak, ancak farklılaşmış sorumluluklarının kabulüne (bütün ülkelerin aynı düzeyde sera gazı salınımı yapmadığı dikkate alındığında) ilişkin yedinci ilke; sürdürülemez nitelikteki üretim ve tüketim alışkanlıklarının terkiyle, uygun demografik politikaların kabulünü düzenleyen sekizinci ilke, bilimsel ve teknolojik işbirliğine ilişkin dokuzuncu ilke, **çevreye ilişkin usuli güvenceleri** (çevreye ilişkin bilgiye erişim hakkı, çevreyle ilgili kararlara katılım hakkı ve gerektiğinde çevreyle ilgili idari ve yargısal başvuru hakkı) içeren onuncu ilke, devletlerin çevresel standartlarının belirlenmesi konusunda **etkili bir yasal çerçeve oluşturma yükümlülüğünü** düzenleyen on birinci ilke; devletlerin destekleyici, açık ve küresel çevresel sorunların uluslararası konsensüs temelinde çözüldüğü yeni bir uluslararası ekonomik düzen oluşturma konusunda **işbirliği** yapması gerekliliğinin altını çizen on ikinci ilke Brundtland Raporu'nun dile getirdiği hususların beyannameye dökülmüş hali görünümündedir. Ancak Rio Beyannamesi, sürdürülebilir kalkınma kavramının yer almadığı çevresel korumaya ilişkin özel hükümleri de on üç ila on dokuzuncu ilkeler temelinde düzenlenmiştir. Yirminci ilke **kadınların**, yirmi birinci ilke **gençlerin**, yirmi ikinci ilke **yerelliğin** sürdürülebilir kalkınma açısından önemini vurgulamaktadır. Yirmi üçüncü ilke işgal altındaki devletlerin kaynaklarının korunmasından ve yirmi dördüncü ilke savaş halinde olan devletlerde **uluslararası hukuk çerçevesinde hareket** edilmesi gerektiğinden bahsetmektedir. Yirmi beşinci ilke, barış, kalkınma ve çevresel korumanın **birbirine bağlılığını ve bölünmezliğini** vurgulamaktadır. Yirmi altıncı

³⁵ Vurgular bize ait.

³⁶ Bu ifadenin İngilizce orijinali “*Human beings are at the center of concerns for sustainable development. They are entitled to a healthy and productive life in harmony with nature*”. Fransızca metinde ise “*Les êtres humains sont au centre des préoccupations relatives au développement durable. Ils ont droit à une vie saine et productive en harmonie avec la nature*”. Report Of The United Nations Conference On Environment and Development, A/CONF151/26 (Vol. I), Distr GEN 12.08.1992, Sırasıyla < https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf > Erişim Tarihi 5 Mayıs 2020 ve < [https://undocs.org/pdf?symbol=fr/A/CONF.151/26/Rev.1\(vol.I\)](https://undocs.org/pdf?symbol=fr/A/CONF.151/26/Rev.1(vol.I)) > Erişim Tarihi 5 Mayıs 2020. Aslında İngilizce ve Fransızca metinler arasında özellikle ikinci cümlemin yazım şekli konusunda farklılıklar bulunmaktadır. Fransızca metinde yer alan “avoir droit à” (-e hakkı olmak) ifadesine karşılık gelmek üzere kullanılan “be entitled to” (hak etmek/hakkı olmak) ifadesi, daha çok sosyal haklar için kullanılmaktadır. İngilizce metinde “have the right to” ifadesinin kullanılmaması hususuna özellikle dikkat edilmiş görünmektedir.

³⁷ Vurgular bize ait.

ilke devletlerin çevresel sorunları **barışçıl biçimde ve Birleşmiş Milletler Şartına uygun araçlarla** çözeceğini düzenlemektedir. Son ilke, **bu Beyanname'nin ve sürdürülebilir kalkınmayla ilgili bunu takip eden milletlerarası hukukta yer alan ilkelerin yerine getirilmesinde devletler ve kişilerin iyi niyetle ve ortaklık ruhu içinde işbirliği yapacaklarını** hükme bağlamaktadır.

Bu Konferans'ın ardından Birleşmiş Milletler'e üye devletler, Eylül 2000 tarihinde New York'ta toplanan Milenyum Zirvesi'nde Milenyum Beyannamesi'ni kabul etmişlerdir. 2015 itibarıyla aşırı yoksulluğun azaltılmasına dönük sekiz milenyum kalkınma hedefi belirlenmiştir.

Birleşmiş Milletler nezdinde sürdürülebilir kalkınmayla ilgili bir diğer girişim 2002 yılında Johannesburg'da gerçekleştirilen Dünya Sürdürülebilir Kalkınma Zirvesi'dir. Bu Zirve'nin ardından Johannesburg Sürdürülebilir Kalkınma Beyannamesi ve Johannesburg Eylem Planı kabul edilmiştir. Johannesburg Sürdürülebilir Kalkınma Beyannamesi, Eylem Planıyla birlikte özellikle yoksullukla ve çevresel yıkımla ilgili olarak Rio'da 1992'de kabul edilmiş olan genel ilkelerin hayata geçirilmesine dönük somut öneriler içermektedir. Johannesburg Beyannamesi'nin birkaç önemli özelliği vardır. Bunlardan ilki Beyanname'nin dilidir. Bu Beyanname'nin (özellikle çocuklardan bahsedilen bölümlerinde) hukuk metinlerinde (belki anayasa başlangıç hükümleri dışında) görmeye alışık olmadığımız şekilde duygusal ve hatta Holder ve Lee'nin ifadesiyle “basmakalıp”³⁸ ifadeler bulunmaktadır. Beyanname'nin 3. paragrafı uyarınca, “*Bu Zirve'nin başlangıcında Dünya çocukları bize basit ama açık biçimde geleceğin onlara ait olduğunu söylediler; onlara eylemlerimiz yoluyla, yoksulluğun, çevresel bozulmanın ve sürdürülebilir olmayan kalkınma modellerinin neden olduğu onursuzluktan arınmış bir Dünya miras bırakma yükümlülüğüyle bizi baş başa bıraktılar*”.

Beyanname'nin ikinci özelliği üye devletlerin sürdürülebilir kalkınma esasına bağlılıklarını beyan etmelerinin ardından, küresel bir toplum oluşturma hedefleri üzerinde mutabakata varmış olmalarıdır: “**herkes için insan onuru ihtiyacının bilincinde olan insancıl, adil ve duyarlı küresel toplum inşası**” (md. 2). Ancak bu Beyanname'nin en önemli özelliği sürdürülebilir kalkınmanın üç temel unsurunu belirtmiş olmasıdır: Beyanname'nin 5. maddesi uyarınca :

“*(...) sürdürülebilir kalkınmanın birbirine bağlı olan ve karşılıklı olarak birbirini pekiştiren ayaklarını [unsurlarını] – ekonomik kalkınma, sosyal gelişme ve çevresel koruma –, yerel, ulusal, bölgesel ve küresel düzeyde ileri götürme ve güçlendirme müşterek sorumluluğunu üstleniyoruz*”. (Vurgular bize ait).

³⁸ Jane Holder and Maria Lee, *Environmental Protection - Law and Policy* (2nd edn, Cambridge University Press 2007) 229.

Böylece sürdürülebilir kalkınma bu üç ayakla/unsurla tanımlanmaya başlanmıştır: ekonomik kalkınma, sosyal gelişme ve çevresel koruma.³⁹ Johannesburg Beyannamesi'nin bir başka özelliği, bu Beyanname'de “dayanışma” (md. 17), “insan onuru” (md. 2 ve 18), “küresel toplum inşası” (md. 2, 12 ve 21), “gelir artırıcı istihdam olanaklarının yaratılması” (md. 28) gibi kavramların sürdürülebilir kalkınma kavramının yanında kullanılmasıdır. Bu anlamda Johannesburg Beyannamesi'nin, sosyal devlet kavramlarını sürdürülebilir kalkınma kavramının yanına yerleştirdiği söylenebilir.⁴⁰ Kadınların güçlendirilmesi, özgürleşmesi ve cinsiyet eşitliğinin sürdürülebilir kalkınma için önemi vurgulanmıştır (md. 20). Bu Beyanname ile ilk defa bu kadar açık biçimde özel sektörün (büyük ve küçük şirketlerin) sürdürülebilir kalkınmadaki rolü vurgulanmış (md. 27), ardından da özel sektör kuruluşlarının kurumsal hesap verebilirliklerinin artırılması ihtiyacı üzerinde durulmuştur (md. 29). Johannesburg Beyannamesi, sürdürülebilir kalkınmanın sağlanması için yetkili organ olarak “*Dünyanın en evrensel ve temsili teşkilatı olan Birleşmiş Milletleri*” tayin etmiştir (md. 32).

Pallemarts tarafından ifade edilen, Johannesburg Beyannamesi'nin Rio'ya göre çok büyük bir ilerleme teşkil etmediği, ancak değinmiş olduğu belli hususların ileride uluslararası sürdürülebilir kalkınma açısından açılım teşkil edebileceği düşüncesi doktrinde ortak görüş gibi değerlendirilmiş görünmektedir.⁴¹

Rio Zirvesi'nin üzerinden yirmi yıl geçtikten sonra 2012'de yine Rio'da Rio+20 Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Konferansı gerçekleştirilmiştir. Üye Devletler, Konferans'ın ardından “*The Future We Want*” (Arzuladığımız Gelecek) isimli belgeyi çıktı olarak kabul etmiştir.

2015 Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Zirvesi'nde Sürdürülebilir Kalkınma için “Gündem 2030” belgesi kabul edilmiş, bu şekilde on yedi sürdürülebilir kalkınma hedefi ortaya konmuştur: “**yoksulluğa son**”, “**açlığa son**”, “**sağlık ve kaliteli yaşam**”, “**nitelikli eğitim**”, “**toplumsal cinsiyet eşitliği**”, “**temiz su ve sanitasyon**”, “**erişilebilir ve temiz enerji**”, “**insana yakışır iş ve ekonomik büyüme**”, “**sanayi yenilikçilik ve altyapı**”, “**eşitsizliklerin azaltılması**”, “**sürdürülebilir şehirler ve topluluklar**”, “**sorumlu üretim ve tüketim**”, “**iklim eylemi**”, “**sudaki yaşam**”, “**karasal yaşam**”, “**barış adalet ve güçlü kurumlar**”, “**amaçlar için ortaklıklar**”. Aynı yıl Sendai Eylem Planı (Afet Risklerinin Azaltılması Hakkında), Addis Ababa Eylem Planı (Finansman Uygulamaları) ve Paris İklim Değişikliği Anlaşması kabul edilmiştir.

³⁹ Aslında sosyal gelişme ayağını da içeren üç ayak daha önce 1997 Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararıyla da ortaya konulmuştu. Bkz Nations unies, Assemblée générale, Résolution du 28 june 1997, A/RES/S-19/2, Distr GEN 19.09.1997, ‘Programme relatif à la poursuite de la mise en œuvre d’Action 21’, özellikle para 23-32 < <https://www.un.org/french/events/wssd/docs/ares192f.pdf> > Erişim Tarihi 6 Haziran 2020.

⁴⁰ Beyanname'de daha önce Brundtland Raporu'nda ve Rio Beyannamesi'nde bahsedilen temel ihtiyaçlar somutlaştırılmıştır: “temiz su, sağlık önlemleri, uygun barınma imkanları, gıda güvenliği, sağlık hizmetlerine erişim, biyolojik çeşitliliğin korunması” esaslı öngörülmüş (md 18) ve kronik açlık, kötü beslenme, uyuşturucu, insan ticareti, organize suçlar, terörizmle, her türlü şiddetle ve hastalıklarla mücadele edileceği (md 19) hükmüne bağlanmıştır.

⁴¹ Marc Pallemarts, ‘International Law and Sustainable Development: Any Progress in Johannesburg?’ (2003) 12 Review of European Community and International Environmental Law 1.

2. Sürdürülebilir Kalkınmanın Normatif Değeri

Sürdürülebilir kalkınma pek çok uluslararası belgeye konu olmuştur. Bu belgelerin bazıları uluslararası hukukça *soft law*⁴² olarak nitelenen kaynaklardır (beyannamelerde olduğu gibi). Bununla birlikte, *hard law* özelliğine sahip, sürdürülebilir kalkınmanın farklı unsurlarını içeren uluslararası sözleşmeler de bulunmaktadır.⁴³ Uluslararası hukukta bulunan *soft law / hard law* ayrımı, Türkçe’ye katı hukuk / esnek (ya da yumuşak) hukuk olarak çevrilebilmektedir. Terimlerden ilki bağlayıcı hukuku, diğeri bağlayıcı olmayan hukuku ya da uluslararası hukukçuların deyimiyle Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 34. maddesinde anılmayan belgeleri ifade etmektedir. Ancak ulusal hukuk, bu tür bir ayrımı dışlar ve bütün hukuk normlarını piramidal bir yapı içerisinde birbirine bağlı olarak düşünür. Ayrıca, anayasa hukukunda katılık ve esneklik (ya da yumuşaklık) sıfatları anayasa değişikliği sürecine ilişkin kullanıldığından, bu incelemede ilgili kavramlar orijinal halinde kullanılarak, terminolojik bir karışıklıktan kaçınılmaya çalışılmıştır.

Barral’a göre, sürdürülebilir kalkınma kavramı, bir sonuç yükümlülüğü olarak değil; ancak araçsal bir yükümlülük olarak uluslararası örf adet hukukunun potansiyel bir parçasıdır.⁴⁴ Lowe’a göre, bu kavram uluslararası hukukun birincil kaynaklarından biri olmamakla birlikte, uluslararası yargıcın elindeki bir yorum aracıdır.⁴⁵

Uluslararası hukukçuların sürdürülebilir kalkınma kavramının normatif niteliğini bu kadar tartışmalarının temel nedeni, bu ifadenin daha çok “beyannameler” “eylem planları” gibi bağlayıcılık niteliği zayıf görülen⁴⁶ *soft law* olarak nitelenen belgelerde anılmış olmasıdır. Aslında uluslararası hukuk belgelerinin böyle bağlayıcı olan / olmayan diye sınıflandırılmasının hukuken başlı başına son derece önemli bir sorun olması⁴⁷ bir yana bırakıldığında⁴⁸, *soft law* belgelerin eski etkisiz konumundan

⁴² Bu ifadenin, uluslararası normların gelişiminde geçiş aşamasını anlatmak üzere ilk defa Lord McNair tarafından kullanıldığı ve yine bu kavramın uluslararası örgütlerin bağlayıcı olmayan program niteliğindeki kararlarını ifade etmek için Dupuy tarafından kullanıldığı ifade edilmektedir, bkz Jürgen Friedrich, *International Environmental 'soft law'* (Springer 2013) 2 fn 4.

⁴³ Barral, 2013 yılı itibarıyla 300’ün üstünde uluslararası antlaşmadan, 112 çok taraflı antlaşmadan bahsetmektedir, Barral (n 8) 384.

⁴⁴ ibid 386.

⁴⁵ Vaughan Lowe, ‘Sustainable Development and Unsustainable Arguments’ in Alan Boyle and David Freestone (eds) *International Law and Sustainable Development - Past Achievements and Future Challenges* (Oxford University Press 1999) 31. Lowe’ün bu makalesi daha çok Uluslararası Adalet Divanının *Gabčikovo-Nagymaros Barajı* (Macaristan/ Slovakya, 25.09.1997) kararı ve bu karar içinde yer alan Başkan Yardımcısı Yargıç Weeramantry tarafından yazılan ayrı gerekçenin eleştirisi biçiminde kurgulanmıştır. Karara erişim için < <https://www.icj-cij.org/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-00-FR.pdf> > Erişim Tarihi 10 Mayıs 2020.

⁴⁶ Hugh Thirlway, *The Sources of International Law* (2nd edn, Oxford University Press 2019) 186.

⁴⁷ Richard Reeve Baxter, ‘International Law in Her Infinite Variety’ (1980) 29 (4) *The International and Comparative Law Quarterly* 564.

⁴⁸ Aslında bunu bir yana bırakmayan, Kelsen ve Merk’ın *Stufenbau* teorisini uluslararası hukuka uygulamaya dönük çalışmalar yapan Jörg Kammerhofer gibi yazarlar bulunmaktadır. Bkz Kammerhofer, ‘Sources in Legal-Positivist Theories: Pure Theory’s Structural Analysis of the Law’ in Samantha Besson and Jean d’Aspremont (eds) *The Oxford Handbook of The Sources of International Law* (Oxford University Press 2017) 343-362. Ancak Samantha Besson’un bu alanda “uluslararası dikey çoğulculuğun” hakim olduğuna ilişkin saptaması genel görüşü yansıtır görülmektedir, Besson, ‘Theorizing the Sources of International Law’ in Samantha Besson and John Tasioulas (eds) *The Philosophy of International Law* (Oxford University Press 2010) 181.

uzaklaştığı ve sürdürülebilir kalkınmaya ilişkin bu tür belgelerin *soft law*'da "hukukileşmeye" örnek verildiği görülmektedir.⁴⁹

Uluslararası hukukçuların, düzenlendiği belge dışında, sürdürülebilir kalkınma kavramının normatif niteliğini bu kadar tartışmalarının ikinci nedeni (yine ilk nedenden tamamen kopuk olmamakla birlikte) bu belgelerin yazım şeklidir. Özellikle Johannesburg Beyannamesi'nin çocuklara ilişkin yukarıda alıntılan bölümünde görüldüğü gibi, anılan belgeler hukuki olmayan ya da daha açık bir ifade ile normatif anlamda "ön kayıtlayıcı" (prescriptive) olmayan ifadeler içermektedir. Sürdürülebilir kalkınma kavramının açıkça zikredildiği Rio Beyannamesi'nin "1. ilkesini"⁵⁰ ele alalım: *İnsan, sürdürülebilir kalkınma kaygılarının merkezinde yer alır. Herkesin doğayla uyum içinde sağlıklı ve üretken bir yaşama hakkı vardır.*" Bu ifadenin ikinci cümlesinin İngilizce ve Fransızca metni arasındaki farktan yukarıda bahsetmiştik. Birinci cümle ise, bir beyannamede açıkça "sürdürülebilir kalkınma" ifadesinin kullanılması açısından önem taşımaktadır. Lowe bu cümlede "kalkınmanın sürdürülebilir olması gerektiğinin" açıkça söylenmemiş olmasının ilgili metnin normatifliğini zayıflattığını ifade etmektedir.⁵¹ Gerçekten de bu ilk cümlede ("*İnsan, sürdürülebilir kalkınma kaygılarının merkezinde yer alır*") kişilere herhangi bir hak tanınmadığı gibi, devlet için de açık bir yükümlülük yüklenmemiştir. Hatta bu cümlede hiçbir ön kayıtlayıcı ifade bulunmamaktadır. Uluslararası hukukta metnin açık bir yükümlülük öngörmediği hallerle ilişkin getirilen bu normatifik eleştirisi, sadece sürdürülebilir kalkınma hakkında değil, hatta sadece beyannameler için değil; Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesinde sayılan uluslararası anlaşmalar için de yapılabilmektedir.⁵² Bununla birlikte, son derece açık sonuç yükümlülükleri öngören Helsinki Nihai Senedi gibi *soft law* belgeleri vardır. Hatta Prosper Weil, uluslararası hukukun kendi normları yüzünden hasta olduğunu ve bu hastalığın da uluslararası topluluktan kaynaklanan ve hukukçunun tedavi edemeyeceği yapısal (yaptırım sisteminin olmaması, çok boşluk bulunması vs.) ve kavramsal zayıflıklara (hak ve yükümlülüklerin normatif bir biçimde gösterilmemesi vs.) neden olduğunu belirttiği⁵³ makalesinde, Stockholm Beyannamesi'ni ve Helsinki

⁴⁹ Marcel M. T. A. Brus, 'Soft Law in Public International Law: A Pragmatic or a Principled Choice? Comparing the Sustainable Development Goals and the Paris Agreement' in Pauline Westerman et al. (eds) *Legal Validity and Soft Law* (Springer International Publishing AG 2018) 243-266.

⁵⁰ Açıkçası bir beyannamede "madde" (article) değil de, "ilke" (principle) ifadesinin kullanılması bile normatif olana (hukuk) değil de, olgusal olana (hukuk-dışı) yönelindiğini gösteriyor.

⁵¹ Lowe (n 45) 24-25.

⁵² Prosper Weil bu tür anlaşmalara örnek olarak bazı nükleer silah denemelerinin yasaklanmasına ilişkin 1963 tarihli Moskova Andlaşması'nı örnek vermekte, ardından da anlaşmalarda sıklıkla kullanılan ve yükümlülük getirmeyen ifadeleri anmaktadır ("*Devletler (...) için çaba sarfedeceklerdir*"; "*Taraflar (...) durumunda mümkün olduğunca hızlı harekete geçeceklerdir*"; "*Taraflar (...) için gayret göstereceklerdir*" vb), Prosper Weil, 'Vers une normativité relative en droit international', (1982) 86 *Revue générale de droit international public* 7-8. *Hard law* içerisinde yer almakla birlikte, normatif ifadeler içermeyen diğer uluslararası anlaşma örnekleri için bkz Alain Pellet, 'Les raisons du développement du *soft law* en droit international: choix ou nécessité?' in Pascale Deumier and Jean-Marc Sorel (eds) *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international* (LGDJ 2018) 178-179.

⁵³ Weil (n 52) 6 vd.

Nihai Senedi’ni *hukuk – öncesi* siyasi belgeler arasında saymakta ve bunların *soft law* olarak nitelenmesinin kural koyucu niteliklerinde bir değişiklik yapmadığını belirtmektedir.⁵⁴

Boyle – Chinkin ise beyannamelerin *hard law* arasında sayılmamasının onların etkililiğine etki etmediğini, Rio Beyannamesi’nin bir uluslararası andlaşma olarak imzaya açılmış olması halinde yıllarca yürürlüğe giremeyeceğini, ancak söz konusu Beyanname üzerinde tüm ülkeler arasında andlaşmayla sağlanamayacak bir konsensüsün kısa sürede oluştuğunu ve böylece ilgili belgeyle güdülen hedeflere daha kolay ulaşıldığını, buna karşılık biyolojik çeşitlilik ve iklim değişikliğine dair daha somut düzenleme gerektiren konuların sadece andlaşma/sözleşmelerle yapılabileceğini belirtmektedirler.⁵⁵ Dolayısıyla Boyle ve Chinkin, bakış açılarını geçerlilik sisteminden etkililiğe çevirmiş görünmektedirler.

*

**

Tüm bunlardan yola çıkılarak sürdürülebilir kalkınmanın, iç hukuka ve özellikle de ulusal pozitif hukukun en üst normu olan anayasayla olan ilişkisi konusunda şu saptamalar yapılabilir:

İlk olarak, sürdürülebilir kalkınmaya ilişkin uluslararası hukuk ağırlıklı olarak 1970’li yıllardan itibaren şekillenmeye başlamış, 1990’lı yılların başında bu konudaki uluslararası tanıma gerçekleşmiştir. Kavramsal olarak sürdürülebilir kalkınmaya ilişkin ilkeler daha çok uluslararası hukukçuların *soft law* olarak değerlendirdiği hukukla (Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararları, beyannameler, eylem planları vb.) tanınmıştır. Bununla birlikte, kavramın referans yaptığı çevresel koruma, sosyal gelişme ve ekonomik kalkınma gibi unsurlara ilişkin olarak yine uluslararası hukukçuların *hard law* olarak nitelendirdiği bağlayıcılığı tartışma konusu edilmeyen uluslararası andlaşmalar bulunmaktadır. Başka bir deyişle, sürdürülebilir kalkınma kavramsal olarak beyannamelerle tanımlanmışken, uygulanması işi konusu daha sınırlı ve daha somut olan uluslararası andlaşmalara bırakılmıştır.

Aslında söz konusu tercihin şu açıdan yararı vardır: hukukun normatif bir disiplin olmasının nedeni, bu alanın ön kayıtlayıcı normlar öngörmesi, başka bir deyişle olanı (*is*) değil; olması gerekeni (*ought*) göstermesidir. Hukuk normu kural koyarak ön kayıtlayıcıdır; bu surette bir fiili yasaklayabileceği gibi, bir fiilin yapılmasını zorunlu tutabilir ya da bir fiile izin verebilir. Bu anlamda Rio Beyannamesi’nin birinci ilkesi yukarıda görüşleri alıntılanan Lowe’un tahayyül ettiği gibi “*devletler sürdürülebilir bir biçimde kalkınırlar*” şeklinde olsaydı, bu öncülden yola çıkılarak

⁵⁴ ibid 8.

⁵⁵ Alan Boyle and Christine Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford University Press 2007) 214-215.

hangi fiillerin zorunlu kılındığını, hangilerinin yasaklandığını ya da neye izin verildiğini anlamak için, birinci ilkede bulunmayan dışsal bir unsura bakmamız gerekecekti: “Sürdürülebilir kalkınma nedir?”. Bu durumda da sürdürülebilir kalkınmayı tanımlayış biçimimize göre normu yorumlayış biçimimiz değişecekti.⁵⁶ Ancak örneğin Aarhus Sözleşmesi’nde Stockholm ve Rio beyannamelerine referans yapılarak, çevre alanında bilgi edinme, katılım ve başvuru haklarının açık sonuç yükümlülükleri şeklinde ve ayrıca hukuki belge olarak da *hard law* olarak düzenlenmesi, hukukun normatif bir disiplin olması açısından daha uygun bir çözüm olarak görülebilir.⁵⁷ Nihayet bu tür anlaşmalar ya da sözleşmeler Anayasanın 90. maddesi çerçevesinde iç hukukun bir parçasıdır.⁵⁸

İkinci olarak, sürdürülebilir kalkınma kavramının referans yaptığı üç ayak (çevresel koruma, sosyal gelişme ve ekonomik kalkınma) ulusal pozitif hukukta en üst düzeyde 1982 Anayasası’nda düzenlenmektedir. 1982 Anayasası’nın hem genel esaslar bölümünde, hem de özel hükümlerinde sürdürülebilir kalkınmanın üç ayağına ilişkin hak ve yükümlülükler öngörülmüştür.

II. 1982 Anayasası’nda Sürdürülebilir Kalkınmaya İlişkisel Bakış

1982 Anayasası’nın, diğer Cumhuriyet Anayasalarından daha uzun olması ve 1961 Anayasası’nın yürürlükte olduğu dönemdeki bazı mahkeme kararlarıyla siyasi eleştirileri düzenleme konusu yapmasından dolayı kazuistik bir yöntemle kaleme alınmış olduğu ifade edilmektedir.⁵⁹ Anayasa’nın görece uzun⁶⁰ olmasının yanı sıra

⁵⁶ Kelsen kavramla normun aynı şey olmadığını, ancak bazen kavramlara normatif bir işlev yüklenebildiğini ya da bir kavramın norm şeklinde karşımıza çıkabildiğini belirtmektedir; ancak bu durumda karşı karşıya bulunduğumuz şey bir irade işlemi değil; bir düşünce işlemidir ve dolayısıyla metafiziktir. Bkz Hans Kelsen, *General Theory of Norms* (Michael Hartney tr, Clarendon Press 1991) 278.

⁵⁷ Aksi görüş olarak Michel Virraly’nin uluslararası hukukun gelişimini ilkeler üzerinden anlatan yaklaşımı düşünülebilir, bkz Michel Virraly, ‘Le rôle des ‘principes’ dans le développement du droit international’, *Le Droit international en devenir* (Graduate Institute Publications 1990) 195-212 < <https://books.openedition.org/ideid/4393> > Erişim Tarihi 4 Haziran 2020.

⁵⁸ Bu incelemede Türk hukuk sisteminin monizmi mi yoksa düalizmi mi benimsediği yönündeki akademik tartışmaya hiç girilmeyecektir. Bu konu Türkiye’de fazlaca tartışılmıştır. Ancak monizm/düalizm ayrımı her şeyden önce hukukun ne olduğuna ilişkin teorik bir konulanmayı gerektirmektedir. Hukuku tüm normların birbirine geçerlilik ilişkisiyle bağlı olduğu bir sistem olarak tanımladığımızda monist olarak konulanırız; hukukun hukuk sistemini oluşturan normlar dışında siyasal olgulara da dayandığımız düşünüyorsanız düalist olarak nitelenirsiniz. Bu anlamda Anayasa’nın 90. maddesindeki “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir*” ifadesi iki hususa ortaya koymaktadır. İlki uluslararası anlaşmaların “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş*” olması demek, bu normların “Anayasa’nın öngördüğü” usule uygun olarak yürürlüğe konmuş olması demektir. Anayasaya uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmalar, Türk hukuk sisteminin bir bütün olan geçerlilik sistemine dâhil olmaktadır. İkinci olarak, Anayasa bu normların “kanun hükmünde” olduğunu, başka bir deyişle Türk hukuk düzeninde kanunlar ne şekilde sonuç doğuruyorsa, anlaşmaların da o şekilde sonuç doğurduğunu göstermektedir. Bunun dışında Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca “*Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır*”.

⁵⁹ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (17. Bası, Yetkin 2017) 59.

⁶⁰ Aslında bu uzunluk son derece izafidir; biz bu izafiliği Osmanlı-Türk anayasal belgelerine doğru tarihi bir araştırmayla kavırıyoruz; bu anlamda 1982 Anayasası (177 madde ve geçici maddelerden oluşmaktadır), 1876, 1921, 1924 ve 1961 Anayasalarından fazla maddeye sahiptir ve maddeler de bu Anayasalardaki maddelerden daha uzundur. Ancak diğer hukuk geçerlilik sistemlerinde, 296 maddeli Portekiz Cumhuriyeti Anayasası’nda (< <https://dre.pt/constitution-of-the-portuguese-republic> > Erişim Tarihi 3 Haziran 2020) ya da 396 madde ve eklerinden oluşan Hindistan Anayasasında (< <https://www.india.gov.in/my-government/constitution-india/constitution-india-full-text>) > Erişim Tarihi 3 Haziran 2020) olduğu gibi daha uzun metinlere rastlanabilmektedir.

1961 Anayasası'na dönük tepki niteliğinde hükümleri de bulunmaktadır. Ancak 1982 Anayasası'nın bütünü sadece 1961 Anayasası'na yönelik tepki ile anlaşılabilir. Bu Anayasa toplumsal ilişkileri de detaylı olarak düzenleme arayışına girmiştir. Tanör, bu detaylı düzenlemenin nedenini ve sonucunu tek bir paragrafta açıklamıştır:

*“1982 Anayasası her şeyden önce, el attığı sorunların kapsamı ve bunlara belli yönlere kesin cevaplar (çözümler) getirmek istemesiyle dikkati çekiyor. Son yirmi yılın Türkiye toplumunda saptanan hukuki, siyasi, sosyal, ekonomik, ideolojik bütün temel (ve hatta bazen de ikincil sorunlar) adeta bu anayasa eliyle çözülmek istenmiştir. Böylece, normalde bir ‘anayasa sorunu’ ya da ‘anayasa konusu’, hatta hukuk sorunu ve konusu teşkil etmeyen, toplum[un] kendi doğal dokusu içerisinde çözülmesi ya da çözülmemesi gereken bir takım sorunlar bile ‘anayasa kapsamına’ alınmışlardır. 1982 metninin anayasa teorisi açısından ilk dikkat çekici yanı budur. Anayasanın aşırı şişkinliği ve iki yıllık uygulamada bu kadar tartışılmış olması da bunun pratik sonuçlarındandır”.*⁶¹

Bu kadar detaylı bir Anayasanın sürdürülebilir kalkınmanın temas ettiği konular hakkında bir şey söylememiş olması beklenemez. Sürdürülebilir kalkınma, içerdiği konular itibarıyla, kişinin başka kişilerle, toplumla, kurumlarla, devletle ve içinde yaşadığımız Dünya'yla olan ilişkisi üzerine yeniden düşünmeyi gerektiren bir kavramdır. Brundtland Raporu'nda şu husus vurgulanmaktaydı : *“sürdürülebilir kalkınma, sabit bir denge hali değil; kaynakların işletilmesinin, yatırımların yönetilmesinin, teknolojik gelişmenin yönlendirilmesinin ve kurumsal değişimin, geleceğin ve bugünün ihtiyaçlarına uygun olarak belirlendiği bir değişiklik sürecidir”*. Sürdürülebilir kalkınma ifadesinin asıl tanımının bu olduğunu belirtmiştik. Bu tanım sürdürülebilir kalkınmayı bir “süreç” olarak ele almaktadır.⁶²

Anayasanın sürdürülebilir kalkınmaya yapabileceği en büyük katkı ise bu sürecin işletilmesi “usulleri”ni ele alış şekli olabilir.

⁶¹ Bülent Tanör, *İki Anayasa 1961-1982*, (4. Bası, XII Levha 2012) 132. Metinde belirtilen tarihlere ışık tutmak adına, bu kitabın ilk baskısının Beta yayınlarından 1986'da, Tanör hayattayken son baskısının da aynı yayınevinden 1994'te gerçekleştiğini hatırlatalım.

⁶² Benzer bir tanım Çevre Kanunu'nda da bulunmaktadır: *“Sürdürülebilir çevre: Gelecek kuşakların ihtiyaç duyacağı kaynakların varlığını ve kalitesini tehlikeye atmadan, hem bugünün hem de gelecek kuşakların çevresini oluşturan tüm çevresel değerlerin her alanda (sosyal, ekonomik, fiziki vb.) ıslahı, korunması ve geliştirilmesi sürecini, Sürdürülebilir kalkınma: Bugünkü ve gelecek kuşakların, sağlıklı bir çevrede yaşamasını güvence altına alan çevresel, ekonomik ve sosyal hedefler arasında denge kurulması esasına dayalı kalkınma ve gelişmeyi (...) ifade eder”*.

Hatırlanabileceği gibi XVIII. yüzyıl liberal anayasacılığı, iyi anayasa/kötü anayasa ayrımı yapmış, anayasayı “olması gereken”i gösteren bir metin olarak tanımlamış ve anayasada olması gerekeni de göstermişti: “*Hakların güvencelenmediği, kuvvetler ayrılığının belirlenmediği toplumlarda anayasa da yoktur*” (1789 Beyannamesi’nin 16. maddesi). Bu açıdan anayasanın iki işlevi tespit edilmiş oluyordu: temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması ve devlet fonksiyonları arasında ayrıma gidilmiş olması. Başka bir deyişle, birey-devlet ilişkisinde birey “egemenlik” yetkisine sahip devlet karşısında zayıf durumda görülmüş, bu durumda birey için devletin dokunamayacağı bir hak alanı yaratılmıştır. Ayrıca kamu gücünün keyfi kullanımının önüne geçmek için farklı devlet fonksiyonlarının farklı organlar eliyle gerçekleştirilmesi öngörülmüştür. Başka bir deyişle, liberal anayasacılığın kurduğu birey-devlet ilişkisinde birey haklarına riayet için devlete çeki düzen verme fikri vardır.

Anayasacılığın bu birinci hedefinde (iktidarın sınırlandırılması yoluyla hukuki güvenlik) günümüzde de herhangi bir değişiklik yoktur. Ancak hukuki güvenlik talebi dışında, artık yeni bir talep vardır: Bu Dünya üzerinde hep birlikte hayatta kalmak. Dünya üzerinde hep birlikte hayatta kalma talebi, ilk defa devlet organlarını düzenlemek ya da bireylere haklar tanımak amacıyla ortaya çıkan anayasacılığın muhatap bakımından kapsamını da genişletmektedir; bundan böyle özel kişilerin de bu hayatta kalma mücadelesinde yükümlülükleri bulunmaktadır.

Rio Beyannamesi’nin ilk maddesinde “*insan sürdürülebilir kalkınma kaygılarının merkezinde yer alır*” ifadesi bulunmaktaydı. Bu cümlemin ne insanlara hak tanıyan, ne de devlete yükümlülük yükleyen bir ifade olduğunu söylemiştik; hatta bu yüzden Lowe gibi hukukçular bu kavram yerine “devletler sürdürülebilir biçimde kalkınırlar” ifadesinin daha normatif olacağını söylemişti. Ancak aslında bu ifadenin önemi kanımızca yeni bir ilişki modelini ortaya koyması konusundadır. Şayet insan sürdürülebilir kalkınma kaygılarının merkezindeyse, bu durumda kaygılandırıcı hususlar insan yarattığı hususlardır. Ayrıca devlet de insan yaratıcıdır. O halde sorulması gereken sorular şunlardır: İnsan hayatta kalmak için ne yapacak? İnsan tek başına ne yapabilir? İnsan diğerleriyle birlikte ne yapabilir? İnsanın bu hayatta kalma mücadelesinde yardımcısı olacak ne tür mekanizmalar düşünülebilir? Sürdürülebilir kalkınmanın bu sorulara verdiği cevap iki yönlüdür: Hep birlikte ayakta kalmak için bir yandan çocukları ve gelecek kuşakları düşünmek gerekmektedir (kuşaklar arası adalet) (A). Diğer yandan hep birlikte ayakta kalmak, birlikte yaşadığımız insanları düşünmekle mümkündür (kuşak içi adalet) (B). Dolayısıyla 1982 Anayasasında bu kavramların izini aramak gerekmektedir.

A. Kuşaklar Arası Adalet ve 1982 Anayasası

Kuşaklar arası adalet meselesine adalet kavramından yola çıkarak bir tanım getirmek cüretini gösteremeyiz.⁶³ Ancak bu kavramın bir kuşakla kendisinden sonra gelecek olan kuşaklar arasındaki *ilişkiyi* esas alarak oluşturulduğunu söyleyebiliriz. Bu yaklaşım uyarınca, her kuşak kendisine önceki kuşaklardan aktarılan tabii ve kültürel mirası, sonraki kuşaklara, kendisine bırakıldan daha kötü koşullarda devretmemelidir.⁶⁴ Bu teori, içinde pek çok sorgulamayı gerektiren siyasi ve ahlaki⁶⁵ bir teori olarak ortaya çıkmaktadır. Bu teoriden normatif ve özellikle anayasal alana yansıyan husus ise tabii ve kültürel mirasın, başka bir deyişle çevrenin korunması zorunluluğudur.

Anayasa ve uluslararası belgeler bu korumanın esaslarını maddi (1) ve usuli (2) güvencelerle düzenlemektedir.

1. Maddi Güvenceler

Anayasa hukuku kökenli uluslararası hukukçular, anayasalardaki çevre hakkı düzenlemelerinin ve bunların ulusal organlarca yorumlanması şeklinin ileri ölçüde uluslararası hukuktan etkilendiğini ve bu doğrultuda şekillendiğini belirtmektedirler.⁶⁶ Dolayısıyla, **anayasal çevre hakkı öncelikle uluslararası hukukla ilişkilidir.**

8 Temmuz 1996'da La Haye Uluslararası Adalet Divanı şu şekilde bir istişari karar vermiştir: “*çevre bir soyutlama değildir, gelecek kuşaklar da dahil olmak üzere insanların yaşam kalitelerinin ve sağlıklarının bağlı olduğu, içinde buldukları mekandır*”.⁶⁷

Anayasa Mahkemesi'nin incelediği Kanun'un gerekçesine referansla da olsa sürdürülebilir kalkınmanın ilksel temellerini oluşturan uluslararası belgelerle ilişkiyi kurmuş olduğu kararı bu açıdan özellikle anılabilir:

⁶³ Bu konuda karşılaştırmalı hukukta ciddi bir literatür bulunmaktadır: Edith Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations* (Transnational Publishers Inc. 1989); Catherine Redgwell, *Intergenerational Trusts and Environmental Protection* (Manchester University Press 1999); Emmanuel Agius and Salvino Busuttill, *Future Generations and International Law* (Routledge, 2009); Joerg Chet Tremmel ed, *Handbook of Intergenerational Justice* (Edward Elgar Publishing 2006); Simon Caney, 'Justice and Future Generations', (2018) 21 Annual Review of Political Science 475-493 < <https://www.annualreviews.org/journal/polisci> > Erişim Tarihi 12 Haziran 2020); Malgosia Fitzmaurice, *Contemporary Issues in International Environmental Law* (Edward Elgar Publishing 2009); Richard P. Hiskes, *The Human Right to a Green Future – Environmental Rights and Intergenerational Justice* (Cambridge University Press 2009). Bu konuda Türkçe literatür için Şule Şahin Ceylan, 'Nesiller Arası Adalet Faydacı Yaklaşım', (2012) 61(2) AÜHFD 749-771, < <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/624035> > Erişim Tarihi 5 Mayıs 2020; Şahin Ceylan, 'Gelecek Nesillerin Haklarına Gewirth Formülü: Bireyden Topluma Doğru', (2014) 72(1) İÜHFM 293-310, < <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97876> > Erişim Tarihi 5 Mayıs 2020; İbrahim, *Çevre Hakkı* (3. Bası, İmge Yay 1996).

⁶⁴ Patricia Birnie, Alan Boyle and Catherine Redgwell, *International Law & the Environment*, (3rd edn, Oxford University Press 2009) 119.

⁶⁵ Bu boyutu da kapsayan bir inceleme olarak Ost, 'Après nous le déluge ? Réflexions sur la responsabilité écologique à l'égard des générations futures' in Hélène Ackermans (ed) *Variations sur l'éthique - Hommage à Jacques Dabin* (Presses de l'Université Saint-Louis 1994) 389-411 < <https://books.openedition.org/pu/sl/17811> > Erişim Tarihi 4 Temmuz 2020.

⁶⁶ Alexandre Kiss, 'Les origines du droit à l'environnement : le droit international', (2003) (numéro special: La charte constitutionnelle en débat) Revue juridique de l'environnement 13-14.

⁶⁷ CIJ, 'Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires', Avis consultatif du 8.07.1996, para 29, <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-FR.pdf>> Erişim Tarihi 6 Haziran 2020.

“(...) Yasa'nın gerekçesinde de belirtildiği gibi sürdürülebilir kalkınma ilkesinin 1987 Birleşmiş Milletler Dünya Çevre ve Kalkınma Komisyonu'nun Ortak Geleceğimiz Raporu, 1992 Rio Çevre Dünya Zirvesi, 2002 Johannesburg Dünya Sürdürülebilir Kalkınma Zirvesi gibi uluslararası çalışmalara paralel olarak çevre hakkını daha kapsamlı ve etkin şekilde korumayı amaçladığı gözetildiğinde, çevre hakkının norm alanını daraltmadığı sonucuna varılmıştır”.⁶⁸

Ayrıca **anayasal çevre hakkı diğer anayasal haklarla ilişkilidir**. La Haye Adalet Divanı Yargıcı Weeramantry önceki bölümde anılmış olan *Gabčíkovo-Nagymaros* kararına yazdığı ayrı gerekçede, şunu söylüyordu: “Çevrenin korunması çağdaş insan hakları doktrininin temel bir parçasını oluşturmaktadır, zira bu koruma, sağlık hakkı ve yaşama hakkının kendisi gibi birçok temel hakkın olmazsa olmaz şartıdır”.⁶⁹

1982 Anayasası'nda genel biçimde çevrenin ve kültür varlıklarının korunmasına ilişkin hükümler bulunduğu gibi, daha sektörel temelde koruyucu hükümleri görmek de mümkündür. Anayasa'daki bu hükümlerin yorumlanması ve uygulanması sürecinde, çevre hakkının özellikle yaşama ve sağlık haklarıyla birlikte ele alınması gerekmektedir.⁷⁰ Anayasa'nın 56. maddesinde çevre, sağlık ve yaşama hakkı iç içe düzenlenmektedir:

“Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.

Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.

Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.

Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.

Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir”.

Anayasa Mahkemesi bu hakları beraber değerlendirme imkânı bulmuştur:

*“(...)sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkelerinin içeriği itibarıyla hem bugünün hem de gelecek kuşakların çevresini oluşturan tüm çevresel değerlerin her alanda islahı, korunması ve geliştirilmesi ile sağlıklı bir çevrede yaşamasını güvence altına aldığı açıktır”.*⁷¹

⁶⁸ AYMK, E 2006/99, K 2009/6, 15 Ocak 2009.

⁶⁹ CIJ, ‘Projet Gabčíkovo-Nagymaros’, Arrêt du 25.09.1997, Opinion individuelle de M. Weeramantry, 91-92, < <https://www.icj-cij.org/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-03-FR.pdf> > Erişim Tarihi 6 Haziran 2020.

⁷⁰ Anayasa Mahkemesinin çevre hakkına ilişkin iptal / itiraz kararları incelemesi için bkz Yasemin Semiz, ‘Anayasa Mahkemesi'nin Çevre Hakkı Perspektifi’, (2014) 4(2) Hacettepe HFD 9–46, <<http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/dergi/C4S2makale1.pdf> > Erişim Tarihi 8 Haziran 2020; Anayasa Mahkemesinin çevre hakkına ilişkin bireysel başvuru kararları incelemesi için bkz Bahar Konuk Sommer, ‘Türk Hukukunda Çevre Hakkının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması’, (2019) 4(2) YBHD 169-188, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/774964> > Erişim Tarihi 8 Haziran 2020.

⁷¹ AYMK, E 2006/99, K 2009/6, 15 Ocak 2009.

Anayasa’da yer alan çevre hakkı düzenlemesinin diğer anayasal haklarla ilişkili olarak ele alınmasının aslında Anayasanın 65 ve 148/3 maddeleri açısından önemi vardır. Şöyle ki; Anayasa’nın 65. maddesi sosyal ekonomik haklar açısından adeta bir “yükümlülük azaltma” maddesi olarak düzenlenmiştir. Bu madde, devletin sosyal ekonomik haklar alanındaki yükümlülüklerini mali imkânların yeterliliği ölçütüne bağlamıştır.⁷² Anayasa’nın Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruyu düzenleyen 148/3. maddesi de bireysel başvuru hakkını yalnızca Avrupa Sözleşmesi’yle Anayasa’nın ortak koruma alanındaki haklarla sınırlamıştır. Bu iki düzenleme açısından 56. maddede düzenlenen çevre hakkının kişi hakları ve özgürlükleriyle olan bağlantısı konusunda Anayasa Mahkemesi’nin yorumu oldukça belirleyici bir hale gelmiştir. Anayasa Mahkemesi 2012 yılında verdiği bir kararla, hem Anayasa’nın 5. maddesi ile 56. maddesi arasındaki bağlantıyı kurmuş, hem de “ekonomik, bürokratik ve fiili yükümlülüklerin” sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını geçersiz kılmayacağını belirtmiştir:

“Anayasa’nın 5. maddesiyle kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlama ve insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama ödevi Devlete verilirken, 56. maddesiyle de herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu belirtilerek, bu hakkı korumanın yine devletin ve vatandaşların ödevi olduğu vurgulanmaktadır.

(...) Anayasa’nın 5. ve 56. maddeleri ile Devlete verilen görevlerin yerine getirilmesi, madencilik faaliyetlerinin belli bir plan ve program çerçevesinde yapılması ve bu faaliyetlerin gözetimi ve denetimi ile gerçekleştirilebilir. Anayasa’da yer alan ‘sağlıklı ve dengeli çevre’ kavramına, doğal güzelliklerin korunduğu, kentleşme ve sanayileşmenin getirdiği hava ve su kirlenmesinin önlenildiği bir çevre kadar, işin niteliğine göre belirli esaslara uygun olarak madencilik faaliyetlerinin gerçekleştirildiği çevrenin de gireceği kuşkusuzdur. (...) Sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı, getirilecek kuralın, ekonomik, bürokratik ve fiili yükümlülüklerle yol açacağı ve üretim faaliyetlerinin etkileneceği gerekçeleriyle vazgeçilecek haklardan değildir.”⁷³

Anayasa Mahkemesi, çevre hakkı açısından bireysel başvuru imkanını değerlendirdiği kararında Anayasa’nın sırasıyla özel yaşam ve konut dokunulmazlığına ilişkin 20 ve 21. maddeleriyle 56. maddesi arasındaki bağlantıyı da kurmuştur.

⁷² Aslında bu hükmün de sürdürülebilir kalkınma ilkesi doğrultusunda yeniden yorumlanması gerekmektedir. Tanör bu hükmün 1961 Anayasası’ndaki benzeri (md 53) açısından şunları söylüyordu: “Bu tür kuralların konmasını gerektiren sebepler nelerdir? Bunların başında sosyal görevlerini yerine getiremeyen devletin –konumuz açısından yasama organının-, Anayasa’ya hak sahibi kılınmış kişiler tarafından dava yoluyla sıkıştırılmasını önleme düşüncesi geliyor. (...) Bir görüşe göre de (...) madde Anayasanın geçerliliğini ve saygınlığını koruyucu niteliktedir. Bu madde olmasaydı, devletin sosyal ödevlerini gerçekleştirememiş olması tüm Anayasa’nın saygınlığına gölge düşürürdü. Sosyal politikadan çok iktisadi politika sorunlarına öncelik veren ve bunu da özel sermaye birikimi şeklinde anlayan bazı liberal iktisatçılar da (...) maddeyi, devlet ve özel kesim giderlerine sınır çizilmesini sağlayıcı, yatırım politikasını geliştirici ve milli geliri artırıcı nitelikte gördükleri, ‘enflasyona karşı bir teminat’ ya da bir ‘muvazene sigortası’ saydıkları için savunmuşlardır”, Bülent Tanör, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar* (May 1978) 373. Tanör’ün bu son andığı “liberal iktisatçılar” şimdi bu yazıları kaleme almış olsalardı, büyük ihtimalle, söz konusu hükmün, çevrenin korunması yükümlülüğü açısından herhangi bir değişiklik (ya da yükümlülük azaltması) meydana getirmemesi gerektiğini, çevre bozulmasının, sosyal adaletsizliğin ve fakirliğin olduğu yerde kalkınmanın da mümkün olamayacağını söyledikleri.

⁷³ AYMK, E 2011/110, K 2012/79, 24 Mayıs 2012. Sağlık hakkıyla 17. madde arasında benzer şekilde kurulan bağlantı için AYMK, E 2016/125, K 2017/143, 28 Eylül 2017, 67 ve 69.

“Sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının anayasal anlamda normatif dayanağı 56. madde hükmünde yer verilen, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu yönündeki düzenlemedir. Ancak söz konusu hüküm, Anayasa’nın sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler bölümünde yer almaktadır. Bu sebeple Anayasa’da yer alan ikinci ve üçüncü kuşak hakların ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuruda bulunulamayacağı ifade edilmekte birlikte sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının Anayasa’nın özel hayata ve aile hayatına saygıyı güvence altına alan 20. maddesi ve konut dokunulmazlığını düzenleyen 21. maddesi kapsamında ve söz konusu hükümlerde yer alan hukuksal çıkarlar üzerindeki etkisi dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir”.⁷⁴

Prieur çevre hakkının bazı yazarların iddia ettiği gibi bir pozitif statü hakkı değil; dayanışma hakkı olduğu kanaatinde. ⁷⁵ Yukarıda belirttiğimiz üzere çevre, devlete sadece birtakım önleme ve gerçekleştirme yükümlülükleri yükleyen bir sorun değil; insanların hayatta kalmak için hep birlikte hareket etmesi gereken içinde yaşadığımız ve bizde yaşayan alandır. 1982 Anayasası bu doğrultuda çevrenin korunması ve kirlenmesinin önlenmesi meselesinde ilk sorumluyu devlet olarak tayin etmekle kalmamış; ardından vatandaşlara da bu süreçte belli ödevler yüklemiştir. Bu maddede dikkat çeken bir diğer husus, devlete çevre korumasının ya da çevre kirliliğinin önlenmesi yükümlülüğünün ötesinde bir de “çevreyi geliştirme” yükümlülüğünün yüklenmiş olmasıdır. Anayasanın bu 56. maddesinin ilk cümlesinden yola çıkılarak üç husus vurgulanabilir:

i. Anayasa, çevreyi yaşama ve sağlık haklarıyla bir bütün olarak ele almıştır.

ii. Anayasa, çevrenin korunmasının ötesinde, “geliştirilmesi” görevini / ödevini sırasıyla devlete ve vatandaşlara yüklemektedir. Dolayısıyla devlet açısından pozitif yükümlülüğün, vatandaş açısından ödevin kapsamı, özellikle sosyal ekonomik haklar alanında yer alan diğer temel haklara nazaran oldukça genişlemektedir.

iii. Bu düzenlemenin muhatabı, aynı zamanda vatandaşlardır. Ancak çevre hakkının vatandaşlık anlayışını da çeşitlendirdiği ifade edilmiştir. Dobson, cumhuriyetçi ve liberal vatandaşlık tanımlarının yanına artık bir de sözleşmeye dayalı olmayan ve bu nedenle de herkesi kapsayan ekolojik/post-kozmopolitan vatandaşlık tanımının eklenebileceğini ifade etmektedir. ⁷⁶ Aslında 1982 Anayasasında yer alan bu tanımın Dobson’un kastettiği anlamda bir vatandaşlık tanımı olmadığı açıktır. ⁷⁷ Anayasa’da “vatandaş” ifadesinin kullanılmasının nedeni, Kurucuların, cumhuriyetçi vatandaşlık tanımından hareketle, ödevlerin ancak devlete bir sözleşmeyle bağlı olan vatandaşlar için öngörülebileceği düşüncesine sahip olmaları olabilir. Diğer yandan 1982

⁷⁴ AYMK, *Binali Özkaradeniz ve Diğerleri*, 2014/4686, 1 Şubat 2018, 45. Benzer şekilde, *Mehmet Kurt*, 2013/2552, 25 Şubat 2016, 46; *Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık*, 2013/6587, 24 Mart 2016, 43.

⁷⁵ Prieur (n 16) 619. Semiz çevre hakkının hem aktif statü haklarından, hem de dayanışma haklarından olduğunu söylüyor, Semiz (n 70) 11 - 12.

⁷⁶ Andrew Dobson, *Citizenship and the Environment* (Oxford University Press 2004) özellikle 33 vd.

⁷⁷ Karşılaştırarak bkz Hasan Tunç ve Yusuf Göven, ‘Çevre Hakkı ve 1982 Anayasası’, (1997) 1(1) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 103-127.

Anayasası'nda sadece çevre hakkına ilişkin olmayan ve temel hakların bütününe ilişkin bir kullanım esası belirleyen 12/2. madde bulunmaktadır: “*Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder*”. Bu ödev ve sorumluluklar kuşkusuz 56. maddedeki hak sahipleri için de geçerlidir.

Anayasal çevre hakkı ilişkisel bir değer üzerine, “dayanışma” üzerine kurulmuştur. Dayanışma içinde olmak, dayanışmayı haklı kılan bir nedenin var olması ölçüsünde üçüncü bir kişinin menfaatini kendine aitmiş gibi görmek demektir.⁷⁸ Dayanışma değerinin savunulması, hoşgörüyü ve çoğulculuğu bir yana bırakmadan ortak bir ideali izleme ve ortak bir işe girişme ihtiyacının açıklanmasıdır.⁷⁹ Güçlü bir sosyal bağ gerektiren dayanışma, “dost-düşman diyalektiğini”⁸⁰ reddeder ve başkalarının haklarına saygı duymayı içerir; böylece hakkın kötüye kullanılması yasağının da temel dayanağını oluşturur.⁸¹ Bu anlamda Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan “milli dayanışma”⁸² ifadesinin de, Anayasanın Başlangıç bölümünde yer alan “*Topluca Türk vatandaşlarının milli gurur ve iftiharlarda, milli sevinç ve kederlerde, milli varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak olduğu, birbirinin hak ve hürriyetlerine kesin saygı, karşılıklı içten sevgi ve kardeşlik duygularıyla ve “Yurtta sulh, cihanda sulh” arzu ve inancı içinde, huzurlu bir hayat talebine hakları bulunduğu*” paragrafının da bu esaslar dahilinde “Dünya üzerinde birlikte hayatta kalma anayasacılığının” ifadesi olarak yorumlanması gerekmektedir.

1982 Anayasası, çevre hakkına ilişkin bu genel düzenleme dışında çevre hakkına ilişkin farklı unsurları da koruma altına almaktadır. Kıyılardan yararlanmaya ilişkin 43. madde⁸³, genel olarak toprakların korunması ve çiftçinin toprak sahibi kılınması esaslarını düzenleyen 44. madde⁸⁴, tarım arazilerinin hayvancılığın ve üreticinin korunmasına ilişkin 45. madde⁸⁵, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına

⁷⁸ Gregorio Peces-Barba Martinez, *Théorie générale des droits fondamentaux* (Ilié Antonio Pelé tr, LGDJ 2004) 249.

⁷⁹ Martinez (n 78) 250.

⁸⁰ Carl Schmitt, *La notion de politique: théorie du partisan* (Marie-Louis Steinhauser tr, Flammarion 1992) özellikle 64-90.

⁸¹ Martinez (n 78) 254.

⁸² “Milli dayanışma” ifadesi için bkz 1946 Fransa Cumhuriyeti Anayasası (IV. Cumhuriyet), Başlangıç, para 12.

⁸³ “*Kıyılar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. / Deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararı gözetilir./ Kıyılarla sahil şeritlerinin, kullanılış amaçlarına göre derinliği ve kişilerin bu yerlerden yararlanma imkanı ve şartları kanunla düzenlenir*”.

⁸⁴ “*Devlet, toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek, erozyonla kaybedilmesini önlemek ve topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçilikle uğraşan köylüye toprak sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri alır. Kanun, bu amaçla, değişik tarım bölgeleri ve çeşitlerine göre toprağın genişliğini tesbit edebilir. Topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçiye toprak sağlanması, üretimin düşürülmesi, ormanların küçülmesi ve diğer toprak ve yeraltı servetlerinin azalması sonucunu doğuramaz*”.

⁸⁵ “*Devlet, tarım arazileri ile çayır ve mer'aların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek, tarımsal üretim planlaması ilkelerine uygun olarak bitkisel ve hayvansal üretimi artırmak maksadıyla, tarım ve hayvancılıkla uğraşanların işletme araç ve gereçlerinin ve diğer girdilerinin sağlanmasını kolaylaştırır. Devlet, bitkisel ve hayvansal ürünlerin değerlendirilmesi ve gerçeğe değerlerinin üreticinin eline geçmesi için gereken tedbirleri alır*”.

ilişkin 63. madde⁸⁶, ormanların korunmasına dair 169. madde⁸⁷ ve orman köylüsünün korunmasına ilişkin 170. madde⁸⁸ bu kapsamda anılabilir.

2. Usuli Güvenceler

Çevrenin korunması, devleti sadece kamu gücünü kullanan organ olarak görmek yerine, insan yarattığı bir organ olarak görüp hayatta kalma mücadelesinde onun işlevlerini ve karar alma biçimlerini yeniden belirlemek ve bireyleri karar alma süreçlerine dahil etmek yoluyla gerçekleştirilebilir. Bu hedefe de özellikle sürdürülebilir kalkınmanın temas ettiği alanlarda (çevresel koruma, sosyal ve ekonomik alan) daha katılımcı mekanizmaların öngörülmesi yoluyla ulaşılabilir. Brundtland Raporu, katılımcılığın hem ulusal düzeyde, hem de uluslararası düzeyde gerçekleştirilmesi gerektiğini vurgulamaktaydı. Aynı husus, 1982 Dünya Doğa Şartı'nda⁸⁹, Rio Beyannamesi'nin 10. ilkesinde ve daha detaylı sonuç yükümlülüklerini içeren biçimiyle Aarhus Sözleşmesi'nde (bilgi edinme ve başvuru haklarıyla tamamlanmış şekilde) görülmektedir⁹⁰. Çevresel Konularda Bilgi Edinme, Karar Alma Sürecine Kamu Katılımı ve Mahkemeye Başvuru Hakkına İlişkin Aarhus Sözleşmesi, çevre hakkının üç usuli güvencesi olarak tanımlanan hakları düzenlemekte

⁸⁶ “Devlet, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlar; bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alır. Bu varlıklar ve değerlerden özel mülkiyet konusu olanlara getirilecek sınırlamalar ve bu nedenle hak sahiplerine yapılacak yardımlar ve tanınacak muafiyetler kanunla düzenlenir”.

⁸⁷ “Devlet, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır. Yanan ormanların yerinde yeni orman yetiştirilir; bu yerlerde başka çeşit tarım ve hayvancılık yapılamaz. Bütün ormanların gözetimi Devlete aittir.

Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz. Devlet ormanları kanuna göre, Devletçe yönetilir ve işletilir. Bu ormanlar zamanasımı ile mülk edinilemez ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz. / Ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemez. Ormanların tahrip edilmesine yol açan siyasi propaganda yapılamaz; münhasıran orman suçları için genel ve özel af çıkarılamaz. Ormanları yakmak, ormanı yok etmek veya daraltmak amacıyla işlenen suçlar genel ve özel af kapsamına alınmaz.

Orman olarak muhafazasında bilim ve fen bakımından hiçbir yarar görülmeyen, aksine tarım alanlarına dönüştürülmesinde kesin yarar olduğu tespit edilen yerler ile 31/12/1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş olan tarla, bağ, meyvelik, zeytinlik gibi çeşitli tarım alanlarında veya hayvancılıkta kullanılmasında yarar olduğu tespit edilen araziler, şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerler dışında, orman sınırlarında daraltma yapılamaz”.

⁸⁸ “Ormanlar içinde veya bitişiğindeki köyler halkının kalkandırılması, ormanların ve bütünlüğünün korunması bakımlarından, ormanın gözetilmesi ve işletilmesinde Devletle bu halkın işbirliğini sağlayıcı tedbirlerle, 31/12/1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tamamen kaybetmiş yerlerin değerlendirilmesi; bilim ve fen bakımından orman olarak muhafazasında yarar görülmeyen yerlerin tespiti ve orman sınırları dışına çıkarılması; orman içindeki köyler halkının kısmen veya tamamen bu yerlere yerleştirilmesi için Devlet eliyle anılan yerlerin ihya edilerek bu halkın yararlanmasına tahsisi kanunla düzenlenir.

Devlet, bu halkın işletme araç ve gereçleriyle diğer girdilerinin sağlanmasını kolaylaştırıcı tedbirleri alır. Orman içinden nakledilen köyler halkına ait araziler, Devlet ormanı olarak derhal ağaçlandırılır”.

⁸⁹ Charte mondiale de la nature, Résolution 37/7 de l'Assemblée Générale des Nations unies du 28 octobre 1982, principe 23 : “Herkes, kendi ülkesinin yasalarına uygun biçimde, bireysel olarak veya başkalarıyla birlikte, doğrudan kendi çevresini ilgilendiren kararların hazırlanmasına katılma ve bundan dolayı bir kayba ya da zarara uğraması halinde giderim elde edebileceği başvuru yollarına ulaşma olanağına sahip olacaktır”.

⁹⁰ Convention on Access to Information, Public Participation In Decision-Making and Access to Justice In Environmental Matters, 25.06.1998, Aarhus Denmark, <https://treaties.un.org/doc/Treaties/1998/06/19980625%2008-35%20AM/Ch_XXVII_13p.pdf> Erişim Tarihi 12 Nisan 2020. Bu Sözleşme ve uluslararası hukukta sürdürülebilir kalkınma hakkında detaylı bilgi için Meltem Sarıbeyoğlu, *Uluslararası Hukuk ve Sürdürülebilir Kalkınma* (Beta 2015); Bu Sözleşme hakkında ayrıca Ahmet M. Güneş, ‘Aarhus Sözleşmesi ve Çevresel Bilgiye Erişim Hakkı’ (2012-2013) 17-18 (26-27-28-29) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 25-40, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/214030>> Erişim Tarihi: 5 Eylül 2020.

ve sürdürülebilir kalkınmayı bir hedef olarak belirlemekte; daha doğru bir ifadeyle sürdürülebilir kalkınmanın merkezine çevresel korumayı yerleştirmektedir. Türkiye henüz 2005'te yürürlüğe giren bu Sözleşmeyi imzalamamıştır.

Anayasa'da yukarıda ifade edilen usuli mekanizmalara tekabül eden belli hükümler bulunmaktadır. Anayasa'nın genel olarak mahkemeye başvuru hakkını düzenleyen 36. maddesi⁹¹, yine genel olarak bilgi edinme hakkını düzenleyen 74. maddesi⁹² bu açıdan göz önünde bulundurulabilir. Ancak bunlar çevre-özel düzenlemeler değildir. Diğer yandan anayasa seçme-seçilme hakları ile siyasi parti özgürlüklerine yer vermekle birlikte, özellikle "idari karar" süreçlerine katılıma dair bir düzenleme öngörmemektedir. Çevreye ilişkin kararlara katılım hakkı, 1982 Anayasası'nın çevre koruması alanında en zayıf yönüdür. Ancak sürdürülebilir kalkınma kavramının söylediği, kendisine uzanan yolun demokrasiden geçtiğidir.

Anayasa Mahkemesi, kıyılardaki yapılaşmanın hukuki denetimine ilişkin kararı vesilesiyle çevre hakkının usuli güvenceleri üzerine şunu söylemektedir:

"(...)çevrenin geliştirilmesi, çevre sağlığının korunması ve çevre kirlenmesinin önlenmesine yönelik tedbirleri almak devletin temel ödevlerindedir. Bu amaçla devlet, çevrenin korunmasını sağlamak için etkili bir hukuk düzeni oluşturmakla yükümlüdür.

Anayasa'nın 43. maddesi ile 56. maddesi arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Nitekim denizlerin devamı olan kıyıların, kıyıları tamamlayan sahil şeritlerinin, deniz, göl ve akarsularda ekolojik özellikler dikkate alınarak doldurma ve kurutma yoluyla elde edilen arazilerin dengeli bir çevre ile yakın ilişkisinin bulunduğu tartışmasızdır. Yine kamuya açık kıyıların ve denizlerin kirlenmesinde sahil şeridinin kullanılış biçimi en büyük etkidir. Sahil şeritleri, kıyılar, doldurma ve kurutma yoluyla elde edilen araziler kişilerin yararlanacağı doğal çevreyi oluşturur. Herkes, bu çevrede sağlıklı ve dengeli yaşama hakkına sahiptir. Kıyılar, sahil şeritleri ile doldurma ve kurutma yoluyla kazanılan araziler üzerindeki yapı ve yapılaşmalar yönünden herhangi bir kısıtlamanın olmadığı, bu alanlarda çevre koşullarına ve kamu yararı esasına göre belirlenmemiş uygulamalar kişileri bu anayasal haktan yoksun bırakacaktır".⁹³

Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi'ne göre etkili bir biçimde usuli güvenceleriyle yargısal olarak korumanın sağlanamadığı durumlarda, hakkın tanınmış olması pek bir anlam ifade etmeyecektir. Önceki bölümde sürdürülebilir kalkınmaya ilişkin belgelerin çoğunun soft law olarak düzenlendiği ifade edilmişti; ancak hatırlanacağı gibi çevre hakkına ilişkin usuli güvenceler, her ne kadar Türkiye taraf olmasa da Aarhus Sözleşmesi'nde (*hard law*) düzenlenmiştir ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Türkiye ile ilgili bazı kararlarında bu Sözleşme'ye referans yapmıştır.⁹⁴

⁹¹ "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. / Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz".

⁹² "(...) Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir. (...)"

⁹³ AYMK, E 2019/35, K 2019/53, 26 Haziran 2019, vurgular bize ait.

⁹⁴ AİHM, Taşkin et autres c Turquie, 46117/99, 10 novembre 2004, 99-100 ; Demir et Baykara c Turquie, 34503/97, 12 novembre 2008, 83.

Çevrenin etkili bir biçimde korunabilmesi için, insanda bu yönde bir kaygının ve bu kaygı doğrultusunda bir duyarlılığın oluşması gereklidir. Bu yönde bir kaygının oluşması için kişinin daha ilksel bir takım ihtiyaçlarının karşılanmış olması gerekmektedir. O nedenle çevrenin korunması ile sosyal ve ekonomik gelişmenin birlikte ele alınması gerekmektedir. Aslında sürdürülebilir kalkınmanın, kavramsal olarak kendisinden daha önce ortaya çıkan “çevre koruması” terminolojisinden farkı, kuşaklar arası adalet (çevre koruması) ve kuşak içi adalet (sosyal ve ekonomik gelişme/kalkınma) arasındaki “bütünleşme”yi ve bu anlamda “ilişki”yi hukukun merkezine koymasındır.

B. Kuşak İçi Adalet ve 1982 Anayasası

Sürdürülebilir kalkınma kavramı başta belirtildiği üzere gelişmiş ülkeler ve gelişmekte olan ülkeler (Kuzey/Güney) ikiliği üzerine inşa edilmiştir. Yine daha önce belirtildiği gibi, sürdürülebilir kalkınma belgelerinde nüfusunun çoğunluğunu yoksulların oluşturduğu devletler (siyasi terminolojide gelişmekte olan devletler) için iki yükümlülük öngörülmüştür: bunlardan ilki, yoksulların temel ihtiyaçlarının karşılanması ve onlara mevcut durumlarını iyileştirme imkanlarının tanınması yolundaki yükümlülüktü. İkinci olarak da, bu devletlerde yoksul çoğunluğun ülke kaynaklarından pay alması amaçlanıyordu. Bu şekilde tasarlanan “adil paylaşım”ın yolunun da demokrasiden geçtiği vurgulanıyordu. Sosyal gelişme ya da aslında ülke kaynaklarından “adil pay alma”ya işaret edildiği için “sosyal adalet”, sürdürülebilir kalkınmanın temel ayaklarından birisini oluşturmaktadır. Burada kastedilen sosyal adalet anlayışını İsviçre Anayasası’nın Başlangıç bölümü çok daha açık biçimde ifade etmektedir:

“İsviçre halkı ve kantonları, (...)

dayanışma ve dünyaya açıklık anlayışı içinde, özgürlük, demokrasi, bağımsızlık ve barışa olan bağlılıklarını teyid etme azminde olarak,

başkasına ve adalete saygı çerçevesinde farklılıklarını bir arada yaşama kararlılığında olarak,

ortak kazanımlarının ve gelecek kuşaklara karşı sorumluluklarını üstlenme ödevlerinin bilincinde olarak,

sadece özgürlüğünü kullanabilen kişinin özgür olduğunu ve toplumun gücünün üyelerinin en zayıfının refahıyla ölçüldüğünü bilerek,

bu Anayasa’yı kabul etmiştir.”⁹⁵

⁹⁵ <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19995395/index.html>> Erişim Tarihi 21 Haziran 2020. Vurgular bize ait.

Bu ifadeler sürdürülebilir kalkınmayı belki açıkça tanımlamamakta, ama sürdürülebilir kalkınmanın ya da onun sosyal adalet unsurunun niçin gerekli olduğunu açıklamaktadır. 1982 Anayasası da nitelik ve nicelik itibarıyla 1961 Anayasası kadar kapsamlı olmamakla birlikte, sosyal adalet kavramına yer vermektedir. Aslında biraz önce bahsettiğimiz Anayasa'nın 2. maddesi, “milli dayanışmayla” birlikte, “adalet anlayışı”ndan ve “toplumun huzuru”ndan da bahsetmektedir. Aslında bu maddede açıkça anılmamış olsa da “dayanışma” ve “huzur”un arasında yer alan adalet kavramına yakışan sıfat, “sosyal” sıfatıdır.

Her ne kadar Anayasa'nın Başlangıç bölümünde “*Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanması*” esasında “sosyal adalet” terim olarak yer alsada, Başlangıç'taki bu kullanım eşitlik ilkesinin gördüğü işlevi görür gibidir. Oysa sosyal adalet “eşitlik”ten farklı bir kavramdır ve “*herkese hakkı olanın verilmesiyle*” ilgilidir.⁹⁶ Ancak bu herkese hakkı olanın verilmesinin nasıl gerçekleşeceği ise temel siyasi tartışmayı oluşturmaktadır.⁹⁷

1982 Anayasası, sosyal adaletin sağlanması görevini “sosyal devlete” (Any md 2) vermiş görünmektedir. Anayasa'nın sosyal adaletin güvencelenmesi için öngördüğü yöntemler “planlama” ve “sosyal hakların” tanınmasıdır.

Anayasa'nın 5. maddesi, “Devletin temel amaç ve görevleri” kenar başlığını taşımaktadır: “*Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır*”.⁹⁸

Görüldüğü gibi 1982 Anayasası, Devlet'e bir yandan temel haklardan sosyal adalete uygun biçimde yararlanılmasını engelleyen siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırma yükümlülüğünü bir görev olarak yüklemiş, diğer yandan bu uğurda yapılacak çalışmayı onun için bir amaç olarak belirlemiştir. Başka bir deyişle, sosyal adaletin gerçekleştirilmesi Devlet için hem bir görev, hem de bir amaçtır.

Anayasa'ya göre bu amaca ulaşmak için Devlet, planlama faaliyetine girişecektir: siyasi sosyal ve ekonomik alanda cinsiyet eşitliğinin gerçekleşmesi için yapılacak

⁹⁶ Tertullianus'un “herkese hakkı olanı vermek” ifadesi, sosyal adaletin mottosu gibidir, bkz Marc Jacquemain, ‘La justice sociale’, < <https://orbi.uliege.be/bitstream/2268/90168/1/Justice%20sociale%20-%20mots%20du%20pouvoir.pdf> > Erişim Tarihi 7 Temmuz 2020.

⁹⁷ Bkz Norberto Bobbio, *Droite et gauche* (Le Seuil 1998); John Rawls, *A Theory of Justice* (rev edn, The Belknap Press of Harvard University Press 1999); Friedrich Von Hayek, *Droit législation et liberté - Vol. 2 Le mirage de la justice sociale* (Raoul Audouin tr, 2eme edn, PUF 1986); Véronique Munoz-Dardé, *La Justice sociale – le libéralisme égalitaire de John Rawls* (Armand Colin 2005).

⁹⁸ Vurgular bize ait.

planlama (Any md 10), aile planlaması (Any md 41), tarımsal planlama (Any md 45), özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirlerin planlanması (Any md 48), çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirlerin alınması için yapılacak planlama (Any md 49), çocuklar, kadınlar ve engellilerin çalışma şartları için yapılacak planlama (Any md 50), çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için yapılacak planlama (Any md 55), sağlık hizmetlerinin planlanması (Any md 56), şehir, çevre ve konut planlaması (Any md 57), gençlerin korunması için yapılacak planlama (Any md 58), sosyal güvenlik planlaması (Any md 60 ve 61), yükseköğretimin planlanması (Any md 131), tabii servet ve kaynakların aranması ve işletmesi için yapılacak planlama (Any md 168), kooperatifçiliğin planlanması (Any md 171), tüketicilerin korunmasının planlanması (Any md 171), esnaf ve sanatkarların korunmasının planlanması (Any md 172).

Tüm bu planlamalar açısından Anayasa genel bir hüküm de öngörmektedir :

“Ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, özellikle sanayiî ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızla gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirilmesini yaparak verimli şekilde kullanılmasını planlamak, bu amaçla gerekli teşkilatı kurmak Devletin görevidir.

Planda milli tasarrufu ve üretimi artırıcı, fiyatlarda istikrar ve dış ödemelerde dengeyi sağlayıcı, yatırım ve istihdamı geliştirici tedbirler öngörülür; yatırımlarda toplum yararları ve gerekleri gözetilir; kaynakların verimli şekilde kullanılması hedef alınır. Kalkınma girişimleri, bu plana göre gerçekleştirilir.

Kalkınma planlarının hazırlanmasına, Türkiye Büyük Millet Meclisince onaylanmasına, uygulanmasına, değiştirilmesine ve bütünlüğünü bozacak değişikliklerin önlenmesine ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.

Ekonomik ve sosyal politikaların oluşturulmasında Cumhurbaşkanına istişari nitelikte görüş bildirmek amacıyla Ekonomik ve Sosyal Konsey kurulur. Ekonomik ve Sosyal Konseyin kuruluş ve işleyişi kanunla düzenlenir”.

Kalkınma planları cumhurbaşkanlığınca hazırlanır, bu esnada Ekonomik ve Sosyal Konsey’den görüş alınır. Planlar yasama organı tarafından onaylanır.

1982 Anayasası’nda kalkınma planları, sürdürülebilir kalkınma kavramının üç ayağını birbirine bağlayan temel esas olarak ortaya çıkmaktadır. Anayasa ekonomik kalkınmayla sosyal adaleti birbirine bağlamak üzere planlama kavramını öne çıkarmıştır. Anayasa’nın planlamayı temel devlet faaliyetlerinden birisi olarak gördüğü anlaşılmaktadır. Türkiye’de sürdürülebilir kalkınmanın unsurlarının hayata

geçirilebilmesi büyük oranda bu amaçla yapılacak planlamaya ve planların etkili bir biçimde uygulanmasına bağlıdır. Sürdürülebilir kalkınma kavramı, ayrıca planlama faaliyetinin de katılımcı demokrasi temelinde gerçekleştirilmesi gerekliliğini hatırlatmaktadır.

Sonuç

Sürdürülebilir kalkınmaya ilişkin uluslararası hukuk ağırlıklı olarak 1970’li yıllardan itibaren şekillenmeye başlamış, 1990’lı yılların başında bu konudaki uluslararası tanıma gerçekleşmiştir. Kavramsal olarak sürdürülebilir tanımaya ilişkin ilkeler daha çok uluslararası hukukçuların *soft law* olarak değerlendirdiği hukukla (Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararları, beyannameler, eylem planları vb.) hukuk alanına adapte edilmiştir. Bununla birlikte, kavramın referans yaptığı çevresel koruma, sosyal gelişme ve ekonomik kalkınma gibi unsurlara ilişkin olarak yine uluslararası hukukçuların *hard law* olarak nitelendirdiği bağlayıcılığı tartışma konusu edilmeyen uluslararası andlaşmalar bulunmaktadır. Başka bir deyişle, sürdürülebilir kalkınma kavramsal olarak beyannamelerle tanımlanmışken, uygulanması işi konusu daha sınırlı ve daha somut olan uluslararası andlaşmalara bırakılmıştır.

Sürdürülebilir kalkınmanın, kavramsal olarak kendisinden daha önce ortaya çıkan “çevre koruması” terminolojisinden farkı, kuşaklar arası adalet (çevre koruması) ve kuşak içi adalet (sosyal ve ekonomik gelişme/kalkınma) arasındaki “bütünleşmeyi” ve bu anlamda “ilişkiyi” hukukun merkezine koymasındadır.

Bu çalışmada anayasanın sürdürülebilir kalkınma kavramı açısından yorumlanmasında “ilişkiler” temel alınmıştır.

İnsanın doğayla olan ilişkisi bir karşılıklı içerme ilişkisidir. Bu açıdan ne doğadan başlayarak, ne de insandan başlayarak hareket etmek uygun olur; anayasal çevre hakkının yorumlanması, Ost’un belirttiği gibi “insan-doğa ilişkisinden” yola çıkılarak gerçekleşebilir.

İnsanın Dünya üzerinde hayatta kalma çabası, anayasanın düzenlediği ilişki biçimlerini de çeşitlendirmiştir. Anayasacılığın temel meseleleri arasına, insanın Dünya’da hayatta kalma mücadelesi de girmiştir.

Anayasacılığın meselelerinin çeşitlenmesi, anayasanın muhataplarını da çeşitlendirmiştir. Artık sadece devlet değil, bireyler de muhatap olarak anayasada yerlerini almaktadırlar.

Anayasalar sürdürülebilir kalkınmaya ilişkin düzenleme içerebilirler ya da içermeyebilirler; ulusal politikaları bu açıdan belirleyici olabilir. Ancak özellikle

sürdürülebilir kalkınma hedefleriyle birlikte değerlendirildiğinde uluslararası sürdürülebilirlik, asgari olarak (özellikle Aarhus Sözleşmesinde ifade edilen) usuli güvencelerin tüm anayasal sistemlerde şu ya da bu şekilde bulunmasını gerektirmektedir.

1982 Anayasasında kalkınma planları, sürdürülebilir kalkınma kavramının üç ayağını birbirine bağlayan temel esas olarak ortaya çıkmaktadır. Anayasa ekonomik kalkınmayla sosyal adaleti birbirine bağlamak üzere planlama kavramını öne çıkarmıştır.

Son olarak, anayasal sürdürülebilir kalkınma ilişkisel bir değerle temellendirilebilir: “başkasının kazancını kendi kazancı gibi görmek”, “içinde bulunulan toplumun en zayıfı kadar güçlü olduğunu bilmek”, “çoğulculukla ve toleransla zenginleşerek ortak bir değer doğrultusunda ilerlemek” olarak tanımlanan dayanışma ilkesi üzerine. 1982 Anayasası’nın 2. maddesindeki milli dayanışma esasını bu şekilde anlıyoruz.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Agius E and Busuttil S, *Future Generations and International Law*, (Routledge 2009).
- Barral V, 'Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm' (2012) 23(2) *The European Journal of International Law* 377-400.
- Baxter RR, 'International Law in 'Her Infinite Variety'' (1980) 29(4) *The International and Comparative Law Quarterly* 549-566.
- Besson S, 'Theorizing the Sources of International Law' in Besson S and Tasioulas J (eds) *The Philosophy of International Law* (Oxford University Press 2010) 163-185.
- Birnie P, Boyle A and Redgwell C, *International Law & the Environment* (3rd edn, Oxford University Press 2009).
- Blank Y and Rosen-Zvi I, 'The Persistence of the Public/Private Divide in Environmental Regulation' (2014) 15(1) *Theoretical Inquiries in Law* 199-228.
- Bobbio N, 'Structure et fonction dans la théorie du droit de Kelsen', *Essais de théorie du droit* (Bruylant LGDJ 1998) 207-225.
- Bobbio N, *Droite et gauche* (Le Seuil 1998).
- Boyle A and Chinkin C, *The Making of International Law* (Foundations of Public International Law) (Oxford University Press 2007).
- Brown Weiss E, *In Fairness to Future Generations* (Transnational Publishers Inc., 1989).
- Brus M, 'Soft Law in Public International Law: A Pragmatic or a Principled Choice? Comparing the Sustainable Development Goals and the Paris Agreement' in Pauline Westerman et al. (eds) *Legal Validity and Soft Law* (Springer International Publishing AG 2018) 243-266.
- Caney S, 'Justice and Future Generations' (2018) 21 *Annual Review of Political Science* 475-493, < <https://www.annualreviews.org/journal/polisci> > Erişim Tarihi 12 Haziran 2020.
- Dobson A, *Citizenship and the Environment* (Oxford University Press 2004).
- Fitzmaurice M, *Contemporary Issues in International Environmental Law* (Edward Elgar Publishing 2009).
- Friedrich J, *International Environmental 'soft law'* (Springer 2013).
- Gaffiot F, *Dictionnaire Latin – Français – 'Gaffiot 2016' Version Komarov* (Ed Gérard Gréco 2016) <http://gerardgreco.free.fr/IMG/pdf/Gaffiot_2016_-_komarov.pdf > Erişim Tarihi 4 Mayıs 2020.
- Güneş A, 'Aarhus Sözleşmesi ve Çevresel Bilgiye Erişim Hakkı' (2012-2013) 17-18(26-27-28-29) *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25-40, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/214030>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2020.
- Halévi R, 'La déconstitution de l'Ancien Régime - Le pouvoir constituant comme acte révolutionnaire' (2009) 3 *Jus Politicum* < <http://juspoliticum.com/article/La-deconstitution-de-l-Ancien-Regime-Le-pouvoir-constituant-comme-acte-revolutionnaire-141.html> > Erişim Tarihi 10 Nisan 2020.
- Hayek F, *Droit législation et liberté - Vol. 2 Le mirage de la justice sociale* (Raoul Audouin tr, 2eme edn, PUF 1986).
- Hiskes R, *The Human Right to a Green Future – Environmental Rights and Intergenerational Justice* (Cambridge University Press 2009).
- Holder J and Lee M, *Environmental Protection - Law and Policy* (2nd edn, Cambridge University Press 2007).
- Jacquemain M, 'La justice sociale', <<https://orbi.uliege.be/bitstream/2268/90168/1/Justice%20sociale%20-%20mots%20du%20pouvoir.pdf> > Erişim Tarihi 7 Temmuz 2020.

- Jobart J-C, 'La notion de Constitution chez Aristote' (2006) 65 *Revue française de droit constitutionnel* 97-143.
- Kaboğlu İ, *Çevre Hakkı* (3. Bası, İmge 1996).
- Kammerhofer J, 'Sources in Legal-Positivist Theories: Pure Theory's Structural Analysis of the Law' in Besson S and d'Aspremont J (eds) *The Oxford Handbook of The Sources of International Law* (Oxford University Press 2017) 343-362.
- Kelsen H, *General Theory of Law and State* (Andres Wedberg tr, Harvard University Press 1949).
- Kelsen H, *General Theory of Norms* (Michael Hartney tr, Clarendon Press 1991).
- Kiss A, 'Les origines du droit à l'environnement : le droit international', (2003) (numéro special: La charte constitutionnelle en débat) *Revue juridique de l'environnement* 13-14.
- Konuk Sommer B, 'Türk Hukukunda Çevre Hakkının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması', (2019) 4(2) *YBHD* 169-188, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/774964> > Erişim Tarihi 8 Haziran 2020.
- Kotzé, LJ and Du Plessis A, 'Some Brief Observations on Fifteen Years of Environmental Rights Jurisprudence in South Africa' (2011) 3(1) *Journal of Court Innovation* 157-176.
- Neuray J-F and Pallemmaerts M, 'L'environnement et le développement durable dans la Constitution belge' (2008) (double numéro special: L'environnement, objet d'un droit fondamental) *Revue Aménagement-Environnement* 131-166.
- Niermeyer JF, *Mediae Latinitatis Lexicon Minus – Lexique Latin Médiéval – Français/Anglais* (E J Brill 1976).
- Ost F, 'Après nous le déluge ? Réflexions sur la responsabilité écologique à l'égard des générations futures' in Ackermans H (ed) *Variations sur l'éthique - Hommage à Jacques Dabin* (Presses de l'Université Saint-Louis 1994) 389-411 < <https://books.openedition.org/pusl/17811> > Erişim Tarihi 4 Haziran 2020.
- Ost F, 'Le juste milieu - Pour une approche dialectique du rapport homme-nature' in *Images et usages de la nature en droit*, Gérard P, Ost F and Kerchove MV (eds) (Presses de l'Université Saint-Louis 1993) 13-73, < <https://books.openedition.org/pusl/23445> > Erişim Tarihi 4 Temmuz 2020.
- Ost F, 'Le milieu, un objet hybride qui déjoue la distinction public-privé', < https://www.upicardie.fr/curapp-revues/root/36/francois_ost.pdf_4a082acb12c9b/francois_ost.pdf > Erişim Tarihi 5 Mayıs 2020.
- Özbudun E, *Türk Anayasa Hukuku* (17. Bası, Yetkin 2017).
- Pallemmaerts M, 'International Law and Sustainable Development: Any Progress in Johannesburg?', (2003) 12 *Review of European Community and International Environmental Law* 1-11.
- Pasquino P, 'Constitution et pouvoir constituant : le double corps du peuple' in Quiviger PY, Denis V and Salem J (eds) *Figures de Sieyès* (Edition de la Sorbonne 2008) 13-23, <<https://books.openedition.org/psorbonne/20025> > Erişim Tarihi 3 Nisan 2020.
- Peces-Barba Martinez G, *Théorie générale des droits fondamentaux*, (Ilié Antonio Pelé tr, LGDJ 2004).
- Pellet A, 'Les raisons du développement du *soft law* en droit international: choix ou nécessité?' in Deumier P and Sorel JM (eds) *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international* (LGDJ 2018) 172-192.
- Pimentel C-M, 'Du contrat social à la norme suprême : l'invention du pouvoir constituant' (2009) 3 *Jus Politicum* 1-17 < <http://juspoliticum.com/article/Du-contrat-social-a-la-norme-supreme-l-invention-du-pouvoir-constituant-145.html> > Erişim Tarihi 10 Nisan 2020).

- Prieur M, 'L'environnement' in Troper M and Chagnollaud D (eds) *Traité international du droit constitutionnel* (Tome 3, Dalloz 2012) 603-633.
- Rajamani L, 'From Stockholm to Johannesburg: The Anatomy of Dissonance in the International Environmental Dialogue', (2003) 12(1) *Review of European Community and International Environmental Law* 23-32.
- Rawls J, *A Theory of Justice* (rev edn, The Belknap Press of Harvard University Press 1999).
- Redgwell C, *Intergenerational Trusts and Environmental Protection* (Manchester University Press 1999).
- Sabsay DA, 'Constitution and Environment in Relation to Sustainable Development', (2004) 21(1) *Pace Environmental Law Journal* 155-177.
- Sachs W, 'Environment' in Sachs (ed) *The Development Dictionary a Guide to Knowledge as Power* (2nd edn, Zed Books 2010).
- Sands P, Peel J, Fabra A and MacKenzie R, *Principles of International Environmental Law* (3rd edn, Cambridge University Press 2012).
- Sarıbeyoğlu M, *Uluslararası Hukuk ve Sürdürülebilir Kalkınma* (Beta 2015).
- Schmitt C, *La notion de politique: théorie du partisan* (Marie-Louis Steinhauser tr, Flammarion 1992).
- Semiz Y, 'Anayasa Mahkemesi'nin Çevre Hakkı Perspektifi', (2014) 4(2) *Hacettepe HFD* 9-46, <<http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/dergi/C4S2makale1.pdf>> Erişim Tarihi 8 Haziran 2020.
- Şahin Ceylan Ş, 'Gelecek Nesillerin Haklarına Gewirth Formülü: Bireyden Topluma Doğru', (2014) 72(1) *İÜHF* 293-310, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97876>> Erişim Tarihi 5 Mayıs 2020.
- Şahin Ceylan Ş, 'Nesiller Arası Adalete Faydacı Yaklaşım', (2012) 61(2) *AÜHF* 749-771, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/624035>> Erişim Tarihi 5 Mayıs 2020.
- Tanör B, *İki Anayasa 1961-1982* (4. Bası, XII Levha 2012).
- Tanör B, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar* (May 1978).
- Thirlway H, *The Sources of International Law* (2nd edn, Oxford University Press 2019).
- Thornhill C, 'Contemporary constitutionalism and the dialectic of constituent power' (2012) 1(3) *Global Constitutionalism* 369-404.
- Tremmel JC (ed), *Handbook of Intergenerational Justice* (Edward Elgar Publishing 2006).
- Tunç H ve Göven Y 'Çevre Hakkı ve 1982 Anayasası', (1997) 1(1) *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 103-127.
- Vaughan L, 'Sustainable Development and Unsustainable Arguments' in Boyle A and Freestone D (eds) *International Law and Sustainable Development - Past Achievements and Future Challenges* (Oxford University Press 1999) 19-37.
- Munoz-Dardé V, *La Justice sociale – le libéralisme égalitaire de John Rawls* (Armand Colin 2005).
- Virally M, 'Le rôle des 'principes' dans le développement du droit international', *Le Droit international en devenir* (Graduate Institute Publications 1990) 195-212, <<https://books.openedition.org/iheid/4393>> Erişim Tarihi 4 Haziran 2020.
- Weil P, 'Vers une normativité relative en droit international', (1982) 86 *Revue générale de droit international public* 5-47.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 02.03.2020
Revizyon Talebi: 19.07.2020
Son Revizyon: 30.12.2020
Kabul: 30.12.2020

Avrupa Birliği'nde Dijital Hizmet Vergisi ve Türkiye Uygulaması

Muhammet Durdu^{*}

Öz

Bilgi ve iletişim teknolojilerinin gelişmesi, ekonomiyi ciddi bir dönüşüm içerisine sokmuştur. 21'inci yüzyıl ile hızlanan bu değişimden evvel ekonomi, tuğla ve harç ticaretine dayanmakta iken günümüzde giderek yoğunlaşan bir şekilde bit ve byte teknolojisine dayanmaya başlamıştır. Bu durum vergi sisteminin gereği gibi çalışmamasına sebep olmaktadır. Zira vergi sistemi, sanal işlere göre değil somut ve fiziki işlere göre tesis edilmiştir. Devletlerin bu sorunlara tek taraflı önlem alması vergi savaşları doğurabileceği için OECD, IMF, AB gibi uluslararası kuruluşlar ortak hareket etme yönünde çalışmalar yapmaktadır. Fakat çok farklı çıkarları bulunan ülkeleri ortak bir çözümde uzlaştırmak zor olmaktadır. Bu çalışmada AB'nin, AB ülkeleri arasında geçici bir çözüm olarak birlikte uygulanması için teklif ettiği Dijital Hizmet Vergisi (DHSV) incelenmiş ve bunun Türkiye'ye yansımaları tahlil edilmiştir. Tek taraflı konan vergiler henüz başlangıç aşamasında olmasına rağmen uluslararası vergi savaşlarını başlatmıştır. Devletlerin çoğunluğu temelden ve uzun vadeli bir çözümün gerekliliğini kabul etmekle birlikte vergilendirme haklarını koruyabilmek için yeni tür vergiler veya vergilendirme yöntemleri ortaya çıkarmaktadır. Dijital Hizmet Vergisi de bunlardan biridir. Türkiye açısından, kısa vadeli uygulamalar yerine, vergi sisteminin dijital teknolojilere uygun hale getirilmesi yönünde çalışmalar yapması tavsiye edilmektedir. Dijital Hizmet Vergisi'nin kanunlaştırma sürecinin hızlı olması ve müstakil bir kanuna sahip olmaması eleştiri konusu yapılmıştır. Vergi oranının AB örneklerinden çok yüksek olduğu belirtilmiştir. Vergiye uyumun nasıl sağlanacağı önemli bir sorun olarak ortaya konmuştur. Vergiye uyum sağlamayan dijital hizmet sağlayıcılarına idare kararıyla internet erişimi engeli konması, ileri bir hukuki çalışma konusu olarak tespit edilmiştir. Netice itibarıyla, Türkiye'de Dijital Hizmet Vergisi Kanunu'nun düzenleyici etki analizinin yetersiz olduğu sonucuna varılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Dijital hizmet vergisi, Dijital reklam vergisi, Stopaj, BEPS, Erişimin engellenmesi

Digital Service Tax in the European Union and Turkey Practice

Abstract

The development of information and communication technologies has led to a serious transformation in the economy. Before this change, which accelerated with the 21st century, the economy was based on brick and mortar trade, while today it is increasingly based on bit and byte technology. This situation has caused the system to not work properly as the tax system is based on concrete and physical jobs. International organizations such as the OECD, IMF and EU are working towards joint action since unilateral measures taken by states may cause tax wars. However, it is difficult to reconcile countries with very different interests in a common solution. In this study, the Digital Services Tax (DST) proposed by the EU to implement interoperability between EU countries as a temporary solution, was examined and the Digital Services Tax reflections in Turkey was interpreted. Unilateral taxes have begun international tax wars, even though they are still in their infancy. While the majority of states recognize the necessity of a fundamental and long-term solution, they are introducing new types of taxes or taxation methods to protect their taxation rights. The Digital Service Tax is one of them.

* **Sorumlu Yazar:** Muhammet Durdu (Araş. Gör.), Necmettin Erbakan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı, Konya, Türkiye. E-posta: mdurdu@erbakan.edu.tr ORCID: 0000-0003-4912-4410

Atrf: Durdu M, "Avrupa Birliği'nde Dijital Hizmet Vergisi ve Türkiye Uygulaması" (2020) 78(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1959. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.4.0008>



For Turkey, rather than short-term applications, it is recommended that the tax system be made compatible with digital technologies. The process of enacting Digital Service Tax has been criticized as being too fast and The Digital Services Tax does not have an independent code. It is stated in the doctrine, as cited in this study, that the tax rate is much higher than the EU examples. How to ensure compliance with taxation has been put forward as an important problem. The imposition of internet access restrictions on digital service providers that do not comply with taxation by executive decision has been identified as an advanced legal study. As a result, it is concluded that regulatory impact analysis of the Digital Services Tax Code is unsatisfactory in Turkey.

Keywords

Digital service tax, Digital advertising tax, Withholding, BEPS, Access blocking

Extended Summary

International tax treaties are created according to the classical economy which requires a physical and stable workplace for an enterprise to be taxed in a country where it operates. The reasons for this imperative are: slow communication, exchange and customs rules, and high transportation costs. With the development of information and communication technologies (especially internet technology), international companies have had the opportunity to operate in most countries without creating a physical or stable workplace. This situation results in the state's inability to tax the internet mediation company if a tradesman in his country sells his product to a person in his country via the internet mediation company. The same conclusion can be reached for social media companies and other digital companies. Regarding the situation in terms of indirect taxes, it is difficult for the government to receive VAT from a company that sends a product from abroad to its citizens in its own country. Although making the consumer responsible in this regard stands out as a solution, implementation problems may arise. These situations lead to the inability of states to exercise their taxation authority, which is one of the most important sovereign rights, which is unacceptable for many states in terms of economic conditions. For this reason, it is seen that many states are trying to tax such incomes unilaterally. On the other hand, states hosting digital companies such as the USA, threaten to retaliate against these taxes. As a result, it is stated in the doctrine, as cited in this study that there is a kind of tax war between the countries.

It is clear that such tax wars will ultimately cause an economic damage to all states. For this reason, international organizations are working to prevent unilateral taxation. In this context, BEPS plans carried out by the OECD aim to find a fundamental solution to this problem. However, no update has been made to the OECD Model Tax Agreement, which is based on countries making international tax treaties. This Model Agreement still requires the existence of a physical workplace for taxation. Also, works have been started to find a solution to tax losses caused by the digital economy within the European Union. In this context, the EU wants to end the tax losses of the member states as soon as possible and is seeking a deep-rooted solution. The Digital Service Tax (DST) is the EU proposal to prevent short-term tax losses. In the proposal, it is stated that this tax is a temporary measure and will be abolished when the international solution for the taxation of the digital economy is reached. The tax foresees a 3% ratio on gross income and targets only certain sectors. However, since no compromise has been reached within the EU, some EU states, especially France, have implemented a similar tax unilaterally. The United States, being against such unilateral practices, has declared that it will retaliate.

While the debate about the Digital Services Tax is continuing in the EU, Turkey quickly legislated Digital Services Tax in last quarter of 2019. In Turkey, the tax rate

adjusted at 7.5% of gross revenues and the application area of the Digital Services Tax is wider than the EU proposal. In this respect, the tax burden on enterprises which are subject to the Digital Services Tax, has become more severe in Turkey. In addition, in order to ensure tax compliance, the executive body has been given the authority to decide on blocking internet access to companies that do not fulfill their tax obligations. For these reasons, a different and controversial Digital Service Tax has emerged in Turkey. Considering the 15% withholding application implemented on digital advertising services at the beginning of 2019 in Turkey, it is likely that a serious problem of system complexity and double taxation will occur. In this study, it is stated that the withholding tax application put into digital advertising services should be abolished in the short term, and making the tax system compatible with the digital age in the long term.

Avrupa Birliği'nde Dijital Hizmet Vergisi ve Türkiye Uygulaması

Giriş

Klasik ekonomiye göre oluşturulan uluslararası vergi anlaşmaları, bir şirketin faaliyette bulunduğu bir ülkede vergilendirilebilmesi için o ülkede fiziki ve sabit bir işyerinin varlığını şart koşmaktadır. Ayrıca bir şirketin faaliyetlerinin tamamlayıcı veya yardımcı unsurlarını oluşturan yerler sabit işyeri kapsamına alınmamaktadır. Zira klasik ekonomi unsurlarının bir başka ülkede faaliyette bulunması için o ülkede sabit ve daimî bir işyeri açması gerekmektedir. Bu zorunluluğun sebepleri; yavaş iletişim, döviz ve gümrük kuralları ve yüksek taşıma maliyetleriydi¹. Bilgi ve iletişim teknolojilerinin (özellikle internet teknolojisinin) gelişmesiyle beraber uluslararası şirketler, çoğu ülkede fiziki veya sabit bir işyeri oluşturmaksızın faaliyette bulunma imkânı elde etmiştir. Zira teknolojinin gelişmesiyle ulaşım ve iletişim kolaylaşmış, küreselleşmenin etkisiyle de gümrük ve döviz kuralları standartlaşmıştır. Bu durum ülkesindeki bir esnafın ürününü internet aracılığıyla yine kendi ülkesindeki bir kişiye satması durumunda devletin, internet aracılık hizmeti sağlayan şirketi vergileyememesi sonucunu doğurmaktadır. Çünkü aracılık hizmeti sağlayan şirketin o ülkede fiziki bir varlığı bulunmamaktadır. Benzer şekilde bir devletin, kendi ülkesinde milyonlarca kullanıcısı olan bir sosyal medya işletmesini, kendi ülkesindeki işletmelerden aldığı reklamların ücretinden elde edilen gelir sebebiyle vergileyememesine sebep olmaktadır. Dolaylı vergiler açısından duruma bakıldığında, ülke dışından bir ürünü kendi ülkesindeki vatandaşına gönderen bir şirketten devletin KDV alması zor olmaktadır. Bu hususta tüketiciyi sorumlu tutmak bir çözüm olarak öne çıksa da uygulama problemleri baş gösterebilmektedir. Bu durum devletlerin en önemli egemenlik haklarından biri olan vergilendirme yetkisini kullanamamasını doğurmaktadır ki, birçok devlet için bu sonuç, ekonomik şartlar açısından kabul edilemez bir durumdur. Devletlerin gelir kaybı boyutu göz ardı edilemez boyutlara ulaşmıştır. Ülkeler arası farklılık göstermekle birlikte GSYH'nin %1 ile %1,4 arasında bir gelir kaybı söz konusudur. Bu durum tüm ülkelerin toplamda 2016 verilerine göre yaklaşık 650 Milyar ABD doları gelir kaybına uğramasına sebep olmaktadır. Birçok devletin tek taraflı da olsa bu tür gelirleri vergilendirme çabası içerisinde olduğu görülmektedir. Bunun neticesinde ülkeler arasında bir nevi *vergi savaşı* olduğu belirtilmektedir. Bu savaş ekonomi üzerinde ciddi olumsuz etkiler doğurabilecektir².

Bu çalışmada AB'nin dijital teknolojiyi yoğunlukla kullanan şirketleri vergilendirmek için kısa vadede uygulamayı düşündüğü Dijital Hizmet Vergisi (DHV) ve bunun Türkiye'deki uygulaması araştırılacaktır. Öncelikle bu konudaki AB teklifi

¹ OECD, *Addressing The Tax Challenges of The Digital Economy* (OECD Publishing 2014) 13.

² Artur Cockfield, "A digital-tax war is coming to a galaxy not so far, far away." (*The Globe and Mail*, 11.03.2019) <<https://www.theglobeandmail.com/opinion/article-a-digital-tax-war-is-coming-to-a-galaxy-not-so-far-far-away/>> Erişim Tarihi 16.12.2019.

ortaya konacak sonra Türkiye’deki durum tespit edilecektir. Sonuç bölümünde Türkiye için tavsiyeler gündeme getirilecektir. Çalışmada AB kurumlarının raporlarından ve Türkiye’de konu ile ilgili yapılan akademik yayınlardan faydalanılacaktır.

I. Ekonominin Dijitalleşmesinin Vergilendirmeye Etkisi

Bilgi ve iletişim teknolojilerinin gelişmesi, ekonomiyi ciddi bir dönüşüm içerisine sokmuştur. 21’inci yüzyıl ile hızlanan bu değişimden evvel ekonomi, *tuğla ve harç* ticaretine dayanmakta iken günümüzde giderek yoğunlaşan bir şekilde *bit ve byte* teknolojisine dayanmaktadır. Bu durum vergi sisteminin gereği gibi çalışmamasına sebep olmaktadır³. Dijital ekonomi, bazı sektörlerde vergilendirme yetkisinin hangi devlete ait olduğu hususunda önemli tartışmalar doğurmaktadır. Ekonomik değer nerede oluşuyorsa, o devletin vergilendirme yetkisini haiz olacağı kuralı, dijital ekonominin getirdiği özellikler ile çok farklı şekilde yorumlanabilmekte ve vergilendirme yetkisi konusunda terslikler oluşabilmektedir. Dijital dünyada ekonomik değer ne olduğu, nasıl ölçüleceği ve nerede ortaya çıktığı belirsizdir⁴. Ekonomik bir faaliyet, kimi durumlarda ne ekonomik değer ortaya çıkarıldığı yerde ne de tüketimin yapıldığı yerde vergilendirilmekte, bunlarla hiçbir alakası olmayan *avantajlı vergi rejimine sahip* üçüncü bir ülkede vergilendirilmektedir. Bu durum, uluslararası şirketlerin, ekonominin dijitalleşmesini araç olarak kullanarak agresif vergi planlaması yapması sebebiyle olmaktadır. Dijital ekonominin getirdiği özelliklerden evvel de bu tür şirketler, vergi planlaması yoluyla vergi giderlerini azaltabilme hüneri gösterebilmekteydi. Fakat dijital ekonominin gelişimiyle birlikte bunun derecesi çok üst seviyelere çıkmış ve dijital ekonomiyi yoğunlukla kullanan şirketlerin, klasik şirketlere göre %50 daha az vergi ödediği belirtilmiştir⁵. Bu sonuçtan dijital ekonomiyi kullanan firmaların sorumlu olduğu söylenebilir. Agresif vergi planlaması yaparak devletlerin vergi tabanlarını eritebilmektedirler. Bununla birlikte bu tür şirketlerin dijital ekonomiye yönelik vergi teşviklerinden yararlanmaları sebebiyle az vergi ödeyebildikleri de göz önüne alınmalıdır⁶. Üstelik bu tür teşviklerden ve ARGE yatırımları sebebiyle vergi avantajlarından yararlanan sadece dijital firmalar değildir. İlaç firmaları da benzer durumda olmasına rağmen vergi konusunda yeterince dikkat çekmemektedir. Ayrıca dijital şirketlerin, klasik şirketlerden daha fazla vergi ödediği yönünde bulgular da mevcuttur⁷.

³ Johannes Becker ve Joachim Englisch, “EU Digital Services Tax: A Populist and Flawed Proposal” (*Kluwer Tax Blog* 16.03.2018) <<http://kluwertaxblog.com/2018/03/16/eu-digital-services-tax-populist-flawed-proposal/>> Erişim Tarihi 19.12.2019.

⁴ European Commission, *A Fair and Efficient Tax System in the European Union for the Digital Single Market*, (European Commission 2017) 7.

⁵ Ibid, 6.

⁶ Marcel Olbert ve Christoph Spengel, *Taxation in The Digital Economy: Recent Policy Developments and The Question of Value Creation*, (ZEW Discussion Papers 2019) 5, 12.

⁷ Helge Sigurd Naess Schmidt et al, *The Proposed EU Digital Services Tax: Effects on Welfare, Growth and, Revenues* (Copenhagen Economics 2018) 1, 6.

Dijital ekonominin vergi sistemini zorlayan özelliklerini OECD Şu Şekilde sıralamıŐtır⁸:

- Hareketlilik: Hareketlilik unsurunu üç sebep desteklemektedir. Bunlar: dijital ekonomiyle birlikte önem kazanan soyut ekonomik değerlerin kolayca aktarılması, kullanıcıların hareketliliği ve hizmetlerin hareketliliği.
- Bilgiye bağlılık: Dijital ekonominin birçok sektöru çeşitli bilgileri kullanarak çalışmaktadır. Hatta bazı Şirketler doğrudan veri konusunda çalışmaktadır. Bilgisayar teknolojilerinin gelişmesi bu süreci hızlandırmıŐtır.
- Ağ etkisi: İnsanların dijital araçlarla birbirleriyle etkileŐmesi, dijital hizmetleri doğrudan etkilemektedir.
- Çok taraflı iş modellerinin yaygınlaşması: Bilgi iletişim teknolojilerinin gelişmesiyle dünyanın farklı yerlerinden birçok kişi belli bir iş için bir araya gelebilmekte ve birbirlerini etkileyebilmektedirler.
- Monopol veya oligopol piyasalara meyil: Ağ etkisine bağlı olarak çoğu kişinin tek veya birkaç dijital hizmette buluŐmasını ifade etmektedir.
- Değişkenlik: Dijital piyasalara giriş ve çıŐıŐların kolay olması ve ölkeler arasındaki sınırların dijital ekonomi için çoğunlukla geçerli olmaması, yeni Şirketlerin ortaya çıŐıŐını kolaylaŐtırabilmektedir.

Bu özellikleri sebebiyle dijital ekonomi, devletlerin vergi gelirlerini önemli Şekilde azaltmaya başlamıştır. Bu nedenle her ölkenin dijital ekonominin özelliklerine karşı tek taraflı önlemlerle mücadele etme ihtimali ortaya çıkmıştır. Böyle bir mücadele yöntemi, hem uluslararası çifte vergilendirme problemini önemli bir biçimde artıracak hem de bir nevi gümrük duvarı örecektir. Dijital ekonominin vergilendirilmesine yönelik tek taraflı önlemler sebebiyle uluslararası ekonominin gelişimi engellenebilecektir. Netice itibariyle refah azalacak ve dijitalleŐmenin getireceği faydalar engellenecektir.

Bu problemleri engellemek amacıyla OECD (Organisation of Economic Development and Cooperation) bünyesinde birçok ölkenin katılımı ile ortak bir çalışma başlatılmıştır. BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) Eylem Planları olarak adlandırılan bu girişim, G20 ortaklığıyla 2013 yılında başlatılmıştır. Eylem Planları'nın temel gayesi ekonominin dijitalleşmesi sebebiyle ortaya çıkan uluslararası vergilendirme problemlerine ortak çözümler olarak ölkelerin tek başına önlem almasını engellemektir. Ayrıca ekonomide dijitalleŐmenin, dijital ekonomi olarak yeni bir ekonomi türü olarak görölmemesi gerektiği, bunun yerine probleme,

⁸ OECD, *Addressing The Tax Challenge* (n 1) 84.

tüm ekonominin dijitalleşmesi açısından bakılması gerektiği vurgulanmaktadır. Zira belirli sektörleri dijital ekonomi adıyla ayırmak, dijital ekonominin sınırlarını belirleme konusunda keyfi sonuçlar doğuracaktır⁹. BEPS Eylem Planları çerçevesinde çeşitli raporlar hazırlanmış olup nihai sonuca 2020 yılında varılması hedeflenmektedir. Ayrıca OECD, ortak bir sonuca varılmazsa, her devletin tek taraflı çözüm üzerine yoğunlaşacağını, bu durumun ise bütün dünya ülkelerini makroekonomik anlamda kötü etkileyeceğini belirtmektedir¹⁰. Bu yolla OECD, ülkeleri ortak bir çözüme ulaşma konusunda teşvik etmektedir.

Dijital ekonomi ile ilgili vergilendirme problemlerini geliştirmekte olan ülkeler uzun zamandır dile getirmesine rağmen uluslararası alanda yeterli dikkat çekememiştir. Fakat özellikle AB ülkelerinin de bu durumdan zarar görmesiyle ve uluslararası vergi sistemine yönelik reform talebinde bulunmaya başlamasıyla, sorunlar daha çok dikkat çekmeye başlamıştır¹¹.

II. Avrupa Birliği'nin Ara Çözüm Önerisi: Dijital Hizmet Vergisi

Avrupa Komisyonu'na göre, dijital ekonomi Avrupa için birçok fırsatlar barındırmaktadır. Avrupa Birliği'nin temel stratejisi olan tek pazar anlayışının dijital ekonomiye de uygulanmasıyla Avrupa ekonomisine 415 Milyar Euro'luk katkı yapacağı tahmin edilmekle birlikte, soyut değerlere bağlılık sebebiyle dijital ekonomi, Avrupa'nın vergi sistemini zorlamaktadır¹². Avrupa Komisyonu, dijital ekonominin ortaya çıkardığı vergisel zorlukların uluslararası bir koordinasyon ile çözülmesi gerektiğini kabul etmekle birlikte, bu hususta uluslararası ilerlemenin yetersiz olduğunu, bu sebeple en azından Avrupa Birliği düzeyinde ortak hareket etme gereğini ileri sürmektedir¹³. Bu konuda AB'nin temel ilkesi, AB içerisinde elde edilen bir kazancın, kazanıldığı ülkede vergiye tabi tutulmasıdır¹⁴.

Avrupa'nın klasik ekonomi içerisinde önemli şirketleri olsa da, dijital ekonomi içerisinde ABD karşısında zayıf kalmıştır. Dünyanın önde gelen dijital şirketleri; Facebook, Aphabet, Apple gibi şirketler ABD menşelidir. Bu şirketlerin dijital ekonominin özellikleri sebebiyle Avrupa Birliği devletlerinde gösterdikleri faaliyetler sebebiyle önemli vergi yükümlülüklerinden kurtulabildikleri görülmektedir. Tam bir konsensüs içerisinde olmasa bile AB ülkelerinin bu duruma karşı çıktığı görülmektedir¹⁵. Zira dijital ekonominin gereğince vergilendirilememesi devletlerin

⁹ Ibid, 3, 4, 12.

¹⁰ OECD, *Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy* (OECD Publishing 2019) 6, 7.

¹¹ Ruth Mason, "The Digital-Tax Proxy War" (Medium 03.12.2018) <<https://medium.com/@ProfRuthMason/the-digital-tax-proxy-war-1f618a0f8d43>> Erişim Tarihi 25.12.2019.

¹² European Commission, *A Fair and Efficient* (n 4) 2.

¹³ Ibid, 7.

¹⁴ European Union, *Talinn Digital Summit Conclusion of the Prime Minister of Estonia Juri Ratas* (Talinn 2017) 3.

¹⁵ European Commission, *Comission Staff Working Document Executive Summary of the Impact Assesment* (European Commission 2018).

bütçelerini olumsuz etkilemekte ve kamu harcamalarının finansmanını zorlaştırarak insan hayatının yaşam kalitesini azaltabilmektedir¹⁶. OECD bünyesinde yapılan küresel çözüm arayışını desteklemekle beraber, çalışmanın gelişimini yavaş bulan AB, 2018 yılının mart ayında AB ülkelerinde uygulanmak üzere iki öneri ortaya koymuştur. İlk öneri uzun vadeli olup, işyerinin oluşumunu fiziki ve sabit varlığa bağlayan klasik vergi anlayışını değiştirerek dijital varlığı da işyeri oluşumu içerisine dâhil etmektedir. Bu öneri bu çalışmanın konusunun dışındadır. İkinci öneri, OECD bünyesinde yapılan çalışmanın veya ilk önerinin uygulanması, uluslararası mutabakatı gerektirdiği için, bunlardan biri hayata geçirilene kadar, geçici bir önlem olarak Dijital Hizmet Vergisi'nin (*Digital Services Tax*) uygulanmasını öngörmektedir.

Dijital teknolojileri kullanan şirketlerin yeterince vergilenemediği yönünde önemli bir intiba bulunmaktadır. Uluslararası mutabakata varılana kadar geçici önlem alınması zorunlu görülebilir. Fakat konulan geçici vergiler genellikle kalıcı olmaya meyillidir. Ayrıca geçici vergilerin uygulama basitliği amaç edinilerek vergi sisteminin bazı kurallarına uymadığı görülmektedir. Bu sebeple uygulanmadan önce dikkatle düşünülmelidir. Mükelleflerin hakları ön planda tutulmalıdır. Yabancı mükelleflere herhangi bir ayrıcalık içermemelidir ve mevcut çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarının kapsamı dışında kalmamalıdır¹⁷.

A. Avrupa Konseyi'nin Önerdiği Dijital Hizmet Vergisi

Dijital ekonominin gelişmesiyle beraber yeni sektörler ortaya çıkmıştır. Bir kısım dijital sektörlerde, kullanıcılar da oluşturulan ekonomik değerde ciddi pay sahibi olmaktadır. Mesela bir sosyal medya, kullanıcıların sayısı ve kullanılma süresi ile değer kazanmaktadır. Yeni kullanıcılar sosyal medyanın isminden ziyade kullanıcı portföyü sebebiyle o sosyal medyayı tercih etmektedir. Aynı şekilde online satış işlemlerinde bir alıcı bir siteyi tercih ederken, o sitenin kullanılma sayısına, kullanıcılar tarafından yapılan yorumlara ve verilen puanlara dikkat etmektedir. Bu sebeple bu tür dijital sektörlerde, kullanıcıların kendisi de oluşturulan ekonomik değere katkı sağlamaktadır. Buna *ağ etkisi* denmektedir. Avrupa Konseyi DHV önerisinde, bu duruma vurgu yaparak, kullanıcıların değer oluşturmada önemli katkısı olan sektörlerin bu vergi kapsamına alındığını belirtmiştir¹⁸.

Vergilendirme, Gümrük Vergileri ve Ekonomik ve Mali Sorunlar AB Komisyonu üyesi Pierre Moscovici dijital ekonomiyi ve Avrupa için doğurduğu vergisel sorunları şu şekilde ifade etmiştir¹⁹;

¹⁶ European Council, *Leaders Agenda* (European Council 2018).

¹⁷ CFE Tax Advisers Europe, *Opinion Statement FC 1/2018 on the European Commission proposal of 21 March 2018 for a Council Directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services* (Opinion Statement 2018) 2.

¹⁸ European Commission, *Proposal for a council directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services* (European Commission 2018) 15, 16.

¹⁹ European Commission, *Digital Taxation: Commission proposes new measures to ensure that all companies pay fair tax in the EU* (European Commission 2018).

“Dijital ekonomi Avrupa için büyük bir şans ve Avrupa dijital firmalar için büyük bir kazanç kaynağı. Bu kazan-kazan ilişkisi bazı hukuki ve mali sorunlar doğurmaktadır. Dijital firmaların fiziksel bir varlığı olmadığı için internet öncesi kurallar, bu firmaları Avrupa’da vergilendirmeye izin vermemekte. Bu durum üye devletler açısından vergi tabanını erittiği için büyük bir kara deliğe dönüşmüş durumda. İşte bu sebeple biz genel vergilendirme kurallarını güncellemeye ve geçici bir önlem almaya çalışıyoruz”.

AB tarafından üye devletlerin bazılarının, uluslararası bir mutabakata varılana kadar, dijital ekonominin vergilendirilmesi hususunda tek taraflı önlem alma niyetinde olduğu, bu sebeple Birlik seviyesinde bir önlemin ortaklaşa alınmasının dijital tek pazar uygulamasının korunması açısından gerekli olduğu düşünülmektedir. Uluslararası bir çözüm için ulusal vergi sistemlerinin yanında uygulamada olan tüm çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarının güncellenmesi gerektiği için, bu anlaşmalarının kapsamında olmayan bir vergi oluşturulmak istenmiştir. Nitekim teklife göre DHV çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarının kapsamına girmemektedir²⁰. Fakat bu durum mükellefler açısından ayrımcılığa ve adaletsizliğe sebep olabilecek, çifte vergilendirme sorunları doğurabilecektir²¹. Ayrıca yapılan çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarının genelde OECD Model Vergi Anlaşması’na göre yapıldığı düşünüldüğünde, bu anlaşmanın ikinci maddesi, böyle bir verginin anlaşma kapsamı dışında kalmasına izin verip vermediği şüphelidir. Söz konusu maddeye göre sözleşme, taraf devletlerce sonradan konulacak aynı veya benzer vergileri de kapsamaktadır. Buna göre DHV, gelir üzerinden alınan bir vergi ise anlaşmaların kapsamı içerisine girecektir. Aksi durumda girmeyecektir. Bir görüşe göre DHV daha çok KDV benzeri bir vergidir²². DHV’nin gayrisafi usulle vergilendirilmesi, bu hususta tartışmalar oluşturacağına benzemektedir²³.

Avrupa Komisyonu tarafından DHV’nin amaçları şunlardır²⁴:

- Tek pazarın bütünlüğünü korunması ve doğru çalışmasını temin edilmesi,
- Vergi tabanında erimenin önlenmesi ve kamu mali sağlığının korunması,
- Sosyal adaletin sağlanması ve bütün girişimciler için eşit bir ortam sağlanması,
- Agresif vergi planlaması ile vergi yükümlüğünden kurtulmanın önlenmesi.

²⁰ Council of the European Union, *Proposal for a Council Directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services* (ECOFIN 2018) 3.

²¹ CFE Tax Advisers Europe, (n 17) 2.

²² Bersu Kılıç, ‘Dijital Hizmet Vergisi: Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme’ (2020) Temmuz (467) Vergi Dünyası Dergisi 137, 140.

²³ Ruth Mason, *The Digital-Tax*; Laura Simmonds ve D. Weber, *The European Commission’s Digital Services Tax Proposal: a policy and legal evaluation* (Universiteit Van Amsterdam 2018) 37.

²⁴ European Commission, *Proposal for a Council* (n 18) 3, 4.

Vergilendirme yetkisi açısından, kullanıcıların bulunduğu yer ülkesi vergilendirme yetkisine sahip kabul edilmektedir. Teklifin 5'inci maddesine göre kullanıcıların bulunduğu yer, IP adreslerine veya coğrafik belirleme yapan diğer yöntemlere göre belirlenecektir. Bu şekilde kişilerin özel bilgilerinin toplanması söz konusu olacaktır. Bu hususta kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuata uygun davranılacağı vurgulanmıştır. Ödemenin yapıldığı yer veya sözleşmenin ifa edildiği yerin vergilendirme açısından herhangi bir yetkisi yoktur²⁵.

Mükelleflerin vergiyi öderken tek bir AB ülkesine kayıt yaptırmasının yeterli olacağı öngörülmüştür. Tahsilatı yapan ülke, kendi vergisini aldıktan sonra ortak bir sistem içerisinde diğer ülkelerin vergisini aktaracaktır. Bu sayede vergide basitlik ilkesine uyum sağlanarak mükelleflerin uyum masraflarının azaltılması amaçlanmıştır. Bununla beraber bütün mükellefler kendileri açısından en kolay vergi ödeyecekleri ülkeyi seçebilecekleri için o ülke açısından iş yükünün ciddi oranda artması söz konusu olabilir²⁶. Bunun yanında devletlere vergiye uyum sağlanması konusunda gerekli tedbirleri alma yetkisi verilmektedir.

DHV, Mart 2018'de ilk kez tavsiye edildikten sonra AB ülkeleri tarafından ciddi şekilde tartışılmıştır ve uzlaşma sağlama adına iki kez köklü şekilde değişmiştir. Son değişiklik olan Mart 2019'da verginin adı da değişmiş, Dijital Reklam Vergisi olmuştur. Buna rağmen henüz tam olarak bir uzlaşmaya varılamamıştır²⁷.

AB bünyesinde ortak çözüm arayışları uzadıkça, ülkeler kendi tek taraflı önlemlerini almaya başlamıştır. Birçoğu Konsey tarafından önerilen metne benzer uygulamalara başlasa da farklı yönde ilerlemeler olması durumunda çifte vergilendirme problemi oluşması muhtemeldir. Mesela İngiltere Nisan 2020'de yürürlüğe girmek üzere %2'lik bir DHV uygulamaya koymuştur. Mükellefiyet sınırı ise farklı belirlenmiştir. Yapılan düzenlemeye göre dünya üzerindeki gelirleri 500 Milyon Sterlin'i İngiltere içindeki gelirleri ise 25 Milyon Sterlin'i geçen şirketler bu vergiye tabi olacaktır. Verginin konusu da Konsey önerisinden bazı farklılıklar içermektedir. İtalya ise 2020 yılının başında yürürlüğe girmek üzere %3 oranında bir DHV uygulamaya koymuştur. İtalyan uygulamasındaki farklılık ise, ödenen verginin kurumlar vergisi matrahından indirilememesidir. Fransa, 2019 yılının başından itibaren uygulanmak üzere DHV'yi geriye yürür bir şekilde uygulamaya koymuştur²⁸. Fransa'nın bu adımında en çok etkilenen firmalar ABD kökenli olduğu için ABD Fransa'yı, Fransa şampanyalarına, çantalarına, peynirlerine ve makyaj ürünlerine ek gümrük vergisi koymakla tehdit

²⁵ Hindistan bu açıdan farklı bir yönde ilerlemektedir. Yürürlüğe konulan benzeri bir vergide, reklam ödemesini yapan kişilere göre vergi sistemi tasarlanmıştır. Reklamın muhatabı olan kesim dikkate alınmamıştır. Bkz: Wei Cui, "The Digital Services Tax: A Conceptual Defense" (*Papers SSRN* 2018) <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3273641> Erişim Tarihi 14.12.2019.

²⁶ Simmonds ve Weber, *The European Commission's* (n 23) 30.

²⁷ Council of the European Union, *Proposal for a Council Directive* (n 20).

²⁸ Lexology, "Digital Services Tax: Overview of the progress of implementation by EU Member States" (*Lexology* 2019) <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b2f512f2-3244-4a4f-880e-1bae4ff85ed9>> Erişim Tarihi 25.12.2019.

etmektedir²⁹. Görüldüğü üzere devletlerin tek taraflı adımlar atması şimdiden siyasi sorunlar doğurmaktadır. İleride hukuki sorunlar da doğurması kaçınılmazdır.

DHV henüz bir teklif boyutunda olduğu için hem Birlik içinde hem akademik açıdan tartışılmaktadır. Bunun neticesinde çeşitli değişiklikler yapılmıştır. Bu bölümde verginin unsurları, yapılan değişiklikler çerçevesinde incelenecektir.

1. Verginin Konusu

Teklifte, DHV'nin konusuna, kullanıcının değer katkısı yüksek olan alanlar dâhil edilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda teklifin ilk halinde, 3'üncü maddesine göre verginin konusu üç alandan oluşmaktadır:

- Dijital reklamlardan kaynaklanan kazançlar
- Çok taraflı alışverişi veya hizmet ifasını kolaylaştıran dijital aracılık hizmetlerinden kaynaklanan kazançlar
- Kullanıcıların katkısıyla ve kullanıcılar hakkında toplanan verinin aktarılması neticesinde oluşan kazançlar

Dijital reklam hizmetleri ile hedeflenen FACEBOOK ve GOOGLE gibi şirketler olsa da düzenlemenin niteliği gereği, gerekli niceliksel büyüklüğü geçtiği takdirde gazete siteleri ve blog sayfaları da bu verginin kapsamına girebilecektir³⁰. Bu durum çerçevenin yeterince iyi çizilemediğini göstermektedir. Zira bu tür sitelerin vergilendirilmesi verginin amaçları arasında değildir.

AB direktifinde verginin kapsamının dışında kalan hususlar ayrıntılarıyla açıklanmaya çalışılmıştır. Bu ayrıntılara göre iletişim araçları ve online ödeme sistemleri bu verginin kapsamı dışındadır. Zira bu tür dijital faaliyetlerde, kullanıcılar başka türlü etkileşimde iken bu araçları irtibatı kolaylaştırmak amacıyla kullanılmaktadırlar. Vergiye tabi olan işlemlerde ise kullanıcıların birbiriyle etkileşim kurması doğrudan dijital hizmet vasıtasıyla olmaktadır.

Aynı şekilde, kendi malını dijital sistemleri kullanarak satanlar da bu verginin kapsamı dışındadır. Zira burada değer malın kendisindedir. Kullanıcıların katılımı dijital hizmete doğrudan bir değer katmamaktadır. Dijital sistemler sadece bir iletişim aracı olarak kullanılmaktadır. Satılan ürünün dijital veya somut olması durumu değiştirmemektedir. Ayrıca dijital ürünlerin satışına dijital olarak aracılık edilmesi de verginin konusu dışında tutulmuştur. Zira kullanıcılar bu durumlarda değer oluşumuna katkı yapmamaktadır. Kullanıcılar başka kullanıcılardan etkilendiği için değil, doğrudan dijital ürünü istedikleri için satın almaktadır.

²⁹ BBC NEWS, "US threatens tax on champagne and French cheese" (BBC 2019) <<https://www.bbc.com/news/business-50636521>> Erişim Tarihi 10.12.2019.

³⁰ Simmonds ve Weber, *The European Commission's* (n 23) 8.

İnternet araçlarını kullanarak ürün satan kişilerin elde ettiği gelir de verginin kapsamı dışındadır. Bu vergide, online aracılık hizmetlerinde hedeflenen, alıcı ve satıcıyı bir araya getirerek, sadece bir araya getirme işi dolayısıyla aracılık faaliyetinden elde edilen kazançtır.

Direktife göre son olarak, kullanıcıların bilgilerinin toplanması sensör veya benzeri yöntemlerle kullanıcı katkısı olmadan yapılıyorsa vergi konusu dışında kalmaktadır. İç işlemlerde kullanılmak üzere toplanan veriler de vergi konusunun dışında kalmaktadır.

2018 yılının aralık ayında Almanya ve Fransa, verginin konusuna sadece dijital reklamların dâhil edilmesini, diğer iki alanın verginin kapsamı dışında bırakılmasını önermiştir. Söz konusu teklifte, üye ülkeler benzer dijital alanları vergilemek için ulusal vergi konulması konusunda serbest bırakılması vurgulanmıştır. Bu hususta Avrupa Konseyi'nin yeni bir çalışma yapması çağrısında bulunulmuştur³¹.

Bundan sonra yapılan görüşmeler üzerine verginin alanının daraltılması yönünde yeni bir çalışma yapılması kararlaştırılmıştır. 2019 yılının mart ayında açıklanan yeni teklif ile sadece dijital reklamların vergilendirilmesi hedeflenmiştir. Teklife göre geçici verginin yeni ismi Dijital Reklam Vergisi (*Digital Advertising Tax*) olarak değişecektir. Bu daraltmaya rağmen AB bünyesinde yine uzlaşma sağlanamamış, bazı devletler OECD BEPS planına sadık kalınmasını savunmaya devam etmiştir. Üstelik bu sefer verginin kapsamının daraltılmasına karşı çıkan devletler de olmuştur³².

2. Verginin Mükellefi

Direktife göre verginin mükellefi olabilmek için belirli bir büyüklüğe sahip olma şartı konmuştur. Teklifin 4'üncü maddesine göre dijital şirketin global geliri 750 Milyon Euro'yu; AB geliri ise 50 Milyon Euro'yu geçmesi halinde mükellef olacaktır. Bunlardan herhangi birinin altında kalan şirketler vergiden muaf olacaktır. Bu miktarlar hesaplanırken konsolide bir grubun üyesi olan şirketler için tüm grup dikkate alınır. Teklif iki kez değişikliğe uğramasına rağmen bu sınırlar sabit kalmıştır. Bu sınırların sebebi olarak genellikle büyük şirketlerin agresif vergi planlaması yapması gösterilmiştir. Ayrıca yeni başlayan ve küçük olan şirketlerin korunması amaçlanmıştır.

Aynı zamanda bir gruba ait fakat çok küçük olan bir firma vergi kapsamına girerken, herhangi bir grubun parçası olmamakla beraber iki mükellefiyet sınırlarından herhangi birinin çok az farkla altında kalan firma vergiye tabi olmayacaktır. Bu

³¹ Council of the European Union, "Digital Taxation" (*Consilium Europe* 2019) <<https://www.consilium.europa.eu/en/policies/digital-taxation/>> Erişim Tarihi 20.12.2019.

³² Council of the European Union, *Proposal for a Council* (n 20).

durum şirketlerin birleşmesini engelleyici bir faktör olarak görülmektedir³³. Vergi adaleti açısından da ciddi sakıncalar barındırmaktadır³⁴.

3. Verginin Matrahı ve Oranı

Konseyin önerdiği teklifin 7'nci ve 8'inci maddelerine göre DHV'nin matrahı elde edilen gelirin gayri safi tutarıdır. KDV ve benzeri vergiler matraha dâhil edilmemektedir. Gayrisafî matrah usulünün kabul edilmesi, adalet açısından sorunlar doğurabilirse de firmaların kazanç kaydırmasını engelleyecektir³⁵. Oran ise %3'tür³⁶. Oran düşük gibi görünse de gayri safi tutarın esas alınması vergi adaletini temin açısından sakıncalıdır. Oranın düşük tutulmasının sebebi olarak farklı kâr marjı olan şirketlere uyum sağlama amacı gösterilmiştir. Matrah saptanırken tahsil esas değil tahakkuk esasına göre belirlenecektir. Bu oran ile AB ülkeleri için yıllık 5 Milyar Euro gelir hedeflenmektedir³⁷. Fakat daha sonra verginin konusu sadece dijital reklamlara indirilince beklenen kazanca ulaşmanın söz konusu olmayacağı söylenebilir. Ayrıca söz konusu tahminin iyimser olduğu da belirtilmektedir. Birçok faktör düşünülünce elde edilecek gelir Komisyon'un tahminin yarısının altında olabilir³⁸.

Uluslararası bir şirketin tüm dünyada gösterdiği bir reklamın vergisinin Avrupa ülkeleri arasında dağıtımını yapılırken, o ülkede yaşayan kişilerin cihazlarında görüntülenme oranlarına göre yapılması önerilmektedir. Aynı şekilde online aracılık hizmetlerinde, bu hizmetlerin ülkelerdeki kullanılma sayısına göre vergi paylaşılması yapılacaktır. Veri transferi işlemlerinde ise, veri toplanmasına katkı yapan kişilerin buldukları ülkelere göre bir vergilendirme yapılacaktır. Netice itibarıyla vergilendirme yetkisinin belirlenmesinde temel faktör kullanıcıların bulunduğu yerdir. Bu durum insanların daha fazla cihaza sahip olduğu ülkeler lehine adaletsiz sonuçlar doğuracaktır. Zira bir ülkede insanlar, aynı reklama hem kişisel bilgisayarından hem işyeri bilgisayarından hem telefonundan hem de tabletinden muhatap olabilir. Başka bir ülkenin ekonomik yapısı gereği insanlar daha az cihaza sahip olabilir. Bu sebeple insanların daha fazla cihaza sahip olduğu ülkeler pastadan haksız yere daha büyük pay alacaktır³⁹.

AB içerisinde ödenen DHV'nin devletler tarafından kurumlar vergisi matrahından indirilmesi öngörülmektedir. Şüphesiz bu durum yetersiz bir koruma alanı

³³ Bloomberg, "Europe's Digital Tax Is a Bad Idea" (*Bloomberg* 11.04.2018) <<https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2018-04-11/europe-s-digital-tax-is-a-bad-idea>> Erişim Tarihi 01.12.2019.

³⁴ Simmonds ve Weber, *The European Commission's* (n 23) 25.

³⁵ Ibid, 29.

³⁶ Bu oranın (eğer vergi uygulanabilirse) ilerleyen yıllarda arttırılabileceği belirtilmiştir. Bkz: Gary Clyde Hufbauer ve Zhiyao Lu, *The European Union's Proposed Digital Services Tax: A De Facto Tariff* (PIIE Policy Brief 2018) 7.

³⁷ European Commission, *Digital Taxation: Commission* (n 19).

³⁸ Schmidt et al, (n 7) 2.

³⁹ Clifford Chance, *Missing the Target? The Surprising Scope of the Proposed New EU Digital Services Tax* (Clifford Chance LLP 2018) 6.

oluşturmaktadır. Zira matrahtan indirim, çifte vergilendirmeyi kısmen engelleyen bir durumdur. Doktrinde de DHV'nin ekonomik çifte vergilendirme açısından yeterli rahatlamayı sağlamadığı belirtilmiştir⁴⁰.

B. AB Direktifinde Önerilen Sistem Üzerindeki Tartışmalar

Avrupa komisyonu tarafından Mart 2018'de DHV önerildikten sonra hakkında tartışmalar başlamıştır. En başta, AB ülkeleri arasında DHV'yi uygulamaya dönük bir konsensüs bulunmamaktadır. İrlanda, Hollanda, Lüksemburg ve İskandinav ülkeleri OECD bünyesinde yürütülen BEPS çalışmaları ile ortak hareket edilmesi taraftarıdır⁴¹. Bu sebeple ortak bir metin üzerinde uzlaşa mümkün olmamaktadır. DHV teklifi konsensüse ulaşmak amacıyla bir senede iki kere değişikliğe uğramıştır. Fakat nihai bir anlaşmaya varılamamıştır.

Avrupa Komisyonu, yaptığı etki analizi çalışmasında, verginin yürürlüğe girmesi durumunda getireceği faydaları ve potansiyel sorunları belirlemeye çalışmıştır. Sorun olarak hem devletlerin hem de mükelleflerin uygulama masrafları gösterilmiştir. Ayrıca üretilecek olan vergi gelirinin az olacağı kabul edilmiştir. Olumlu etkileri arasında⁴²;

- Kullanıcıların katkısını kullanarak gelir elde eden büyük dijital firmaların vergilendirilmesini sağlayarak AB vatandaşlarının adalet algılarının geliştirilmesi,
- Üye devletlerin tek taraflı tedbirler alarak tek pazar uygulamasının zedelenmesini engellenmesi
- Uluslararası alanda dijital ekonominin vergi ile ilgili ortaya çıkardığı sorunları çözmek üzere bir kıvılcım oluşturulmasının amaçlanması, sayılmıştır.

Avrupa Komisyonu Düzenleyici İnceleme Kurulu tarafından yapılan değerlendirmede, DHV teklifinin eksik yönlerini belirlemiştir. Bu değerlendirmeye göre, sunulan teklifte AB'nin neden kısa vadede böyle bir vergiye ihtiyacı olduğu açıklanmamıştır. Kısa vadeli olan bu çözümden uzun vadeli çözüme nasıl geçiş yapılacağı belirtilmemiştir. DHV'nin alternatifleri ortaya konmamış ve neden bu yönde tercih kullanıldığı söylenmemiştir. Yapılan etki analizi yeterince tatmin edici değildir⁴³.

⁴⁰ Simmonds ve Weber, (n 23) 48.

⁴¹ Reuters Business News, "Nordic countries oppose EU plans for digital tax on firms' turnover" (*Reuters* 01.06.2018) <<https://uk.reuters.com/article/uk-eu-digital-tax/nordic-countries-oppose-eu-plans-for-digital-tax-on-firms-turnover-idUKKCN1IW333>> Erişim Tarihi 05.12.2019.

⁴² European Commission, *Commission Staff Working Document* (n 15) 2, 3.

⁴³ Regulatory Scrutiny Board, *Regulatory Scrutiny Board Opinion* (Council of the European Union, 2018).

DHV'nin temel hedefi, oluşturulan değerde kullanıcı katkısı olan alanları vergilemektir. Fakat GOOGLE'a göre, burada değeri ortaya çıkaran bilgisayar teknolojileridir. Bu teknolojiyi üretenler California'dadır ve vergileme yetkisi de nihai olarak orandır. Reklam satışları internet üzerinden algoritmalar aracılığıyla mezat usulüyle yapıldığı için bu işlemlerin yapıldığı bir yer yoktur. Ayrıca reklamlar da sadece sanal ortamda görüldüğü için faaliyet yeri de oluşturmazlar. Bütün bunlara rağmen Google'ın Avrupa merkezi İrlanda'dadır. Bu sebeple Avrupa'da bir vergi yükümlülüğü doğacaksa bile vergilendirme yetkisi de İrlanda'nındır⁴⁴.

AB'nin ekonominin dijitalleşmesi sebebiyle ortaya çıkan problemleri tek taraflı olarak değil, OECD'yle birlikte uluslararası bir mutabakatla çözmesi gerektiği belirtilmektedir⁴⁵. En büyük ortaklarından biri olan ABD ile işbirliği olmadan bu adımı atması eleştirilmektedir⁴⁶. AB'nin görüşü de bu yönde olmasına rağmen uluslararası alanda yapılan çalışmalar yetersiz bulunmakta ve vergi tabanlarının yozlaşmasından yakınmaktadır. Bu sebeple uluslararası bir mutabakata varılana kadar geçici bir çözüm olan DHV'yi uygulamaya koymaya çalışmaktadır.

Bu tür bir çözümün belirli dijital hizmetleri konu alması sebebiyle, dijital ekonomiyi ekonominin diğer dallarından ayırmak gibi bir durum ortaya çıkmaktadır⁴⁷. Dijital ekonominin ekonomi içerisinde ayrı bir bölüm gibi ayrılmaya çalışılması birçok sakınca barındırabilir. Öncelikle dijitalleşme çok yaygınlaşmıştır ve yaygınlaşmaya devam edecektir. Böyle bir ortamda hangi sektörlerin dijital ekonomiye dâhil olacağını belirlemek keyfi yorumları beraberinde getirecektir. Nitekim AB'nin tartıştığı DHV ilk başta 3 farklı alanı konu alırken son teklifte sadece dijital reklam hizmetleri konu alınmıştır. Bu alanların kullanıcı katkısı yüksek olan dijital hizmetler olduğu gerekçesiyle seçildiği belirtilmekle beraber diğer dijital hizmetlerin neden kapsam dışı bırakıldığı yeterince açıklanmamıştır. Kimi klasik firmalar da artık dijital teknolojileri yoğunlukla kullanmaktadır. Mesela otomobil üreticileri, otomobilleri üzerinde önemli dijital teknolojileri kullanabilmektedir⁴⁸. Bu tür firmaların bu vergiye neden tabi olmadığı bilinmemektedir.

AB'nin DHV ile hedeflediğinin kullanıcı katkısı yüksek olan sektörler olduğu belirtilmektedir. Mesela FACEBOOK, kullanıcıları olmasa hiç kimseye reklam satamaz. Bu doğru bir yargıdır. Fakat aynı şeyi birçok klasik sektör için de söyleyebiliriz. Mesela basılı bir gazeteyi kimse almaz ise onun da reklam satması mümkün olmaz⁴⁹. Aynı sonuca televizyon kanalları için de varabiliriz. O hâlde neden

⁴⁴ Christian Fuchs, *The online advertising tax: A digital policy innovation* (CAMRI Policy Briefs No. 1 2018) 9.

⁴⁵ CFE Tax Advisers Europe, *Opinion Statement FC 1/2018* (n 17) 2.

⁴⁶ Becker ve Englisch, (n 3).

⁴⁷ Clifford Chance, *Missing the Target?* (n 39) 2.

⁴⁸ Olbert ve Spengel, (n 6) 13, 14.

⁴⁹ Clifford Chance, *Missing the Target?* (n 39) 4.

televizyon kanalları ile basılı gazeteler DHV mükellefi olmazken FACEBOOK olmaktadır? Bunun tatmin edici bir cevabına ulaşmak zordur. Bu sebeple kullanıcıların değer katması ilkesi, bu tür bir vergi için yeterince iyi bir gerekçe değildir. Bu sorunun sebebi, DHV ile dijital ekonominin, ekonomi içerisinde ayrı bir alan olarak görülmesidir.

Gelir üzerinden alınan vergilerde kural, değer nerede üretiliyorsa orada vergilendirilmesidir. Dijital hizmetler için bakıldığında, bu tür hizmetleri üreten şirketlerin bulunduğu yer, değer üretilen yer olmaktadır⁵⁰. Ülkelerindeki tüketicilerin bu tür hizmetlerden faydalanmasını vergilendirmek isteyen devletlerin yapacağı şey bunları KDV kapsamına almaktır. Fakat AB daha fazlasını istemektedir. AB'deki kullanıcılar bu hizmetler için herhangi bir ücret ödemezken dijital hizmetlerin ülkeler arası transferini vergilendirmek istemektedirler⁵¹. AB'nin dolaylı vergilerin kurallarını uygulayarak dolaysız bir vergi uygulamak istediği belirtilmektedir⁵².

Avrupa'nın, belirlediği mükellefiyet sınırı ile özellikle büyük ABD firmalarını hedef aldığı belirtilmektedir. Hatta ABD'ye karşı yapılan ayrımcılığın daha açık olamayacağı ve önerilen verginin bir nevi gümrük sınırlaması olduğu belirtilmiştir⁵³. Nitekim mevcut mükellefiyet sınırı ile verginin mükellefi olan firmaların büyük bir kısmı ABD merkezli olacaktır. Teklif üzerinde çalışılırken daha yüksek sınırlar belirlendiği, bu sayede hiçbir Avrupalı firmanın vergi kapsamında olmayacağı düşünülmüş olmakla birlikte daha sonra bu sınırlar biraz düşürülerek birkaç Avrupalı firmanın kapsam alanına girmesi sağlanmıştır. Aksi durumda verginin özellikle ABD'li firmalara yönelik uygulandığı çok daha açık görünecekti⁵⁴. Bu durumda ABD'nin tavrı olumsuz olacaktır. Klasik ekonomi içerisinde birçok önemli şirketi bulunan AB ülkelerinin, diğer devletlerden bu sektörler için gelecek yeni vergilere hazırlıklı olması gerekir⁵⁵. Nitekim ABD, ulusal bazda DHV'yi yürürlüğe koyan Fransa'yı, makyaj malzemeleri, şampanya, peynir gibi Fransız ürünlerine ek vergi koyacağı hususunda uyarılmaktadır⁵⁶. Eğer uygulanırsa ABD'nin söz konusu teklifi Dünya Ticaret Örgütü'ne şikâyet etmesi de mümkündür⁵⁷.

DHV ile elde edilecek gelirin ürküttüğü kuşa değmeyeceği belirtilmiştir⁵⁸. DHV ile dijital ekonomi kendine özgü farklı bir ekonomi olarak kabul edildiği için yalnızca

⁵⁰ Schmidt et al, (n 7) 2.

⁵¹ Hufbauer ve Lu, (n 36) 4.

⁵² Adrianto Dwi Nugroho, "The Salad Days of the EU Digital Services Tax" (2019) 1(2) Indonesian Law Review, 82, 91.

⁵³ Hufbauer ve Lu, (n 36) 3, 9.

⁵⁴ Becker ve Englisch, (n 3).

⁵⁵ Clifford Chance, (n 39) 8; Hufbauer ve Lu, (n 36) 2.

⁵⁶ BBC News, "US threatens tax on champagne ve French cheese" (BBC NEWS 03.12.2019) <<https://www.bbc.com/news/business-50636521>> Erişim Tarihi: 28.12.2019.

⁵⁷ Hufbauer ve Lu, (n 36) 10.

⁵⁸ Bloomberg, (n 33).

belirli sektörleri ve bir kısım büyük şirketleri vergilemekten ibaret kalacaktır. Bu durum ise, vergiyi toplamak için yapılacak uyum masraflarının elde edilecek gelirden daha fazla olma ihtimalini ortaya çıkarmaktadır. Ayrıca belirli sektörlere uygulanacak bir vergi, o sektörlerin önünü tıkayıcı etki gösterecektir. Söz konusu dijital ekonomi olunca AB açısından önemli bir sektöre gem vurulması durumu ortaya çıkmaktadır⁵⁹.

Uygulanan vergi, gayrisafi usulde uygulanacağı için adil sonuçlar doğurmayacağı söylenmiştir. Nitekim piyasa hâkimiyetine sahip büyük firmalar yeni vergiyi doğrudan müşterilerine yansıtarken, kâr marjı düşük olan veya zarar eden firmaların ise daha zor duruma düşecekleri belirtilmiştir. Mesela FACEBOOK, yeni vergiyi kolayca reklam müşterilerine yansıtarken zarar eden UBER daha kötü duruma düşebilecektir⁶⁰. Özellikle online reklam sektörüne bakıldığında, GOOGLE ve FACEBOOK dünya üzerinde bu sektörün 2/3'üne hâkimdir⁶¹. Böyle bir hâkimiyet neticesinde konulan bir vergiyi müşteriye yansıtmak zor olmayacaktır. Bu tür firmalar üzerinden reklam yapan veya bunları bir tür aracılık hizmeti olarak kullanan küçük veya orta büyüklükteki işletmeler bu verginin esas taşıyıcısı olacaktır. Kâr marjı düşük olan şirketler için de aynı şeyi söylemek mümkündür⁶². Zira onların da yeni vergiyi taşıyabilecekleri bir alanları yoktur. Bu durum, ekonominin birçok yönünü doğrudan etkileyecektir. Ayrıca vergi yükünün bir kısmı da bu şirketlerin çalışanlarının üzerinde kalması muhtemeldir. Vergi artışının fiyatlara daha yüksek oranda yansıdığına dair bulgular olan bir ortamda, konulan yeni bir vergiden çok fazla insanın etkileneceği söylenebilir⁶³. Avrupa Komisyonu'nun bu tür konularda yeterince değerlendirme yapmadığı söylenmektedir. Ayrıca Komisyon tarafından, bu tür bir vergiyle, Avrupa'ya dijital alanda yapılacak yatırımları nasıl etkileyeceğinin de düşünülmesi gerekir⁶⁴.

DHV'nin, uluslararası vergi sistemi restore edilene kadar uygulanacak olan ara bir çözüm olduğu Avrupa Komisyonu'nca sürekli ileri sürülse de bu hususta şüpheler vardır. Geçici olduğu söylenen her verginin kalıcı olmaya meyilli olduğu ve bu verginin (DHV), AB ülkeleri tarafından kabul edilip uygulanırsa, AB bünyesinde yürütülen uzun vadeli diğer çalışma olan, önemli dijital varlığı işyeri oluşumu için yeterli gören çalışmanın, yavaşlayacağı belirtilmiştir⁶⁵.

⁵⁹ Olbert ve Spengel, (n 6) 2.

⁶⁰ Bloomberg, (n 33).

⁶¹ Fuchs, (n 44) 4.

⁶² Clifford Chance, (n 39) 7.

⁶³ Matthias Bauer, *Five questions about the digital services tax to Pierre Moscovici* (ECIPE Occasional Paper No. 04/2018 European Centre for International 2018) 7.

⁶⁴ Ibid, 2, 3.

⁶⁵ Clifford Chance, (n 39) 3; Simmonds ve Weber, (n 23) 28.

Tüm bu olumsuzlukları sebebiyle AB'nin hiçbir şey yapmamasının, bu tür bir uygulamadan daha iyi olacağı belirtilmiştir⁶⁶. Zira bu öneri uygulanırsa, mevcut problemleri daha da artıracaktır⁶⁷. Bu sebeple *mantıksız* bir uygulama olacaktır⁶⁸.

DHV'yi, dijital ekonomiyi vergilendirmek için doğru bir adım olarak gören görüşe göre, dijital şirketler belli bir ülkedeki kazançları karşılığında, o ülkenin insanlarını kullanarak bu kazancı elde ettikleri için ruhsat benzeri bir ücret ödemelidir. Nasıl ki maden işletmecileri bir ülkenin madenini çıkararak kazanç elde ederken o ülkeye bu faaliyeti sebebiyle bir bedel ödüyorsa, bir ülkedeki vatandaşları kullanarak kazanç elde eden dijital şirketler de, o ülkeye yaptıkları faaliyet sebebiyle bir yükümlülüğe tabi olmalıdır. Her ne kadar madenler ile kullanıcı katkısı, tamamen aynı olmasa da benzerlikler vardır. Mesela her ikisi de işlenebilir ve işlendikçe değeri artar, her ikisi de ülke vatandaşlarının ortak malıdır ve her ikisi de belli bir bölgeye özgüdür⁶⁹. Bu görüşün gerekçelerinden biri GOOGLE ve FACEBOOK gibi bazı dijital şirketlerin yüksek kâra sahip olmasıdır⁷⁰. Bu görüşe katılmak zordur. Zira bu düşünceyle sadece dijital ekonomiyi değil bütün sektörleri bu şekilde ek bir vergiye tabi tutmak mümkün olur. Mesela neden uluslararası yayınevleri böyle bir vergiye tabi olmuyor da sadece dijital ekonomi şirketleri tabi oluyor? Zira uluslararası yayınevleri, başka bir ülkenin insanlarının okuma yeteneğini kullanarak kazanç elde etmektedir. Dijital şirketlerin bir kısmının çok yüksek kâr oranlarına sahip olmasını böyle bir vergiye gerekçe göstermek taraflı bir tutum gibi görünmektedir. Bazı dijital şirketlerin diğer sektörlerle göre daha yüksek kâr ettiği doğru olsa da ürettikleri katma değer de yüksek olduğu kabul edilmelidir. Bugün GOOGLE gibi kâr oranları çok yüksek olan bir şirketin aynı zamanda insanların hayatını kolaylaştıran birçok ücretsiz hizmet sunduğu da bir gerçektir. Şüphesiz bu durum vergi ödememesini haklı kılmaz. Fakat konacak olan verginin de adil bir zemine oturması gerekmektedir.

III. Türkiye'de Dijital Hizmet Vergisi

Türkiye, dijital hizmetlerin vergilendirilmesi hususunda ilk olarak, 19.12.2019 tarih ve 30360 numaralı Resmi Gazete'de yayımlanan 476 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile 2019 başından itibaren online reklam hizmetlerinde uygulanmak üzere bir stopaj (tevkifat) getirilmiştir⁷¹. Bu stopaja göre online reklam için ücret ödeyen Türkiye'deki mükellefler ödedikleri ücret üzerinden %15 vergi kesmekle sorumlu

⁶⁶ Bloomberg, (n 33).

⁶⁷ Olbert ve Spengel, (n 6) 11.

⁶⁸ Schmidt et al, (n 7) 3.

⁶⁹ IMF, *Corporate Taxation in the Global Economy*, (IMF Policy Paper 2019) 15, 16.

⁷⁰ Wei Cui ve Hashimzade Nigar, *The Digital Services Tax as a Tax on Location-Specific Rent*, (CESIFO Working Paper Series No. 7737 2019) 6.

⁷¹ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz: Muhammet Durdu, "Türkiye'de Sosyal Medya İşletmelerinin Vergilendirilmesi" (2019) 10 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 470-488.

tutulmuştur. Henüz bu verginin uygulanmasına ilişkin değerlendirme yapılmadan bu sefer AB’de tartışılan DHV’nin bir benzeri Türkiye’de 7194 sayılı Kanun ile oluşturulmuştur. Türkiye’de uygulamaya konan vergi AB Komisyonu’nun önerdiği vergiye benzese de önemli farklara da sahiptir. 2019 yılının sonunda kanunlaşan DHV, 2020 yılı mart ayından itibaren yürürlüğe girecektir.

7194 sayılı Kanun’un gerekçesinde⁷², dijital hizmetlerin dünya üzerindeki vergilendirilme zorluklarından kısaca bahsedildikten sonra, vergi adaleti gereği vergilendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bunun dışında vergilendirme usulleri, konusu, matrahı, mükellefi gibi vergiye ilişkin hususlarda yapılan tercihler hususunda herhangi bir gerekçe ileri sürülmemiştir. Komisyon Raporu’nda vergi ödemeyen büyük şirketlerin oluşturduğu adaletsizliğin giderilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir⁷³. Nitekim uygulamada yer alan yerli bir dijital hizmet sağlayıcısı, bu vergi sayesinde yabancı dijital hizmet sağlayıcılarının da vergiye tabi kılınarak fırsat eşitliği sağlandığını belirtmiştir⁷⁴. Avrupa’da iki yıldan fazla bir süredir tartışılan DHV’nin, Türkiye’de bir anda gündeme girip kanunlaşması, düzenleyici etki analizinden mahrum olması ve yeni bir vergi olması sebebiyle müstakil bir kanuna sahip olmaması eleştirilmiştir⁷⁵. Nitekim Kanun’da geçen “bant reklamları”, “pop-up reklamlar”, “sanal mağaza” gibi bazı kavramların hukuken tanımlanmaması sebebiyle karmaşa oluşabileceği görülmektedir⁷⁶.

A. Verginin Konusu

7194 sayılı Kanun’da DHV’nin konusuna giren kazançlar üç başlık altında sayılmıştır. Bunlar;

“Dijital ortamda sunulan her türlü reklam hizmetleri (reklam kontrol ve performans ölçüm hizmetleri, kullanıcılarla ilgili veri iletimi ve yönetimi gibi” hizmetler ile reklamın sunulmasına ilişkin teknik hizmetler dâhil)

Sesli, görsel veya dijital herhangi bir içeriğin (bilgisayar programları, uygulamalar, müzik, video, oyunlar, oyun içi uygulamalar benzerleri dâhil) dijital ortamda satışı ile bu içeriklerin dijital ortamda dinlenmesine, izlenmesine, oynanmasına veya elektronik cihazlara kaydedilmesine veya bu cihazlarda kullanılmasına yönelik dijital ortamda sunulan hizmetler

⁷² Esasında gerekçe kısmı 7193 sayılı Kanun’dan alınmıştır. Zira DHV 7193 sayılı Kanun ile TBMM’de kabul edilmiş fakat Cumhurbaşkanı termik santrallerin filtre meselesi yüzünden bu Kanun’u veto etmiştir. Daha sonra TBMM sadece Cumhurbaşkanı’nın veto ettiği maddeyi çıkararak 7194 sayısıyla torba kanunu tekrar kabul etmiş ve Cumhurbaşkanı da onamıştır.

⁷³ TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu, *Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, Esas No: 2/2312, Karar No: 15* (TBMM 2019) 29.

⁷⁴ Murat Erkan, “Dijital servislere vergi, rekabeti güçlendirecek” (*Dünya* 03.11.2019) <<https://www.dunya.com/sirketler/dijital-servislere-vergi-rekabeti-guclendirecek-haberi-456300>> Erişim Tarihi 29.12.2019.

⁷⁵ TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu, (n 73) 114, 115.

⁷⁶ Yunus Emre Ülkü, ‘Dijital Hizmet Vergisi Uygulama Genel Tebliği: Genel ve Kapsamlı Değerlendirmeler’ (2020) Nisan (379) Vergi Sorunları Dergisi 86, 93.

⁷⁷ Burada “gibi” edatının verginin kanuniliği ilkesine aykırı olduğu belirtilmektedir. Bkz: Kılıç (n 22) 144.

Kullanıcıların birbirleriyle iletişime geçebilecekleri dijital ortamların sağlanması ve işletilmesi hizmetleri (kullanıcılar arasında bir mal veya hizmetin satılmasına veya satılmasının kolaylaştırılmasına yönelik sunulan hizmetler dâhil)''

Bu tür faaliyetlere yönelik dijital ortamda verilen aracılık hizmetleri de verginin konusuna dâhil edilmiştir. Verginin konusu ile ilgili 20.3.2020 tarih ve 31074 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan DHV Uygulama Genel Tebliği'nde ayrıntılı açıklamalara yer verilmiştir.

Türkiye'de AB uygulamasının aksine, sesli, görsel veya dijital herhangi bir içeriğin satılması da vergi kapsamına alınmıştır. AB uygulamasında, kullanıcı katkısı ile değer kazanan hizmetler hedeflendiği için bu tür satışlar vergi kapsamına alınmamıştır. Zira bu tür satışlarda değer dijital ürünün kendisinden kaynaklanmaktadır. AB'de veri transferinden elde edilen gelirler, kapsama alınırken Türkiye'de bu işlemler sadece reklamcılık hizmetleriyle sınırlı olarak kapsama alınmıştır. Fakat şunu da belirtmek gerekir ki AB en son önerisinde sadece dijital reklamları hedefleyerek diğer alanları kapsam dışına çıkarmıştır.

476 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı'yla yürürlüğe giren stopaj uygulamasından sadece tam mükellef olan kurumlar vergisi mükellefleri muaf tutulmuştur. Bundan sonra içerisine dijital reklam hizmetlerini de konu alan ciro üzerinden %7.5 olarak uygulanan DHV uygulamaya konmuştur. Bu durumda dijital reklam hizmeti veren ve gerekli sınırları aştığı için DHV'ye tabi olan şirketler açısından Türkiye'de çifte vergilendirme problemi ortaya çıkmıştır. Bu durumun hem teknik hem de ticari olarak sürdürülmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir⁷⁸. Burada kanun koyucunun dünya devi dijital reklam hizmeti veren şirketleri Türkiye'de tam mükellef olmaya zorladığı düşünülebilir. Zira bu sayede tevkifat uygulamasından kurtulabileceklerdir. Fakat bu amaca ulaşma ihtimalinin oranı yüksek değildir. Zira bu tür şirketler tam mükelleflik bir kenara dar mükellef dahi olmaya yanaşmamaktadır. Uygulama açısından duruma bakıldığında, tevkifat uygulaması niteliği gereği, reklam müşterisi üzerinde kalmaktadır⁷⁹. Eğer mükelleflerin uyum göstermesi sağlanabilirse, DHV'de sonradan "fiyat güncellemesi" ile tüketiciye yansıtılacağı için gerçek vergi yükü, bu tür dijital hizmetlerin müşterisi olan kişi veya kurumlar üzerinde olacağı söylenebilir⁸⁰.

⁷⁸ Ibid, 64.

⁷⁹ Koray Öztürkler, "Dijital Hizmet Vergisi ve Sonrası" (Bloomberght 26.11.2019) <<https://www.bloomberght.com/dijital-hizmet-vergisi-ve-sonrasi-2238768>> Erişim Tarihi 30.12.2019.

⁸⁰ Evren Özmen, "Dijital Hizmeti Vergisi Nedir?" (Medium 23.10.2019) <https://medium.com/mali-m%C3%BC%C5%9Favir-evren-%C3%B6zmen/dijital-hizmet-vergisi-nedir-f04f4b3d2393> Erişim Tarihi 30.12.2019; Necdet Çalışkan, "Yüzde 7.5'lik Dijital Hizmet Vergisi, kimi nasıl etkileyecek?" (Habertürk 24.10.2019) <<https://www.haberturk.com/dijital-hizmet-vergisi-kimi-nasil-etkileyecek-haberler-2534003-teknoloji>> Erişim Tarihi 30.12.2019.

B. Verginin Mükellefi ve Vergi Sorumlusu

DHV'nin mükellefi verginin konusuna giren alanlarda faaliyet yapan dijital hizmet sağlayıcılarıdır. Bunların Türkiye'de tam veya dar mükellef olup olmaması DHV mükellefiyetini etkilemez. Bu durum mükelleflerin iktisadi olarak çifte vergilendirilmesi problemi doğurabilir. Zira DHV mükellefleri elde ettikleri hasılatı DHV ödedikten sonra aynı kazanç üzerinden gelir veya kurumlar vergisi ile karşılaşılabilecektir. Her ne kadar ödenen DHV gelir veya kurumlar vergisi matrahından indirilebilecek olsa da bu durum iktisadi anlamda çifte vergilendirmeyi tam olarak engellemeyecektir. Olması gereken ödenen DHV'nin gelir veya kurumlar vergisi öderken mahsup edilmesidir. Bu sayede DHV kapsamına giren mükellefler ödedikleri DHV'yi ödeyecekleri toplam gelir veya kurumlar vergisinden indirebilecektir.

DHV mükellefi olabilmek için belirli bir büyüklüğe ulaşmış olmak şarttır. Türkiye'de elde ettiği hasılat önceki hesap döneminde (önceki yılda)⁸¹ 20 Milyon TL'yi veya tüm dünyadaki hasılatı 750 milyon avroyu geçmeyen dijital hizmet sağlayıcıları vergi mükellefi olmayacaktır. Başka bir ifade ile mükellefler, bu iki sınırın ikisini de geçtikleri takdirde DHV'nin mükellefi olacaktır. Mükellefin, finansal muhasebe açısından konsolide bir grubun üyesi olması hâlinde, bu hadlerin uygulanmasında grubun verginin konusuna giren hizmetlere ilişkin elde ettiği toplam hasılat dikkate alınır. Bu sınırların altında kalması münasebetiyle vergiden muaf olan hizmet sağlayıcı, sınırları geçmesi sebebiyle vergi mükellefi olursa, haddin aşıldığı vergilendirme dönemini takip eden dördüncü vergilendirme döneminden (dördüncü ayından) itibaren vergi mükellefi olur. Arka arkaya iki hesap dönemi boyunca yukarıdaki hadlerden herhangi birinin altında kalanların vergi muafiyeti, izleyen hesap döneminden itibaren tekrar başlar. Cumhurbaşkanı, yukarıdaki hadleri verginin konusuna giren hizmet türlerine göre ayrı ayrı veya birlikte sifıra kadar indirmeye veya üç katına kadar artırmaya yetkilidir. Komisyon çalışmaları esnasında bu eşğin keyfi olarak belirlendiği ileri sürülmüş, hükümet temsilcileri tarafından bu verginin 16-17 mükellefi kapsayacağı belirtilmiştir⁸². Türkiye'de elde edilmiş sayılmanın nasıl belirleneceği Kanun'un tanımlar başlıklı ikinci maddesinde "*hizmetin Türkiye'de sunulmasını, hizmetten Türkiye'de faydalanılmasını, hizmetin Türkiye'de bulunan kişilere yönelik gerçekleştirilmesini veya hizmetin Türkiye'de değerlendirilmesini*" ifadeleriyle belirlenmiştir. Bu tanımın müphem olduğu görülmektedir. DHV Uygulama Genel Tebliği'nde de bu yönde açıklayıcı ve net teknik bir düzenlemeye rastlanmamıştır. Bu husus belirlilik açısından sorundur. Kanuni düzeyde olmasa bile

⁸¹ Burada hesap dönemi hususunda Kurumlar Vergisi Kanunu'na atf yapılmadığı için belirsizlikler oluşabilmektedir. Nitekim bir görüş bu miktarların her ay aranması gerektiği sonucuna vardığı için vergiye tabi hiçbir mükellef olmayacağı sonucuna varmıştır. Bkz: Funda Başaran Yavaşlar, 'Dijital Hizmet Vergisi' (2020) Şubat (377), Vergi Sorunları Dergisi, 9, 19. Kanaatimizce burada gai yorum yapılarak hesap döneminden bir yıllık süre anlaşılması gerekir.

⁸² TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu, (n 73) 65, 116.

bu hususta bir genel tebliğ ile belirleme yapılması gerektiği vurgulanmaktadır⁸³. Bu hususta AB önerisinde IP adresi tabanlı kazanç yeri belirleme sistemi esas alınmıştır.

7194 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin 6'ncı fıkrasında DHV'den muaf olan mükellefler belirlenmiştir. Yedinci fıkrada ise yeni muafiyetlerin ancak bu Kanun'a konacak hükümlerle yapılabileceği belirtilmiştir. Bu hükmü kanun yapma tekniği açısından doğru bulmak zordur. Zira başka bir kanuna yeni bir DHV muafiyeti tanıyan bir hüküm konursa, söz konusu yedinci fıkra ilga edilmiş olmayacak mıdır? İki kanun arasında çatışma olacağı için sonraki kanun kuralı gereği bu soruya olumlu cevap vermek gerekecektir. Bu sebeple yedinci fıkra hükmü anlamsızdır. Vergi uygulamasında, kanunlara bu tür maddeler konulduğu görülmektedir ve yerindeliği tartışılabilir. DHV Uygulama Genel Tebliği'nde bu düzenlemenin gerekçesi olarak, kuruluş kanunlarında her türlü vergi ve benzer mali yükümlülüklerden muaf olarak kurulan kurumların, DHV'den muaf olmasının engellendiği belirtilmiştir.

Mükellefin Türkiye içinde ikametgâhının, iş yerinin, kanuni ve iş merkezlerinin bulunmaması hâlleri ile gerekli görülen diğer hâllerde Hazine ve Maliye Bakanlığı, vergi alacağının emniyet altına alınması amacıyla vergiye tabi işlemlere taraf olanlar ile işleme ve ödemeye aracılık edenleri verginin ödenmesinden sorumlu tutabilir⁸⁴. Bu yolla DHV'de vergi sorumluluğunun tesisi de mümkündür. Fakat böyle bir uygulama yapılırsa verginin dijital hizmet sağlayıcılarının üzerinde değil, onlardan hizmet satın alan “yerli ve milli” kişilerin üzerinde kalacağı belirtilmektedir⁸⁵. Bununla beraber zaten mükellef kendisi ödese de sonradan müşterilerine bu vergiyi yansıtacaktır.

C. Verginin Matrahı ve Oranı

7194 sayılı Kanun'un 5'inci maddesine göre DHV'nin matrahı bir aylık vergilendirme döneminde dijital hizmet sağlayıcılarının elde ettiği hasılattır. Bu hasılattan herhangi bir vergi veya gider indirilemeyecektir⁸⁶. DHV Uygulama Genel Tebliği'ne göre ise ödenen KDV'lerin hasıllata dahil olmadığı belirtilmiştir. Fakat bu KDV yapılan dijital hizmet sebebiyle mükellef sıfatıyla ödenen KDV'dir. Gerçek taşıyıcı sıfatıyla ödenen KDV'nin indirilmesi mümkün değildir. Verginin kazanç yerine ciro üzerinden alınması Komisyon Raporu'nda eleştirilmiştir⁸⁷. Verginin oranı hasılat üzerinden %7.5'tir. Dijital hizmet vergisi, fatura ve fatura yerine

⁸³ Sevilyay Akay Güvendi, 'Dijital Ekonominin Vergilendirilmesine Karşılaşılan Sorunlara Çözüm Yolu Olarak Dijital Hizmet Vergisi ve Türkiye Açısından Değerlendirilmesi' (2020) Mart (463) Vergi Dünyası Dergisi 50, 60; Bu hususta doktrinde dijital hizmetin dilinin Türkçe olması durumunda Türkiye'nin vergilendirme hakkının doğması yönündeki görüş için bkz: Yavaşlar, (n 81) 10.

⁸⁴ Vergi sorumluluğunun verginin asli unsurlarından olduğu ve bu sebeple kanunla düzenlenmesi gerektiği yönünde bkz: Yavaşlar, (n 81) 18.

⁸⁵ Öztürkler, (n 79).

⁸⁶ AYM daha önce verdiği bir kararında gayrisafı hasılat üzerinden yapılan vergilemeyi 73'üncü maddedeki ödeme gücü ilkesine aykırı bulmuştur. Bkz: AYM, 13.07.1995 tarih ve E. 1994/85, K. 1995/32, RG: 28.09.1996-22771.

⁸⁷ TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu, (n 73) 27.

geçen belgelerde ayrıca gösterilmez. Cumhurbaşkanı vergi oranını hizmet türleri itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte %1'e kadar indirmeye, iki katına kadar artırmaya yetkilidir. Bu matrah ve oranlarla Hazine'ye 2020 yılında 6 milyar TL'lik bir gelir hedeflenmektedir⁸⁸.

Türkiye uygulamasında vergi oranı AB uygulamasından çok fazladır. AB Komisyonu'nun önerdiği oran %3'tür. Ulusal bazda DHV uygulamaya başlayan ülkeler de %2 veya %3'lük oranları benimsemektedir. Türkiye'de benimsenen %7.5'lik oran bu oranlara göre çok daha yüksektir⁸⁹. Verginin gayrisafı hasılat üzerinden alındığı düşünüldüğünde oranın yüksekliği daha net anlaşılmaktadır. Bu verginin kolayca tüketiciye yansıtılacağı düşünüldüğünde, vatandaş üzerinde yeni bir vergi yükü oluşturacağına benzemektedir. Nitekim TBMM Plan ve Bütçe komisyonu tarafından hazırlanan raporda da verginin kolaylıkla tüketiciye yansıtılabileceği vurgulanmıştır. Hatta muhalefet şerhinde bu verginin dolaylı bir vergi olduğu belirtilmiştir⁹⁰. Bundan böyle Türkiye'de GOOGLE veya FACEBOOK üzerinden reklam vermek daha pahalı olabilecek, online perakende araçları, küçük satıcılardan daha yüksek satış payı alabilecektir.

Bu vergi çoğunlukla ABD menşeli şirketlere uygulanacağı için ABD Ticaret Temsilciliği Ofisi, DHV uygulamaya başlayan Fransa, İtalya, Avusturya ve Türkiye hakkında ek gümrük vergileri uygulamayı düşündüklerini açıklamıştır⁹¹. Bu ihtimal gerçekleşirse, DHV'nin makro iktisadi anlamda Türkiye için fayda mı zarar mı getirdiği tartışılacaktır.

D. Usule ve Vergi Güvenliğine İlişkin Hükümler

7194 sayılı Kanun'a göre, Türkiye uygulamasında DHV, KDV gibi aylık vergilendirme dönemi esaslı olacaktır ve beyan usulüne göre tarh edilecektir. Vergi beyannameleri vergilendirme dönemini takip eden ayın sonuna kadar verilecek ve aynı süre içinde vergi ödenecektir. Mükellefler beyannamelerini, KDV yükümlülüklerinin bulunduğu vergi dairesine, böyle bir yükümlülük yoksa Bakanlığın belirleyeceği vergi dairesine vermekle yükümlüdür. Ödenen DHV gelir üzerinden alınan vergilerin matrahında gider yazılabilir. Verginin aylık vergilendirme dönemi itibarıyla uygulanması Komisyon çalışmalarında eleştiri konusu olmuş, yıllık olarak uygulanmasının uyum masraflarını azaltacağı belirtilmiştir⁹².

⁸⁸ Ibid, 36.

⁸⁹ Bu durum Komisyon Raporu'nun muhalefet şerhinde de belirtilmiştir. Bkz: TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu, (n 73) 64; Güvendi, (n 83) 61; Yavaşlar, (n 81) 14.

⁹⁰ Ibid, 27, 36.

⁹¹ Sözcü, ABD: "Türkiye'ye dijital hizmet vergisi nedeniyle soruşturma açabiliriz" (Sözcü 03.12.2019) <<https://www.sozcu.com.tr/2019/ekonomi/abd-turkiyeye-dijital-hizmet-vergisi-nedeniyle-sorusturma-acabiliriz-5485943/>> Erişim Tarihi 29.12.2019.

⁹² TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu, (n 73) 149.

Yukarıda AB'nin KDV kurallarıyla, gelir üzerinden vergi almak istediği belirtilmiştir⁹³. Bu tespit büyük oranda Türkiye uygulaması için de geçerlidir. Zira Türkiye'de DHV usulen KDV'ye benzemekte fakat toplam ciro üzerinden alınarak tüketiciye yansıtılması engellenmek istenmektedir⁹⁴. Şüphesiz dijital şirketlerin bu vergiyi tüketicilere aktarmasının önünde yine de ciddi bir engel yoktur. Hatta büyük ihtimalle yansıtacakları söylenebilir.

Türkiye DHV'nin çifte vergilendirmeye etkisini azaltma hususunda AB Komisyonu'nun teklifi ile aynı yönde ilerleyerek matrahtan indirim yöntemini benimsediği görülmektedir. Bu yöntem çifte vergilendirmenin etkisini ancak kısmen giderdiği için Türkiye'de dijital şirketlerin kurumlar vergisi mükellefi olmasını engelleyebilecek veya bu tür şirketlerin Türkiye'ye girişini tamamen engelleyebilecektir. Bu da Türk vatandaşlarının yaşam kalitesini düşürmenin yanında, ekonomik büyümeye ciddi etkisi olan dijital teknolojilerden mahrum kalma ihtimalini doğuracaktır.

Şüphesiz uluslararası dijital şirketlerin bu vergiye gönüllü uyum ihtimali yüksek değildir. Bu sebeple Kanun'un 7'nci maddesinde vergi güvenliğine ilişkin hükümler yer almıştır. Mezkûr hükümlere göre, beyanname verme ve ödeme yükümlülüğünü süresinde yerine getirmeyen mükelleflere DHV'yi tarha yetkili vergi dairesi tarafından VUK'ta yazılı tebligat usullerine bağlı olmaksızın ihtar gönderilir. Bu durum GİB'in internet sitesinden de ilan edilir. Bu ihtarla rağmen vergiye uyum sağlamayanlar hakkında Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın kararıyla, hizmet sağlayıcıların sunmuş oldukları dijital hizmetlere erişim, mükellefiyetlerini yerine getirene kadar engellenir. Engelleme kararı BTK'ya bildirilir ve 24 saat içinde yerine getirilir.

Vergi güvenliğine ilişkin 7'nci madde, birçok hukuki tartışmayı beraberinde getirecektir. Erişimi engelleme kararının Bakanlıkça verilecek olması ve tebligat hususunda idareye tam bir hürriyet sağlanması⁹⁵ tartışma konularının başında gelmektedir. Bu çalışmanın kapsamı bu tartışmalara yetmeyeceği için, bu tartışmaların ayrı bir çalışma konusu olduğu belirtilmekle yetinilecektir. Zira internet sayfasına erişim engellenmesi/ifade hürriyeti/vergi güvenliği üçgeninin analiz edilmesi gerekmektedir⁹⁶. Aynı zamanda tebligat usulleri konusunda idareye verilen hürriyet, hak arama hürriyeti ile yakından ilişkilidir. Komisyon Raporu'nda böyle bir tedbirin tüketiciyi de mağdur edebileceği ve çağdışı olduğu belirtilmiştir⁹⁷.

⁹³ Nugroho, (n 52) 82, 91.

⁹⁴ Türkiye'de verginin niteliğinin harcama vergisi mi yoksa gelir üzerinden alınan vergi mi olduğu tartışılmaktadır. Bu tartışmaya çalışmanın kapsamını aşacağı için girilmemiştir. Bkz: Fatih Saraçoğlu ve Birkan Kahraman, 'Dijital Hizmet Vergisi Üzerine Değerlendirmeler' (2020) Ocak (376) Vergi Sorunları Dergisi 9, 12; Yavaşlar (n 81) 11.

⁹⁵ Tebligat usulü DHV Uygulama Genel Tebliği'nde belirlenmiştir.

⁹⁶ Komisyon Raporu'nun muhalefet şerhinde bu düzenlemenin çalışma ve sözleşme hürriyetine aykırı olduğu belirtilmiştir. Bkz: TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu, (n 73) 41; Erişimin engellenmesinin işyeri kapatma kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz: Yavaşlar, (n 81) 19; Altan Rençber, 'Dijital Hizmet Vergisi İlk İzlenimler, Sorun ve Sorunsallar' (2020) Ocak (376) Vergi Sorunları Dergisi 27, 32.

⁹⁷ Nugroho, (n 52) 27, 65.

Sonuç

Ekonominin dijital dönüşümü, *tuğla ve harç* ticaretine uygun olarak tasarlanmış olan vergi sistemini ciddi şekilde sorgulanır hale getirmiştir. Gelir vergileri açısından, değer nerede üretiliyorsa, orada vergileme yapılması kuralı, dijital ekonomiyle birlikte önemli sorunlar doğurmuştur. Dijital teknolojileri kullanarak faaliyet yapan uluslararası firmalar birçok ülkede hiçbir fiziki varlık göstermeden kazanç elde edebilmekte, bu durum ise mevcut uluslararası anlaşmalar gereği, o ülkede vergilendirilmelerini engellemektedir. Ayrıca dijital ürünlere ve soyut varlıkların önem kazanması, uluslararası kazanç kaydırılmasını kolaylaştırmıştır. Bu tür sebeplerden ötürü klasik vergilendirme sisteminin ihtiyaçları karşılamadığı genel kabul görmeye başlamıştır.

Devletlerin bu sorunlara tek taraflı önlem alması *vergi savaşları* doğurabileceği için OECD, IMF, AB gibi uluslararası kuruluşlar ortak hareket etme yönünde çalışmalar yapmaktadır. Bu çalışmada AB'nin, AB ülkeleri arasında birlikte uygulanması için teklif ettiği Dijital Hizmet Vergisi incelenmiş ve bunun Türkiye'ye yansımaları tahlil edilmiştir.

Ekonominin dijital dönüşümüne vergileme açısından bakıldığında, bütünsel bir reform ihtiyacı olduğu görülmektedir. Bu süreçte, devletlerin tek taraflı ve yeni türde vergiler ortaya koymasının yeni sorunlar doğurması çok normaldir. Zira istenen yeni bir vergi her zaman itiraz doğuracaktır. Bu yönde mükellef adayları tarafından çeşitli lobi faaliyetleri yapılacak ve bu tür vergilerin haklı olmadığı ortaya konmaya çalışılacaktır. Bu sebeple uluslararası bir mutabakatla vergi sisteminin restore edilmesinin gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Fakat birçok ülkenin uzlaşmasını gerektirdiği için bu yolun zorluğu da ortadadır. En başta uygulamada olan neredeyse tüm çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarının değişmesi gerekmektedir.

Bütün bu tartışmalar içerisinde AB, kendisi için ara bir çözümün gerekli olduğunu düşünerek, dijital teknolojileri yoğunlukla kullanan şirketleri vergilendirmek amacıyla DHV'yi uygulamak istemiştir. Fakat AB içerisinde bu vergi hakkında konsensüs oluşmadığı için henüz Birlik düzeyinde böyle bir vergi uygulamaya konamamıştır. Bunun üzerine bazı üye devletlerin ve Türkiye'nin tek taraflı vergiler koyduğu görülmüş, bu vergilerin çoğunlukla kendi şirketlerini hedef aldığını gören ABD ise Fransız ürünleri başta olmak üzere gümrük uygulamak için kolları sıvamıştır. Tek taraflı konan vergiler henüz başlangıç aşamasında olmasına rağmen uluslararası *vergi savaşlarını* başlatmıştır.

Türkiye'de uygulanmaya başlanan DHV, kısmen AB'nin önerdiği sisteme benzemekle beraber ciddi farklara da sahiptir. Özellikle 2019 yılı başında dijital reklam hizmetleri üzerinde uygulamaya konan %15'lik stopaj uygulaması ile birlikte düşünüldüğünde, ciddi bir sistem karmaşası ve çifte vergilendirme problemi

oluşması muhtemeldir. Vergi oranı ve vergi güvenliğine ilişkin alınan önlemler ciddi tartışılacak sorunlardandır. Bu konular hususunda yeni çalışmalar yapılması elzem görölmektedir. Kısa vadede 476 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile yürürlüğe konan stopaj uygulamasının kaldırılması gerektiği düşünölmekte, uzun vadede ise vergi sisteminin bütönsel olarak dijital çağa uygun hale getirilmesi için çalışılması önerilmektedir. Bu, her ne kadar, uluslararası mutabakatı ve vergi anlaşmalarının güncellenmesini gerektirdiği için zor olsa da en doğru çözüm yoludur.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- BBC NEWS, “US threatens tax on champagne and French cheese” (*BBC* 2019) <<https://www.bbc.com/news/business-50636521>> Erişim Tarihi 10.12.2019.
- Bauer M, *Five questions about the digital services tax to Pierre Moscovici* (ECIPE Occasional Paper No. 04/2018 European Centre for International 2018).
- Becker J ve English J, “EU Digital Services Tax: A Populist and Flawed Proposal” (Kluwer Tax Blog 16.03.2018) <<http://kluwertaxblog.com/2018/03/16/eu-digital-services-tax-populist-flawed-proposal/>> Erişim Tarihi 19.12.2019.
- Bloomberg, “Europe’s Digital Tax Is a Bad Idea” (*Bloomberg* 11.04.2018) <<https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2018-04-11/europe-s-digital-tax-is-a-bad-idea>> Erişim Tarihi 01.12.2019.
- CFE Tax Advisers Europe, *Opinion Statement FC 1/2018 on the European Commission proposal of 21 March 2018 for a Council Directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services* (Opinion Statement 2018).
- Clifford Chance, *Missing the Target? The Surprising Scope of the Proposed New EU Digital Services Tax* (Clifford Chance LLP 2018).
- Cockfield A, “A digital-tax war is coming to a galaxy not so far, far away.” (The Globe and Mail, 11.03.2019) <<https://www.theglobeandmail.com/opinion/article-a-digital-tax-war-is-coming-to-a-galaxy-not-so-far-far-away/>> Erişim Tarihi 16.12.2019.
- Council of the European Union, “Digital Taxation” (*Consilium Europe* 2019) <<https://www.consilium.europa.eu/en/policies/digital-taxation/>> Erişim Tarihi 20.12.2019.
- Council of the European Union, *Proposal for a Council Directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services* (ECOFIN 2018).
- Cui W, “The Digital Services Tax: A Conceptual Defense” (*Papers SSRN* 2018) <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3273641> Erişim Tarihi 14.12.2019.
- Cui W ve Nigar H, *The Digital Services Tax as a Tax on Location-Specific Rent* (CESIFO Working Paper Series No. 7737 2019).
- Çalışkan N, “Yüzde 7.5’lik Dijital Hizmet Vergisi, kimi nasıl etkileyecek?” (*Habertürk* 24.10.2019) <<https://www.haberturk.com/dijital-hizmet-vergisi-kimi-nasil-etkileyecek-haberler-2534003-teknoloji>> Erişim Tarihi 30.12.2019.
- Durdu M, “Türkiye’de Sosyal Medya İşletmelerinin Vergilendirilmesi” (2019) 10(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 470-488.
- Erkan M, “Dijital servislere vergi, rekabeti güçlendirecek” (*Dünya* 03.11.2019) <<https://www.dunya.com/sirketler/dijital-servislere-vergi-rekabeti-guclendirecek-haberi-456300>> Erişim Tarihi 29.12.2019.
- European Commission, *A Fair and Efficient Tax System in the European Union for the Digital Single Market*, (European Commission 2017).
- European Commission, *Commission Staff Working Document Executive Summary of the Impact Assesment* (European Commission 2018).
- European Commission, *Digital Taxation: Commission proposes new measures to ensure that all companies pay fair tax in the EU* (European Commission 2018).
- European Commission, *Proposal for a council directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services* (European Commission 2018).
- European Council, *Leaders Agenda* (European Council 2018).

- European Union, Talinn Digital Summit Conclusion of the Prime Minister of Estonia Juri Ratas (Talinn 2017).
- Fuchs C, *The online advertising tax: A digital policy innovation* (CAMRI Policy Briefs No. 1 2018).
- Güvendi SA, 'Dijital Ekonominin Vergilendirilmesine Karşılaşılan Sorunlara Çözüm Yolu Olarak Dijital Hizmet Vergisi ve Türkiye Açısından Değerlendirilmesi' (2020) Mart (463) Vergi Dünyası Dergisi 50-61.
- Hufbauer GC ve Lu Z, *The European Union's Proposed Digital Services Tax: A De Facto Tariff* (PIIE Policy Brief 2018).
- IMF, *Corporate Taxation in the Global Economy*, (IMF Policy Paper 2019).
- Kılıç B, 'Dijital Hizmet Vergisi: Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme' (2020) Temmuz (467) Vergi Dünyası Dergisi 137, 149.
- Lexology, "Digital Services Tax: Overview of the progress of implementation by EU Member States" (Lexology 2019) <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b2f512f2-3244-4a4f-880e-1bae4ff85ed9>> Erişim Tarihi 25.12.2019.
- Mason R, "The Digital-Tax Proxy War" (Medium 03.12.2018) <<https://medium.com/@ProfRuthMason/the-digital-tax-proxy-war-1f618a0f8d43>> Erişim Tarihi 25.12.2019.
- Nugroho AD, "The Salad Days of the EU Digital Services Tax" (2019) 1(2) Indonesian Law Review, 82, 92.
- OECD, *Addressing The Tax Challenges of The Digital Economy* (OECD Publishing 2014).
- OECD, *Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy* (OECD Publishing 2019).
- Olbert M ve Spengel C, *Taxation in The Digital Economy: Recent Policy Developments and The Question of Value Creation*, (ZEW Discussion Papers 2019).
- Özmen E, "Dijital Hizmeti Vergisi Nedir?" (Medium 23.10.2019) <<https://medium.com/malim%C3%BC%C5%9Favir-evren-%C3%B6zmen/dijital-hizmet-vergisi-nedir-f04f4b3d2393>> Erişim Tarihi 30.12.2019.
- Öztürkler K, "Dijital Hizmet Vergisi ve Sonrası" (Bloomberght 26.11.2019) <<https://www.bloomberght.com/dijital-hizmet-vergisi-ve-sonrasi-2238768>> Erişim Tarihi 30.12.2019.
- Regulatory Scrutiny Board, *Regulatory Scrutiny Board Opinion* (Council of the European Union, 2018).
- Rençber A, 'Dijital Hizmet Vergisi İlk İzlenimler, Sorun ve Sorunsallar' (2020) Ocak (376) Vergi Sorunları Dergisi 27-32.
- Reuters Business News, "Nordic countries oppose EU plans for digital tax on firms' turnover" (Reuters 01.06.2018) <<https://uk.reuters.com/article/uk-eu-digital-tax/nordic-countries-oppose-eu-plans-for-digital-tax-on-firms-turnover-idUKKCN1IW333>> Erişim Tarihi 05.12.2019.
- Saraçoğlu F. ve Kahraman B, 'Dijital Hizmet Vergisi Üzerine Değerlendirmeler' (2020) Ocak (376) Vergi Sorunları Dergisi 9-17.
- Schmidt HSN et al, *The Proposed EU Digital Services Tax: Effects on Welfare, Growth and Revenues* (Copenhagen Economics 2018).
- Simmonds L ve Weber D, *The European Commission's Digital Services Tax Proposal: a policy and legal evaluation* (Universiteit Van Amsterdam 2018).
- Sözcü, ABD: "Türkiye'ye dijital hizmet vergisi nedeniyle soruşturma açabiliriz" (Sözcü 03.12.2019) <<https://www.sozcu.com.tr/2019/ekonomi/abd-turkiyeye-dijital-hizmet-vergisi-nedeniyle-sorusturma-acabiliriz-5485943/>> Erişim Tarihi 29.12.2019.

TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu, *Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, Esas No: 2/2312, Karar No: 15* (TBMM 2019).

Ülkü YE, ‘Dijital Hizmet Vergisi Uygulama Genel Tebliği: Genel ve Kapsamlı Değerlendirmeler’ (2020) Nisan (379) Vergi Sorunları Dergisi 86-97.

Yavaşlar FB, ‘Dijital Hizmet Vergisi’ (2020) Şubat (377), Vergi Sorunları Dergisi, 9-20.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 18.02.2020
Revizyon Talebi: 20.03.2020
Son Revizyon: 21.01.2021
Kabul: 21.01.2021

Kamu Görevlilerinin Politik Davranışlarını Biçimlendirmede Yasal Düzenlemelerin Zorlayıcı Etkilerinden Yararlanmak: Hatch Kanunu Örneği

Oktay Koç* , Abdullah Kiray** , Osman Abdullah Günaydın*** 

Öz

Çalışma, kamu görevlilerinin yansızlıklarını tesis etme ve bu anlamda politik davranmalarına mani olma bakımından yasal düzenlemelerin etkilerini araştırmak üzere tasarlanmıştır. Bu çalışmayı motive eden temel gerekçe; özellikle kamu görevlilerinin partizanca hareket etmelerinin veya daha yumuşak bir ifade ile kamu görevlilerinin politik davranma eğilimlerinin ortaya çıkabilmesi ve bunlara karşı mutlaka bir tedbirin alınması gerektiğine ilişkin temel varsayımlardır. Çünkü kamu görevlilerinin, özellikle politikaları uygulama yönüyle güçlü bir yanlarının olduğu ve bu anlamda seçmenleri etkileyebilecek avantajlara sahip oldukları ileri sürülmektedir. Gerçekten de siyaset-idare ayrımının kamu yönetimi alanında oldukça belirleyici etkisi olduğu ileri sürülebilir. Bu kapsamda idarecilere çoklukla sadece politikaların uygulanması bakımından bazı rollerin verildiği ve politik açıdan yansız olmalarını sağlayacak bazı tedbirlerin alındığı bilinmektedir. Bu tedbirlerin en bilindik olanlarından biri Amerikan Hatch Kanunu'dur. Hatch Kanunu; federal, eyalet ve yerel idarelerde çalışanların, politik yansızlıklarını tesis etmede bir kurumsal düzen oluşturmuştur. Bu düzenin oluşturulması ve sürdürülmesinde birtakım zorlayıcı önlemlerin de kanunla tesis edildiği ifade edilebilir. Analiz için, belirli arşiv belgeleri ve diğer ilgili metinler açık kaynaklar (yasal belgeler ve internet kaynakları) vasıtasıyla veri olarak toplanmıştır. Veri toplandıktan sonra araştırma sorularına uygun cevapların bulunması için içerik analizi tekniği kullanılmıştır. Çalışmanın potansiyel katkıları çok yönlüdür. Öncelikle, kamu görevlilerinin siyasi veya partizan davranışları veya faaliyetleri hem genel olarak ve hem de spesifik olarak Hatch Kanunu kapsamında tanımlanmıştır. Ayrıca kamu görevlilerinin politik davranışlarının engellenmesinde yasal düzenlemelerin zorlayıcı etkileri, bunun için oluşturulan aktör ve mekanizmalar ile uygulamada üretilen çıktılar gibi meseleler etraflı olarak ortaya konmuştur. Bunların yanı sıra, bu tür kurumsal düzenlerin sürdürülmesine de açıklık getirilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Siyaset-idare ayrımı, Politik yansızlık, Kurumsal düzenlemeler, Zorlayıcı etki, Hatch kanunu

Taking the Advantage of the Coercive Effects of Legal Arrangements in Shaping Public Servants' Political Behaviors: The Case of the Hatch Act

Abstract

The aim of this study is to investigate the effects of legal arrangements in terms of providing neutrality for public servants, and in this essence hindering them from behaving politically. The main rationale motivating this study is basic propositions about the possible political behaviors of public servants and the necessities of avoiding such behaviors. In fact, it can be assumed that the politics-administration dichotomy has an incredibly deterministic effect in the public administration

* **Sorumlu Yazar:** Oktay Koç (Doç. Dr.), Kocaeli Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Kocaeli, Türkiye, E-posta: oktay.koc@kocaeli.edu.tr ORCID: 0000-0002-0612-6929

** Abdullah Kiray, (Dr, Öğr. Üyesi), Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, İşletme Bölümü, E-posta: akiray@comu.edu.tr ORCID: 0000-0003-1734-8364

*** Osman Abdullah Günaydın, (Dr.), Kocaeli Valiliği, E-posta: osmngnydn1962@gmail.com ORCID: 0000-0003-3797-9868

Atf: Koc O, Kiray A ve Gunaydin OA, "Kamu Görevlilerinin Politik Davranışlarını Biçimlendirmede Yasal Düzenlemelerin Zorlayıcı Etkilerinden Yararlanmak: Hatch Kanunu Örneği" (2020) 78(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1989. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.4.0009>



field. In this scope, some roles have mostly been given to public administrators in terms of just implementing policies and some measures have been taken for providing administrators' political neutrality. One of the best-known of these measures is the Hatch Act in the USA. The Hatch Act has been built as an institutional order in providing political neutrality of federal, state and local employees. It can also be expressed that several coercive measures were established for building and maintaining this order. For analysis, specific archive documents and other relevant texts were collected by using open sources (i.e. legal documents and internet resources). After collecting data, the content analysis technique was used to find appropriate answers for the research questions. This study's potential contributions are manifold. Firstly, it defines political or partisan behaviors or activities of public servants in general and more specifically in the scope of the Hatch Act to some extent. Besides this, many issues such as the coercive effects of legal arrangements in hindering political behavior of public servants, established actors and mechanisms for this aim and produced outcomes in implementation have been put forth in detail. Along with these it also clarifies the maintenance of such institutional orders.

Keywords

Politics-administration dichotomy, Political neutrality, Institutional arrangements, Coercive effect, The Hatch act

Extended Summary

In the case of democratic development and maturity, reformed bureaucracies may also be expected to work in a way which contains their discreetness, trustfulness, objectivity and soul of professionalism and at the same time they have to be responsive and accountable to the governments that come to power by democratic elections. Yet in the face of unsuccessful administrators in doing that, many law-makers from various countries tend to legislate against those administrators for restraining them from behaving in a partizan way and ensuring that they are neutral in providing public services. For this aim they made some reforms and established new institutional orders.

The current study was conducted to understand and explain the critical issues associated with the American Hatch Act, which is provided as such an institutional order, using documents that were collected by reviewing archives. The main rationale motivating such a study is basic propositions about the possible political behaviors of public servants and the necessities of avoiding such behaviors because public servants may have some powerful aspects on account of implementing public policies and in this sense they create some advantageous situations for policy makers by affecting voters. If it is really true, it would also be plausible to make some coercive legal arrangements, which are particularly effective in arranging actors' behaviors, to guarantee public servants' impartiality. The Hatch Act investigated in the scope of this study has been understudied to date, although it is accepted as one of the institutional arrangements that aim to make public servants neutral.

With the current study, issues such as what sort of institutional order is established for American public servants, what is the main requirement for this type of order, what kind of coercive mechanisms and actors are created in this meaning, what type of implementations are created for this aim, why are some amendments in the Hatch Act realized during time and finally whether Hatch Act produce desired aims, in the scope of the American Hatch Act have been addressed in detail. To this end, we conducted a qualitative study by using the Hatch Act as a case. In doing so, this study provides some insights into the requirements of public servants' neutrality while producing and providing public services. Furthermore it also provides some clues towards creating institutional orders, which aim to constrain first and then shape the behaviors (especially political) of public servants, by illuminating the processes of such an order from the USA. For analysis, we collected specific archive documents and other relevant texts by using open sources (i.e. legal documents and internet resources) and in some cases limited documents are provided by incumbents of the special council. After collecting data we used the content analysis technic to find apposite answers for our research questions. During this process we processed all of our data by using qualitative coding.

This study's potential contributions are manifold. First it defines political or partizan behaviors or activities of public servants in general and more specifically in the scope of the Hatch Act to some extent. Secondly it illuminates and explains common socio-cultural infrastructure or background, aims and scope of institutional orders such as those created by the Hatch Act which aim to ensure public servants' neutrality. In this way, it also paves the way for making very clear rationales of acts such as the Hatch Act. In addition to these it sheds lights on the legal processes, penalties and other implementations of the Hatch Act by providing some cases. More over, it provides concrete examples of the mechanisms and other actors aiming to facilitate and realize the implementation of the Hatch Act. Along with these it also clarifies the maintenance of such institutional orders.

Kamu Görevlilerinin Politik Davranışlarını Biçimlendirmede Yasal Düzenlemelerin Zorlayıcı Etkilerinden Yararlanmak: Hatch Kanunu Örneği

I. Giriş

Demokrasilerin tam anlamıyla kurulup yerleşmeleri halinde, reform geçirmiş bürokrasilerin de belli bir ayrıklık, güvenilirlik, nesnellik ve profesyonelizm ruhuyla işlemeleri ve aynı zamanda kendilerini otoriter liderlerin baskısından kurtaran demokratik seçimlerle iş başına gelmiş hükümetlere karşı, sorumlu ve hesap verebilir olmaları da beklenir¹. Aslında politikacıların, örtük olmayan değer tercihlerini içeren bir dizi faaliyetleri politika üretme; idarecilerin ise, bürokratik uzmanlık olarak da isimlendirilen uzmanlık bilgilerini kullanarak formüle edilmiş politikaları somut sonuçlara dönüştürme işlevleri bakımından birbirinden açık bir şekilde ayrıldıkları da bilinmektedir². Ancak idareci veya daha genel olarak kamu görevlilerinin politik davranışları veya politik kampanyalara katılma veyahut da taraf olma yönelimleri veya arayışları da ilginç bir şekilde devam edegelmiş ve hatta yer yer önerilmiştir³. Bunun karşısında farklı ülkelerin, kamu görevlilerini partizan hareket etmekten alıkoymak veya yansız olmalarını tesis etmek amacıyla çeşitli yasal düzenlemeler yaptıkları ve buna dönük reformlar gerçekleştirdikleri, yeni kurumsal düzenler oluşturdukları bilinmektedir⁴.

Aslında böylece davranışı biçimlendirmede, geniş bir kültürel çerçeve olarak yasal düzenlemelerin zorlayıcı (coercive) ve yapılandırıcı etkilerinden yararlanma gereği ortaya çıkmıştır⁵. Böylece kamu idarelerinden ücret alan görevlilerinin, politik davranma eğilimleri belirli bir düzene sokularak aslında seçmen davranışlarını etkilemelerinin veya belirli bir politik kesime yarar veya avantaj sağlarken, diğerlerini dezavantajlı veya müşkül durumuna düşürmelerinin önüne geçilmeye çalışılmıştır⁶. Bürokratların -olası- politik faaliyetlerinin, politikacılar ile seçmenler arasında iletişimi tesis etmenin bir formu olabileceği düşünüldüğünde⁷, böylesi yasal

¹ Haile K. Asmerom ve Elisa P. Reis, 'Introduction' iç Haile K. Asmerom, Elisa P. Reis (edr), *Democratization and Bureaucratic Neutrality* (St. Martin's Press, New York 1996) 3-17.

² Tansu Demir ve Ronald C. Nyhan, 'The Politics-Administration Dichotomy: An Empirical Search for Correspondence between Theory and Practice' (2008) 68(1) *Public Administration Review* 81,96.

³ Demir ve Nyhan (n 2) 81,96; Patrick Overeem, 'The Value of The Dichotomy: Politics, Administration, and The Political Neutrality of Administrators' (2005) 27(2) *Administrative Theory&Praxis* 311,329.

⁴ Jean Guillaume Forand ve Gergely Ujhelyi, 'Don't Hatch The Messenger? On the Desirability of Restricting the Political Activity of Bureaucrats' (2018) Working Paper, <www.uh.edu/~gujhelyi/hatcha.pdf> Erişim Tarihi 12 Haziran 2019

⁵ Mark C. Suchman ve Lauren B. Edelman, 'Legal rational myths: The new Institutionalism and the Law and Society Tradition' (1996) 21(4) 903,941.

⁶ James S. Bowman ve Jonathan P. West, 'To "Re-Hatch" Public Employees or Not? An Ethical Analysis of Relaxation of Restrictions on Political Activities in Civil Service' (2009) 69(1) *Public Administration Review* 52,63.; Forand ve Ujhelyi (n 4) 2018; Dalmas H. Nelson, 'Political Expression under the Hatch Act and the Problem of Statutory Ambiguity' (1958) 2(1) *Midwest Journal of Political Science* 76,88 1958.

⁷ Forand ve Ujhelyi (n 4)

düzenlemelerin açık, otoriteye dayalı ve zorlayıcı etkilerinden⁸ yararlanma arzu ve arayışının oldukça anlamlı ve yararlı olabileceği ileri sürülebilir. Bu hususa kurumsal bir lensle bakıldığında; “yasal düzenlemeler veya başkaca yollarla oluşturulan kurumların (institutions), aktör eylem(ler)i üzerinde sınırlama ve kısıtlama oluşturmada dahil olmak üzere, eylemde bulunma açısından kaynaklar ve kılavuzluk sağladığı ifade edilebilir⁹. Bununla birlikte onların, “dünya sisteminden kişiler arası etkileşime kadar çoklu düzeylerde işledikleri de” belirtilmelidir¹⁰. Uygulamada; kodlar, kurallar, kanunlar, teamüller şeklinde isimlendirilen ancak teoride kurumsal düzenleme olarak ifade edilen geleneksel otoriter kurallar, soyut, belirleyici ve düzenlemeye muhatap olanlar yönüyle de uyumu zorlayıcı görülmüşlerdir¹¹. Doğrusu bu kurallar ile ürettikleri değerlerin, zorlayıcı etkileri münasebetiyle bireysel veya örgütsel aktörlerin davranışlarını kontrol altına alarak belirli bir düzene kavuşturduğu, neyin yapıp neyin yapılamayacağını özellikle belirlediği ve böylece herhangi bir şekilde aktörlerin kurumsal düzenlemenin kontrolünden çıkmalarına müsaade etmediği¹²; kontrolden çıkmaya eğilimli olanlar içinse disipline edici yönleri (cezalar) itibariyle biçimlendirici ve men edici etkiye sahip oldukları ileri sürülebilir¹³. Böylece geniş çevredeki kurumsal beklentilerin, örgüt kültürü ve bireylerde ete kemiğe bürünerek davranışı kısıtlayabileceği de ifade edilebilir¹⁴.

Mevcut çalışma; böyle bir düzeni sağlayan Amerikan Hatch Kanunu’nun oluşum ve tatbikatına ilişkin kritik hususların anlaşılması ve açıklanması amacıyla arşiv araştırmasına dayalı belgelerin incelenmesi zemininde gerçekleştirilmiştir. Böyle bir çalışmayı motive eden temel gerekçe; özellikle kamu görevlilerinin partizanca hareket etmelerinin veya daha yumuşak bir ifade ile kamu görevlilerinin politik davranma eğilimlerinin ortaya çıkabilmesi ve bunlara karşı mutlaka bir tedbirin alınması gerektiğine ilişkin temel varsayımlardır¹⁵. Zira kamu görevlilerinin özellikle politikaları uygulama yönüyle güçlü bir yanlarının olduğu ve bu anlamda seçmenleri etkileyerek ilgili politikaları geliştirenler açısından avantajlı (zaman zaman da ters

⁸ Suchman ve Edelman (n 5) 903,941.

⁹ W. Richard Scott, *Institutions and Organizations* (Sage, Thousand Oak 2001) 103,115; Patricia H. Thornton, Ocasio William, and Michael Lounsbury, *The Institutional Logics Perspective* (Oxford University Press, Oxford 2012)

¹⁰ Walter. W. Powell ve Claus Rerup, ‘Opening the Black Box: The Microfoundations of Institutions’ iç Royston Greenwood, Christine. Oliver, ve Thomas B. Lawrence (edr) *The SAGE Handbook of Organizational Institutionalism* (SAGE Publications Ltd, 2017) 311-335.; Scott (n 9) 103,105.

¹¹ Zahn Bozanic, Mark W. Dirmsmith, ve Steven Huddart, ‘The Social Constitution of Regulation: The Endogenization of Insider Trading Laws’ (2012) 37(7) *Accounting, Organizations and Society* 461,481.

¹² Marc R. Tool, ‘The Theory of Instrumental Value: Extensions, Clarifications’ iç Marc R. Tool (edr), *Institutional Economics: Theory, Method, Policy* (Kluwer Academic Publishers, Boston 1993) 119,159.; Scott (n 9) 103,105.

¹³ Thomas B. Lawrence ve Roy Suddaby, ‘Institutions and Institutional Work’ iç Stewart R. Clegg , Cynthia Hardy, Thomas B. Lawrence ve Walter R. Nord (edr), *Handbook of Organization Studies* (Sage, London 2006) 215,254.

¹⁴ Powell ve Rerup (n 10) 103, 105.

¹⁵ Asmerom ve Reis (n 1) 3,17.; Owen E. Hughes, *Public Management and Administration* (Palgrave-macmillan, New York 2003); O’Toole Jr, J. Laurence, ‘Doctrines and Developments: Separation of Powers, the Politics-Administration Dichotomy, and the Rise of the Administrative State’ (1987) 47(1) *Public Administration Review* 17,25.; Overeem (n 3) 311,329.

etki yaratacak şekilde) durumlar ortaya çıkarabildikleri ileri sürülmektedir¹⁶. Eğer gerçekten böyle ise, kamu kaynaklarından ücretlerini almaları söz konusu olan kamu görevlilerinin yansızlıklarını temin etmek açısından zorlayıcı birtakım yasal düzenlemelerin yapılması, özellikle bu gibi kurumsal düzenlemelerin aktörlerin davranışlarını düzenlemeleri münasebetiyle haklı görünmektedir¹⁷. Çalışmanın kendi ölçeğinde incelediği Hatch Kanunu böylesi bir kurumsal düzeni, sosyal ve kültürel bağlamı¹⁸ üretmek bürokratik aktörlerin davranışlarını kısıtlayıp düzenleyen ve biçimlendiren, nihayet onları yansız kılmaya dönük kurumsal düzenlemelerden birisi olarak kabul edilmekte ise de¹⁹ hakkında çok fazla çalışma yapılmamıştır²⁰. Mevcut çalışma ile; Hatch Kanunu kapsamında, Amerikan kamu görevlileri için nasıl bir kurumsal düzen oluşturulduğu, buna neden gerek duyulduğu, bu anlamda ne gibi zorlayıcı mekanizmalar ve aktörler oluşturulduğu, bunların tatbikatta ne gibi karşılıklarının olduğu, zaman içerisinde Hatch Kanunu'nda yapılan düzenlemelere (esnekliklere) neden ihtiyaç duyulduğu ve nihayet Hatch Kanunu'nun arzu edilen sonuçları üretip üretmediği hususları, bu çalışmada etraflı olarak ele alınmış ve elde edilen bulguların sunumu gerçekleştirilmiştir.

II. Siyaset-İdare Ayrımı Kapsamında Kamu Görevlilerinin Yansızlığı

Siyaset-idare arasındaki ilişkilerin karmaşıklığı konusunda 1880lerden bugüne ciddi tartışmalar yapıldığı bilinmektedir²¹. 1930larda ana akıma yerleşen bu çalışmalarda, Wilson ve Goodnow gibi kamu yönetiminin iki önemli öncüsünün önemli yer tuttuğu, 1950lerde Simon'ın geliştirdiği değer-olgu ayrımı ile yeni bir mecraaya aktarıldığı ve daha sonraları Reford'un kavramlaştırdığı "asılı demokrasi" kavramı ile de tartışmanın farklı bir boyuta geçtiği ileri sürülebilir²². Bu gibi ayrımların temel amacı, aslında Wilson'un²³ da açık bir şekilde temas ettiği üzere "bürokratik sistemin, siyasi etkilerden arındırılmasıdır"²⁴. Doğrusu, idarenin siyasetten ayrı olduğunu işaret eden Wilson'ın modelinin, siyaset ile idare arasında bir hiyerarşik ilişki olduğunu varsaydığı da ifade edilmelidir²⁵. Svava da aynı kapsamda siyasetçiler (partizan ve mesul) ile

¹⁶ Forand ve Ujhelyi (n 4)

¹⁷ Benoît Demil, ve Jabril Bensédine, 'Processes of Legitimization and Pressure toward Regulation: Corporate Conformity and Strategic Behavior' (2005) 35(2) International Studies of Management & Organization 56,77.

¹⁸ John W. Meyer ve Brian Rowan, 'Institutionalized Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony' (1977) 83(2) American Journal of Sociology 340,363.

¹⁹ O'Toole (n 15) 17,25.

²⁰ Alysia J. Brown, 'Public Employee Political Participation: Hatch Acts in the Federal and State Governments' (2000) 2(2) Public Integrity 105,120.

²¹ Demir ve Nyhan (n 2) 81,96; James H. Svava, 'Dichotomy and Duality: Reconceptualizing the Relationship Between Policy and Administration in Council-manager Cities' (1985) 45 Public Administration Review 221,232.

²² Svava (n 21) 221,232.

²³ Wilson Woodrow, 'The Study of Administration' (1887) 2(2) Political Science Quarterly 197,222.

²⁴ Wilson'ın geliştirdiği modelin bu kadar uzun süre dayanmasının Svava'ya (1985) göre iki temel nedeni vardır: Öncelikle model, seçilmişlerle idareciler arasındaki ilişkiyi tanımlamada kısmen tutarlıdır. İkinci olarak model, davranışın uygunluğu açısından demokratik kurama yerleşen bir normatif zemin sağlamaktadır.

²⁵ Demir ve Nyhan (n 2) 81,96; Pranab Kumar Panday, 'Bureaucracy and Politicians: Dynamics and Challenges' iç Ali Farazmand (edr), *Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy, and Governance* (Springer. Cham 2017) 1,5.

idareciler (partizan olmayan, yansız ve bilimsel) arasındaki mutlak farklılığın, farklı faaliyet alanlarına katı bir şekilde bölünmüş olmaları ve idarecilerin açık bir şekilde siyasetçilerin astı olmasından kaynaklandığını ileri sürer²⁶. Ancak her ne olursa olsun bu ayrımın en yalın haliyle politika yapma süreçlerine, seçilmişleri politik değer ve çıkarların egemen temsilcisi olarak ve atanmışları ise, temel odağı verimlilik olan politika tatbik edici astlar olarak uygun katkıları ile görelî rolleri kapsamında dahil etmeye yöneldiği ileri sürülebilir²⁷. Bu kapsamda Wilson²⁸ ise, “siyaseti büyük ve evrensel bir devlet faaliyeti olarak görürken; idareyi, bireysel düzeyde ve küçük şeylerde devletin işlemesi olarak kabul eder. Bu nedenle o siyaseti, devlet adamlığının özel bir alanı; idareyi ise, teknik memurlar olarak tanımlar. Ona göre, siyaset; idare olmadan hiçbir şey başaramaz, ancak idare böyle bir bağımlılığa sahip olmadığı için siyaset değildir.”

Bu noktada birçok çalışmaya imza atan Svava'nın²⁹ söylediklerine bakılırsa, siyaset-idare ayrımının iki yönü olmalıdır: Bunlardan birincisi, Overeem'e de³⁰ atfen izah ettiği, “idarecilerin genel olarak partizan siyasete ve özel olarak da seçimlere dahil olmamasını” ifade ederken; diğeri, “siyasetçilerin, idari konulara dahil olmaması, müdahale etmemesini” izah etmektedir. Mevcut çalışmada üzerinde durulan husus, esas itibarıyla idarecilerin siyasi alana dahil olmamaları, siyasi açıdan taraf olmamaları (yansızlıkları) olduğundan, Overeem'in de vurguladığı ilk varsayıma daha fazla odaklanmak gerektiği ifade edilmelidir. Burada taraf olmama veya yansızlıktan kasıt; “kamu çalışanlarının ve faaliyetlerinin, partizan olmaması, apolitik olması ve herhangi bir özel politik gündemden uzak olmasıdır”³¹. Benzeri şekilde Hughes³² de kamu idarecilerinin anonim ve yansız kalmaları, parti politikaları söz konusu olduğunda partizanlık yapmamaları ve her kim olursa olsun politik liderlere eşit şekilde hizmet etmeleri gerektiğini ileri sürmektedir. Bununla birlikte o biraz daha ileri giderek, seçilmiş bir hükümetin arzularını yerine getirmek veya buna dair görüş bildirmenin ötesinde ve üstünde olarak “millete hizmet etmenin” akla yatkın bir ilke olduğunu da ifade etmektedir. Bu açıdan siyaset idare ayrımı; politikaya ve siyasaya dahil olmadan kamu idaresinin yansız ve yetkin bir idari kol olması ve tek başına faaliyet gösterdiği anlayışına binaen kamu idaresi için meşrulaştırıcı bir rol de oynar³³.

²⁶ James H. Svava, ‘Complementarity of Politics and Administration as a Legitimate Alternative to the Dichotomy Model’ (1999) 30(6) *Administration&Society* 676,705.

²⁷ Panday (n 25) 1,5.; Svava (n 21) 221,232.

²⁸ Wilson (n 23) 197,222.

²⁹ James H. Svava, ‘Forum: Complexity in Political-Administrative Relations and the Limits of the Dichotomy Concept’ (2006) 28(1) *Administrative Theory&Praxis* 121,139.

³⁰ Overeem (n 3) 311,329.

³¹ Demir ve Nyhan (n 2) 81,96.

³² Hughes (n 15)

³³ Orion C. McSwite, *Legitimacy in Public Administration: A Discourse Analysis* (Sage, Thousand Oaks 1997).

Aslında genel olarak bakıldığında, bürokratların siyaseten yansız olmaları meselesi, bazı yazarlarca³⁴ siyaset-idare ayrımının “hemen hemen zaruri” bir bileşeni olarak ele alınmaktadır. Ancak bazı yazarlar³⁵, daha iddialı bir şekilde siyaset-idare ayrımı olmasa bile, herhangi bir politik üste verilen tarafsız ve şahsi olmayan hizmet cihetiyle bürokratların yansızlığının tesis edilebileceğini ileri sürmektedirler. Bu açıdan Overeem³⁶ idareyi politik olarak yansız tutabilmek için, öncelikle onun (kavramsal olarak) ayrıştırılması ve sonra da partizan siyasetten (tatbiki olarak) uzak tutulması gerektiğini ifade etmektedir. Svava³⁷ ise, -ayrım olup olmadığına bakılmaksızın- siyaset ve uygulamayı da içeren karar almada idari yansızlığı tesis etmek için; zorlamanın, yönlendirmenin, öncelikliğin ve müdahale etmenin söz konusu olmaması gerektiğini ifade etmektedir. Doğrusu bu anlamda yansızlığın, demokrasinin pozitif bir bileşeni ve onu korumaya dönük bir etmen olduğu da ileri sürülmektedir³⁸.

Kendi bağlamında bu açıdan oldukça hassas ve hayati görünen yansızlığın gerçekleştirilmesinin yolu ise, “idarenin demokratik denetimi ve hukukun üstünlüğü ilkesi olarak görülmektedir. Doğrusu bu ifade, politikanın politikacılar tarafından yapılmasını ve idareciler tarafından uygulanmasını esas almaktadır. Böylesi koşullar altında idarenin, takdir hakkı sahibi olması beklenecek ve hatta buna müsaade edilecektir”³⁹. Aslında idarecilere tanınan bu geniş alanın sınırları, Wilson’ın⁴⁰ “idarecilerin büyük güç tatbik etmeleri, ancak bunu politika oluşturma alanına taşımamaları gerektiğine” ilişkin ifadesi ile çizilmiştir. Svava⁴¹, idarecilerin kendi sahalarında kalmaları (veya seçilmişlerden yalıtılmaları) hususunun gerekçesini; özellikle yolsuzlukların önlenmesi ve aynı zamanda seçilmişlerin idari detaylara müdahale etmeleri ile ortaya çıkacak olan etkisiz sonuçlardan kaçınılması olarak belirler. Aslında siyasi ve idari mesuliyetlerin ayrımı, politikaların başarılı bir şekilde formülasyonu ve tatbiki için *sine-qua-non*⁴² niteliğinde gereklidir⁴³. Yine Svava⁴⁴, siyaset-idare ilişkileri açısından geleneksel ayrımın dışında, 3 farklı model daha önermektedir: İdareci ve politikacıların müştereken politika yapma sürecine katıldıkları politik (sahada) karışma; denetimsiz bürokrasinin gücünü sınırlamak üzere yasa yapıcıların sınırlı da olsa pozitif olarak idari sahaya müdahalelerini ifade eden idari (sahada) karışma ve yeni dönemde ortaya çıkan anlayış doğrultusunda

³⁴ O’Toole (n 15) 17,25; Overeem (n 3) 311,329.

³⁵ Svava (n 29) 121,139.

³⁶ Overeem (n 3) 311,329.

³⁷ Svava (n 29) 121,139.

³⁸ Asmerom ve Reis (n 1) 3,17.

³⁹ Svava (n 21) 221,232.

⁴⁰ Wilson (n 23) 197,222.

⁴¹ Svava (n 21) 221,232.

⁴² “olmazsa olmaz”

⁴³ Panday (n 25) 1,5.

⁴⁴ Svava (n 21) 221,232.

idarecilere politika yapma sürecine aktif katılım şansı tanıyan, seçilmişler tarafından katı denetlenmemelerini esas alan ve politikacıların da geleneksel rollerini devam ettirdiği politik (sahada) denk aktörler olarak seçilmişler ve idareciler. Adı ne olursa olsun bütün bu tasarımlar, nihai bir noktada kamu yararı ve daha ötede kamu değerinin^{45,46} üretilmesi açısından geliştirilmiştir. Ancak adına ne olursa olsun bu modellerde, seçilmişler ile idarecilerin devletin genel çıkarı doğrultusunda birlikte çalışmalarının⁴⁷ ve birbirlerini tamamlamalarının gerektiği de ileri sürülmektedir⁴⁸. Bu kapsamda, özellikle yine Wilson'ın⁴⁹ deyimiyle “siyasetçilerin idarenin günlük işleyişine kendi çıkarları açısından doğrudan müdahale etmemeleri” en kritik nokta olarak öne çıkmakta ve nihayet bu anlayışla bürokratların yansızlığı tesis edilmeye ve “devlet idaresi” gerçekleştirilmeye⁵⁰ çalışılmaktadır. Böylece yansız çalışanlar olarak kamu görevlileri, Max Weber'in deyişiyle “*sine ira ac studio*”⁵¹ örgütsel hiyerarşinin üst katmanlarında yer alanlarca veya politikacılarca alınan politik kararları ancak icra ederler⁵². Ancak bazen güçlü seçilmiş karakterlerin olduğu hükümetlerde idarecilerin, seçilmişlerin çıkarlarını desteklemeye dönük olarak yansızlıktan ayrılacakları de ifade edilmektedir⁵³. Yine de birçok idarecinin, politikadan yalıtılmış profesyonel kamu idaresinin, politikaların tatbikine ilişkin sorumlulukları çok daha iyi yerine getirebileceğine inandığı ileri sürülebilir⁵⁴.

III. Kamu Görevlilerini Yansız Kılmada Zorlayıcı Uyum Mekanizması Olarak Yasal Düzenlemeler

Kanunları da içeren toplumsal kural sistemleri olarak kurumsal düzenlemeler,⁵⁵ sosyal ilişkileri belirleyen kurallar ve müşterek anlamlar şeklinde tanımlanmakla birlikte⁵⁶ kültürel-bilişsel, normatif ve düzenleyici unsurlardan meydana geldiği ifade edilmektedir⁵⁷. Johnson vd.⁵⁸ gibi Lawrence ve Suddaby⁵⁹ de böylesi kurumsallaşmış

⁴⁵ Mark Harrison Moore, *Creating Public Value: Strategic Management in Government* (Harvard University Press, London 1995)

⁴⁶ Kamu yararı ve kamu değeri kavramlarının karşılaştırılması ve farkları hakkında detaylı bir okuma için bkz: Barry Bozeman, *Public Values and Public Interest* (Washington, DC: Georgetown University Press 2007). 12-14

⁴⁷ Panday (n 25) 1,5.

⁴⁸ Svava (n 26) 676,705.

⁴⁹ Wilson (n 23) 197,222.

⁵⁰ Frank J. Goodnow, *Politics and Administration* (Macmillan, New York 1900)

⁵¹ “önyargı veya küçümseme olmaksızın”

⁵² Guy B. Adams ve Danny L. Balfour, ‘Public Service and Administrative Evil: Prospects and Problems’ iç H. George Frederickson ve Richard K. Ghore (edr), *Ethics in Public Management* (Routledge, London 2003) 114,139.

⁵³ Svava (n 29) 121,139.

⁵⁴ Demir ve Nyhan (n 2) 81,96.

⁵⁵ Suchman ve Edelman (n 5) 903,941.

⁵⁶ Neil Fligstein, ‘Social Skill and Institutional Theory’ (2001) 19(2) *Sociological Theory* 105,125.

⁵⁷ Scott (n 9) 103,115.

⁵⁸ Gerry Johnson, Stuart Smith ve Brian Codling, ‘Microprocesses of Institutional Change in the Context of Privatization’ (2000) 25(3) *Academy of Management Review* 572,580.

⁵⁹ Lawrence ve Suddaby (n 13) 215,254.

kuralların, özel durumlarda ortaya çıkacak olan davranışsal kodlarda işlenmiş olduğunu ve nihayet kurumsal norm ve rutinlerle davranış arasında karşılıklı bir etkileşimin bulunduğunu belirtirler. Bu anlamda kurumsal düzenlemelerin, bireysel ve kolektif aktörlerin duygu, düşünce ve davranışları üzerinde güçlü bir etkiye sahip oldukları⁶⁰ ve davranışı düzenlemekle birlikte sınırlandırdıkları da ileri sürülmektedir⁶¹. Powell ve Rerup'a⁶² göre, daha teknik olarak bu gibi etkiler, eylem olanaklarını biçimlendirerek ve davranışların değişimle sonuçlanıp sonuçlanmayacağını belirleyerek örgütsel ve bireysel çıkarlar ile arzuları yapılandırır. Ancak yine de yasal düzenlemelerin kendi kendilerini güçlendirebilen yapılar olmadıkları ve yeni bir yasal düzenleme yürürlüğe girdiğinde, ona muhatap olanların uyumunu neyin sağlayacağını ve hangi davranışların sergilenmesiyle uyumun gösterileceğinin belirlenmesi gerektiği de ileri sürülmektedir⁶³. Bu noktada, davranışsal anlamda aktörlerin sapma göstermesinin önünde, özellikle kurumların henüz yapılandırılması esnasında eklenilen bir parça olarak "caydırıcı" unsurların önemli bir engel olduğunu Lawrence ve Suddaby'nin⁶⁴ belirlemeleri doğrultusunda ifade etmek olanaklıdır. Onlara göre, aktörlerin kurumsal düzenin gerekliliklerinden sapmalarını engellemeye dönük olarak geliştirilen zorlayıcı tehditler, nihayet kurumlara bilinçli bir sadakati de gerektirecektir. Suchman ve Edelman⁶⁵ ise daha genel bir bakışla; devletin düzenleyici ajanları gibi güçlü dışsal aktörlerin talepleri doğrultusunda, böylesi bir etkinin ortaya çıkabileceğini ileri sürerler. Black'e⁶⁶ göre bu gibi düzenleme yapan ajanlar; sadece insanların yeni düzenlemeleri kabul etmelerini değil, düzenlemeler doğrultusunda davranışlarını değiştirmelerini de isterler. Dolayısıyla güçlü düzenleyici aktörler tarafından üretilen yasal normlar, kodlar ve düzenlemeler, nihayet bireysel aktörlerin davranışlarını değiştirme ve yönlendirmede oldukça etkilidir denmelidir.

Bu noktadan hareket ederek Scott⁶⁷, kurumsal kuram perspektifiyle kurumlara uyum açısından ana mekanizmanın zorlama olduğunu; davranışın ise, mevcut kural ve kanunlara uyum sağladığı düzeyde meşrulaştığını ifade etmektedir. Black⁶⁸ aynı şekilde meşruiyetin, -bütün düzenleyici rejimlerde- davranışı motive etme bakımından anahtar bir role sahip olduğunu ileri sürer. Daha genel olarak North⁶⁹ bu açıdan, modern toplumdaki düzenleyici kurallar ve kolluk mekanizmalarının ana kaynağını

⁶⁰ ibid 215,254.

⁶¹ Melissa E. Wooten, 'Institutional Constraints on the Pursuit of Racial Justice' (2016) 48 Research in the Sociology of Organizations 261,280.

⁶² Powell ve Rerup (n 10) 103,105.

⁶³ Lauren B. Edelman Christopher Uggen ve Howard S. Erlanger, 'The Endogeneity of Legal Regulation: Grievance Procedures as Rational Myth' (1999) 105(2) American Journal of Sociology 406,454.

⁶⁴ Lawrence ve Suddaby (n 13) 215,254.

⁶⁵ Suchman ve Edelman (n 5) 903,941.

⁶⁶ Julia Black, 'Constructing and Contesting Legitimacy and Accountability in Polycentric Regulatory Regimes' (2008) 2 Regulation&Governance 137,164.

⁶⁷ Scott (n 9) 103,115.

⁶⁸ Black (n 66) 137,164.

⁶⁹ Douglass C. North, 'Institutions' (1991) 5(1) The Journal of Economic Perspectives 97,112.

ulus devlet olarak belirler. Doğrusu, yasal düzenleme yapabilenleri de içeren bu gibi güçlü aktörler, yasal güçleri vasıtasıyla örgütsel ve bireysel aktörleri belirli bir şekilde hareket etmeye zorlarlar⁷⁰. Black'a⁷¹ kalırsa, devlet temelli düzenleyiciler, hukuki otoriteye dayanmak suretiyle insanları davranışta bulunma konusunda ancak motive edebilirler. Doğrusu ona göre bu gibi aktörler, meşruiyetlerini geniş bir yasal düzenden doğan pozisyonlarından ve anayasal düzenden alır ve böylece uyum ve değişim açısından bir motivasyon yaratırlar. Bu noktaya temas ederken North⁷² sosyal davranışları biçimlendirmede oldukça önemli biçimsel rollere sahip olduğunu ileri sürdüğü yasaların etkin olarak işlenmesi için, onları besleyen ve zorlayıcılık maliyetini azaltan biçimsel olmayan (gelenekler ve davranış normları gibi) sınırlandırmalarla tamamlanması gerektiğini de ileri sürmüştür. Nihayet Weber⁷³ bu kapsamda sosyal düzenin oluşumunu; meşru kurumlar, ilkeler, işlemler, yöntemler, haklar ve bireysel çıkarın tek yanlı izlenmesi olasılıklarını kısıtlayan yükümlülüklerden meydana geldiğini ileri sürer. Weber'in bu belirlemesine katkı verecek şekilde Lawrence ve Suddaby⁷⁴ özellikle kurumsal aktörlerin bilinçli olarak itaat etmesini sağlamak üzere yapılandırılacak birtakım zorlayıcı tehditler veya tedbirler yoluyla caydırılabileceklerini de ileri sürmüşlerdir. Onlara göre etkin caydırma, büyük oranda zorlayıcı ajanların meşru otoritelerine dayalıdır. Dolayısıyla oluşturulmuş kurumsal düzene, sosyal ve kültürel bağlama⁷⁵ aktörlerin uyumlarının sağlanması bakımından, onların arzu edilmeyen veya kurumsal düzene uygun olmayan, onun gerektirmediği davranışlarının ortadan kaldırılması bakımından caydırıcı birtakım tedbirlerin alınmasının elzem olduğu kabul edilmelidir⁷⁶. İşte bu tür caydırıcı tedbir ve tehditler, çoklukla yasal düzenlemeler vasıtasıyla gerçekleştirilir. Bu faaliyetler, kabaca kolluk tedbirleri olarak isimlendirilebilecek zorlama, denetleme ve gözetlemeyi de kapsayan bir dizi tedbirin ardından da ortaya çıkabilir veya bunlarla birlikte sürdürülebilir⁷⁷. Bu tedbirlerin, Suchman ve Edelman'ın da üzerinde durdukları gibi, yasal cezalandırma ve teşvikleri kapsadığı da ifade edilmelidir⁷⁸.

Yapısal olarak kurumsal düzenlemeleri inceleyerek Scott⁷⁹ genel olarak normatif, yasal ve bilişsel olmak üzere 3 farklı boyuttan meydana geldiklerini belirtmiştir. Diğerlerini göz ardı ederek kurumların sahip olduğu yasal düzenleme boyutu; kural belirleme, gözetleme ve yaptırım uygulama faaliyetlerinde kendisini gösterir. Ona

⁷⁰ Anne-Claire Pache ve Filipe Santos, 'When Worlds Collide: The Internal Dynamics of Organizational Responses to Conflicting Institutional Demands' (2010) 35 The Academy of Management Review 455,476.

⁷¹ Black (n 66) 137,164.

⁷² North (n 96) 97,112.

⁷³ Max Weber, *Economy and Society* (Berkeley, University of California Press 1978)

⁷⁴ Lawrence ve Suddaby (n 13) 215,254.

⁷⁵ Meyer ve Rowan (n 18) 340,363.

⁷⁶ Scott (n 9) 103,115.; Lawrence ve Suddaby (n 13) 215,254.

⁷⁷ Lawrence ve Suddaby (n 13) 215,254.

⁷⁸ Suchman ve Edelman (n 5) 903,941.

⁷⁹ Scott (n 9) 103,115.

göre düzenleyici süreçler; kural oluşturma kapasitesini, diğerlerinin bu kurala uyup uymadığının araştırılmasını ve gerektiğinde, istikbali davranışların etkilenmesine dönük olarak cezalandırmanın kullanılmasını gerektirir⁸⁰. Dolayısıyla Scott'ın, zorlayıcı tedbirlerin davranışın şekillenmesi ve biçimlenmesi açısından önemli olduğunu ifade ettiği bu kapsamda ileri sürülebilir.

Aslına bakılırsa her ülke, idarede yer alan kamu görevlilerinin politik haklarına, zorlayıcı tedbirler içeren yasal düzenlemeler vasıtasıyla sınırlandırmalar getirmekle birlikte⁸¹, esasen bu zorlayıcı ve/veya düzenleyici güçlerini, yenilik ve reformlar yapmak maksadıyla kullanabilmektedirler⁸². Bu şekilde oluşturulan kurumsal düzenler, nihayet aktörleri yapılandırmakta ve onların davranışlarını güçlendirmenin yanı sıra sınırlandırabilmektedir⁸³. Böylece aktörler; alışkanlıklar, duygu, zorlama ve içsel müşterek kural ve ilkelerin yorumlanması vasıtasıyla yönlendirilmiş olurlar⁸⁴. Aynı hususlara temas ederken March ve Olsen⁸⁵ politik kurumların, zorlama yaratıp teşvikler yoluyla mübadeleyi yönlendirebileceğini, yeniden dağıtım olanağı sağlamakla birlikte, politik kültür yaratabileceğini ve maşeri vicdan ile demokratik siyasetin beslenmesi için yapılar geliştirebileceğini de ileri sürmüşlerdir. Her ne olursa olsun esasen kamu görevlilerinin politik davranışlarının biçimlendirilmesinde iki temel argüman vardır⁸⁶: Bunlar, verimsizlik ve adil olmayan seçim avantajı elde edilmemesidir. Diğer taraftan bu gibi kural ve kanunların yokluğu, yetersizliği veya belirsizliği, kamu idarecilerinin daha bağımsız hareket etmelerine yol açabilir⁸⁷. Gerçekten de siyasete ayrılmış alanın dışında bulunan idare⁸⁸, politik sürece uzmanlık, yansızlık ve hiyerarşiden müteşekkil yansız yetkinlik sağlamaya yöneltilmelidir⁸⁹. Ancak şunu da ifade etmek gerekir ki; kamu görevlileri ve özellikle de üst düzey görevliler, hiçbir zaman tamamen politik süreçlerden yalıtılamazlar. Elbette onlar, profesyonellik ve ahlakilik gereğince, politik liderlerine en iyi politika alternatiflerini önermekle mükelleftirler. Ancak bu noktada temel beklenti, partizan olmayan bir yaklaşımla hareket etmeleridir⁹⁰. Elbette yansızlığı sadece idareciler veya bürokratların bir sorumluluğu gibi görmemek gerekir. Bununla birlikte siyasetçilerin de kamu hizmeti yönetiminin özerkliğine belli bir düzeyde saygı göstermeleri ve onu

⁸⁰ Scott (n 9) 103,115.

⁸¹ Forand ve Ujhelyi (n 4)

⁸² Ronald L. Jepperson ve John W. Meyer, *The Public Order and the Construction of Formal Organizations* iç Walter W. Powell, Paul J. Dimaggio (edr) *The new institutionalism in organizational analysis* (University of Chicago Press Chicago 1991) 204-231.

⁸³ Scott (n 9) 103,115.

⁸⁴ Weber (n 73)

⁸⁵ James G. March ve Johan P. Olsen, *Democratic Governance* (Free Press, New York 1995).

⁸⁶ Forand ve Ujhelyi (n 4)

⁸⁷ Svava (n 21) 221,232.

⁸⁸ Wilson (n 23) 197,222.

⁸⁹ Demir ve Nyhan (n 2) 81,96.

⁹⁰ Asmerom ve Reis (n 1) 3,17.

korumaları gerekecektir⁹¹. Son olarak burada yasal düzenlemelerin ürettiği baskının, sadece zorlayıcı olmadığını; yasal düzenlemeleri ihlal etme tehdidi ve kamuya hesap verme ile itibar endişelerinin de aktörlerin uygunsuz davranışlarını kısıtlayabildiğini ifade etmek gereklidir⁹².

IV. Araştırma Deseni, Bulgular ve Tartışma

A. Araştırma Deseni

Araştırmada; fazlaca çalışılmamış bir fenomen olarak bireysel aktörlerin davranışlarının kısıtlanmasına dönük yasal düzenlemeler ile bunların zorlayıcı etkilerinin incelenmesine odaklanıldığından⁹³, özellikle bu amaca dönük olarak çeşitli yazarlarca⁹⁴ tavsiye edilmesine binaen nitel araştırma yöntemleri kullanılmıştır. Daha özel olarak Hatch Kanunu'nun üretmiş olduğu kurumsal düzen ve bunun etkilerinin incelenmesinde, "neden ve nasıl" ağırlıklı sorulara yanıt arandığından, nitel araştırma yöntemlerinden örnek olay incelemesinin kullanılması da bu çerçevede tercih edilmiştir⁹⁵.

Analiz için ihtiyaç duyulan veri; araştırmacılarca görüşme ve gözlem gibilerinden elde edilen birincil veriden çok farklı görülmeyen ikincil kaynaklar olarak erişime açık kaynaklardan toplanan çeşitli dökümanlardan, belgelerden, arşiv kayıtlarından ve ilgili kurumlarla (Örn: OSC⁹⁶) yapılan yazışma metinlerinden oluşmaktadır⁹⁷. Doğrusu bu gibi kayıtlar, Glaser ve Straus⁹⁸, gibilerince antropoloğun bilgi edindiği kaynak veya sosyoloğun görüşme yaptığı kişiye denk görülmektedir. Yine bu gibi metinler, sessiz deliller olarak da kabul edilirler⁹⁹. Nihayet bu yolla elde edilen belgeler ile bunlardan üretilen verinin incelenmesinde, içerik analizi tekniği kullanılmıştır¹⁰⁰. İçerik analizi yapılırken, araştırma soruları kapsamında öncül olarak üretilen temalar dikkate alınmıştır. Nihayet analiz edilen metinler kapsamında oluşturulan temalar

⁹¹ Demetrios Argyriades 'Neutrality and Professionalism in the Public Service' iç Haile K. Asmerom ve Elisa P. Reis (edr), *Democratization and Bureaucratic Neutrality* (St. Martin's Press, New York 1996) 45,73.

⁹² Suchman ve Edelman (n 5) 903,941.

⁹³ Brown (n 20) 105,120.

⁹⁴ Kathleen M. Eisenhardt, 'Building Theories from Case Study Research' (1989) 14(4) *The Academy of Management Review* 532,550.; Yin, Robert K., *Case Study Research Design and Methods* (Sage, California 2003).

⁹⁵ Jennifer Rowley, 'Using Case Studies in Research' (2002) 25(1) *Management Research News* 16,27.; Yin (n 94)

⁹⁶ Office of Special Counsel (Bundan böyle metinde OSC olarak kullanılacaktır)

⁹⁷ Sharan. B. Merriam ve Elizabeth J. Tisdell, *Qualitative Research*, (Jossey-Bass, San Francisco 2016)

⁹⁸ Barney G. Glaser ve Anselm L. Strauss, *The Discovery of Grounded Theory: Strategies for Qualitative Research* (Aldine, Chicago 1967).

⁹⁹ Vache Gabrielian, Kaifeng Yang, ve Susan Spice, 'Qualitative Research Methods' iç Gerald J. Miller ve Kaifeng Yang (edr), *Handbook of Research Methods in Public Administration* (CRC Press, Boca Raton 2007) 141,169.

¹⁰⁰ Jean Hartley, 'Case Study' iç Catherine Cassel ve Gillian Symon (edr), *Essential Guide to Qualitative Methods in Organizational Research* (London: Sage 2004) 323,334.; Francesca Moretti, Liesbeth van Vliet, Jozien Bensing, Giuseppe Deledda, Mariangela Mazzi, Michela Rimondini, Christa Zimmermann, ve Ian Fletcher, 'A Standardized Approach to Qualitative Content Analysis of Focus Group Discussions from Different Countries' (2011) 82 *Patient Education and Counseling* 420,428.

vasıtasıyla araştırmayı yapılandırır; “Hatch Kanunu kapsamında, Amerikan kamu görevlileri için nasıl bir kurumsal düzen oluşturulduğu, buna neden gerek duyulduğu, bu anlamda ne gibi zorlayıcı mekanizmalar ve aktörler oluşturulduğu, bunların tatbikatta ne gibi karşılıklarının olduğu, zaman içerisinde Hatch Kanunu’nda yapılan düzenlemelere (güncellemelere) neden ihtiyaç duyulduğu ve nihayet Hatch Kanunu’nun arzu edilen sonuçları üretip üretmediği” sorularına yanıt verilmiştir.

B. Bulgular

Araştırma, özellikle siyaset-idare ayrımı yönüyle idarecilerin politik yansızlığının sağlanmasında yasal düzenlemelerin biçimlendirici rollerini, Amerikan Hatch Kanunu örneğinde incelemiştir. Elde edilen bulgular, aşağıda sunulmuştur.

1. Hatch Kanunu

Aslında Hatch Kanunu’ndan daha evvel, 1907 yılında başkan Roosevelt, Kamu Hizmeti Kanunu’nda bir değişiklik yaparak “kamu hizmetinde çalışan kamu görevlilerinin, bütün politik konularda kendi kanaatlerini özel olarak ifade etmelerine ve oy verme haklarını kullanmalarına müsaade etmiş, ancak politik yönetimde veya politik kampanyalarda aktif olarak görev almalarını” yasaklamıştır¹⁰¹. Bundan çok daha sonra yasalaşan ve Amerika’da popüler ismiyle “Hatch Kanunu”, resmi ismiyle “Zararlı Politik Faaliyetlerinin Önlenmesine Dönük Bir Kanun” olarak bilinen kanun ise, ilk defa 1938 yılında İş Geliştirme İdaresi tasarısına bir düzenleme olarak girmesi düşünülen öneri şeklinde gündeme gelmiştir. Bu kanun, kendisini hazırlayan senatör Carl Hatch’in adıyla Hatch Kanunu olarak isimlendirilmiş ve 1940, 1993 ve 2012 yıllarında güncellenmiştir¹⁰². Ayrıca her ne kadar kamu personelinin zararlı faaliyetlerinin engellenmesine dönük çıkartılan yasaya Hatch Kanunu denilse de aslında bu, ilgili yasanın 8. ve 9. maddelerine verilen bir isim olarak daha çok öne çıkmaktadır¹⁰³.

Kanun öncelikle federal, daha sonra ise eyalet ve yerel yönetimlerde çalışıp ücretleri federal yönetimce ödenen kamu görevlilerinin belli türlerdeki politik katılımlarını yasaklamak ve izin verilen politik faaliyetlerini düzenlemek üzere 1939 yılında çıkartılmıştır¹⁰⁴. 1 yıl sonra ise, bu sefer kapsamına daha fazla kamu çalışanının¹⁰⁵, örneğin, federal olarak finanse edilen işlerde çalışan eyalet ve yerel

¹⁰¹ Henry Rose, ‘A Critical Look at the Hatch Act’ (1962) 75(3) Harvard Law Review 510,526.

¹⁰² Shannon D. Azzaro, ‘The Hatch Act Modernization Act: Putting the Government Back in Politics’ (2016) 42(3) Fordham Urban Law Journal 781,819.; Brown (n 20) 105,120.; Lester E. Mosher, ‘Government Employees under the Hatch Act’ (1947) 22 New York University Law Quarterly Review 233,264.

¹⁰³ S.E. Hamrick, Birleşik Devletler Özel Müşavirlik Birimi Hatch Kanunu Bölümü Şef Yardımcısı. 19/08/2019 tarihli e-mail yazışmasındaki beyanı, 2019.; Philip L. Martin, ‘The Constitutionality of the Hatch Act: Second Class Citizenship for Public Employees’ (1974) 6 Toledo Law Review 78,109.

¹⁰⁴ Azzaro (n 102) 781, 819; Mosher (n 102) 233,264.

¹⁰⁵ Forand ve Ujhelyi (n 4)

yönetim görevlilerinin alınmasına dönük bir değişiklikle gündeme gelmiştir¹⁰⁶. Bunun dışında birçok eyaletin de “Küçük Hatch Kanunu” olarak bilinen yasal düzenlemeler yaparak kendi çalışanlarının politik davranışlarını düzenlemeye yöneldikleri ifade edilmelidir¹⁰⁷.

Her ne olursa olsun ilk tahlilde kanunun çıkartılması, federal kamu çalışanlarının bir seçime müdahale etmelerini veya onun sonuçlarını etkilemeleri ile politik yönetim ve kampanyalarda aktif rol almalarını yasaklamayı ve bu kanunun oluşturmuş olduğu kurumsal düzeni bozan herhangi bir kimsenin de işten çıkartılmasını sağlamaya dönükmüş gibi görünmektedir¹⁰⁸. O’Toole’a¹⁰⁹ kalırsa da Hatch Kanunu’nun basit bir Yeni Düzen (New-Deal) karşıtı manifesto olduğu ifade edilebilir. Ona göre kanun, kendinden önceki uygulamanın daha kapsamlı ve kalıcı olarak meşrulaştırılması için dikkate değer bir destek gibi görünmektedir. Öyle ki bazı yazarlarca da¹¹⁰, 1883’deki Kamu Hizmeti Reformu’ndan sonra, kamu istihdamında politik yansızlığı sağlama bakımından en etkili enstrümanın Hatch Kanunu olduğu ileri sürülmektedir. Thompson’a¹¹¹ göre kanunun çıkartılmasında iki önemli politik olay belirleyici olmuştur. Bunlardan birincisi, İş Geliştirme İdaresi (WPA) personelinin senatörlük seçimlerinde baskı altına alınması ve kullanımına ilişkin suçlamalar; ikincisi ise, Cumhuriyetçi Parti’nin 1940 seçimlerinde Roosevelt’in federal kamu personelinin desteğini alabileceğine ilişkin kaygısıdır. Aynı noktaya Myers¹¹² da temas ederek, başlangıcından beri iki partiye dayanan kanunun, özellikle Cumhuriyetçilerin seçimlere potansiyel etkileri nedeniyle kanunu desteklerini ileri sürmüştür.

Yapısal olarak bakıldığında Hatch Kanunu, ilk haliyle toplamda 11 maddeden müteşekkil olarak tasarlanmıştır. Ancak Irwin’in¹¹³ de belirttiği üzere, 1940 yılında 9. maddede yapılan değişikliklerle 12. madde olarak yeni bir bölüm kanuna eklenmiştir. Kanunun 1., 2. 3., 4., 5., 6., 7., 9. maddeleri, genel olarak kanunun çerçevesini çizmekte ve kime, hangi tür eylem ve faaliyetlerin yasaklandığını belirtmektedir. Ancak 9. maddede; başkan ve başkan yardımcısının, başkanlık ofisi ödeneğinden ücret alan çalışanların, idari birimlerin başkan ve yardımcılarının, Senato tarafından önerilen veya onaylanan ve başkan tarafından atanan memurlar ile Birleşik Devletlerin dış güçlerle ilişkilerinde takip edilen politikaları belirleyenler ile federal kanunların ülke genelinde idaresini sağlayanların kanundan varestede tutulduğu da açıkça ifade edilmelidir. 10. madde kanunu, yürürlükteki mevzuata eklemekte, ancak onların

¹⁰⁶ Azzaro (n 102) 781, 819; O’Toole (n 15) 17,25; Rose (n 101) 510,526.

¹⁰⁷ Joanne J. Thompson, ‘Social Workers and Politics: Beyond the Hatch Act’ (1994) 19(4) Social Work 457,465.

¹⁰⁸ Thompson (n 107) 457,465.

¹⁰⁹ O’Toole (n 15) 17,25.

¹¹⁰ James W. Irwin, ‘Public Employees and the Hatch Act’ (1956) 9 Vanderbilt Land Review 527,533.

¹¹¹ Thompson (n 107) 457,465.

¹¹² Raymond Michael Myers I. V., ‘The Prevent Pernicious Political Activities: The 1938 Kentucky Democratic Primary and the Origins of the Hatch Act of 1939’ (Unpublished Graduation Thesis, University of Louisville 2018).

¹¹³ Irwin (n 110) 527,533.

yerini almadığını (diğerlerinin de yürürlüğünün devam ettiğini) ifade etmektedir. 11. maddede ise kanunun herhangi bir kişi veya olaya uygulanması esnasında geçersiz bir işlem yapıldığında, daha sonraki uygulamaların bundan etkilenmeyeceği hükme bağlanmıştır. 1939 tarihli kanunun 8. maddesi ise, tecziye türü ve tutarını belirlemektedir. Buna göre kanunda yer alan hükümleri çiğneyenler, 1000 Dolar veya bir yıl hapis cezasına ayrı ayrı veyahut da birlikte ancak bunlardan fazla olmamak üzere çarptırılacaklardır. Bununla birlikte 9. maddede yer alan düzenlemeye göre, bu maddedeki kuralları çiğneyen herhangi bir kimse, derhal biriminden veya pozisyonundan uzaklaştırılacak ve bundan sonra, pozisyonları veya birimleri için bu gibi kişilere, Kongre tarafından tahsis edilen fonların herhangi bir kısmı kullanılarak ödeme yapılmayacaktır¹¹⁴.

2. Hatch Kanunu'nun Gerekeşi

Esasen, kamu görevlilerinin politik faaliyetlerini düzenlemeye dönük olarak gerçekleştirilen herhangi bir çaba, politika yapma anlamında siyasetin idareden ayrıştırılması arayışına dayanır¹¹⁵. Hatch kanununun babası sayılan senatör Hatch, Kongre'de yaptığı bir konuşmada bu anlamda şöyle bir örnekleme yapmaktadır: “[Kamu görevlileri] özgür değillerdir. Çünkü onların politikacılara aşırı bağımlı olmaları, etraflarında dolanıp ‘Şimdi şöyle şöyle oy ver. Eğer vermezsen, işini kaybedeceksin’ diyen politikacılardan etkilenecekleri konusunda şüphe uyandırmaktadır. Bu insan nasıl oy verecektir? O, kendisine söylendiği gibi oy verecektir. Bu insanın kendini koruyacak bir zırhı veya silahı yoktur. Onun, politikaya katılımının yasaklanması, ona bir zırh ve silah verecektir”¹¹⁶. Dolayısıyla başat olarak kanunun, idarecileri politikacıların etkisinden uzak tutma arayışına binaen gündeme geldiğini ifade etmek yanlış olmayacaktır.

Elbette kanunun daha özel gerekçelerini de belirlemek mümkündür. Örneğin; Irwin¹¹⁷ ile Forhand ve Ujhelyi¹¹⁸, Hatch Kanunu'nun temel gerekçesini; bürokratların politik faaliyetlerinin, kamu hizmetlerinin etkin sunumunu engelleme ihtimalinin önüne geçmek olarak belirlemektedirler. Heady¹¹⁹ ise aynı çizgide, kamu hizmetini, çalışan partizanlığının kötülüklerine karşı korumaya dönük bir düzenleme olarak Hatch Kanunu'nun Kongre tarafından geliştirildiğini ileri sürer. Yine bazı yazarlar¹²⁰, politik patronajla uyumlu olmayan idari maliyetlerin azaltılması hususunda da Hatch Kanunu'nun önemli bir girişim olduğunu ileri sürerler. Bunlarla birlikte idarenin,

¹¹⁴ Myers (n 112)

¹¹⁵ O'Toole (n 15) 17,25.

¹¹⁶ Thompson (n 107) 457,465.

¹¹⁷ Irwin (n 110) 527,533.

¹¹⁸ Forhand ve Ujhelyi (n 4)

¹¹⁹ Ferrel Heady, 'American Government and Politics: The Hatch Act Decisions' (1947) 41(4) The American Political Science Review 687,699.

¹²⁰ Irwin (n 110) 527,533.

kendi çalışanlarının politik faaliyetlerini düzenlenmesinde iki yönlü çıkarının olabileceğine gönderme yapan yazarlar da mevcuttur¹²¹. Buna göre;

1-Zorlamayı önlemek

2-Her birim ve temsilcilikte yansızlık ve bütünleşmenin tezahürüne hizmet etmek temel çıkarlardır. Buradaki zorlama hususuna da temas etmek gerekirse, O'Toole¹²² bunun, politik üstlerin partizan destek elde etmek amacıyla astlarını kandırmaları veya baskılamalarıyla ilgili olduğunu ileri sürmektedir. Öyleyse Hatch Kanunu bir yönüyle de aslında idareyi, politikacıların alt bir yüklenicisi, hizmetkarı olmaktan kurtarmaya dönük bir girişim olarak da kabul edilebilir¹²³. Ancak yine de Azzaro¹²⁴, bazı politikacıların politik zorlama ve yolsuzluk konusundaki suçlamalarının bugün, 1939 yılındaki kadar tehlikeli olup olmadığını da sorgulamaktadırlar.

3. Hatch Kanunu'nun Amacı

OSC'nin kendi ifadesine bakılırsa Hatch Kanunu, partizan değil yansız olarak federal programların yürütülmesi, iş yerlerinde federal çalışanların politik zorlamalardan korunması ve federal çalışanların, siyasi ilişkilerle değil de liyakate dayalı olarak yükseltilmesini sağlamayı hedeflemektedir¹²⁵. Aslında çokça söylenegeldiği üzere, 1939'dan beri çıkartılan bir dizi Hatch Kanunu, farklı sınıflardaki kamu çalışanlarının yansızlıklarının düzey ve kapsamını belirlemeyi hedeflemiştir, denilebilir¹²⁶. Bu kapsamda Azzaro¹²⁷ da kanunun 4 başat amacı olduğunu ileri sürer:

1-Kamu çalışanlarının partizan politik faaliyetlerini engellemek yoluyla idari çalışanların politik yansızlıklarını sağlamak,

2-Partili seçilmişlerin, kamu çalışanlarını kendi politik amaçları için kullanmalarını önlemek,

3-Kamu çalışanlarının, tek bir partiye veya resmi bir görevliye sadakatlerini önlemek,

4-Kamu çalışanlarını, politik olarak motive edilmiş iş eylemlerinden alıkoymak.

Dikkat edilirse, kanunun amacı konusunda söylenenler, salt bir politik yansızlık motivasyonunu doğrudan ve açıkça ileri sürmektedirler. Her ne kadar bu böyleyse de kanunun yansızlık üzerinden esas amacının "iyi idare" olduğunu, başkan Roosevelt'in

¹²¹ Azzaro (n 102) 781,819.

¹²² O'Toole (n 15) 17,25.

¹²³ Irwin (n 110) 527,533.

¹²⁴ Azzaro (n 102) 781,819.

¹²⁵ <<https://osc.gov/Pages/HatchAct.aspx>> Erişim Tarihi 08 Ağustos 2019

¹²⁶ Argyriades (n 91) 45,73.

¹²⁷ Azzaro (n 102) 781,819.

1939 Ağustosunda Kongreye gönderdiği şu mesajda da tespit etmek mümkündür: “Doğruca yönetilebilirse Hatch Kanunu’nun, iyi idare için etkin bir enstrüman üretilebileceğini ümit ediyorum”¹²⁸.

Yine Irwin¹²⁹ Hatch Kanunu sayesinde yüksek kalibreli bireylerin kamu hizmetlerine [çalışan olarak] katılımlarının devam ettirilebildiğini ileri sürmektedir. Ancak yazar, bunun tersinin de doğru olabileceğini ifade etmektedir. Bu açıdan kanunun 12. maddesiyle ilgili bir örnek vererek, seçimlerde görev alan ve politik sponsorlukla istihdam edildiğini ileri süren bir kadın kamu görevlisinin; “[Parti] Komitemdeki kadınla çalışmayı reddetseydim, olasılıkla bana kızabileceğini ve işimi kaybedebileceğimi düşündüm” dediğini ve yine aynı kadının “işinde iyi ve verimli olmanın, sponsorlarına sadık olmakla eşit bir gereklilik olduğunu” beyan ettiğini belirtmektedir. Dolayısıyla kanunun temel amacının, kamu görevlilerinin davranışlarını kamu hizmeti odaklı olarak biçimlendirerek yansızlıklarını sağlamak olduğu ifade edilebilir.

4. Hatch Kanunu’nun Kapsamı

Kamu görevlilerinin zararlı politik faaliyetlerini önlemeye dönük olarak çıkartılan kanunun kapsamı, oldukça geniş olmasına ve hatta bazı durumlarda hapis cezaları da içermesine karşın, burada özellikle 8. ve 9. maddeleri kapsamında Hatch Kanunu olarak bilinen ve daha çok disiplin suçları ve cezalandırmasını gerektiren kısmıyla ilgilenilmektedir. Kaldı ki kanun, salt bu yönüyle OSC’nin de görev alanına girmektedir. Yoksa elbette ceza yargılamasını gerektiren hapis cezaları, OSC’nin doğrudan ilgi ve görev alanına girmemektedir¹³⁰. Bu çerçevede kanun, kapsam açısından 2 yönden ele alınmıştır: Birincisi, kimlere dönük olduğuna, ikincisi yasakladığı eylem ve faaliyetler ile bunlarla ilişkili alanlara özgüdür. Doğrusu bu kısıtlamalarla aslında vergi gelirlerinden ücretlerini alan kamu görevlilerinin kamu yararı doğrultusunda faaliyet göstermelerine dönük vatandaş beklentilerinin de karşılanması umulmuştur¹³¹.

Bu açıdan bakıldığında, kanun ilk çıktığında federal düzeyde çalışanlara uygulanmış, ancak 1940 yılında yapılan bir düzenleme ile bu sefer federal programların idaresine yardımcı olan ve federal olarak finanse edilen işlerde istihdam edilen eyalet ve yerel yönetim çalışanlarına da uygulanması söz konusu olmuştur¹³². Brown¹³³ bu çalışanların, sadece görev başında değil, ücretli veya ücretsiz olarak

¹²⁸ Irwin (n 110) 527,533.

¹²⁹ ibid 527,533

¹³⁰ Hamrick (n 103)

¹³¹ Brown (n 20) 105,120.

¹³² Azzaro (n 102) 781,819.; Forand ve Ujhelyi (n 4); O’Toole (n 15) 17,25; Rose (n 101) 510,526.

¹³³ Brown (n 20) 105,120.

izne ayrıldıklarında da kanun kapsamında olduklarını ileri sürmekte ve bunun temel amacının, bir şekilde kamu çalışanlarını siyasetçilerden uzak tutmak olduğunu ifade etmektedir. Bu açıdan kanun, aslında kendi pozisyonlarını kamu görevlilerini etkilemek için kullanarak sistemi gerçekten suistimal eden politik görevlileri hedeflemiştir, denebilir¹³⁴. Kanun bu çerçevede, personel ve etik konularına özellikle odaklanarak nihayet federal, eyalet ve yerel yönetimler düzeyinde kendine uygulama alanı bulmuştur¹³⁵. Uygulamada kanunun ne kadar geniş kapsamlı yorumlandığını Thompson'ın¹³⁶ şu ifadelerinden anlamak mümkündür: “Amerikan başkanı ve başkan yardımcısı, başkanlık ofisinin ödeneğinden ücret alanlar, idari birimlerin başkan ve yardımcıları, Senato'nun onay ve önerisi ile başkan tarafından atanmış olan belirli memurlar” Hatch Kanunu'nun oluşturmuş olduğu kurumsal düzenin dışında tutulmuştur. Bir başka tasnifte kanunun az ve ileri derecede kısıtladığı personel olarak ikili bir ayrıma gidildiği de belirlenmiştir¹³⁷. Ayrıca kanun sadece gerçek kişilere değil, kamu çalışanlarının üye oldukları kamusal görev yapan sendikalar gibi tüzel kişilere de tatbik edilebilmektedir¹³⁸. Bu arada silahlı kuvvetler mensuplarının faaliyetleri, Savunma Bakanlığı tarafından idare edildiğinden, bu kanun kapsamı dışında bırakılmışlardır¹³⁹.

Kanun kapsamında izin verilen ve yasaklanan politik faaliyetleri aşağıdaki tabloda olduğu gibi göstermek mümkündür:

¹³⁴ Thompson (n 107) 457,465.

¹³⁵ Brown (n 20) 105,120.

¹³⁶ Thompson (n 107) 457,465.

¹³⁷ Cynthia Brown ve Jack Maskell, 'Hatch Act Restrictions on Federal Employees' Political Activities in the Digital Age' (2016) CRS Report <www.everycrsreport.com/reports/R44469.html> Erişim Tarihi 12 Ağustos 2019.

¹³⁸ Martin (n 103) 78, 109.; Marick F. Masters ve Leonard Bierman, 'The Hatch Act and the Political Activities of Federal Employee Unions: A Need for Policy Reform' (1985) 45(4) Public Administration Review 518,526.

¹³⁹ Owen E. Hughes, 'Political Speech in the Armed Forces: Shouting Fire in a Crowded Cyberspace' (2019) 11(1) Washington University Jurisprudence Review 139,164.

Tablo 2

Hatch Kanunu Kapsamında İzin Verilen Ve Yasaklanan Faaliyetler

Yasaklanan Faaliyetler		İzin Verilen Faaliyetler	
Az Kısıtlanan Çalışanlar	İleri Derecede Kısıtlanan Çalışanlar	Az Kısıtlanan Çalışanlar	İleri Derecede Kısıtlanan Çalışanlar
İdari yetki veya gücünü seçim sonuçlarını etkileyecek veya buna müdahale edecek şekilde kullanmak	Partizan seçimlerde idari olarak seçilmek veya bu amaçla aday olmak	Siyasi partilere dayanmayan seçimlerde aday olmak	Seçmen olarak kaydolmak ve oy kullanmak
Partizan bir politik grup veya aday veya parti için yardım veya destek istemek, kabul etmek veya almak	Partizan politik kampanyaların aktif bir üyesi olmak	Seçmen olarak kaydolmak ve oy kullanmak	Partizan olmayan seçmen kayıtlarına yardımcı olmak
Partizan politik seçimlerde kamu idaresi adına aday olmak	Politik parti yönetiminin aktif bir üyesi olmak	Seçmen kayıtlarına yardımcı olmak	Adayların herhangi birinin bir siyasi partiyi temsil etmediği kampanyalara katılmak
Daha evvel çalıştığı birimle iş ilişkisi olan birinin politik faaliyetine bilerek katılımı önermek veya katılımdan soğutmak	İdari yetki veya gücünü seçim sonuçlarını etkileyecek veya buna müdahale edecek şekilde kullanmak	Politik kampanyalara, partilere veya partizan gruplar parasal destek vermek	Politik kampanyalara, partilere veya partizan gruplar parasal destek vermek
Politik faaliyet göstermek	Partizan bir politik grup veya aday veya parti için yardım veya destek istemek, kabul etmek veya almak	Politik fon bulma girişiminde bulunmak	Politik fon bulma girişiminde bulunmak
	Politik faaliyet göstermek	Politik gösterilere ve toplantılara katılmak ve bunlar için aktif olmak	Politik gösterilere ve toplantılara katılmak
		Aday kampanyasına imza vermek ve bunu yaymak	Politik kulüp ve partilere katılmak
		Anayasa değişiklikleri, belediye kararları ve diğer referandumların leh veya aleyhinde çalışmak	Aday kampanyasına imza vermek
		Partizan seçimlerde bir adayın lehine veya aleyhine çalışmak, bu amaçla seçim konuşması yapmak, kampanya bildirimlerini dağıtmak ve gönüllü olarak çalışmak	Anayasa değişiklikleri, belediye kararları ve diğer referandumların leh veya aleyhinde çalışmak
		Sorunlar ve adaylar hakkında kanaatlerini açıklamak	Partizan olmayan seçimlerde idare adına aday olmak
			Sorunlar ve adaylar hakkında kanaatlerini açıklamak

Kaynak: <https://osc.gov/Pages/HatchAct.aspx>

Öte yandan 2015 yılında Hatch Kanunu kapsamında federal çalışanların, diğer kısıtlamalar yanında iş başındayken ve moladayken, politik bir adayı retweetlemeleri ve facebook üzerinden beğenmeleri yasaklanmıştır. Bu açıdan örneğin başkan Trump'ın politik rakiplerine karşı yazdığı tweetlerin de federal çalışanlar tarafından retweetlenmesi halinde Hatch Kanunu'nun ihlal edilebileceğini ileri sürmek mümkündür¹⁴⁰.

Ancak yeri gelmişken Hatch Kanunu'nun Martin¹⁴¹ gibi yazarlarca, kapsamının bulanık ve kötü belirlenmiş olduğunun da ileri sürüldüğünü ifade etmek gerekir. Buna değinen Miller¹⁴², seçimler bittikten ve hatta bir taraf seçimi kaybettikten sonra bile soruşturma açılması söz konusu olabileceğini ileri sürmektedir.

5. Hatch Kanunu'nun Oluşturduğu Kurumsal Düzen

OSC'nin kendi ifadesine bakılırsa Hatch Kanunu, partizan olmayacak şekilde federal programların yürütülmesi, iş yerlerinde federal çalışanların politik zorlamalardan korunması ve federal çalışanların, siyasi ilişkilerle değil de liyakate dayalı olarak yükseltilmesini sağlamayı hedeflemektedir¹⁴³. Bu kapsamda kanun, birtakım faaliyet ve eylemleri yasaklayıp bunlara dönük yaptırımlar koyarak nihayet idari sistemin yansız bir şekilde işlerliğini tesis etmeye ve kamu hizmetlerinin politik yakınlıktan daha çok yetkin performans ve istikarla yürütülmesini sağlamaya dönüktür¹⁴⁴.

Hatch Kanunu'nun 9. ve 12. maddeleri, federal çalışanlar ile belirli devlet çalışanlarının politik faaliyetlerini sınırlandırmak için tasarlanmıştır. 9. madde, federal hükümetin idari birimlerinde çalışan çoğu memur ve çalışanın, politik yönetim ve politik kampanyalarda aktif olarak görev almasını yasaklamaktadır. Ama aynı zamanda bunlara oy verme hakkı kapsamında seçme ve ifade özgürlüğü anlamında haklarını sürdürme fırsatı da tanımıştır. Gelgelelim bu maddeye aykırı hareket edilmesi, nihayet sahip olunan pozisyonun veya yapılan işin kaybedilmesine varabilecek şekilde cezalandırılabilir. Politik yönetimde veya politik kampanyalarda görev almaya benzer bir başka yasaklama ise, 12. maddede istihdamı tamamen veya kısmen federal ödeneklere dayanan herhangi bir eyalet veya yerel yönetim çalışanın politik faaliyetlerinin kısıtlanmasına dönüktür¹⁴⁵.

Aslında yasaklanan eylemler, daha evvel Kamu Hizmeti Komisyonu tarafından sınıflandırmaya tabi kamu hizmetlerinde çalışan görevlilere dönük yasaklamalar

¹⁴⁰ Matthew May, (2018), 'Federal Employees Work for Both Democrats and Republicans: Even Kellyanne Conway' <<http://theconversation.com/federal-employees-work-for-both-democrats-and-republicans-even-kellyanne-conway-93165>> Erişim Tarihi 05 Haziran 2019

¹⁴¹ Martin (n 103) 78,109.

¹⁴² Jason C. Miller 'The Unwise and Unconstitutional Hatch Act: Why State and Local Government Employees Should Be Free to Run for Public Office' (2010) 34 Southern Illinois Law Journal 313,357.

¹⁴³ <<https://osc.gov/Pages/HatchAct.aspx>> (n 125)

¹⁴⁴ Brown (n 20) 105,120.; Martin (n 103) 78,109.

¹⁴⁵ Heady (n 119) 687,699.

kapsamında belirlenmiş olan eylemlerdir¹⁴⁶. Bu açıdan “Amerikan başkanı ve başkan yardımcısı, başkanlık ofisinin ödeneğinden ücret alanlar, idari birimlerin başkan ve yardımcıları, Senato’nun onay ve önerisi ile başkan tarafından atanmış olan belirli memurlar” Hatch Kanunu’nun oluşturmuş olduğu kurumsal düzenin dışında tutulmuştur¹⁴⁷.

Her ne kadar Hatch Kanunu, kamu hizmetlerinde partizan olmayan verimlilik ve istikrar için gerekli görülmüş olsa da zaman içerisinde anayasal hakları göz ardı ettiğine dönük birtakım eleştiriler de ortaya çıkmıştır¹⁴⁸. Örneğin; kanunun 9. maddesiyle getirilen düzenleme, aslında anayasal olarak tartışmalı bir düzenleme olarak görülmüştür. Daha somut olarak bu düzenlemede yer alan “federal hükümetin idari birimlerinde görev yapan hiçbir kamu çalışanı veya memur, politik yönetim veya politik kampanyanın herhangi bir aktif parçası olamaz” hükmünün, anayasanın ilk düzenlemesinde yer alan toplanma, yayma ve konuşma hürriyetine aykırı olduğu ve yine 12. maddesinde eyalet düzeyindeki görevlilerle ilgili düzenlemenin de eyaletlerin egemenliğini ihlal ettiği de ileri sürülmüştür¹⁴⁹. Aynı şekilde Thompson¹⁵⁰ da Hatch Kanunu’nun politik yansızlığı sağlamaktansa, anayasanın ilk düzenlemesine daha fazla zarar verdiğini ve hatta başkaca yazarlara atfen de Birleşik Devletlerin kendi kamu çalışanlarına Birleşik Krallık, Kanada, Danimarka, İsveç ve Avustralya gibi ülkelerden daha kısıtlayıcı koşullar oluşturduğunu ileri sürmektedir. Ancak Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin vermiş olduğu 1947 tarihli bir kararda, kanunun çok geniş ve gereksiz olmadığına ve böylece de anayasal haklara zarar vermediğine hükmettiği ifade edilmelidir¹⁵¹.

Yine de her şeye rağmen Thompson¹⁵² dışında başkaca yazarların da¹⁵³ kanunu, kamu çalışanları için “açıkça ikinci sınıf bir vatandaşlık düzeni oluşturmuş” olduğu yönüyle eleştirildiği de yeri gelmişken ifade edilmelidir. Bu açıdan Myers¹⁵⁴ da kanunun Temsilciler Meclisi’ndeki görüşmeleri esnasında sivil özgürlükler ve Amerika’nın totaliterleşmesi kapsamında tartışmaların yoğunlaştığını ileri sürmektedir. Bazı yazarlar da aslında Hatch Kanunu’nun somut ve sert cezalar önermesinden daha çok, salt tarafsızlığı tesis etmeye dönük bir yasal düzenleme olarak yürürlükte bulunması münasebetiyle sembolik etkilerinin daha fazla olabileceğini belirtmişlerdir¹⁵⁵.

¹⁴⁶ Heady (n 119) 687,699.

¹⁴⁷ Myers (n 112); Thompson (n 107) 457,465.

¹⁴⁸ Martin (n 103) 78, 109.

¹⁴⁹ Heady (n 119) 687,699.

¹⁵⁰ Thompson (n 107) 457,465.

¹⁵¹ ibid 457,465.

¹⁵² ibid 457,465

¹⁵³ Martin (n 103) 78,109.

¹⁵⁴ Myers (n 112)

¹⁵⁵ William M. Pearson ‘The Effect of State Hatch Acts on State Executives’ Political Activities, (1978) 2(2) Southern Review of Public Administration 221,238.

a. Kurumsal Düzenin Zorlayıcı Mekanizmaları

Her ne kadar Azzaro¹⁵⁶ kanunla federal çalışanlar için görece hafif cezalar öngörüldüğünü ileri sürse de bazı durumlarda çalışanların işten atılmalarına, 19 güne varan açığa alınmalarına, para cezasına çarptırılmalarına veya hapsedilmelerine varan tecziye yöntemlerinin yasanın ilk halinde öne çıktığı ifade edilmelidir¹⁵⁷. Ancak 2012 yılında yapılan değişikliklerle federal hizmetlerden çıkarılma, kademe indirilmesi, 5 yıldan fazla olmayacak şekilde federal hizmetlerde istihdam edilmekten uzaklaştırılma, açığa alınma, uyarma ve 1000 Dolara kadar para cezası verilmesi söz konusu olmaktadır¹⁵⁸.

Yine kanunun 9. maddesinin b bendinde, bu kanunun düzenlemelerini ihlal eden herhangi bir kişinin, derhal biriminden veya pozisyonundan uzaklaştırılacağı, bundan sonra da bu gibi kişilerin ücretlerinin ödenmesi bakımından bu pozisyon veya birime ödenek aktarılmayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla kanun kapsamında ihlal yaptığı belirlenen kişinin, federal kaynaklardan ücret alması da olanaklı olmamaktadır¹⁵⁹. Ancak burada ifade edilmelidir ki, eyaletlerde çalışanlar ile federal çalışanlar arasında tecziye açısından bir fark gözetilmiştir. Buna göre bir federal çalışan kanunu ihlal edecek olsa, 30 günlük bir açığa alma veya 1000 Dolarlık bir cezayla karşı karşıya kalması söz konusu olabilecek iken, bir eyalet çalışanın ise işine son verilebileceği gibi bunu çalıştırmakta gelecek 18 aylık sürede ısrar eden kurumun, federal hükümetten aldığı fonu kaybetmesi de mümkün olabilecektir¹⁶⁰. Miller¹⁶¹ kaybedilebilecek bu fonun miktarının çalışanın 2 yıllık ücretine denk olacağını ve 18 aylık sürenin de çalışanın işten çıkartılmaması adına, bir departmandan diğerine aktarılması yoluyla bir döngü yaratılmaması için öngörüldüğünü ileri sürmektedir. Ancak hemen ifade etmek gerekir ki, eyalet düzeyinde çalışanlar için doğrudan bir federal cezalandırma yapılması olanağı bulunmamaktadır. Burada yine bir hususa temas etmek gerekir ki, Hatch Kanunu kapsamında bir ihlal kararı alınabilmesi için mutlaka “bilerek” ihlalin yapılması gerekmektedir¹⁶².

Ancak bütün vakaların formal araştırma ve finansal yaptırımla karşılandığını söylemek de zordur. Birçok şikayet, yetersiz delil nedeniyle araştırmadan varestede tutulmakta ve ilgilisi sadece bir daha yapmamak üzere bir “ikaz mektubu” almaktadır¹⁶³.

¹⁵⁶ Azzaro (n 102) 781,819.

¹⁵⁷ Irwin (n 110) 527,533; Myers (n 112) 2018.

¹⁵⁸ Azzaro (n 102) 781,819.; Myers (n 112) 2018.

¹⁵⁹ Myers (n 112) 2018.

¹⁶⁰ Azzaro (n 102) 781,819.

¹⁶¹ Miller (n 142) 313,357.

¹⁶² Bowman ve West (n 6) 52,63.

¹⁶³ ibid 52,63.

b. Kurumsal Düzenin Aktörleri

Kanun kapsamında faaliyet gösteren ana organ, Birleşik Devletler Özel Müşavirlik Birimi'dir (The U.S. Office of Special Counsel, OSC). Bu birim, Hatch Kanunu'na ilişkin ihlalleri araştırmaktadır. Bunun dışında bahse konu birim, Kamu Hizmeti Reform Kanunu, Haber Uçurma Koruma Kanunu ve Üniformalı Hizmetlerde İstihdam ve Yeniden İstihdam Hakları Kanunu gibi kanunlar konusunda da hizmet vermektedir. Bu birimin temel ödevi, federal çalışanlar ile uygulayıcıları yasaklanmış personel uygulamalarından alıkoymak yoluyla liyakat sisteminin koruyuculuğunu yapmaktır. OSC'nin başkanı, özel müşavir ünvanını almakta ve başkan tarafından atanmaktadır. Aynı zamanda atanmasının Senato tarafından da onaylanması gereklidir. Yapısı içerisinde, personel yönetimi uzmanları, müfettişler ve avukatlardan oluşan yaklaşık 110 kişi bulunmaktadır. Bu birimin, Washington dışında, Dallas, Detroit ve Oakland'da da ofisleri mevcuttur¹⁶⁴. OSC, yasaklanmış personel uygulamalarına ilişkin şikâyetleri, federal yönetimdeki haber uçuranlara ilişkin korumaları da göz önünde tutarak toplar, araştırır ve soruşturur. Bu kapsamda (geri ödeme ve eski görevine verme gibi) düzeltici eylemleri de gerçekleştirir¹⁶⁵.

OSC'nin harekete geçmesi için bir şekilde ihlalden haberdar edilmesi gerekir. İhlal, esasen Liyakat Sistemini Koruma Kurulu (MSPB) tarafından cezalandırılır. Ancak cezalandırma başkan emrindeki bir personeli ilgilendiriyorsa, başkanın bunu tatbik etmesi gerekir. Öte yandan bu kararlara karşı da federal bölge mahkemelerinde dava açılabilir¹⁶⁶. Dolayısıyla kurulun kararı kesin değil, itiraz edilebilir niteliklidir. Yine bu mekanizma, mahkemelerin de bir şekilde Hatch Kanunu'nun uygulanmasındaki önemli aktörlerden biri olarak öne çıkmasına olanak sağlayıcıdır, denilebilir. Bu açıdan örneğin mahkemeler yıllar boyunca, bir parti komitesinde çalışmak, iş yerinde bir partinin posterini sergilemek veya idari çalışanlar için çıkartılan bir bültende bir başkan adayı hakkında editöryal yazı yazmak gibi konularda kısıtlama yapmak üzere Hatch Kanunu doğrultusunda içtihat oluşturmuşlardır¹⁶⁷. Bu hususta başkana tanınan önemli bir yetki de OSC tarafından başkan emrindeki bir kamu görevlisi Hatch Kanunu'nu çiğnediği yönünde suçlu bulunsa bile cezalandırmadan kaçınabilmesidir. Bunun bir örneği oldukça güncel olan başkan Trump'ın Beyaz Saray görevlisi Conway'ı suçlu bulunmasına karşın cezalandırmaktan kaçınmasıdır¹⁶⁸.

Her ne kadar güncel süreç bu şekilde işlese de kanunun ilk dönem uygulamalarında, Birleşik Devletler Kamu Hizmeti Komisyonu'nun da kanun kapsamında ifade alma

¹⁶⁴ Miller (n 142) 313,357; <https://osc.gov/Pages/HatchAct.aspx> (n 125)

¹⁶⁵ < <https://www.cncsoig.gov/office-special-counsel-osc-6> > Erişim Tarihi 10 Ağustos 2019

¹⁶⁶ Miller (n 142) 313,357.

¹⁶⁷ Forhand ve Ujhelyi (n 4)

¹⁶⁸ <<https://oversight.house.gov>> Erişim Tarihi 12 Ağustos 2019

ve yaptırım kararı alma gibi yetkilere sahip olduğunu ifade etmek gereklidir¹⁶⁹. Dolayısıyla kurumsal olarak farklı aktörlerin, oluşan düzeni muhafaza etmek ve sürdürmek adına sorumluluk üstlendiği ifade edilebilir.

c. Uygulamada Hatch Kanunu'nun Oluşturduğu Kurumsal Düzen

Hatch Kanunu uygulamalarına bakıldığında, genellikle yasaklanmış eylemlerden kamu görevlilerini alkoymak için disiplin cezaları önerdiği ve bunların takip edilmesinde de OSC gibi aktörlerin görevlendirildiği anlaşılmaktadır. Bu açıdan, şimdiye değin birçok uygulamanın gerçekleştirildiği ifade edilmelidir¹⁷⁰. Dikkat çekici örnekler bakılırsa; 2008 yılında OSC idarecisi Scott Bloch'un Hatch Kanunu ihlaline ilişkin belgeleri yok etmek üzere bir bağımsız şirketi görevlendirmesi yönüyle Hatch Kanunu'nu çiğnediğinden bahisle evi ve ofisi FBI tarafından basılmıştır. 2012 yılında, eski Sağlık ve İnsani Hizmetler Bakanı Kathleen Sebelius'un kamu kaynakları ile yaptığı bir gezide kişisel politik yorumlar yaparken kanunu çiğnediği belirlenmiş ve gezi masrafları kendisinden tahsil edilmiştir. 2016 yılında ise bu sefer, İskan ve Kentsel Gelişim Bakanı Julian Castro'nun da bir televizyon mülakatında kanuna aykırı hareket ettiği tespit edilmiş, bakan yasaya aykırılığı kabul etse de bunu kasten yapmadığını ileri sürmüştür¹⁷¹¹⁷². Bunlar yanı sıra Massachusetts Yüksek Yargı Mahkemesi'nin "McAuliffe v. New Bedford Belediye Başkanı" kararında ileri sürdüğü şu görüş, Hatch Kanunu'nun oluşturmuş olduğu kurumsal düzen açısından oldukça ilginçtir:

"New Bedford, polis düzenlemelerine göre, polis birimindeki hiç kimse, herhangi bir politik amaç için yardım veremeyeceği gibi, yardım da toplayamaz. Bu kuralı çiğneyen polis memuru McAuliffe'yi işten çıkarmak için belediye başkanı gerekli talimatı vermiştir. McAuliffe buna, 'polis düzenlemesinin yardım yapanın politik kanaatlerini ifade hürriyetini ihlal ettiği' savıyla karşı çıkmış; ancak mahkeme şu şekilde karar vermiştir: Yardım yapanın politik konuşma yapmaya anayasal hakkı elbette vardır. Ancak [politika konuşan bir yardım severin] polis olma hakkı yoktur"¹⁷³.

Öte yandan Thompson¹⁷⁴ sosyal hizmet çalışanları ile kamu hizmetinde istihdam edilen diğer çalışanların, politik faaliyetlerini yönlendiren federal ve eyalet düzeyindeki yasaların kısıtlamalarına maruz kaldıklarını ve nihayet bu nedenle sosyal hizmet çalışanlarının, sorunların sözcülüğünü yapma ve sosyal reformlara yanıt vermede pasif

¹⁶⁹ Joseph R. Starr, 'The Hatch Act and Academic Freedom' (1941) 27(1) Bulletin of the American Association of University Professors (1915-1955) 61,69.

¹⁷⁰ Hamrick (n 103)

¹⁷¹ < <https://legaldictionary.net/hatch-act> > Erişim Tarihi 08 Ağustos 2019

¹⁷² Yapılan soruşturma sonucunda, her ne kadar Castro'nun yasayı çiğnediği belirlenmişse de özel soruşturmacı kendisi için herhangi bir ceza talep etmemiştir. Bu konuda ayrıntılı bir okuma için bkz: <https://www.politico.com/story/2016/07/julian-castro-ethics-hud-hatch-225732>

¹⁷³ Irwin (n 110) 527,533.

¹⁷⁴ Thompson (n 107) 457,465.

hale geldiklerini ileri sürmektedir. Ayrıca yine ona göre, [kamu çalışanlarının] politik davranışlarını yönlendiren federal ve eyalet yasaları bakımından uygulamada genel bir karmaşa da mevcuttur. Martin¹⁷⁵ Hatch Kanunu kapsamında sınırsız kısıtlamaların ortaya çıkabileceğini ileri sürmekte ve bu açıdan uygulamaya ilişkin çeşitli örnekler sunmaktadır. Örneğin; başkanı kötülemek, seçimle ilgili iddiaya girmek, politik bir meseleyi hararetle bir şekilde tartışmak, alkollüken bir politik partiyi eleştirmek, açıkça politik tartışmalara katılmak, politik bir mektup yazmak, bir politik kanaati açıkça ifade etmek, politik bir makale yayımlamak, görevdeyken politik ifadeler içeren bir kıyafet giymek gibi eylemler, mahkeme tarafından kamu çalışanlarına tatbik edilen disiplin işlemlerinin gülünç gerekçeleri olarak görülmüştür. Bunlarla birlikte, yeni düzenin paylaşım enstrümanları olan sosyal medya uygulamalarında da politik eylem ve faaliyetler yönüyle kamu çalışanlarına dönük kısıtlamaların oluşturulduğu ifade edilmelidir¹⁷⁶. Miller¹⁷⁷ bir çalışanın bir politik parti birimi için çalışmak istemesi halinde, bu amaçla izne çıkmasını yeterli görmemektedir. Ona göre bu çalışanın istifa etmesi gereklidir, zira Minnesota’da görülen bir vakada, politik parti biriminde çalışmak üzere izne ayrılan personelin, Hatch Kanunu’nu ihlal ettiği kabul edilmiştir. Öte yandan Hatch Kanunu’nun sadece gerçek kişiler olarak kamu çalışanlarını değil, tüzel kişilikleri olarak kamu çalışanı sendikalarını da kapsamına aldığı ifade etmek gereklidir. Bu anlamda bir örnek olarak Masters ve Bierman¹⁷⁸ OSC’nin 3 federal sendika başkanının görevden uzaklaştırılması için bir süreç başlattığını da ileri sürmektedirler.

d. Kurumsal Düzenin Güncellenmesi (Sürdürümü)

Hatch Kanunu çıkartıldığı yıldan bugüne farklı tarihlerde, özellikle işgücünün desteklenmesi kapsamında Demokratlarca değiştirilmek istenmiş, ancak Cumhuriyetçilerin karşı çıkışları nedeniyle bazı girişimler akim kalmıştır. Örneğin, 1974 ile 1978 yılları arasında yapılan değişiklik girişimleri, yasa yapma süreçlerinin belli bir basamağında başarısızlığa uğramış, dolayısıyla yürürlüğe girememişlerdir¹⁷⁹.

Başarılı olan değişiklikler ise, 1940, 1993 ve 2012 yıllarında gerçekleşmiştir. 1940 yılında yapılan değişiklik, federal çalışanların yanı sıra, federal olarak finanse edilen eyalet ve yerel yönetim çalışanlarının da kanun kapsamına alınmasını gerektirmiştir¹⁸⁰. 1940 yılında yapılan bu değişiklikle, 9. maddede yapılan düzenlemeler ile bu maddeden, 12. madde üretilmiştir¹⁸¹. 1993 yılında ise, yeni bir düzenleme yapılarak

¹⁷⁵ Martin (n 103) 78,109.

¹⁷⁶ May (n 140)

¹⁷⁷ Miller (n 142) 313,357.

¹⁷⁸ Masters ve Bierman (n 138) 518,526.

¹⁷⁹ Steven W. Hays ve Luther F. Carter ‘The Myth of Hatch Act Reform’ (1980) 4(3) Southern Review of Public Administration 340,355.

¹⁸⁰ O’Toole (n 15) 17,25; Rose (n 101) 510,526.

¹⁸¹ Irwin (n 110) 527,533.

HARA (Hatch Act Reform Amendments) Kongre tarafından çıkartılmış ve Clinton tarafından imza edilen bu değişiklikler ile artık Hatch Kanunu'nun birçok düzenlemesine ihtiyaç olmadığı ifade edilmiştir¹⁸². Bu değişiklikler ile federal kamu görevlilerinin iş başındaki politik faaliyetlerinin güçlendirilmesi yanında¹⁸³ iş dışındaki faaliyetlerinin de kapsama alınması amaçlanmıştır¹⁸⁴. 2012 yılında ise HAMA (Hatch Act Modernization Act) ismiyle kanunun modernize edilmesi bakımından yeni bir düzenleme daha yapılmıştır¹⁸⁵. Bu düzenleme ile federal kaynaklardan ücretinin tamamını almayan eyalet ve yerel kamu çalışanlarının partizan politik faaliyet göstermelerinin önündeki engeller kısmen kaldırılmıştır¹⁸⁶.

2015 yılında Hatch Kanunu kapsamında federal çalışanların diğerleri yanında iş başındayken ve moladayken, politik bir adayı retweetlemeleri ve facebook üzerinden beğenmeleri yasaklanmıştır. Bu açıdan örneğin başkan Trump'ın politik rakiplerine karşı yazdığı tweetlerin de federal çalışanlarca retweetlenmesi halinde Hatch Kanunu'nu ihlal edebileceği ileri sürülmektedir¹⁸⁷. Bunun gibi, kamu çalışanlarının başkanın azledilmesine (impeachment) ve politik konularda diren veya direniş kelimeleri kullanılarak fikir beyan etmeleri de OSC'nin yasa doğrultusunda çıkarmış olduğu birtakım kılavuzlar aracılığıyla yasaklanmıştır¹⁸⁸. Bunlar dışında örneğin mahkemeler de verdikleri kararlarla ve içtihatlarıyla Hatch Kanunu'nun uygulamada güncellenmesine katkıda bulunmuşlardır¹⁸⁹.

6. Hatch Kanunu Uygulamasının Çıktıları

1990'lar boyunca Hatch Kanunu kapsamında şikayetler yıllık yaklaşık 100 civarında seyretmiş, 2000'de 98'e inmiş, ancak 2005 yılında dramatik olarak artmış ve 245'e çıkmıştır. 2010 yılına gelindiğinde ise bu sayı, 526 olmuştur. Geçici bir düşüşün ardından 2016 başkanlık seçimini takip eden dönemde Hatch Kanunu'nu ihlal ettiği ileri sürülen yeni vakaların sayısında artış olmuştur¹⁹⁰. Ancak böylesi bir artışın temel nedenini, kamu görevlisi sayısının artışında ve nihayet son dönemde (1993 v3 2012 gibi) kanunda yapılan görece serbestleşmelerde bulmak gerekir. Uygulama açısından bakıldığında komisyonun, 2010 ile 2016 yılları arasında ortalama yıl bazında 315 Hatch Kanunu ihlal şikayeti aldığı ifade edilmelidir. Bu şikayetlerin yıllık yaklaşık 102'sinde, çalışanlara uyarı mektubu verilmiş ve buna

¹⁸² Azzaro (n 102) 781,819; Thompson (n 107) 457,465.

¹⁸³ Haksoo Lee, N. Joseph Cayer ve G. Zhiyong Lan , 'Changing Federal Government Employee Attitudes since the Civil Service Reform Act of 1978' (2006) 26(1) Review of Public Personnel Administration 21,51.

¹⁸⁴ Thompson (n 107) 457,465.

¹⁸⁵ Azzaro (n 102) 781,819.

¹⁸⁶ Forand ve Ujhelyi (n 4)

¹⁸⁷ May (n 140)

¹⁸⁸ <www.americanoversight.org> Erişim Tarihi 19 Ağustos 2019

¹⁸⁹ Forand ve Ujhelyi (n 4)

¹⁹⁰ Azzaro (n 102) 781,819; Forand ve Ujhelyi (n 4) 2018.

karşılık olarak da yine yıllık yaklaşık olarak 10 çalışan görevinden istifa etmek durumunda kalmıştır¹⁹¹. Yine bu kanun kapsamında örneğin 2010 yılında toplam 4.320 kamu çalışanına da danışmanlık verilmiştir¹⁹².

Çalışanlar yönüyle bakıldığında, 1966 yılında Kongre'nin, Hatch Kanunu'nun kamu çalışanları üzerindeki tatbiki etkisinin belirlenmesi amacıyla izin verdiği bir araştırmada; cevap verenlerin %47'si daha fazla [politik] katılım talep ederken, %48'i ise, izin verilen katılımdan memnun olduklarını belirtmiş olduğu ifade edilmelidir. Yine yanıt verenlerin yaklaşık 1/3'ü yasal gerekliliklerin değiştirilmesini arzu etmediklerini, 2/3'ü ise, çeşitli düzenlemelerin yapılması gerektiği ifade etmiş, ilginç bir şekilde, katılımcıların sadece %3'ü kanunun yürürlükten kaldırılması gerektiğini belirtmiştir¹⁹³. Bowman ve West¹⁹⁴ de bu noktada kanunun caydırıcı etkisinin cezalarda değil de kamusallaştırma ve adli vakalar gibi gerçek yaptırımlarla ancak sağlanabileceğini de ileri sürmüşlerdir. Bir başka araştırmada ise, politik faaliyetler açısından somut yasal kısıtların gevşetilmesi halinde, katılımcı kamu çalışanlarının çoğunun politik faaliyetlerini artırmayacağını ifade ettiği belirlenmiştir. Yine aynı çalışmada, 2/5 oranındaki idareci bir kesimin ise, Hatch Kanunu izin verirse, politik faaliyetlerini belirli bir düzeyde artırabilecekleri açığa çıkarılmıştır. Yine federal idarecilere göre eyalet yöneticilerinin bir kısmının da yasaklanmış faaliyetlere giriştikleri belirlenmiştir¹⁹⁵. Bu gibi yöneticilerden ise, siyahi, kadın, işe yeni başlayan, genç ve bir sosyal hizmet kuruluşuyla ilişkili olanların politize olma eğilimlerinin daha yüksek olabileceği ileri sürülmüştür¹⁹⁶.

V. Tartışma

Çalışmada siyaset-idare ayrımının tesis edilmesinde yasal düzenlemeler olarak kurumların etkisi Hatch Kanunu örneğinde araştırılmıştır. Birleşik Devletlerde 1939 yılında çıkartılan bu kanunla özellikle siyasetçiler ve birtakım federal görevliler dışarıda tutulmak kaydıyla federal ve federal bütçeden kaynak veya ücret alan yerel yönetim ve eyalet görevlilerinin politik davranışları biçimlendirilmeye çalışılmıştır. Doğrusu kamu hizmetlerinin üretilip sunulmasında, kamu görevlilerinin anonim ve yansız kalmaları, partizanlık veya parti politikaları doğrultusunda hareket etmemeleri, bu kapsamda millete hizmet etmeleri¹⁹⁷ ve böylece devlet iradesini sergilemeleri esas alınmalıdır¹⁹⁸. Öyle ki; yasal düzenlemeler olarak kurumsal kodlarla davranış

¹⁹¹ May (n 140) 2018.

¹⁹² Azzaro (n 102) 781,819.

¹⁹³ Martin (n 103) 78,109.

¹⁹⁴ Bowman ve West (n 6) 52,63.

¹⁹⁵ Pearson (n 155) 221,238.; Karl T. Thurber, 'Big, Little, Littler: Synthesizing Hatch Act-Based Political Activity Legislation Research' (1993) 13(1) Review of Public Personnel Administration 38,51.

¹⁹⁶ Thurber (n 195) 38, 51.

¹⁹⁷ Hughes (n 139) 139,164.

¹⁹⁸ Goodnow (n 50)

arasındaki ilişkiden yararlanılarak¹⁹⁹, kamu görevlilerinin politik davranışlarının düzene sokulması bakımından²⁰⁰ devletin düzenleyici ajanları gibi güçlü dışsal aktörlerin müdahaleleriyle²⁰¹ caydırıcı birtakım tedbirlerin alınması²⁰² ve zorlama yoluyla davranışsal meşruiyetin sağlanmasına dönük girişimlerin yapılması²⁰³ oldukça rasyonel ve anlaşılabilir. Aslında böylece devletin zorlayıcı ve düzenleyici gücü, yenilik ve reformlar yapmak maksadıyla da kullanılabilmiş olmaktadır²⁰⁴. Para cezasından işten çıkarmaya varan bir skalada farklı cezalar öneren ve bunları takip etmek üzere OSC gibi bir nevi kolluk vazifesi gören aktörler oluşturan²⁰⁵ Amerikan Hatch Kanunu; böylesi bir arayışın sonucu olarak ortaya çıkmış, ancak işlevsellik açısından halen tartışılmaya devam eden bir yasal düzenlemedir²⁰⁶. Bu açıdan kanunun çıkartıldığı gibi bırakılmadığı, zaman zaman güncellemeler ile güçlendirildiği ve bazen de demokratik bir arayış ekseninde yeniden yapılandırılarak gevşetildiği de belirtilmelidir.

Doğrusu siyaset-idare ayrımı veya kamu görevlilerinin teknik verimliliklerini artırmak ve siyaseten yansız olmalarını sağlamaya dönük girişimlerin en eski ve belirginlerinden biri Hatch Kanunu olsa da aslında kamu görevlilerinin politika yapma süreçlerinden tümüyle yalıtılmasının da doğru karşılanmadığı ifade edilmelidir²⁰⁷. Her ne kadar yansızlık; demokrasinin pozitif bir bileşeni ve onu korumaya dönük bir etmen ve²⁰⁸ siyaset-idare ayrımının hemen hemen zaruri bir bileşeni olarak ele alınsa da²⁰⁹ Svava'nın²¹⁰ da belirttiği üzere her ikisinin bir birini tamamlayıcı bir rol üstlenerek kamu yararı doğrultusunda faaliyet göstermeleri gerekir.

VI. Sonuç

Siyaset-idare ayrımı öteden beri modern demokrasilerin çözmek için çaba sarf ettiği bir sorun olarak halen varlığını devam ettirmektedir. Sorunu çözebilmek için yasal düzenlemelerin zorlayıcılık yönüyle kurumsal etkilerinden yararlanmak isteyen bazı ülkelerin, kamu görevlilerini siyaseten yansız kılmak adına birtakım yasal düzenlemeler yapmak yoluna gittikleri bilinmektedir. Amerikan Hatch Kanunu bunlardan biridir. Kanun; Amerikan başkanı ve başkan yardımcısı, başkanlık ofisinin

¹⁹⁹ Johnson, Smith ve Brian (n 58) 572,580.; Lawrence ve Suddaby (n 13) 215,254.

²⁰⁰ Wooten (n 61) 261,280.

²⁰¹ Suchman ve Edelman (n 5) 903,941.

²⁰² Lawrence ve Suddaby (n 13) 215,254.

²⁰³ Scott (n 9) 103,115.

²⁰⁴ Jepperson ve Meyer (n 82) 204,231.

²⁰⁵ Lawrence ve Suddaby (n 13) 215,254.

²⁰⁶ Heady (n 119) 687,699; Martin (n 103) 78,109; Myers (n 112); Thompson (n 107) 457,465.

²⁰⁷ Asmerom ve Reis (n 1) 3,17 ; Svava (n 26) 676,705.

²⁰⁸ ibid. 3,17.

²⁰⁹ O'Toole (n 15) 17, 25; Overeem (n 3) 311,329.

²¹⁰ Svava (n 26) 676, 705.

ödeneğinden ücret alanlar, idari birimlerin başkan ve yardımcıları, Senato'nun onay ve önerisi ile başkan tarafından atanmış olan belirli memurları kapsam dışında tutmuş, ancak federal kaynaklardan ücret alan ve/veya kaynak kullanan (bakanlar da dahil) diğer bütün kamu görevlilerini kapsamına almıştır.

Kanunun oluşturmuş olduğu kurumsal düzen, nihayet bir çeşit (polisiye) kolluk düzeni olarak isimlendirilebilir. Böylesi bir düzenin oluşturulması, -diğerleri yanında- en başta kamu görevlilerinin yansızlığını tesis ederek kamu hizmetlerinin liyakate uygun olarak görülmesini amaçlamaktadır. Kolluk anlayışı ile sistemin güçlendirilmesi, aynı zamanda oluşturulmuş olan kurumsal düzenin sürdürümü için de elzem görünmektedir. Birtakım yasaklar, kısıtlamalar ve bunlara karşı para, hapis veya işten çıkarma gibi uygulanacak olan bazı cezai yaptırımlar, nihayet kamu görevlilerini siyaseten yansız kılmanın, siyaset-idare ayrımını tesis etmenin araçları olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla başta siyaset-idare ayrımını tesis edebilmek ve adı veya pozisyonu ne olursa olsun kamu görevlilerini siyaseten yansız kılabilmek, bürokratik işleyişi siyasi müdahalelerden uzak tutabilmek ve nesnel bir idari işleyiş tesis edebilmek adına, zorlayıcı mekanizmalara sahip yasal düzenlemelerin çıkartılması işe yarar bir stratejik girişim olarak görünmektedir. Bu düzenin sağlıklı sürdürülmesini tesis edebilmek adına, disiplin açısından birtakım izleyici ve soruşturucu birimler ile adli yargılamaya yapabilecek birimler de oluşturulmalıdır. Öte yandan özellikle sosyal medyanın gelişmesi ve başkaca güncel meseleler ekseninde yasal düzenlemelerin gözden geçirilmesi ve güncellenmesinin sürdürümleri açısından gerektiği de ifade edilmelidir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

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

Bibliyografya/Bibliography

- Adams B G ve Balfour L D, 'Public Service and Administrative Evil: Prospects and Problems' iç Frederickson H G ve Ghore K R (edr), *Ethics in Public Management* (Routledge, London 2003) 114,139.
- Argyriades D, 'Neutrality and Professionalism in the Public Service' iç Asmerom K.H. ve Reis P E (edr), *Democratization and Bureaucratic Neutrality* (St. Martin's Press, New York 1996) 45,73.
- Asmerom K H ve Reis P E, 'Introduction' iç Haile K. Asmerom, Elisa P. Reis (edr), *Democratization and Bureaucratic Neutrality* (St. Martin's Press, New York 1996) 3-17.
- Azzaro S D, 'The Hatch Act Modernization Act: Putting the Government Back in Politics' (2016) 42(3) *Fordham Urban Law Journal* 781,819.
- Bergevaern F ve Olson O, 'Institutionalization of Municipal Accounting-A Comparative Study between Sweden and Norway' (1995) 11(1) *Scandinavian Journal of Management* 25,41.
- Black J, 'Constructing and Contesting Legitimacy and Accountability in Polycentric Regulatory Regimes' (2008) 2 *Regulation&Governance* 137,164.
- Bowman S J ve West P J, 'To "Re-Hatch" Public Employees or Not? An Ethical Analysis of Relaxation of Restrictions on Political Activities in Civil Service' (2009) 69(1) *Public Administration Review* 52,63.
- Bozanic Z, Dirsmith W M ve Huddart S, 'The Social Constitution of Regulation: The Endogenization of Insider Trading Laws' (2012) 37(7) *Accounting, Organizations and Society* 461,481.
- Brown J A, 'Public Employee Political Participation: Hatch Acts in the Federal and State Governments' (2000) 2(2) *Public Integrity* 105,120.
- Brown C ve Maskell J, 'Hatch Act Restrictions on Federal Employees' Political Activities in the Digital Age' (2016) CRS Report <www.everycrsreport.com/reports/R44469.html> Erişim Tarihi 12 Temmuz 2019.
- Caiden E G, 'The Concept of Neutrality' in Asmerom K H ve Reis P E (eds), *Democratization and Bureaucratic Neutrality* (St. Martin's Press, New York 1996) 20,24.
- Demil B ve Bansedrine J, 'Processes of Legitimization and Pressure toward Regulation: Corporate Conformity and Strategic Behavior' (2005) 35(2) *International Studies of Management & Organization* 56,77.
- Demir T ve Nyhan C R, 'The Politics-Administration Dichotomy: An Emprical Search for Correspondence between Theory and Practice' (2008) 68(1) *Public Administration Review* 81,96.
- Demir T, 'The Complementarity View: Exploring a Continuum in Political-Administrative Relations' (2009) 69(5) *Public Administration Review*, 876,888.
- Edelman B L, Uggen C ve Erlanger S H, 'The Endogeneity of Legal Regulation: Grievance Procedures as Rational Myth' (1999) 105(2) *American Journal of Sociology* 406,454.
- Eisenhardt M K, 'Building Theories from Case Study Research' (1989) 14(4) *The Academy of Management Review* 532,550.
- Fligstein N, 'Social Skill and Institutional Theory' (2001) 19(2) *Sociological Theory* 105,125.
- Forand J G ve Ujhelyi G, 'Don't Hatch The Messenger? On the Desirability of Restircting the Political Activity of Bureaucrats' (2018) Working Paper, <www.uh.edu/~gujhelyi/hatcha.pdf> accesed (12/06/2019)
- Gabrielian V, Yang K ve Spice S, 'Qualitative Research Methods' iç Miller J G ve Yang K (edr), *Handbook of Research Methods in Public Administration* (CRC Press, Boca Raton 2007) 141,169.

- Glaser B G ve Strauss A, *The Discovery of Grounded Theory: Strategies for Qualitative Research* (Aldine, Chicago 1967)
- Goodnow F J, *Politics and Administration* (Macmillan, New York 1900)
- Hamrick S E, *Birleşik Devletler Özel Müşavirlik Birimi Hatch Kanunu Bölümü Şef Yardımcısı*. 19/08/2019 tarihli e-mail yazışmasındaki beyanı, 2019.
- Hartley J, 'Case Study' in Cassel, C ve Symon G (eds), *Essential Guide to Qualitative Methods in Organizational Research* (London: Sage 2004) 323,334.
- Hays W S ve Carter F L, 'The Myth of Hatch Act Reform' (1980) 4(3) *Southern Review of Public Administration* 340,355.
- Heady F, 'American Government and Politics: The Hatch Act Decisions' (1947) 41(4) *The American Political Science Review* 687,699.
- Hughes O, 'Political Speech in the Armed Forces: Shouting Fire in a Crowded Cyberspace' (2019) 11(1) *Washington University Jurisprudence Review* 139,164.
- Irwin J, 'Public Employees and the Hatch Act' (1956) 9 *Vanderbilt Law Review* 527,533.
- Jepperson R L and Meyer J W, *The Public Order and the Construction of Formal organizations' iç Powell W W ve DiMaggio P J (edr) The New Institutionalism in Organizational Analysis* (University of Chicago Press Chicago 1991) 204-231.
- Johnson G, Smith S ve Codling B, 'Microprocesses of Institutional Change in the Context of Privatization' (2000) 25(3) *Academy of Management Review* 572,580.
- Karneghan K, 'The Post-bureaucratic Organization and Public Service Values' (2000) 66(1) *International Review of Administrative Sciences* 91,104.
- Lawrence T B ve Suddaby R, 'Institutions and Institutional Work' in Clegg S R, Hardy C, Nord W R ve Lawrence T B (edr), *Handbook of Organization Studies* (Sage, London 2006) 215,254.
- Lee H, Cayer N J ve Lan G Z, 'Changing Federal Government Employee Attitudes since the Civil Service Reform Act of 1978' (2006) 26(1) *Review of Public Personnel Administration* 21,51.
- March J G ve Olsen J P, *Democratic Governance* (Free Press, New York 1995)
- Martin L P, 'The Constitutionality of the Hatch Act: Second Class Citizenship for Public Employees' (1974) 6 *Toledo Law Review* 78,109
- Martin D W, 'The Fading Legacy of Woodrow Wilson' (1988) 48(2) *Public Administration Review* 631,636.
- Masters F M ve Bierman L, 'The Hatch Act and the Political Activities of Federal Employee Unions: A Need for Policy Reform' (1985) 45(4) *Public Administration Review* 518,526.
- May M, (2018), 'Federal Employees Work for Both Democrats and Republicans: Even Kellyanne Conway' <<http://theconversation.com/federal-employees-work-for-both-democrats-and-republicans-even-kellyanne-conway-93165>>
- McSwite O C, *Legitimacy in Public Administration: A Discourse Analysis* (Sage, Thousand Oaks 1997)
- Merriam S B ve Tisdell J E, *Qualitative Research* (Jossey-Bass, San Francisco 2016)
- Meyer J W ve Rowan B, 'Institutionalized organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony' (1977) 83(2) *American Journal of Sociology* 340,363.
- Miller C J, 'The Unwise and Unconstitutional Hatch Act: Why State and Local Government Employees Should Be Free to Run for Public Office' (2010) 34 *Southern Illinois Law Journal* 313,357.
- Moore M H, *Creating Public Value: Strategic Management in Government* (Harvard University Press, London 1995)

- Moretti, F, van Vliet L, Bensing, J, Deledda, G, Mazzi, M, Rimondini, M, Zimmermann, C ve Fletcher, I, 'A standardized Approach to Qualitative Content Analysis of Focus Group Discussions from Different Countries' (2011) 82 *Patient Education and Counseling* 420,428.
- Mosher E L, 'Government Employees under the Hatch Act' (1947) 22 *New York University Law Quarterly Review* 233,264.
- Myers IV M R, 'The Prevent Pernicious Political Activities: The 1938 Kentucky Democratic Primary and the Origins of the Hatch Act of 1939' (Unpublished Graduation Thesis, University of Louisville 2018)
- Nelson H D, 'Political Expression under the Hatch Act and the Problem of Statutory Ambiguity' (1958) 2(1) *Midwest Journal of Political Science* 76,88 1958.
- North C D, 'Institutions' (1991) 5(1) *The Journal of Economic Perspectives* 97,112.
- O'Toole Jr. J, 'Doctrines and Developments: Separation of Powers, the Politics-Administration Dichotomy, and the Rise of the Administrative State' (1987) 47(1) *Public Administration Review* 17,25.
- Overeem P, 'The Value of The Dichotomy: Politics, Administration, and The Political Neutrality of Administrators' (2005) 27(2) *Administrative Theory&Praxis* 311,329.
- Owen E, Hughes, *Public Management and Administration* (Palgrave-macmillan, New York 2003)
- Pache C A ve Santos F, 'When Worlds Collide: The Internal Dynamics of Organizational Responses to Conflicting Institutional Demands' (2010) 35 *The Academy of Management Review* 455,476.
- Panday K P, 'Bureaucracy and Politicians: Dynamics and Challenges' iç Farazmand A (ed), *Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy, and Governance* (Springer. Cham 2017) 1,5.
- Person M W 'The Effect of State Hatch Acts on State Executives' Political Activities, (1978) 2(2) *Southern Review of Public Administration* 221,238.
- Powell W W ve Rerup C, 'Opening the Black Box: The Microfoundations of Institutions' *The Sage Handbook of Organizational Institutionalism* (SAGE Publications Ltd, 2017) 311-337.
- Rose H, 'A Critical Look at the Hatch Act' (1962) 75(3) *Harvard Law Review* 510,526.
- Rowley J, 'Using Case Studies in Research' (2002) 25(1) *Management Research News* 16,27.
- Scott W R, *Institutions and Organizations* (Sage, Thousand Oak 2001) 103,115
- Starr R J, 'The Hatch Act and Academic Freedom' (1941) 27(1) *Bulletin of the American Association of University Professors* (1915-1955) 61,69.
- Suchman M C ve Edelman L B, 'Legal Rational Myths: The New Institutionalism and the Law and Society Tradition' (1996) 21(4) 903,941.
- Svara J H, 'Dichotomy and Duality: Reconceptualizing the Relationship between Policy and Administration in Council-manager Cities' (1985) 45 *Public Administration Review* 221,232.
- 'Complementarity of Politics and Administration as a Legitimate Alternative to the Dichotomy Model' (1999) 30(6) *Administration&Society* 676,705.
- 'Forum: Complexity in Political-Administrative Relations and the Limits of the Dichotomy Concept' (2006) 28(1) *Administrative Theory&Praxis* 121,139.
- 'Introduction: Politicians and Administrators in the Political Process-A Review of Themes and Issues in the Literature' (2006) 29 *International Journal of Public Administration* 953,976.
- Thompson J J, 'Social Workers and Politics: Beyond the Hatch Act' (1994) 19(4) *Social Work* 457,465.
- Thornton H P, Ocasio W ve Lounsbury M, *The Institutional Logics Perspective* (Oxford University Press, Oxford 2012)

Thurber Jr. T K, 'Big, Little, Littler: Synthesizing Hatch Act-Based Political Activity Legislation Research' (1993) 13(1) Review of Public Personnel Administration 38,51.

Tool M R, 'The Theory of Instrumental Value: Extensions, Clarifications' iç Tool M R (ed), Institutional Economics: Theory, Method, Policy (Kluwer Academic Publishers, Boston 1993) 119,159.

Weber M, Economy and Society (Berkeley, University of California Press 1978)

Wilson W, 'The Study of Administration' (1887) 2(2) Political Science Quarterly 197,222.

Wooten M E, 'Institutional Constraints on the Pursuit of Racial Justice' (2016) 48 Research in the Sociology of Organizations 261,280.

Yin R K, Case Study Research Design and Methods (Sage, California 2003)

Zilber B T, 'How Institutional Logics Matter: A Bottom-Up Exploration' (2017) 48 Research in the Sociology of Organizations 137,157.

Web Tabanlı Kaynaklar

<https://www.cncsoig.gov/office-special-counsel-osc-6> (10/08/2019)

<https://legaldictionary.net/hatch-act/> (08/08/2019)

<https://osc.gov/Pages/HatchAct.aspx> (08/08/2019)

<https://americanoversight.org/news-roundup-the-hatch-act-and-freedom-of-speech>
(19/08/2019)

<https://oversight.house.gov/news/press-releases/cummings-issues-statement-after-osc-recommends-that-president-trump-remove> (12/08/2019)



On the Refugee Crisis Discourse: A Critical Analysis Sitting in the Junction of International Criminal Law and International Refugee Law

Ekin Deniz Uzun*

Abstract

This Article critically explores the close relationship between the discourse of the refugee crisis phenomenon and inattentive state policies against refugees. Various reproduced political approaches of states appearing as a result of 'how to deal with refugee crisis' concern across the world are exemplified to this end. In this light, it is asked whether certain forms of abuse occur due to the states' way of regulating refugees' asylum, and whether the process can be elevated to the level of crimes against humanity under the Rome Statute. The goal is to understand this issue by involving international criminal law and in connecting it to the International Criminal Court to determine whether states can be precluded from creating an environment that possibly leaves refugees vulnerable to both physical and sexual abuse, e.g., in detention centers or refugee camps. In relation to that, it is also expounded in what ways the refugee crisis as a produced concept by the conservative propaganda configures the attitude of both individuals and policy makers towards refugees. The adverse image, that is portrayed for refugees, effects negatively not only on the public view but also normalizes states' othering attitude when it comes to responding and regulating the movements of outsiders. In this direction, the 1951 Refugee Convention, the Rome Statute, and some other relevant international legal instruments are taken into account to examine the perpetrated violence employed by states through their policies against refugees. Drawing upon this dispute, evil wrongdoers, victimhood and refugee person as homo sacer are conceptualized alongside the crisis narrative throughout this Article, both from a philosophical and socio-legal standpoint.

Keywords

Refugee, International criminal law, International refugee law, Crisis discourse, Refugee protection, Crimes against humanity

Mülteci Krizi Söylemi Üzerine: Uluslararası Ceza Hukuku ve Uluslararası Mülteci Hukuku'nun Kesişim Noktasına Oturan Kritik Bir İnceleme

Öz

Bu makale, mülteci krizi olgusu söylemi ile mültecilere karşı istismarcı devlet politikaları arasındaki yakın ilişkiyi inceler. 'Mülteci krizi ile nasıl başa çıkılacağı' endişesinin bir sonucu olarak ortaya çıkan devlet politikaları bu amacı açıklamak amacıyla örnek oluşturmaları itibarıyla makale kapsamında incelenir. Bu bağlamda, bazı devletlerin mültecilerin iltica başvuru sürecine ilişkin getirdikleri işleyiş dolayısıyla ortaya çıkan istismarcı muamelelerinin, Roma Statüsü uyarınca insanlığa karşı işlenen suçlar düzeyinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorgulanmaktadır. Amaç, uluslararası ceza hukukunun sürece dahil edilmesiyle, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin devletlerin mültecileri hem fiziksel hem de cinsel istismara karşı savunmasız bırakabilecek bir ortam yaratmasının engellenip engellenemeyeceğini anlamaktır. Muhafazakar propaganda tarafından üretilen bir kavram olarak mülteci krizinin hem bireylerin hem de politikacıların mültecilere karşı tutumunu nasıl yapılandırdığı da bu çerçevede açıklanır. Mülteciler için tasvir edilen olumsuz imaj, sadece kamuoyunun görüşünü negatif yönde etkilemekle kalmamakta, aynı zamanda 'yabancıların' ülkeye giriş çıkışlarını

* **Corresponding author:** Ekin Deniz Uzun (Lec. Dr.), Ankara Yıldırım Beyazıt University, Faculty of Law, Department of International Law, Ankara, Turkey. E-mail: eduzun@ybu.edu.tr ORCID: 0000-0002-9757-0223

Citation: Uzun E. D., "On the Refugee Crisis Discourse: A Critical Analysis Sitting in the Junction of International Criminal Law and International Refugee Law" (2020) 78(4) *İstanbul Hukuk Mecmuası* 2025. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.4.0010>



düzenlemek konusunda devletlerin istismarcı tutumlarını da normalleştirmektedir. Bu doğrultuda, 1951 Mülteci Sözleşmesi, Roma Statüsü ve diğer bazı ilgili uluslararası yasal belgeler, mültecilere yönelik politikalar eliyle devletlerin onlara karşı uyguladığı şiddeti incelemede dikkate alınmıştır. Tüm bu tartışmalar etrafında, haksızlık eden kimseler/kurumlar, mağduriyet ve homo sacer olgusu bağlamında mülteci kavramları, kriz söylemi etrafında, hem felsefi hem de sosyo-legal açılarından kavramsallaştırılarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Mülteci, Uluslararası ceza hukuku, Uluslararası mülteci hukuku, Kriz söylemi, Mültecilerin korunması, İnsanlığa karşı suçlar

Extended Summary

This study looks at refugee crisis discourse through the lens of international criminal law (ICL) and international refugee law (IRL) by asking the following question and raising following concerns respectively: in what ways the crisis, refugee and victimhood phenomena describe mass human movement in the modern world. As we get more attached to see violence in the news ranging from racism to armed conflict, it is sought to answer whether we also reflect this rage on refugees by marginalizing them in the end. In order to get some sense on this question, the role of conservative discourse and its extended state policies are analyzed to understand how they seed a negative image in the collective memory of societies about refugees. It is set to identify the problem that this created collective memory discerns refugees as evil wrong doers who breach every right possible that are attributed to states. This also justifies states' way of crushing refugees bodily and spiritually to obstruct future refugees from arriving on their soils. The presented mindset herein also absolves states from abusive acts of their agents. In that we are conditioned to conclude that mistreatment of refugees is not grave enough to be considered within the context of crimes against humanity for instance; even though requirements for this international crime are present. Indeed, some scholars and public figures have taken action to get the International Criminal Court (ICC) involve holding governments and state agents responsible from their atrocious methods employed against refugees. However, in consideration of the major incidents and recent developments including failed correspondences with the ICC Office of The Prosecutor (OTP) in this regard, this Article asks whether international criminal law can really resolve the consequences of refugee crisis discourse at the end of the day.

In pursuance of this question respectively the rhetoric of refugee crisis and its consequences are discussed both from a philosophical and legal standpoint. The evil nature of overwhelming incidents -constituting the *misery* of refugees in the hands of state of asylum- keep surfacing through news media and academic discussions, which have triggered an urge in international community to find a solution to these sequential matters. Some leading books have been written in respect to the consequential effects of refugee crisis discourse, to name a few: *Solidarity and 'Refugee Crisis' in Europe* by Óscar García Agustín and Martin Bak Jørgensen; *Asylum Seekers, Sovereignty, and the Senses of the International* edited by Jenny Edkins and Nick Vaughan-Williams; *Asylum Seekers and Refugees in the Contemporary World* by David J. Whittaker; *Refuge Transforming A Broken Refugee System* by Alexander Betts and Paul Collier. The crimes against humanity aspect of cruel treatment against refugees have been analysed by Ioannis Kalpouzou, Itamar Mann, Kevin Jon Heller and some other researchers cited within the context of this Article too. Merging all of these analyses and real-world examples, this study agrees that even if the elements

of crimes against humanity come together with respect to treatment against refugees, still states will be reluctant to take refugee protection measures more seriously, if there are no consequences for not reducing any form of violence. Indeed recent correspondences with the OTP have shown that it is the ICC that is hesitant to pursue further investigation on related matters in the first place; for instance what has been going on in the Australian offshore detention centers. This Article in this respect looks at the incidents in which people escape from persecution due to race, religion, armed conflict, international crimes etc, and are victimized further due to receiving states' atrocious conducts. This aspect brings together two disciplines of international law -namely ICL and IRL- to find solution whether inattentive states' policies, get shaped/influenced by refugee crisis discourse, can be eliminated. As is concluded in the final part of this Article, recent examples and research prove us that as long as influential institutions, in particular ICC, remain silent on the face of growing discriminative politics, these countries who other 'outsiders' without having extrinsic pressure on them to refrain from any abusive treatments, will continue to get away with their legislations and policies in their limits and powers that will help and encourage these states to keep refugees out.

Introduction

This Article proceeds in three main parts by directing its focus on the major central challenges detailed in the following paragraphs.

Part I looks over the anatomy of forced migration related phenomena, namely the refugee and asylum seeker. This analysis acknowledges that refugee and asylum seekers are meant to describe two different stages and status arising as a result of people fleeing due to “*well- founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion*”.¹ As is explained in this part, the term refugee is widely used by the media and international community as a catchall term involving asylum seekers. In the aim of explaining the refugee crisis discourse, this Article uses the term refugee to describe the various stages of the journey that includes the duration when people are forced to move and cross-national borders, until the end when claims of individuals who have been forced to migrate are processed and decided by the agencies of the state of asylum or the United Nations Commissioner for Refugees (UNHCR).

Part II examines the concept of refugee crisis from a legal and philosophical standpoint. It first criticizes the produced concept of a crisis that is used to describe incidences and related consequences of movements of refugees. Respectively, this part sets out the meaning of *becoming a refugee* in reference to the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) Article 14.² This very acceptance stands as a driving force for this study to find out what qualifies ‘everyone’ set out within the context of this Article.

Part III looks at major relevant incidences that describe people fleeing from persecution. The goal is to conclude whether treatments conducted by states to discourage movement of refugees may amount to international crimes, in particular crimes against humanity defined under the Rome Statute.³ Similar series of analysis have been already conducted by some scholars, e.g., regarding Australian policy on refugees on Manus Island, as is stated above. Departing from these analyses, the incidences that also include natural ‘alert mode’ of people to flee from battlefield is examined through the lens of International Criminal Law (ICL).

The final part brings together all of these ongoing analyses to answer the question of whether ICL can resolve the refugee crisis problem. Through outstanding academic works and correspondences with the International Criminal Court (ICC) and Office of

¹ Convention Relating to the Status of Refugees (adopted 28 July 1951, entered into force 22 April 1954) 189 UNTS 137 (Hereafter 1951 Refugee Convention), Article 1(A)(2) defines the phenomenon of refugee. Further see Protocol relating to the Status of Refugees (adopted 31 January 1967, entered into force 4 October 1967) 606 UNTS 267 (Hereafter 1967 Protocol).

² See Universal Declaration of Human Rights (adopted 10 December 1948 UNGA Res 217 A(III) (UDHR) art 14.

³ Rome Statute of the International Criminal Court, July 17, 1998, 2187 U.N.T.S. 90.

The Prosecutor (OTP), the problems have been identified and certain solutions have been developed/offered regarding protection of refugees from inattentive and abusive state policies. However, one way or another it seems neither the ICL nor the ICC have developed an ‘automatic’ response regarding this concern. What international law can do to remedy the quagmire emerging out of the refugee crisis rhetoric is concluded in this part.

The overall analysis of this Article aims to connect International Refugee Law (IRL) and ICL by examining the cases that include perpetrated violence conducted against refugees by state of asylum. It means that the 1951 Refugee Convention Article 1(F) remains out of the scope of analysis conducted herein. Articles 1(A)(2) and 1(F) (a) of the 1951 Refugee Convention are termed as the inclusion and the exclusion clauses in turn. The inclusion clause sets out the criteria in which cases someone should be recognized as a refugee. The exclusion clause is designed to prevent persons who commit international crimes (e.g., regulated under the Rome Statute) to benefit from refugee status. For example, the use of torture under President Bashar al-Assad’s rule is examined for the first time by the German Court. As *jus cogens* international crimes, crimes against humanity and war crimes are “*presumed to carry the obligation to prosecute or extradite, and to allow States to rely on universality for prosecution, punishment, and extradition*”.⁴ Germany, by following this acceptance, tried two men who fled Syria due to ongoing civil war. They both applied for asylum in Germany. However, they got arrested.⁵ Allegedly they had committed war crimes in Syria which was considered within the realm of the exclusion clause of the Refugee Convention. This case can be examined in two folds: First it provides us with an example that persons who commit international crimes cannot seek a safe haven in other states, as it is not only prohibited legally but also practically it has been prevented by receiving states – in this example in Germany. This incidence further proves to us that receiving states have influential roles in eliminating the most outrageous crimes, if the state authorities do not turn a blind eye to the atrocities already committed on foreign lands. However, as is exemplified further, in the face of increasing mass movement of humans, receiving states have become perpetrators victimizing the ones who seek safe haven outside of their homelands.

Once and for all, this Article intends to eliminate the attitude of refugee crisis terminology through the following approach: emergency response to the needs of refugee persons. This convergence with its terminological intent serves to indicate different dimensions of the same problem: At first, it contains the urgent need of the movement of people fleeing to request asylum from another state. This journey

⁴ M Cherif Bassiouni, ‘Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice’ (2001-2002) 42(1) *Virginia Journal of International Law* 81, 119.

⁵ See BBC News, ‘Syria civil war: Germany holds unprecedented state torture trial’ (*BBC*, 23 April 2020) <<https://www.bbc.com/news/world-europe-52393402>> Date of access 23 April 2020.

includes *pain* of people, which includes mental as well as physical distress. Second, the way of seeing the ‘problem’ appreciates migration as structural inequality -political and economic- triggered by violence and danger.⁶ In the inspiration of Jean-Francois Durieux, emergency response understands that the negative incidences (as exemplified within the context of this Article) emerging out of the movement of people across borders can be categorized as urgent - needing an immediate response.⁷ Conceived in these terms arising through emergency response -both as a result of force and being in need of searching for a better/safer place to live due to persecution- the danger of refugee crisis conceptualization is explained in more detail after the analysis on the intrinsic characteristics of the forced migration related phenomena given in the following paragraphs.

I. Intrinsic Characteristics of Forced Migration Related Phenomena

This Article in pursuance of its research question -can international criminal law resolve the consequences of refugee crisis discourse- deals in fact with issues link to forced migration. By and large, considering the complex nature of forced migration related problems, it is important to clarify certain phenomena as in asylum seeker and refugee.

Generally speaking, seeking a refuge somewhere other than one’s homeland is categorized under the term migration. Migration as a term is the everyday parlance for any kind of human movement in the broadest sense possible: people move overseas, cross borders and seek sanctuary elsewhere due to economic, environmental reasons; or they merely escape from violence including racism, misogynism, armed conflict, etc. The United Nations High Commission for Refugees (UNHCR) defines the asylum seeker as “[a]n individual who is seeking international protection”.⁸ It means that the claim of the asylum seeker has not yet been finalized by the country in which the claim had been submitted; this also makes every refugee initially an asylum-seeker. People who are not able to return to their home states for any number of reasons have found themselves in a ceaseless transition state. In order for them to have their basic rights met, the receiving state or the UNHCR has to go through a procedural process that would put asylum seekers in line to be recognized as *refugees*, giving them their *de jure* status: only then “*satisfying the relevant criteria will indicate entitlement to the pertinent rights or benefits*”.⁹ This process is referred to as *refugee status determination* by the UNHCR.

⁶ Kalpouzos I, ‘International Criminal Law and the Violence against Migrants’ (2020) 21 German Law Journal 571, 577.

⁷ Jean-Francois Durieux, ‘The Duty to Rescue Refugees’ (2016) 28 Int’l J Refugee L 637, 641.

⁸ UNHCR, ‘Glossary’ <<https://www.unhcr.org/449267670.pdf#441>> Date of access 24 June 2020.

⁹ Guy Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* (2nded, Oxford: Clarendon Press 1996), 2.

In the cases of armed conflicts and incidences that include systematic human rights violations, individuals mostly flee from this violence resulting in countries en masse. Evidently, it would be impractical for receiving states to examine each individual asylum application. For this reason, in these cases fleeing individuals are referred to as prima facie refugees.

It is acknowledged within the context of this research that legally asylum seeker and refugee are meant to describe different terms. However, within academia and media, e.g., the *refugee crisis* phenomenon is mostly used to include ‘issues’ linked with asylum seekers too. This study uses the term of refugee to include asylum seekers and prima facie refugees who are in a transition state and waiting to attain their refugee statuses. Related modern world incidences involving the refugee status determination process that keep refugees waiting in refugee camps, detention centers or some other accommodation facilities in this respect are narrated further down by using the refugee wording as an expletive phenomenon. In this regard, the following definition for refugee person can be taken as a reference for this Article’s reconnoiter:

“A person is a refugee within the meaning of the 1951 Convention as soon as he fulfils the criteria contained in the definition...He does not become a refugee because of recognition, but is recognized because he is a refugee.”¹⁰

The ultimate question in this context aims to understand in what ways states’ disincentive policies towards refugees get shaped by racist conservative discourse: whether certain forms of abuse -as a result of the states’ way of *handling* refugees- can be elevated to the level of crimes against humanity? Indeed, this question has been discussed by some scholars and brought its attention to the International Criminal Court (ICC). For instance, we now know that after the correspondence between the OTP and the Independent MP Andrew Wilkie from Australia, the OTP acknowledged Australia’s policy of mandatory offshore detention for asylum seekers as constituting cruel, inhuman or degrading treatment. However, the OTP declined to open a preliminary examination to consider such conditions in relation to crimes against humanity. The reasons coming from the Prosecutor can be summarized as the Government’s policies not being deliberate and the asylum seekers not being lawfully present in the area where they were being deported from. Building upon this epitomic case, this Article looks at the applicability of *gravity* requirement of crimes against humanity by linking this analysis with the deliberate nature of related acts (conducted in Australian offshore detention centers and some other refugee camps) in light of the modern world incidences. The goal is to show readers that mistreatment against refugees encouraged by the states’ political agenda of ‘keeping refugees out’ has the potential to reach the limits of crimes against humanity. In parallel, the side effect of

¹⁰ UNHCR, ‘Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees’ (HCR/IP/4/Eng/REV.1, 1992), para 28.

the *refugee crisis* concept on shaping the societal view is also clarified. It is further concluded that considering the narrative developed to categorize and depict *refugees* as outsiders has been *deliberately* orchestrated with links to *deliberate* intentions of states to keep *them* out of their borders.

II. Conceptualization of Refugee Crisis in the Modern World

The fine line between immigration law and criminal law -on the national as well as international law level- are both stiff and lithe. For instance, because of the lithe nature of these two areas of law -crimmigration- has been developed as a term that encompasses the territory of crime and migration issues. Indeed, states are entitled to monitor movements of humans who come and go, in and out of their borders. It is understandable that issues linked with immigration are dealt with mechanisms of criminal law on the national law level worldwide. However, the problem begins with the attitude of states on a larger scale that policies are built upon keeping *nearly all* of the migrants out of the state's boundaries. In fact, these policies are also coupled with campaigns which are driven by 'anti-foreign' anxiety promoting an idea that refugees are illegal immigrants, breaching every possible right *blessed* by state's legal rules.

Beginning with the "*anti-drug hysteria of the 1980s and 1990s, then the anti-terrorism anxiety of the 2000s*", we continue to backlash at refugees without knowing why we judge them and on what basis.¹¹ We are not aware that refugees in most cases are fleeing from war torn lands or have been forced to leave due to some other reasons i.e., climate change. All of these *produced/seemingly true* reactions coming out of anti-drug hysteria/anti-terrorism anxiety and continuing misperception towards refugees continue their existence today due to racist and xenophobic provocations. Take for instance, regarding the stiff nature of immigration policies of states, the recent arising of the *refugee crisis* at the borders of Greece, which tell it all. What has happened at the front door of Greece, on no man's land, shows us that the concept of state sovereignty stands as a blockage against implementation of international legal obligations.

States continue to hide behind their cold-wired-built-up-walls and show no respect with their attitude of non-compliance to international legal regulations. Take for instance, the international community, in particular the European Union (EU) countries as being the most powerful political unit, which seems to lapse into silence by not taking any actions towards saving lives. The actions taken by the EU countries can be described as gathering large numbers of border guards to keep refugees out.

Looking at the current mass displacement and people who were kept waiting at the borders of Greece or have been tamped in overcrowded refugee camps such as Moria,

¹¹ César Cuauhtémoc García Hernández, 'Deconstructing Crimmigration' (2018) 52 University of California, Davis 197, 200.

we now know better: states/the international community could have protected their well-beings if necessary/fundamental steps had been taken already.

By all means, guaranteed by the UDHR, every human being is born with alienable rights. In practice, even though inherent dignity of each and every individual is secured/locked by the Universal Declaration, some children are born into violence or they grow up by witnessing violence across the world. This also tells us that human beings are not born equal, even though beginning from the time of Magna Carta, it has been declared otherwise.

If the rights embedded in the Declaration are not to be taken literally, then they will be given limits. The governments will set the limits on one hand by promising to protect fundamental rights, on the other hand by taking away the very same rights due to some entitled rights of states, i.e. state security.

In an ideal world of human rights promising us an equal and dignified living, the affluence of refugees in large numbers would not be referred to links to crisis. In reality, we are not living in an ideal world. Yet given the empowering nature of HRL in particular in an unjust world to the victims, this Article looks at the conceptualization of crisis as a term with links to refugees, presented herein, through a human rights model of excellence as follows.

Movements of people from one state to another due to persecution -armed conflict or some other reasons pushing people to the shores of other countries- describes not the crisis attached to refugees, but the crisis that should be coupled with the concept of emergency response. Wording matters: bringing an explanation to issues in relation to mass movement of people through an *emergency response approach* in fact puts states and their leaders under the spotlight. Thus, we have to cross off the crisis wording to describe refugees' wants that need an immediate response. In this way we can remind states that they have shared responsibilities in dealing with the problems that individuals who are fleeing persecution face at their borders. Whereas placing the 'refugee' word before the crisis, signals the message that whatever refugees are facing happens because of their being at the center of a larger problem.

In the inspiration of Giorgio Agamben, a refugee person under the shadow of state sovereignty describes a “*“sacred man” (homo sacer) within the state of exception who can be killed with impunity*”.¹² He is likely killed because he is seen as incompetent. He poses a danger to a working mechanism of the state. If he is not put aside for disposal then the state organism's powers to heal would be insufficient to overcome prospected disease spreading through/from this sacred man. Especially in the EU context, the crisis narrative is dictated as a result of the *othering* state of

¹² Codrin Codrea, 'European Refugee Crisis: Legal Framework and European Political Effects' (2016) 2016 Rev Universul Juridic 72, 73.

mind. With links to Brexit political scheme, skepticism produced against *others* is fed by anti-EU, right-wing extremism due to nationalist political movement. *Others* in this context are categorized as immigrants coming from different backgrounds: Muslim, Roma, Eastern-European, and African. For this reason, this Article's research objective carries an intent to uncover discriminative acts that refugees are put through. In that such research will help us to reveal the estimated numbers from the refugee status definition and eventually will detach them from the naming/shaming language attached to the wording of crisis. By doing so it will allow us to critically discuss the question of why refugees are labeled as criminals -jeopardizing law and order of the society- even though they (refugees) are the ones who have been victimized as a result of state-operated offences against them in the first place. For instance, fluctuant hatred beginning from the year of 2015 has come to surface in the EU countries. In 2017, in Austria all elected political parties had predicated hatred for Muslim communities, which have turned into the political expression of closing borders by all means. In 2018, after Italy's elections, a coalition government ran a campaign that focused on the refugee crisis. In 2017, Marine Le Pen, urged nationalist parties to immobilize "*invasion of immigrants in Europe.*"¹³

Refugee status and the othering state of mind towards them can be harmonically explained under the concept of victimhood. Indeed, there exists no generally accepted legal definition that describes the condition of being a victim. This might be due to the reason that victims "*have something of the uncomfortable 'other' about them*".¹⁴ Because of this otherness that is embedded in their experiences arising as a consequence of persecution, refugees are doubly victimized. In other words, othering mentality decorticates the human skin of refugees and *helps/encourages* states to treat them inhumanely. For instance, the Australian government has deliberately failed refugees by keeping them indefinitely in its offshore detention centers. The goal has been to prevent future refugees from *even* attempting to begin the journey of refuge.

This argument can be provoked by the supporters of state sovereignty rights, mentioned above. States are driven by the will of protecting their borders in their right. However, the meaning of state sovereignty should be interpreted elastically in light of the declared universal human rights. This approach appreciates the rights of refugees too. The presented idea herein represents the very basic human duty for one and another: *we ought to help each other*. As is created after the apartheid regime of South Africa in the 1970s, the *Kew Gardens* principles can guide us on how the chain of reaction against an atrocity that has not been caused by us should be. These principles constituting responsibility to help can be applied if "[T]here is a critical need; (2) the agent has *proximity* to the need; (3) the agent has the *capability* to assist;

¹³ Anna Carastathis and Myrto Tsilimpounidi, *Reproducing Refugees Photographia of a Crisis* (Rowman & Littlefield International 2020), 5.

¹⁴ Linda Asquith, *Rebuilding Lives After Genocide Migration, Adaptation and Acculturation* (Palgrave Macmillan 2019), 10.

(4) the agent is likely the *last resort* from whom help can be expected ... (5) the action can be taken *without disproportionate harm* to the one providing assistance”.¹⁵

In this regard, departing from the word – ‘crisis’- and whether we should apply this description to define what refugees mean to us; this Article adds more to this discussion by stating that the description of crisis diminishes the human aspect of what refugees experience once they flee from their home lands. For instance, the following reasoning given in a sentence also bundles all of the negative opinions on refugees, making them *others*: “[w]hilst some will have actively fought to stay alive, others may have fled to safer areas, still surviving, but their actions may not be seen in the same light as those who resisted by fighting”.¹⁶

Ripping off this ‘shaming’ terminology -that is indicated in the above-mentioned quoted sentence- when it comes to defining facts and status of refugees, this Article intends not to discuss how many refugees have fled from their homelands; instead, it presents what they endure.

Against this backdrop, the goal is to explain in what ways states’ mistreatment against refugees extends to international crimes and whether this realization would influence the ICC to take action. This question is examined to understand whether such realization would trigger both origin and receiving states to recognize the human rights of their vulnerable groups at large and refugees in particular.

This Article interposes the rhetoric, which depicts refugees as ‘escaping’ individuals who in fact have *ulterior motives* of having better lives in some first-world country. If our goal is to settle a concrete, best served refugee status for people who flee from persecution, misconceptions do not help. Compassion towards refugees is important. Yet as is the case with the shaming language, portraying refugees as being in misery to make authorities pity them does not help to find more protective solutions either. At least, this is not in fact a ‘humane’ way of dealing with the problems that refugees face. Putting refugees on the frontlines with their faces covered up by dust and dirt in the hopes that this will affect and change policies and political approaches towards them will not get tangible results.

For this reason, the discussion set forth herein claims that emergency response should be developed to eliminate the violence that refugees have been enduring especially in most of the detention centers and refugee camps across the globe. This would assist us to embody refugee persons as human beings. The goal in this respect should not go into the direction of putting a spotlight on presumed and expected wretchedness of refugees, but to ask what the consequences of violence are.

¹⁵ David Hollenbach, ‘Borders and Duties to the Displaced: Ethical Perspectives on the Refugee Protection System’ (2016) 4 J on Migration & Hum Sec 148,156.

¹⁶ Asquith (n 14) 11.

There are many types of violence arising out of a variety of reasons including economic, political, gender, cultural and religious factors. Within the realm of IRL, violence indicates a different humanitarian crisis that needs an immediate response. Humanitarian crisis may refer to “*any situations in which there is a widespread threat to life, physical safety, health, or basic subsistence that is beyond the coping capacity of individuals and the communities in which they reside*”.¹⁷ In this regard, human beings are forced to move for many reasons/push factors including

- environmental disasters such as hurricanes, tsunamis, earthquakes, drought;
- serious diseases, in other words epidemics and pandemics;
- human-made events, e.g., any form of violence such as armed conflict, political oppression, societal torture and furthermore starvation, and famine.

Departing from this ongoing analysis, it is set to identify the movement of persons and states’ abusive policies with links to crimes against humanity of the Rome Statute -with the aim of characterizing the violence conceptualized by this Article-, further.

III. Mass Movement of Humans Facing the Threat of Crimes Against Humanity

This part brings together ICL and IRL to examine the following question: What are the major modern world incidences in which refugees are mistreated, shot to death, ignored or not even welcomed to cross other states’ borders that can be detected as crimes against humanity, e.g., torture or persecution?

It should be noted that the discussion of this part does not seek ways of ranking two branches of international law, namely ICL and IRL. Rather it develops its main argument based on the intersection that lies at the corner of these two different (and connected) fields.

Movement of human beings creating a nexus/interaction between ICL and IRL can be exemplified in the following sentences. For instance, the chain of acts constituting ethnic cleansing can be classified as deportation and forcible transfer. In comparison to the crime of genocide, ethnic cleansing differs by the very existence of intent. However, the purposeful action to create fear – such as bombing, destroying property, etc. - and uncertainty extending to the threshold of societal torture would also cause the targeted population to flee. Take for instance, the cases of child soldiers. These children who are forced to kill and commit atrocities may seek ways of fleeing to find a refuge in other countries. A further example can be provided in regard to incidences

¹⁷ Susan F Martin, ‘New Models of International Agreement for Refugee Protection’ (2016) 4 J on Migration & Hum Sec 60, 60.

of genocide and its aftermath. Looking through the pages of human history and the creation process of international refugee law regiment, genocide survivors sought ways of settlement abroad *after* Hitler's genocide, for instance.

This research acknowledges that -as is explained in the previous part- there are a variety of reasons why people are forced to migrate. In one aspect, people might flee because of the atrocities (falling under the international crimes category) that have happened in their homelands. This is where ICL and IRL meets with respect to forced migration. This Article on the other hand looks at the other side of the coin: the incidences in which people escape from persecution due to race, religion, environmental disasters, armed conflict, international crimes and so on and so forth, and are victimized further due to receiving the states' atrocious conducts.

As of January 2020, there were 146 parties to the 1951 Refugee Convention, and 147 to the 1967 Protocol, yet still refugee protection poses as a problem to this day across the world. As is exemplified in the following part, there are many cases that show state brutality against refugees that can be examined with links to crimes against humanity. This is for the examination of this Article in which ICL and IRL also intersect. Further, the research conducted herein claims that such overlap between these two disciplines is triggered by the refugee crisis discourse too.

A. Setting of the Scene: How Refugees are Treated by States.

This part is articulated to reverberate major significant incidences of refugees across the world and in particular some wealthier countries. The reason for directing the attention of readers to these selected countries can be prescribed in two respects: First, wealthier countries as can be categorized as 'industrialized and developed states' that seem to promote and protect the human rights of people. Yet incidences tell another story with the same sword. Second, their well-developed-individual-oriented way of living attracts many people from all around the world. We presume that for some people who are born into violence, these lands resemble a dream come true to start a new life. That is why 'they' travel 'that far' to seek asylum, rather than staying and fighting or taking sanctuary in a neighboring country. In consideration of this perspective, the following paragraphs demonstrate a set of scenes depicting how refugees are treated in the camps or at the borders of some wealthier states, for instance. This analysis thus shows that in light of Susan Sonntag's standpoint, it disaffirms the idea that human suffering happens in the more distant and exotic places within the context of "*colonial reflex*".¹⁸ Additional examples are further set forth in some other *developing countries*' refugee camps hosting large numbers of individuals. This Article provokes the idea that global powers treat refugees poorly

¹⁸ Susan Sonntag, *Regarding the Pain of Others* (Picador 2004), ff 61–64.

because these states -by creating an unwelcoming aura- in fact aim to shut their doors/borders to fleeing individuals. The other less wealthy or developing countries with large refugee camps or overpopulated refugee communities are falling short in some respects due to having limited resources to begin with. However, the latter countries mostly respond more generously than the others throughout the crisis timeline. For instance, Rohingya refugees have been living in Bangladesh's refugee camp named Cox's Bazar district/Kutupalong Refugee Camp. Bangladesh resembles a promising way of protecting refugees, in contrary to what refugees endure in Libyan refugee camps: torture and rape have been reported in Libya's refugee camps by the Women's Refugee Commission, for instance. Under the shadow of the Libyan civil war, the ICC Prosecutor Fatou Bensouda's Office "*has facilitated progress in a number of investigations and prosecutions relating to crimes against migrants in Libya*".¹⁹ EU Member States in cooperation with Libyan authorities aim to stop departures of refugees. Recently a group of lawyers have gone a step further asking the ICC to investigate the EU as well by holding it responsible for crimes against humanity as a result of thousands of deaths that happened in the Mediterranean.

The Trump administration in the USA made an effort of separating asylum-seeking families by drifting parents and children apart during the process at the border. Parents got prosecuted, children were placed into federal custody and parents were further detained for immigration proceedings.²⁰ The same administration recently 'designed' a program (which was subsequently blocked by a appeals court) called *Remain in Mexico* (MPP) to force about 60,000 asylum seekers to wait in Mexico while their requests are heard. For example, a Brazilian mother with two children has been staying in Ciudad Juárez for three months, across the border from El Paso, Texas. She has been waiting for the moment to come when she and her children would present themselves at the border, as is required for those seeking asylum. They have been "*sleeping on the floor with the children in a hall*".²¹ It means that any delay can cause serious results considering her children have critical health conditions. Yet due to the spread of Covid-19, she was informed that MPP hearings have been suspended for some time. The policy of the USA represents the same mentality of the refugee crisis response embodied after 2015 by the EU states. In the same vein 'The Jungle' camp in the French city of Calais represented the same mindset of abandonment of 'others/outsideers'. Hundreds of unaccompanied children have been living in Al-Hol

¹⁹ UN News, "Violence, Atrocities And Impunity' Reign Throughout Libya, ICC Prosecutor Tells UN Security Council' (6 November 2019) <<https://news.un.org/en/story/2019/11/1050771>> Date of access 9 June 2020. Further see International Criminal Court, 'Situation in Libya ICC-01/11' <<https://www.icc-cpi.int/libya>> Date of access 9 June 2020.

²⁰ Aaron Korthuis, 'Detention and Deterrence: Insights from the Early Years of Immigration Detention at the Border' (2019) 129 Yale LJ F 238, 240.

²¹ Jasmine Aguilera, 'Many Asylum Seekers in Mexico Can't Get U.S. Court Hearings Until 2021 A Coronavirus Outbreak Could 'Devastate' Them' (*Time*, 14 May 2020) <https://time.com/5830807/asylum-seekers-coronavirus-mpp/?utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=the-brief&utm_content=20200518&xid=newsletter-brief> Date of access 18 May 2020.

camp in northeast Syria. This camp is overwhelmed with mainly women and children who fled the last battlefields of the Islamic State of Iraq and the Levant (ISIL or ISIS).

Stories of refugees who physically wanted to harm themselves in detention centers of Australia have been issued by mass media. It has been detected in the offshore detention centers of Australia, mainly Nauru, Manus Island (recently closed) and Papua New Guinea, where mistreatments extended to the crimes against humanity of torture. Examples can be given as overcrowded and unsanitary detention centers, sexual and physical abuse, minimum access to food and so forth. A communication in the purpose of “*calling upon the ... OTP ... to launch an investigation regarding crimes against humanity which may have been committed against asylum seekers and refugees*” in these three places was submitted subsequently.²² Further in a letter written by the independent MP for Clark, Andrew Wilkie, the Office answered the concerns over whether such treatments of Australian policy makers towards refugees and asylum seekers in detention centers amount to crimes against humanity. The OTP in its response confirmed that Australia’s policy in its offshore detention centers constitutes “*cruel, inhuman, or degrading treatment*” and the treatments that ‘detainees’ are subjected to are unlawful under international law.²³

In consideration of this designation by the OTP, it is required to identify the severity of the treatments that *detainees*/refugees have endured in not only detention centers -controlled in place by Australia- but also in the other wealthier countries. With respect to the provided examples so far, we can conclude that these treatments also form psychological torture aiming to inflict pain. Ongoing discussion is explained and expanded further in consideration of the gravity requirement of crimes against humanity under the Rome Statute.

B. How Refugees Are *Othered*.

What it takes to consider that a crime is grave enough – considering the concept of gravity - has been used to describe evilness of international crimes. For example, the Rome Statute of ICC repeatedly refers to the grave nature of international crimes in its text. In the previous part’s analysis, considering some leading states’ abusive attitude/policies against refugees, what would it take then for the ICC to consider these acts as amounting to crimes against humanity for instance? In other words, what is it that is embedded in the abusive acts against refugees that would make the OTP to take them into consideration? This is discussed in this part.

²² Communiqué to the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court Under Article 15 of the Rome Statute, ‘The Situation in Nauru and Manus Island: Liability for Crimes Against Humanity in the Detention of Refugees and Asylum Seekers’ <https://e5e65ece-003b-4d73-aa76-854664da4e33.filesusr.com/ugd/b743d9_e4413cb72e1646d8bd3e8a8c9a466950.pdf> Date of Access 20 June 2020 [hereinafter ICC Australia Communication].

²³ International Criminal Court The Office of the Prosecutor, (Ref. OTP-CR-322/14/001, 12 February 2020) <[https://uploads.guim.co.uk/2020/02/14/200213-Andrew-Wilkie-Response-from-International-Criminal-Court-Australian-Government-treatment-of-asylum-seekers_\(1\).pdf](https://uploads.guim.co.uk/2020/02/14/200213-Andrew-Wilkie-Response-from-International-Criminal-Court-Australian-Government-treatment-of-asylum-seekers_(1).pdf)> Date of access 21 May 2020.

Moral, political, and legal philosophers including Immanuel Kant and Hannah Arendt have developed certain types of responses to various atrocities and horrors, including genocides, terrorist attacks, mass murders, and tortures. In order to describe *malicious* acts of *horrifying* individuals these philosophers conclude that we need a simple yet strong word. It seems that we cannot capture the moral significance of the very acts of these perpetrators as them being ‘wrong’ or ‘bad’. We have an urgent need to *other* them as evils. When we encounter that wrong or bad act, *very*, as an adjective falls short. “*Only ‘evil’, it seems, will do*”.²⁴

Hannah Arendt, in pursuance of this need, after World War II defined radical evil “*as evil that makes human beings superfluous, reducing them to ‘bare life’, or life not worth living*”.²⁵ Considering the previous part’s incidences describing abusive treatments conducted by states against refugees, the question becomes whether we refer to these kind of treatments as evil acts forming one of the international crimes or these acts in fact appear as *lesser* evil that, e.g., they do not have the effect of shocking the conscience of human kind as much as crimes against humanity do?

In most cases, as is exemplified in the previous part of this Article, we encounter an ideal victim (refugee) who would *fit in* the dynamics of an international jurisprudence: She/he is weak, vulnerable and dependent. On the other hand, we are pushed to look at the other side of the coin, which in fact is an illusion. Conservative rhetoric by creating a shaming and naming language in relation to narratives of movements of humans, leads us to a place where we find ourselves believing in a composed idea that they are not in *that bad* a situation. For this reason, through the reflection of the othering mind state, each refugee by not meeting the requirements of an idolized refugee persona is seen as a burden that needs to be shaken off the shoulders of individuals forming the asylum state’s society. The question is even though as is stated in its letter, the OTP delineated treatment against asylum seekers and refugees in Australian offshore detention centers as inhuman and degrading, what is the breaking point then that such treatments cannot be elevated to the level of international crimes; i.e., crimes against humanity of torture?

In search for the ideal victim among refugees, are we not considering states as *their* ideal offenders, which would also undo their victimization?

Hiding behind the curtains of their sovereignty rights, are we not considering states *ugly* enough in their dealings with refugees then? If we desperately need an ideal victim as a refugee person in the absence of an ideal perpetrator, how does the ICL respond to the search for an ideal victim status?

²⁴ David Sussman, ‘Review of Kant’s Theory of Evil: An Essay on the Dangers of Self-love and the Apriority of History by Pablo Muchnik’ (*Notre Dame Philosophical Reviews An Electronic Journal*, 19 July 2010) <<https://ndpr.nd.edu/news/kant-s-theory-of-evil-an-essay-on-the-dangers-of-self-love-and-the-apriority-of-history/>> Date of access 22 May 2020.

²⁵ Ioannis Kalpouzou and Itamar Mann, ‘Banal Crimes against Humanity: The Case of Asylum Seekers in Greece’ (2015) 16 *Melb J Int’l L* 1, 2.

The ICC's Rules of Procedure and Evidence Rule 85 defines *victim* as follows: "*Victim means natural persons who have suffered harm as a result of the commission of any crime within the jurisdiction of the Court...*".²⁶

This definition is too broad. However, gravity of mistreatment against refugees can be weighed by considering certain aspects. For instance, refugees by taking risky journeys are faced with death. Recent incidents have shown that the Greek Government has expelled refugees crossing the Aegean Sea from the Europe's borders. Refugees were sailed to the edge of Greek territorial water. Mainly women and children embarking a journey on an unsecure rubber dinghy were abandoned on the high sea.²⁷ While Greek officials were systematically pushing back refugees, "*Frontex has denied knowledge of, or involvement in, pushbacks*".²⁸ Refugees are kept out of the destination state's borders day and night in cold and rainy days. In refugee camps they are treated as if they are disposable. They are left aside and othered. In detention centers and camps, refugees experience deprivation of liberty for an indefinite amount of time. Uncertainty is brutal at any time, and even more brutal if it is experienced under prison-like conditions. Moreover, at perilous times such as from the beginning of the spread of COVID-19 worldwide, this pandemic also has been threatening refugees who have been living in over-crowded-unsanitary camps. This also can be seen as a response facilitated and fed systematically against refugees. Yet still debated aspects of what has been done to refugees do not provide us an undisputed list of qualifications to reach a conclusion whether crimes against humanity have been committed. It means that even though inhuman and degrading can be put as labels on states' policies against refugees, still these kinds of treatments are not found spectacular enough to be put under the international crimes category in the eyes of the OTP, e.g., with links to the Australian policy: 'whatever' refugees are going through throughout their journeys are not seen as shocking enough to the world.

States' border regimes -coupled with racist, anti-foreign hysteria- create an understanding that refugees unlawfully set foot on foreign soil and it is absolutely fine to mistreat them in reference to the following justifications: they talk a different language, come from a different background, were born in a different country - *they are not locals*. This attitude, in the simplest way possible, is called racism. In a racist view, all of these features make migrants at large and refugees in particular not capable of blending in a new society.

²⁶ Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Court 2002, UN Doc. PCNICC/2000/1/ Add.1, Rule 85.

²⁷ Patrick Kingsley and Karam Shoumali, 'Greece turning back migrants by abandoning them at sea' (*The New York Times*, 25 August 2020) <<https://www.nytimes.com/2020/08/14/world/europe/greece-migrants-abandoning-sea.html>> Date of access 19 January 2020.

²⁸ Katy Fallon, 'EU border force 'complicit' in illegal campaign to stop refugees landing' (*The Guardian*, 24 October 2020) <<https://www.theguardian.com/global-development/2020/oct/24/eu-border-force-complicit-in-campaign-to-stop-refugees-landing>> Date of access 19 January 2020.

What should the solution to protect refugees be then amidst the racist mentality embedded in most societies across the world especially considering that international crimes have such a high threshold to be achieved? The components of this question can be divided into the following empirical questions:

- Whether the deterrence of the ICL is limited for occurrences that harbor certain requirements to be considered as one of the international crimes; if yes then

- When it comes to the goal of diminishing abusive state agents' acts fed by abusive state policies developed against refugees, what kind of recipe would be practical to protect refugees in the first place?

This is answered in the concluding remarks of this Article, in the following paragraphs.

Conclusion

In this time and age, it is painfully evident that human beings are forced to move due to a number of reasons such as race, political and gender identity, civil war, armed conflict, climate change, and honor killings. Some of these reasons have led to mass movements of human beings, whereas some other reasons can make a particular individual to flee. The most striking part of the entire journey of refugees reveals itself through the inattentive and abusive characterization of most of the liberal democratic states' refugee policies in the modern world. Calais jungle in France (closed in 2016), offshore detention centers of Australia, Greek refugee camps, overwhelming death tolls in the Mediterranean sea due to the desperate attempts of refugees to reach the EU countries, the Trump administration's policy to keep refugees out have forced human rights defenders and scholars to question the international community's moral understanding at large: Do we still yearn for the thinking and doing of categorization of some of the people or communities to turn them into *others*? It is in fact inevitably present in front us -if we force ourselves to look through the pages of human history- that many historical and modern conflicts have been shaped by orchestrated violence against certain groups of (ethnic, racial or religious) people. This mindset of making some people scapegoats of some ulterior motives fed by a dominant conservative political ideology has deterritorialized people en masse to this day. When it comes to the protection of these people who have been already victimized in their homelands, they continue to suffer in the countries of asylum due to inhuman treatments conducted as a result of ongoing refugee policy of the hosting states.

In short, we keep failing refugees. It is clear from modern world incidences that we -as a humanity connected one to another in a harmonized way also due to globalization and rising trends growing out of online communication platforms- have not satisfied

the foundations of humanitarianism and the following reaction that is expected to come: emergency response to protect fellow human beings who have escaped from violence or persecution. Overwhelming evidence of brutality against refugees ranging from sexual abuse to trafficking of human beings has come to surface. Yet beginning with the EU countries, the others including transit and host states have remained silent in the face of it. Individuals as being part of diverse societies across the world mostly have a negative image about refugees in their minds that is shaped by refugee crisis rhetoric. Refugees have been looking for a safe place for residence and it has been deliberately held back from them due to the *otherness* mentality that has fed us into thinking that before their arrival *we had been doing good*.

Most states are participating as a driving force of this violence, by unwelcoming policies directed against these particular ethnic, racial or religious groups who happen to be refugees. Adding to the discussions on elevating the violence of states in this respect to the level of crimes against humanity, this research contributes to the following.

In the context of crimes against humanity, humanity refers to both humankind and the spirit of human nature. Bassiouni considers crimes against humanity as grievous enough to ‘shock the conscience of mankind’.²⁹ These crimes shock humankind’s conscience, even though specific instances of such actions may not threaten peace and security.³⁰ Viewed along these lines, ‘crimes against humanity’ as a term “*signifies that all humanity is the interested party and that humanity’s interest may differ from the interests of the victims*”.³¹ The question becomes then whether such a deep understanding can be established and implemented for abusive treatments against refugees. In that “*violating humanness and offending against humankind are not equivalent*”- sadistic rape or murder degrades humanity of its victim without impacting the interests of the entire human race.³²

The Rome Statute’s article 7(1)(a)-(k) establishes the perpetration of the acts enumerated in the context of crime against humanity, and reads as follows:

“The acts must constitute an attack directed against any civilian population; the acts must be widespread or systematic in nature; the attack must be pursuant to, or in furtherance of, a State or organisational policy to commit such attacks; the acts must be committed as part of the attack; the perpetrator(s) must have known that the conduct was part of or intended the conduct to be a part of such an attack.”

²⁹ M Cherif Bassiouni, ‘International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes’ (1996) 59(4) Law and Contemporary Problems 63, 69.

³⁰ David Luban, ‘A Theory of Crimes Against Humanity’ (2004) 29 Yale Journal International Law 85, 88.

³¹ *ibid* 88.

³² *ibid* 90.

This regulation can be completed on the point of:

“Crimes against humanity are typically committed against fellow nationals as well as foreigners; [c]rimes against humanity are international crimes; [c]rimes against humanity are committed by politically organized groups acting under color of policy; [c]rimes against humanity consist of the most severe and abominable acts of violence and persecution; [c]rimes against humanity are inflicted on victims based on their membership in a population rather than their individual characteristics.”³³

After all of these analyses, it can be concluded that systematic and widespread mistreatment against refugees has the equilibrium of shocking the conscience of mankind. For example, considering major recent incidences that were presented in Part III of this Article, the ongoing struggle of refugees has been seen and felt across the world. Many states’ policies of refugee related regulations are performed by their agents as part of a systematic attack oriented towards civilians who are identified as refugees, with the knowledge of the attack. However, e.g., the conditions of attack and persecution have not been interpreted narrowly enough to make these terms clear, which leaves an open door, e.g., to the OTP to decide whether to take a step forward for investigation.

Indeed, the 1951 Refugee Convention does not provide a definition on persecution. Even though people are promised to be protected on the face of it, there exists no international regulation that defines the phenomenon of persecution. This can be due to the reason that “[i]t is possible that all forms of persecution have not yet been identified or codified in international human rights law”³⁴. Since persecution is not identified, states’ persecution against refugees is not considered intense enough to be aggravated to the international crimes category. The only evidence that we have regarding the definition of persecution is prescribed by related conventions. For example, the definition that is adopted by the African Union as a regional convention and in a similar fashion, the Cartagena Declaration has been adopted by Latin American Countries. In 1984, the Latin American countries adopted a similar definition in the Cartagena Declaration.

It can be concluded that if the requirements are indeed met to accept that a crime against humanity is at stake then states will readily treat refugees more humanely. For instance, in ‘Banal Crimes Against Humanity: The Case of Asylum Seekers in Greece’, Ioannis Kapouzos and Itamar Mann suggest that in order to hold individual agents of the government criminally responsible, it is crucial to get the ICC involved to protect refugees from any form of abuse. In this direction, these authors conclude

³³ *ibid* 93ff.

³⁴ Alice Edwards, ‘Age and Gender Dimensions in International Refugee Law’, in E Feller, V Türk and E Nicholson (eds), *Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection* (Cambridge University Press 2003), 50.

that involvement of the ICC's direct attention will protect vulnerable populations who have become voiceless under the shadow of powerful states. That is a fair determination as the ICC has an important role over prevention of international crimes. Kapouzos and Mann suggest that banal crimes constituting violence directed against refugees by state officials should be taken into consideration by the ICC too. As was exemplified above, the OTP has been investigating Libyan authorities' mistreatment of refugees in refugee camps. Yet the Prosecutor has not given the same consideration to, e.g., Greek or Australian States' misdemeanors.

The UNHCR has published its latest annual report. It is stated in this report that at the end of 2019 as a result of various human rights violations and violence at large, 79.5 million people were forcibly displaced worldwide.³⁵ However, as the threshold for reaching the limits of international crimes is set high, it is obviously questionable if IRL has satisfying tools to force states to comply with the standards that refugee protection requirements seek for. In fact, many more solutions can be provided such as voluntary repatriation, resettlement and integration when it comes to refugee protection. On the other hand, what is left for refugees who are kept out of states' borders or either in camps or elsewhere and who wait for their asylum applications' outcome suffer from doubled victimization due to uncertainty that they are doomed. Thus, if we want to respond to the question of whether ICL can resolve the refugee crisis quagmire; the answer is both yes and no in confirmation with the recent researches. Yes, as long as influential institutions such as the ICC adamantly seek ways to backlash states' arbitrary refugee policies. No, as long as influential institutions such as the ICC pick and select incidences for their further examinations.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

³⁵ UNHCR, 'Solutions' <<https://www.unhcr.org/solutions.html>> Date of access 25 June 2020.

Bibliography

- Aaron Korthuis, 'Detention and Deterrence: Insights from the Early Years of Immigration Detention at the Border' (2019) 129 Yale LJ F 238.
- Aguilera J, 'Many Asylum Seekers in Mexico Can't Get U.S. Court Hearings Until 2021 A Coronavirus Outbreak Could 'Devastate' Them' (*Time*, 14 May 2020) <https://time.com/5830807/asylum-seekers-coronavirus-mpp/?utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=the-brief&utm_content=20200518&id=newsletter-brief> Date of access 18 May 2020.
- Asquith L, *Rebuilding Lives After Genocide Migration, Adaptation and Acculturation* (Palgrave Macmillan 2019), 10.
- Bassiouni M C, 'Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice' (2001-2002) 42(1) Virginia Journal of International Law 81.
- Bassiouni M C, 'International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes' (1996) 59(4) Law and Contemporary Problems 63.
- BBC News, 'Syria civil war: Germany holds unprecedented state torture trial' (*BBC*, 23 April 2020) <<https://www.bbc.com/news/world-europe-52393402>> Date of access 23 April 2020.
- Convention Relating to the Status of Refugees (adopted 28 July 1951, entered into force 22 April 1954) 189 UNTS 137 (1951 Refugee Convention).
- Communiqué to the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court Under Article 15 of the Rome Statute, 'The Situation in Nauru and Manus Island: Liability for Crimes Against Humanity in the Detention of Refugees and Asylum Seekers' <https://c5e65ece-003b-4d73-aa76-854664da4e33.filesusr.com/ugd/b743d9_e4413cb72e1646d8bd3e8a8c9a466950.pdf> Date of Access 20 June 2020 [hereinafter ICC Australia Communication].
- Codrea C, 'European Refugee Crisis: Legal Framework and European Political Effects' (2016) 2016 Rev Universul Juridic 72.
- Durieux J F, 'The Duty to Rescue Refugees' (2016) 28 Int'l J Refugee L 637.
- Edwards A, 'Age and Gender Dimensions in International Refugee Law', in E Feller, V Türk and E Nicholson (eds), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection* (Cambridge University Press 2003).
- Fallon K, 'EU border force 'complicit' in illegal campaign to stop refugees landing' (*The Guardian*, 24 October 2020) <<https://www.theguardian.com/global-development/2020/oct/24/eu-border-force-complicit-in-campaign-to-stop-refugees-landing>> Date of access 19 January 2020.
- Goodwin-Gill G, *The Refugee in International Law* (2nded, Oxford: Clarendon Press 1996), 2.
- Hernández C, 'Deconstructing Crimmigration' (2018) 52 University of California, Davis 197, 200.
- Hollenbach D, 'Borders and Duties to the Displaced: Ethical Perspectives on the Refugee Protection System' (2016) 4 J on Migration & Hum Sec 148.
- International Criminal Court The Office of the Prosecutor, (Ref. OTP-CR-322/14/001, 12 February 2020) <[https://uploads.guim.co.uk/2020/02/14/200213-Andrew-Wilkie-Response-from-International-Criminal-Court-Australian-Government-treatment-of-asylum-seekers_\(1\).pdf](https://uploads.guim.co.uk/2020/02/14/200213-Andrew-Wilkie-Response-from-International-Criminal-Court-Australian-Government-treatment-of-asylum-seekers_(1).pdf)> Date of access 21 May 2020.
- Kalpouzos I, 'International Criminal Law and the Violence against Migrants' (2020) 21 German Law Journal 571.
- Kalpouzos I and Mann I, 'Banal Crimes Against Humanity: The Case of Asylum Seekers in Greece', (2015) 16 Melbourne J. Int'l L 1.
- Kingsley P and Shoumali K, 'Greece turning back migrants by abandoning them at sea' (*The New*

- York Times*, 25 August 2020) <<https://www.nytimes.com/2020/08/14/world/europe/greece-migrants-abandoning-sea.html>> Date of access 19 January 2020.
- Luban D, 'A Theory of Crimes Against Humanity' (2004) 29 *Yale Journal International Law* 85.
- Martin S F, 'New Models of International Agreement for Refugee Protection' (2016) 4 *J on Migration & Hum Sec* 60.
- Protocol relating to the Status of Refugees (adopted 31 January 1967, entered into force 4 October 1967) 606 UNTS 267 (1967 Protocol).
- Rome Statute of the International Criminal Court, July 17, 1998, 2187 U.N.T.S. 90 [hereinafter ICC Statute].
- Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Court 2002, UN Doc. PCNICC/2000/1/ Add.1, Rule 85.
- Sontag S, *Regarding the Pain of Others* (Picador 2004), 61–64.
- Sussman D, 'Review of *Kant's Theory of Evil: An Essay on the Dangers of Self-love and the Apriority of History* by Pablo Muchnik' (*Notre Dame Philosophical Reviews An Electronic Journal*, 19 July 2010) <<https://ndpr.nd.edu/news/kant-s-theory-of-evil-an-essay-on-the-dangers-of-self-love-and-the-apriority-of-history/>> Date of access 22 May 2020.
- UN News, "Violence, Atrocities And Impunity' Reign Throughout Libya, ICC Prosecutor Tells UN Security Council" (6 November 2019) < <https://news.un.org/en/story/2019/11/1050771>> Date of access 9 June 2020. Further see International Criminal Court, 'Situation in Libya ICC-01/11' <<https://www.icc-cpi.int/libya>> Date of access 9 June 2020.
- UNHCR, 'Glossory' <<https://www.unhcr.org/449267670.pdf441>> Date of Access 24 June 2020.
- UNHCR, 'Solutions' <<https://www.unhcr.org/solutions.html>> Date of access 25 June 2020.
- UNHCR, 'Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees' (HCR/IP/4/Eng/REV.1, 1992).
- Universal Declaration of Human Rights (adopted 10 December 1948 UNGA Res 217 A(III) (UDHR)).



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 05.05.2020
Revizyon Talebi: 12.08.2020
Son Revizyon: 06.01.2021
Kabul: 19.01.2021

Uluslararası Hukuk Açısından Ekonomik Yapıtlar ve ABD'nin Tek Taraflı Yapıtlarının Kısa Bir Değerlendirilmesi

Galip Engin Şimşek*

Öz

Bu makalede devletlerin aralarında çıkan belli uyumsuzluk alanlarında birbirlerini belli şekilde davranmaya zorlamak üzere uygulamaya koydukları ekonomik yapıtların uluslararası hukuka uygunluğu ve etkinliği meselesi ele alınmaktadır. Bu amaçla öncelikle söz konusu yapıtların politikalarının uygulanmasını yasaklayan bir uluslararası hukuk kuralının mevcut olup olmadığına yönelik bir araştırma yapılmakta ve ardından bu tür yapıtların politikalarının uygulanması sırasında uyulması gereken ilgili uluslararası kurallar incelenmektedir. Makalede ele alınan diğer bir mesele devletlerin birbirlerine baskı kurmak üzere başvurdukları söz konusu politikaların istenen sonucu sağlayıp sağlamadığı, başka bir ifade ile etkinliği konusudur. Bu çerçevede bu tür politikaların etkinliğini arttıran veya azaltan devlet içi ve devletlerarası ekonomik ve sosyal dinamikler analiz edilmektedir. Makalede son olarak ekonomik yapıtların özel bir türü olan ve genellikle ABD tarafından sıklıkla kullanılan belli devletlere, örgütlere ve kişilere yönelik yapıtların öngören ülke aşıcı etkili kanuni düzenlemelerin uluslararası hukuka uygunluğu sorunu ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Ekonomik yapıtlar, Karşı tedbirler, İç işlerine müdahale yasağı, Yapıtların etkinliği, Ülke dışı yetki, ABD'nin tek taraflı yapıtları

Economic Sanctions in International Law and A Short Evaluation of the Us' Unilateral Sanctions

Abstract

The purpose of this article is to analyse the international legality and the effectiveness of economic sanctioning policies, adopted by states to force each other to behave in a certain way in areas of conflict. In this regard, first of all, research directed towards discovering if a rule exists prohibiting economic sanction is undertaken, and then relevant international rules that need to be conformed in applying these policies are elaborated. Another issue addressed in this article is the probability of success, namely, effectiveness, of these sanctioning policies. In this context, economic and social inter and intra state dynamics, which either strengthen or weaken the effectiveness of these policies, are closely examined. Finally, the article scrutinises, from the perspective of international law, the problems arising from the US' laws having extraterritorial effects and prescribing sanctions for foreign entities.

Keywords

Economic sanctions, Counter-measures, Principle of non-intervening in domestic affairs, Effectiveness of sanctions, Extraterritorial powers, US' unilateral sanction

* Sorumlu Yazar: Galip Engin Şimşek (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: gesimsek@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-7480-7075

Atf: Şimşek GE, "Uluslararası Hukuk Açısından Ekonomik Yapıtlar ve ABD'nin Tek Taraflı Yapıtlarının Kısa Bir Değerlendirilmesi" (2020) 78(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 2049. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.4.0011>



Extended Summary

In this article, the unilateral economic sanctions of states are analysed from the perspective of the terms of their legality in international law and their effectiveness as a political tool. As a method of analysis, in case of their legality, the states' and scholars' arguments for justifying this kind of practices and how others responded or rejected these are looked at. The soundness of these pro/counter arguments according to the relevant concepts and rules framing and regulating states' behaviours in international law are then checked to see if and when unilateral sanctions would be considered legal. In case of their effectiveness, the political economy literature on sanctions are evaluated in order to discover states' motivations to resort to these and internal or external political, social and economic factors affecting the success of sanctions. The main conclusions of the article can be summarised as follows.

First of all, it seems that there is no specific rule in international law that prohibits states from resorting to unilateral economic sanctions. Yet, it is necessary to take into account the principles of necessity and proportionality (including the clause in the commentary to draft article 18 on state responsibility that qualifies serious economic pressure, which deprives the target state of any possibility of conforming with its obligations, as coercion), as well as some basic rules of humanitarian and human rights law in evaluating the legality of the content and effects of sanctions. On the other hand, in cases of violations of these limits on sanctions, it would be preferable to claim the responsibility based on the duty of care since providing the necessary proof in terms of attribution of responsibility for specific damages in the target state according to the strict criteria of control is very difficult. Furthermore, if economic sanctions are applied in the form of smart sanctions, responsibility might arise in terms of the sanctioning state's human rights obligations towards targeted individuals.

Another issue analysed in this article is the possibility of qualifying economic sanctions as a form of countermeasures in the law of state responsibility. In this regard, as the special rapporteur of the UN Human Rights Council pointed out in his report on the legality of unilateral sanctions, the determining criteria are the legitimacy of the ground and the conformity with procedural and material conditions for applying these kind of measures. One of the most disputed questions in the area of unilateral sanctions is whether or not these are in any way prohibited by the principle of non-intervention. It is concluded that currently such a prohibition in this regard has *de lege ferenda* status. The reasoning behind this conclusion is the fact that necessary state practice and *opinio juris* do not seem to be widespread and uniform enough to claim the existence of such a prohibiting rule.

As regards the problem effectiveness of sanctions, sample analyses and theoretical evaluations on this issue prove the complexity of the factors and the difficulty of

deciding the best form of sanctioning strategy. Nevertheless, if our perspective on international law is to use it as a tool for international cooperation for non-zero sum game and, if states resort to economic sanctions for maximising unilateral gains, this would be contrary to the idea of increasing global wealth through such cooperation.

Finally, in the last section of the article I analyse an unusual example of sanctioning foreign entities by enacting domestic laws having extraterritorial effects, practiced by the US as a form of foreign policy. The way these laws use the limited categories of international law for extraterritorial effect and rather arbitrary application of such powers by the administration show the inappropriateness of such practice in international law, as could also be clearly inferred from the number of protests by other states and international organisations.

Uluslararası Hukuk Açısından Ekonomik Yaptırımlar ve ABD'nin Tek Taraflı Yaptırımlarının Kısa Bir Değerlendirilmesi

I. Giriş

Geçen asırda devletler tarafından dış politika amaçlarını gerçekleştirmek üzere başvurulan kuvvet kullanma veya tehdidinin bu dönemde yasaklanmasının ardından, bu yöntemlerin yerini, hedef devleti yerine getirmediği bir uluslararası yüküme uymaya zorlamaya yönelik yaptırımlar almıştır. Yaptırımlar ticari, diplomatik ve kültürel ilişkilerin kesilmesi de dahil her türlü baskı yöntemini kapsayacak şekilde olabilmektedir. Yaptırımların bir alt türü olan ekonomik ve finansal yaptırımlar son zamanlarda güçlü devletlerin tek başlarına uyguladıkları başlıca dış politika araçlarından birisi haline gelmiştir.¹ Yine geçmişte yaptırımların hedefi yalnızca devletler olurken günümüzde bunlar akıllı yaptırımlar adıyla özel kişi ve kurumları da hedef alabilmektedir. Ayrıca devletler doğrudan hedef seçilen devlet ve buna mensup kişi ve kurumların yanı sıra ikincil yaptırımlar çerçevesinde bunlarla iş yapan üçüncü devletleri ve bunlara mensup kişi ve kurumları da cezalandırabilmektedir.

Her ne kadar uluslararası hukuk devletlere diğer devletlerle ilişkilerinde tek taraflı ekonomik tedbirler alma bakımından bir alan bıraksa da bunlardan bazılarının devletlerin egemenliği ve uluslararası hukukun diğer prensiplerini ihlal riski taşıdığı yönünde büyük bir tartışma vardır. Ayrıca bazı devletlerin yaptırımlar getiren kanunlarında ülke dışı yetki esasına dayanarak diğer ülkelerde faaliyet gösteren kişi ve kurumlar aleyhine kararlar almasının da uluslararası hukukun bu konuya ilişkin kurallarına aykırı olduğu iddia edilmektedir. Bu açıdan özellikle ABD hükümetinin kendi dış politika amaçları doğrultusunda tek taraflı ekonomik yaptırımlar uygulaması ve bu yaptırımların uygulanması sırasında ülke dışı yetki ilkelerinin çok geniş yorumlanması tartışmalara yol açmaktadır.

Bu makalede ekonomik yaptırım politikaları uluslararası hukuk açısından incelenerek bunlara ilişkin temel hukuki parametreler ortaya koyulmaya çalışılacaktır. Bu amaçla ilk bölümde yaptırım kavramının uluslararası hukukta ne anlama geldiği ve bunların uluslararası hukukun hangi kavram ve kurumlarıyla ilişkili olduğu ele alınacaktır. İkinci bölümde BM Güvenlik Konseyi ve bazı bölgesel örgütler tarafından uygulanan ekonomik yaptırımlar ile devletlerin tek başlarına uygulamaya soktukları bu tür yaptırımların uluslararası hukuka uygunluğu açısından ortaya çıkan tartışmaları analiz edilecektir. Üçüncü bölümde yaptırım politikalarının uygulanmasında güdülen amaçları yerine getirmede ne kadar etkin olabileceğine ilişkin değerlendirmeleri ele alınacaktır. Çalışmanın son bölümünde ise tek taraflı ekonomik yaptırımlara sıkça başvuran ABD'nin bu alandaki iç düzenlemelerini ve bunlardan bazılarının

¹ Serdar Acar, *Ekonomik Yaptırımlar*, (Vedat Kitabevi 2015); Kern Alexander, *Economic Sanctions- Law and Public Policy*, (Palgrave Macmillan 2009).

haiz olduğu ülke dışı yetki unsurlarının uygulanması bakımından tartışmalara yol açan yabancı bankalar hakkındaki cezalandırma işlemlerinin uluslararası hukuka uygunluğu sorgulanacaktır.

II. Yaptırım Kavramı

Yaptırım kavramını genel olarak hukuka uymama hallerinde cezalandırma tehdidi veya gerektiğinde cezalandırarak davranış değişikliği yaratma amacı taşıyan zorlayıcı tedbirler şeklinde tanımlamak mümkündür. Bu amaçla uluslararası hukuk devletlere bir diğer devleti hukuka uygun davranmaya zorlamak üzere üstüne düşen yükümü yerine getirmeyen devlete karşı, ilgili yükümün kendilerine düşen kısmının yerine getirmeme (mukabele etme), yükümü ihlal eden devlete karşı uluslararası hukuka aykırı olmayan tedbirler uygulama² veya ihlalcı devlete karşı uluslararası hukuku ihlal eden tedbirler uygulama (misilleme) gibi tek taraflı zorlama amaçlı yöntemlere başvurma hakkı tanımaktadır.³ Bu kapsamda başvuru ekonomik yaptırımlar ise hedef devletin hukuka aykırı davranışını ekonomik faaliyetlerini sınırlayarak değiştirmeyi amaçlayan ekonomik ve finansal tedbirler şeklinde tanımlanmaktadır.⁴

Her ne kadar bu açıdan literatürde bazı yazarlar yaptırımlar terimi ile zorlayıcı tedbirler terimini eş anlamlı kullansalar da,⁵ BM Uluslararası Hukuk Komisyonu devletlerin sorumluluğuna dair çalışmasında yaptırım terimini BM gibi bir uluslararası örgüt bünyesinde alınan ortak tedbirleri tanımlamak için kullanmış, bir devletin uluslararası hukuka aykırı bir eyleminden zarara uğrayan bir başka devletin uygulayabileceği tek taraflı yöntemler için karşı tedbirler terimini tercih etmiştir.⁶ Dolayısıyla uluslararası hukukta örgütlerin uygulayabileceği yaptırımlar ile devletlerin kendileri aleyhine yapılmış bir hukuki yüküm ihlaline karşı sorumlu devleti, ihlalden vazgeçirmek üzere uluslararası sorumluluk hukuku çerçevesinde başvurabileceği karşı tedbirler birbirinden ayrılmıştır. Bu açıdan karşı tedbirler

² Ör, diplomatik personeli geri çekme veya ekonomik yardımı kesme gibi bkz, Yearbook of the UN International Law Commission, (2001) Vol II Part Two, 128.

³ Rahmat Mohamad, "Unilateral Sanctions in International Law: A Quest for Legality", in Marossi ve Basset (eds), *Economic Sanctions under International Law*, (Asser Press 2015), 75; Andrew T Guzman, *How International Works*, (OUP 2008), 46-8; Süleyman Dost ve Zehra Korkmaz, "Savaşa Varmayan Zorlama Yolu Olarak Zararla Karşılık ve Bazı Uygulamalar" (2015) 5 (2) *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 114-6.

⁴ Ekonomik yaptırımlar ticari olanlar (ör, ithalat ve ihracat kısıtlamaları), yatırım içerikli olanlar (ör, sermaye akışının kesilmesi veya yapılmış olan yatırımın geri çekilmesi) ve akıllı yaptırımlar (ör, hedef devlet elitlerinin ülke dışındaki malvarlıklarının dondurulması ve seyahat yasakları) şeklinde üçe ayrılmaktadır.

⁵ Jana Ilieva et al, "Economic Sanctions in International Law", (2018) 9 (2) *UTMS Journal of Economics*. Söz konusu yazarlar uluslararası hukukun devletlerin ve diğer bazı aktörlerin menfaatleri doğrultusunda belli bir konuda anlaşması ile bağlayıcılık kazanan kurallara dayanan bir hukuki koordinasyon düzeni olduğunu ve söz konusu kurallara uyulmaması halinde; bunlara uyulmasının sağlanmasının da bu kuralları oluşturan aktörlerin bunları ihlal edenlere karşı aldıkları bireysel veya ortak zorlayıcı tedbirler yoluyla temin edildiğini ifade etmektedir. Dolayısıyla, günümüzde sıkça başvuru ekonomik zorlayıcı tedbirler bir yandan hedef devletin refahında bir azalma yaratarak istenen yönde bir politik değişikliğe yol açmayı, bir yandan da diğer devletlerin ve uluslararası kamuoyunun hedef devlet üzerinde ortak baskı oluşturması için desteğini kazanmayı amaçlamaktadır, ibid 202.

⁶ Yearbook of the UN International Law Commission, (2001) Vol II Part Two, 75, para 3; Dost ve Korkmaz, "savaşa varmayan zorlama yolu", (n 3) 124.

devletlerin kendileri ile ilgili bir uluslararası hukuk ihlaline tepki verme haklarına dayanmakta ve ihlalden sorumlu devlete karşı kendi üzerlerine düşen bazı yükümleri orantılılık ve geçicilik gibi belirli şartlar çerçevesinde yerine getirmeme şeklinde ortaya çıkmaktadır. Buna karşı yaptırımlar ise uluslararası toplumu temsil eden bir örgütün kendi üyelerinden birisinin uluslararası hukuka aykırı bir davranışına karşı ve hukuk tarafından öngörülen davranış standardını idame ettirmek amacıyla uyguladığı kolektif tedbirler şeklinde ortaya çıkmakta ve belli bir yükümlerin ihlali halinde ilgili devletlerin kendi aralarında uyguladıkları sınırlı bir takım tedbirlerin çok ötesine (ör, sorumlu devletle her türlü ilişkinin ortadan kaldırılması ve diğer devletlerin bu yaptırımlara uymaya zorlanması için güç kullanılması gibi) geçebilmektedir.⁷

Ancak uluslararası sorumluluk hukukunda özellikle bir devletin *jus cogens/erga omnes* niteliğinde uluslararası topluma karşı üstlendiği yükümleri ihlal etmesi durumunda, ihlalden doğrudan zarar gören devletin yanı sıra bütün devletlere ortak karşı tedbirlere başvurma hakkının tanınmış olması,⁸ yaptırımlar ile karşı tedbirler arasındaki tanımsal farklılığı belirsiz hale getirmiştir.⁹ Bununla beraber her ne kadar *jus cogens/erga omnes* nitelikteki kuralların ihlalinin her devleti ilgilendiren bir mesele olduğu ve sorumlu devletin egemenlik yetkisinin bu gibi hallerde sınırlandırılabilirliği kabul edilse de, bu ihlallerin tespiti ve sorumlu devlete uygulanacak ortak tedbirlerin çerçevesi bakımından devletlerin kendi başlarına karar verme yetkisinin sınırları tartışmalıdır.¹⁰

Uluslararası hukukta bütün devletleri ilgilendiren barış ve güvenlikle ilgili konularda yaptırım uygulama yetkisi esasen BM Şartı'nın, VII. Bölümü (madde 41)

⁷ Nico Schrijver, "The Use of Economic Sanctions by the UN Security Council: An International Law Perspective", in Post (ed), *International Economic Law and Armed Conflict*, (Martinus Nijhoff, 1994), 125; Nigel D White, "Autonomous and Collective Sanctions in the International Legal Order", (2018) 27 (1) *The Italian Yearbook of International Law*, 13.

⁸ UHK Devletin Sorumluluğu Taslak Maddeleri, madde 48 ve 54, Yearbook of the UN International Law Commission, (2001) Vol. II Part Two, 31.

⁹ Ör, *Tzanakopoulos* BM yaptırımlarının karşı tedbirlerden farklı olduğunu kabul etmekte birlikte, BM Şartı'nın devletlere bir uluslararası barış ve güvenliğe tehdit oluşturmama yükümü yüklediği kabul edilirse, GK'nin aldığı yaptırım kararlarının da bu yükümü ihlal edenlere karşı alınmış ortak karşı tedbirler niteliğinde saymanın mümkün olduğunu ileri sürmektedir, Antonios Tzanakopoulos, "The Right to Be Free from Economic Coercion", No 41/2015, *Oxford Legal Studies Research Paper*, 13-4.

¹⁰ Nitekim Komisyon'un devletlerin sorumluluğuna ilişkin taslağında 48. maddenin şerhinde üçüncü devletler tarafından ortak karşı tedbirlere başvurulmasının uluslararası hukukta yeni bir gelişme olduğu ve sınırlı hallerde geçerli olduğu vurgulanmaktadır, Commentary on Article 48, para 8. BM İnsan Hakları Konseyi Özel Raportörü'nün tek taraflı yaptırımların hukukiliğine dair raporunda meşru bir gerekçeye dayanmayan ve karşı tedbirlerle ilgili usule ve esasa ilişkin şartlara uymayan kararların ilgili devletin uluslararası sorumluluğuna yol açacağı vurgulanmaktadır, A/71/287, para 13-16. Bu açıdan *White* uluslararası barış ve güvenlik tanımının içine saldırı, soykırım, savaş ve insanlığa karşı suçların önlenmesine ilişkin *jus cogens* niteliğindeki kuralların korunmasının da dahil edilmesinden sonra, somut olayda nelerin barış ve güvenliğin tehdidi veya ihlali sayılacağı ve hangi devlete veya aktörlere yaptırım uygulanacağı gibi hususların devletler tarafından suiistimalini önlemek üzere bu konudaki takdirin Güvenlik Konseyi'ne bırakılması gerektiğine dikkat çekmektedir. Dolayısıyla bir ihlalden doğrudan etkilenmeyen devletlerin herhangi bir örgüt kararından bağımsız bir şekilde kendi tehdit değerlendirmeleri veya ulusal çıkarları doğrultusunda kendilerine göre tanımladıkları bir takım normları uygulamak üzere karşı tedbirlere başvurmaları tartışmalara yol açacaktır, White, "autonomous and collective", (n 7) 9-13. *Mohamad* ise devletlerin tek taraflı yaptırımlarını Güvenlik Konseyi'ne ait bir yetkinin gaspı saymaktadır, "unilateral sanctions", (n 3) 72.

çerçevesinde Güvenlik Konseyi'ne tanınmıştır.¹¹ Ancak Konsey bu hususta VIII. Bölüm (madde 53) uyarınca, diğer bölgesel örgütlerden de yardım alabilmektedir. Dolayısıyla BM Şartı VIII. Bölüm çerçevesinde bir bölgesel kuruluş niteliğinde olan örgütler de Güvenlik Konseyi'nin yetkilendirmesi üzerine bu konuda yaptırım kararları alabilmektedir.¹² Bu açıdan özellikle AB, Afrika Birliği ve Amerikan Devletleri Topluluğu gibi kurucu andlaşmalarında kendilerine bu konuda yetki tanınan örgütlerin aldığı çok sayıda yaptırım veya kısıtlama kararı bulunmaktadır.¹³ Ancak AB gibi bazı örgütler gerek kendileri ile ilgili bir yükümlen ihlalden ötürü doğrudan zarar gördükleri gerekçesiyle veya *jus cogens/erga omnes* nitelikteki kuralların ihlali gerekçesiyle,¹⁴ herhangi bir Güvenlik Konseyi kararı bulunmasa dahi (veya Konsey'in bir yaptırım kararına istinaden alınmış olsa da asıl karardaki yaptırımların da ötesine geçen),¹⁵ üyeleri için bağlayıcı ortak karşı tedbirler niteliğinde kararlar da alabilmektedir.¹⁶

¹¹ Vera Gowland-Debbas, "UN Sanctions and International Law: An Overview", in Vera Gowland-Debbas (ed), *United Nations Sanctions and International Law*, (Kluwer Law International 2001), 4; Alain Pellet ve Alina Miron, "Sanctions", in Wolfrum (ed), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, (OUP 2012), para 10-11; Ayşe Nur Tütüncü, "Güvenlik Konseyi Kararlarının İç Hukukta İcrası", (2013) 13 *AÜSBD* 18. Bu çerçevede Konsey barışı desteklemek, anayasaya aykırı değişiklikleri önlemek, terörizmi azaltmak, insan haklarını korumak ve silahsızlanmayı teşvik etmek gibi amaçlarla, silah ve ticaret ambargoları, finansal sınırlamalar, mal varlıklarının dondurulması, seyahat yasakları gibi tedbirler içeren yaptırım kararları alabilmektedir. Konsey'in hali hazırda uygulamakta olduğu yaptırımlar için bkz, www.un.org/securitycouncil/sanctions/information ve www.un.org/securitycouncil/content/un-sc-consolidated-list Erişim tarihi 10 Ocak 2019.

¹² BM Şartı madde 48(2) gereği bu örgütlere üye devletlerin ilgili örgütün Konsey'in yetkilendirmesi suretiyle alacağı yaptırım kararlarına destek vermeleri gerekmekte olup, Şart'ın 103. maddesi uyarınca bu devletler Konsey'in kararlarına karşı diğer uluslararası yükümlerini mazeret olarak ileri süremezler.

¹³ AB tarafından alınan yaptırım kararlarının AB hukukundaki temellerini AB Andlaşması'nın 215. maddesi oluşturmaktadır, Treaty of Lisbon, (2007) OJ (C306/01). Ayrıca bkz, Amerikan Devletleri Örgütü Andlaşması, madde 29 ve Afrika Birliği Andlaşması, madde 23(2). Bunların dışında NATO, IMF, WTO, IMO, IAEA, INTERPOL gibi diğer bazı örgütlerin de sınırlı yaptırım yetkisi bulunmaktadır, Acar, "ekonomik yaptırımlar", (n 1) 97-107.

¹⁴ AB'nin bu tür tedbirlere genellikle kuvvet kullanma yasağı veya bazı insan hakları ihlalleri gibi *erga omnes/jus cogens* nitelikte saydığı yükümlerinin ihlali gerekçesiyle ve genel menfaati korumak üzere başvurduğu ifade edilmektedir, bkz, Antonios Tzanakopoulos, "Sanctions Imposed Unilaterally by the European Union: Implications for the European Union's International Responsibility", in Marossi ve Basset (eds), *Economic Sanctions under International Law*, (Asser Press 2015) 149-52. Ayrıca; 2007 yılındaki bir BM Genel Kurul toplantısında AB temsilcisinin tek taraflı tedbirlerin terörizmle ve kitle imha silahlarının yayılmasıyla mücadele için gerekli olduğunda veya insan haklarının, demokrasinin ve hukukun üstünlüğünün korunması gibi amaçlarla alınması halinde de kabul edilebileceğine dair açıklaması için bkz, Statement made on behalf of the EU before the UNGA Second Committee, A/C.2/ 62/SR.28, para 30.

¹⁵ AB'nin bir Güvenlik Konseyi kararı bulunmamasına rağmen tek başına aldığı Yugoslavya'nın yurt dışındaki mal varlığını donduran ve Yugoslavya ile uçurları sonlandırın kararları için bkz, EU Council Common Position 98/326/CFSP, EU Council Common Position 98/426/CFSP, EU Council Common Position 98/240/CFSP ve 1901/98 sayılı Tüzük. AB'nin tek başına aldığı Suriye aleyhine bir silah ambargosu konulmasını, sivillere yönelik baskıdan sorumlu olan kişilere seyahat yasağının getirilmesini ve mal varlıklarının dondurulmasını ve bu ülkeden gelen petrolün ithalinin yasaklanmasını isteyen kararları için bkz, EU Council Decision 2011/273/CFSP, EU Council Regulation 2012/36/CFSP ve 442/2011 ile 36/2912 sayılı Tüzükler. Türkiye'nin Doğu Akdeniz'de sondaj faaliyetlerine karşı AB'nin tek başına aldığı TPAO mensubu iki kişi aleyhine aldığı yaptırım kararı için bkz, EU Council Decision 2020/275/CFSP. AB'nin İran'ın nükleer zenginleştirme programına karşı Konsey'in VII. Bölüm yetkileri çerçevesinde aldığı silah ambargosu ve bu programa dahil olan bazı kişilere ilişkin yaptırımlarını, ilgili Konsey kararının da ilerisinde tek taraflı olarak genişleterek İran ile hava kargo taşımacılığının durdurulmasını, petrol ve gaz sektöründe ve gemicilik sektöründe kullanılan araç ve gereç tedarikinin ve İran Merkez Bankası dahil diğer bankalarla ticari finansal işlemleri yasaklanmasını isteyen kararları için bkz, EU Council Decision 2010/413/CFSP, EU Council Decision 2010/413/CFSP, EU Council Decision 2012/635/CFSP ve 428/2009, 961/2010 ile 267/2012 sayılı Tüzükler.

¹⁶ Uluslararası örgütlerin bu tür durumlarda karşı tedbirlere başvurma hakkı için bkz, Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğuna dair Maddeler Taslağı, madde 43 ve 49, A/RES/66/10/Annex. Ancak AB'nin Konsey kararlarının ötesine geçen yaptırım kararları BM Şartı madde 103'ün korumasından yararlanamayacaktır.

III. Yaptırımların Uluslararası Hukuka Uygunluğu

Yukarıda da ifade edildiği üzere uluslararası hukukta barış ve güvenlikle ilgili konularda yaptırım uygulama yetkisi devletler tarafından esasen Güvenlik Konseyi'ne tevdi edilmiş olup, BM Şartı madde 103 uyarınca üye devletler bu kararları diğer uluslararası yükümlerinden bağımsız olarak gereği gibi yerine getirme yükümünü açıkça üstlenmişlerdir. Ancak uluslararası hukukta gerek BM gerek diğer bazı örgütlerin alacakları yaptırım kararlarının hukukiliği bakımından sorun yaşanmadığı söylenemez.

Özellikle Güvenlik Konseyi'nin yaptırım kararları açısından ortaya çıkan önemli bir sorun, bu kararlarının belli bir süre öngörmemesi ve hangi koşulların yerine gelmesi halinde sona ereceklerinin ilgili kararlarda açıkça belirtilmemesidir.¹⁷ Yine Güvenlik Konseyi tarafından uygulamaya konulan yaptırımlarda özellikle hedef devlette yaşayan insanların temel haklarına olumsuz etkilerine özen yükümü çerçevesinde dikkat edilmesi gerektiği de sıkça ifade edilen bir husustur.¹⁸ Nitekim bu konuda BM Genel Kurulu tarafından Konsey'in ekonomik yaptırımlarının özellikle temel insan hakları ve insancıl hukuk prensiplerine uygun olması gerektiği vurgulanmış ve bu hususta tavsiyelerde bulunulmuştur.¹⁹ Ayrıca BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin 1997 yılındaki Genel Yorumunda da yaşadıkları devleti yönetenlerin barış ve güvenliği ihlal eden davranışlarından ötürü buradaki halkın temel ekonomik, sosyal ve kültürel haklarından mahrum bırakılmayacağı ve bu hakları dikkate almayan ekonomik yaptırımların meşruiyetini yitireceği ifade edilmiştir.²⁰ Bu gibi sorunlara karşı Güvenlik Konseyi bir çözüm yöntemi olarak doğrudan barış ve güvenliği tehdit eden politikalardan sorumlu devlet temsilcilerini (veya terör

¹⁷ Paul Szasz, "The Law of Economic Sanctions", in Schmitt ve Green (eds), *International Law Studies, The Law of Armed Conflict: Into the Next Millennium*, (1998) 71 (1), US Naval War College P, 466. Ayrıca yaptırımları denetlemek üzere kurulan yaptırım komitelerinin hedef devletin veya yaptırımlardan dolayı etkilenen üçüncü devletlerin meşru taleplerine gereken önemi vermemesi de sorun oluşturmaktadır, ibid, 469. Ayrıca Genel Kurul'un yaptırımlardan etkilenen üçüncü devletlere yardım edilmesine dair kararı için bkz, A/RES/52/162.

¹⁸ Uluslararası Hukuk Derneği'nin Konsey'in yetkisini kullanırken en azından uygulamayı düşündüğü yaptırımların temel insan haklarına etkisini dikkate almak ve ihlalleri önleyebilecek gerekli tedbirleri almak hususunda bir özen yükümü bulunduğuna dair görüşü için bkz, International Law Association, *Final Report of Committee on Accountability of International Organizations*, (2004) 15. *Tzankopoulos* da bir uluslararası hukuk kişisi olarak ilgili anlaşmalar ve örf ve adet kuralları ile bağlı olan BM örgütünün bir organı olan Konsey'in yaptırım kararlarına uygulanabilecek olan anlaşma hükümleri ve örf ve adet kuralları arasında orantılılık ilkesi, insan haklarının korunmasına dair kurallar ve *jus cogens* nitelikteki yükümleri saymaktadır, "the right to", (n 9) 13-4.

¹⁹ A/RES/51/242, Annex II, para 14-20. Uluslararası örf ve adet hukuku uyarınca ekonomik yaptırımlar seçilirken ve uygulanırken orantılılık, gereklilik ve ayırım gözetme gibi prensiplerin ve yaptırımların uygulanması ile istenen sonuçlara ulaşıp ulaşılamayacağı gibi hususların periyodik olarak değerlendirilmesi gerektiğine dair görüşler için bkz, Michael W Reisman ve Douglas L Stevick, "The Applicability of International Law Standards to United Nations Economic Sanctions Programs", (1998) 9 (1) *European Journal of International Law*, 94; Berat L. Akkutay, "Birleşmiş Milletler Anlaşması Çerçevesinde Ekonomik Yaptırımların Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi", (2014) 111 *TBB Dergisi*, 427-8.

²⁰ Committee on Economic, Social and Cultural Rights General Comment No 8 on the Relationship between Economic Sanctions and Respect for Economic, Social and Cultural Rights (12 December 1997). BM İnsan Hakları Komisyonu'nun ekonomik yaptırımların uluslararası meşruiyetin temelinde yatan adalet ve insan haklarının (özellikle hayat hakkı, yeterli gıda hakkı ve sağlık hakkı gibi) temel prensiplerine tamamen aykırı olan bir kolektif cezalandırma yöntemi olduğuna dair görüşü için bkz, International Progress Organization, Appeal against Sanctions, Submission to the Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Commission on Human Rights' Forty-eighth Session, Geneva (15 August 1996).

örgütlerini) ve destekçilerini hedef alan akıllı yaptırımları (silah ambargosu, mal varlığını dondurma, seyahat yasakları vb.) tercih etmeye başlamıştır.²¹ Ancak bu tür yaptırımların da kişilerin adil yargılanma hakkı, etkili başvuru hakkı, mülkiyet hakkı, seyahat ve haberleşme hakkı gibi hususlarda ihlallere yol açabildiği görülmektedir.²² Nitekim bu açıdan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Güvenlik Konseyi kararları çerçevesinde hazırlanan yaptırım listesinde yer alan bir kişinin mal varlığını donduran ulusal işlem aleyhine açılan bir davada, uluslararası barış ve güvenlik ile temel hak ve özgürlükler arasındaki dengenin korunması adına davalı devletin tüm tedbirleri alması ya da en azından buna çabalaması gerektiğine karar vermiştir.²³

Daha önce de ifade edildiği üzere BM dışında diğer uluslararası örgütler tarafından da kendileri ile ilgili bir kuralın ihlalinden doğrudan zarar gördükleri gerekçesiyle veya *jus cogens/erga omnes* niteliğindeki kuralların ihlali iddiasıyla sorumlu devlet aleyhine ortak karşı tedbir niteliğinde yaptırım kararı alınabilmektedir. Ancak bu kararlar bakımından uluslararası sorumluluk hukukunun bu tür tedbirler için öngördüğü esas ve usule ilişkin şartlara dikkat edilmesi gerekmektedir.²⁴ Bu çerçevede bu tür tedbirlere başvurmadan önce usulen ilgili devletten ihlali sonlandırmasının istenmesi ve ona karşı tedbir alınacağı ve görüşmeye hazır olduğunun bildirilmesi gerekmektedir. Ayrıca bu usuli şartların yerine getirilmesinin ardından alınabilecek olan tedbir kararları bakımından da şu hususlara uyulması zorunludur: sadece hedef devleti üzerine düşen uluslararası yükümlere uymaya sevk etme amacı güdülmesi, belli nitelikteki yükümlere (kuvvet kullanma yasağı, temel insan hakları, insancıl hukuka aykırı misillemeler, diplomatik muafiyetler, uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına dair hükümler vb.) aykırı davranılmaması, üçüncü devletlerin

²¹ Akkutay, "Birleşmiş Milletler Andlaşması", (n 19) 418. Türk Hukukunda Güvenlik Konseyi'nin akıllı yaptırım kararlarını uygulamak üzere çıkarılmış iki mevzuat için bkz. Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası 6415, Kabul tarihi: 07.02.2013, RG 16.02.2013/28561; Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Önlenmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası 7262, Kabul tarihi: 27.12.2020, RG 31.12.2020/31351."

²² Bu tür ihlallere karşı Konsey, yaptırım uygulanacaklar listesine giren kişilerin başvurabilecekleri bir Ombudsmanlık kurumu oluşturma yoluna gitmiş olsa da bu kurumun tek başına ilgili kişiyi listeden çıkartma gibi bir yetkisi bulunmamaktadır, bkz. Konsey'in S/RES/1904 (2009) sayılı kararı. 1267 sayılı Güvenlik Konseyi kararının BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde düzenlenen seyahat özgürlüğü ile özel hayatın gizliliğine ilişkin maddeleri ihlal ettiğine dair BM İnsan Hakları Komitesi kararı için bkz, *Sayadi and Vick v Belgium*, Merits, UN Doc CCPR/C/94/D/1472/2006, IHRL 3216 (UNHRC 2008).

²³ Mahkeme söz konusu davada ilgili listeye dayalı ulusal işlemin adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir, *Al-Dulimi and Montana Management Inc v. Switzerland*, Grand Chamber, App No 5809/08 (ECHR, 21 June 2016). Konsey'in kurduğu yaptırım komiteleri tarafından hazırlanan söz konusu listeleri AB hukukuna aktaran işlemler üzerinden, bu listelerde yer alan özel kişiler uygulanan yaptırımların delil eksikliği veya delilleri gizleme gibi nedenlerle adil yargılanma ve özel mülkiyet haklarına aykırı olduğuna ilişkin AB Adalet Divanı kararı için bkz, Case T-306/01, *Yusuf and Al Barakat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities*, ECHR 2005-II 3533. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Güvenlik Konseyi tarafından kurulan KFOR gibi bir uluslararası organizasyon içinde görev alan devlete ait unsurların tasarruflarını bunlar üzerindeki yetki ve denetim noktasında Birleşmiş Milletler'e ait sayarak kendini yetkisiz gördüğü kararı için bkz, *Behrami and Behrami v France and Saramati v France* Grand Chamber, App No 71412701 ve 78166/01 (ECHR, 2 May 2007). Bu ve diğer bazı benzer davalarla ilgili ayrıntılı bir analiz için bkz, Ceren Karagözoğlu, "Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Bireye Yönelik Ekonomik Yaptırım Kararları ve İnsan Hakları İlişkisi", (2019) 39 (1) *Public and Private International Law Bulletin* 250-65.

²⁴ Uluslararası örgütlerin karşı tedbir niteliğinde olmayan kararlarının ilgili örgütün ve hatta AB gibi bazı örgütlerde üye devletlerin de sorumluluğuna yol açacağına dair BM İnsan Hakları Konseyi Özel Raportörü'nün tek taraflı yaptırımlara dair raporundaki görüşü için bkz, A/RES/71/287, para 18-21.

haklarına dikkat edilmesi ve orantılılık ile gereklilik ölçütlerine riayet edilmesi.²⁵ Dolayısıyla ilgili devleti hukuka aykırı eylemden vazgeçirmekten ziyade politikalarını değiştirmeye zorlayan ve kapsamı gereklilik ve orantılılık kriterleri açısından çok geniş tutulan kararların karşı tedbir olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır.²⁶

Uluslararası hukukta yaptırımlar konusunda en tartışmalı alan, devletlerin herhangi bir örgüt kararından veya diğer devletlerden bağımsız bir şekilde kendi tehdit değerlendirmeleri veya ulusal çıkarları doğrultusunda aldıkları tek taraflı ekonomik yaptırım kararlarıdır.²⁷ Bu hususta devletler ilgili kararlarına dayanak olarak, uluslararası hukukun kuvvet kullanma yasağı dışında kalan tek taraflı yaptırımlara başvurulmasını açıkça yasaklamamış olmasını ve ayrıca uluslararası sorumluluk hukukunun kendilerine tanıdığı doğrudan veya dolaylı zararlara karşı bireysel veya dolaylı ortak karşı tedbirlere başvurma hakkını göstermektedir.²⁸

Mesele devletlerin söz konusu gerekçeleri doğrultusunda ele alındığında; gerçekten de BM Şartı madde 2(4)'de yer alan, bir devletin politik bağımsızlığı ve ülkesel bütünlüğüne karşı kuvvet kullanma ve tehdidi yasağının, askeri güç kullanma dışında neleri yasakladığının uzun zamandır tartışılacağı bir husus olduğu görülmektedir.²⁹ Yine bu açıdan gerek ekonomik zorlamanın tanımı ve gerek nelerin bu tanım içinde yer aldığı konusu da uluslararası hukukta belirsizlikler içermektedir. Ancak Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun hazırladığı devletlerin sorumluluğuna dair Taslakta, bir devletin zorlanmasına dair 18. maddenin şerhinde, zorlama kavramı içinde BM Şartı madde 2(4)'de yasaklanan kuvvet kullanma ve tehdidi ile diğer zorlayıcı müdahalelere atıf yapılırken, hukuka uygun olmayan diğer zorlayıcı müdahalelere örnek olarak hedef devleti uluslararası yükümlere uyamaz hale getiren ciddi ekonomik baskılardan bahsedilmiştir.³⁰ Dolayısıyla bu eşiği aşmayan ekonomik yaptırımların kuvvet kullanma yasağına aykırı olduğu söylenemeyecektir. Bununla beraber her ne kadar her türlü ekonomik yaptırımın Madde 2(4)'ün bir ihlali sayılamayacağı

²⁵ Tzanakopoulos, "Sanctions Imposed Unilaterally by the European Union", (n 14) 148. Ayrıca AB hukukunda bu örgütün gerek Güvenlik Konseyi kararları doğrultusunda, gerek kendi başına aldığı yaptırım kararlarına maruz kalan özel kişi ve kurumların temel haklarının ihlal edildiği iddiasıyla AB Adalet Divanı'na başvurması da mümkündür, bkz, Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakat International Foundation v. Council and Commission*, 2008 ECR, I-06351, para 334; Case T-496/10, *Bank Mellat v. Council of the European Union*, 2013, ECR II-0000.

²⁶ Nitekim *Orakhelashvili AB*'nin aldığı bazı kararların karşı tedbir niteliğinde olmadığını bu gibi gerekçelerle açıklamaktadır, Orakhelashvili, "The Impact of Unilateral EU Economic Sanctions on the UN Collective Security Framework: The Cases of Iran and Syria", in Marossi and Basset (eds), *Economic Sanctions under International Law*, (Asser Press 2015) 17-8. Ayrıca bkz, Marco Gestri, "Sanctions Imposed by the European Union: Legal and Institutional Aspects", in Ronzitti (ed), *Coercive Diplomacy, Sanctions and International Law*, (Brill 2016) 79.

²⁷ Bu tür yaptırımlara ilişkin örnekler için bkz, Hufbauer et al., *Economic Sanctions Reconsidered*, Peterson Institute for International Economics, (3rd ed Columbia University Press 2009) 20-33.

²⁸ Szasz, "the law of economic sanctions", (n 17) 481.

²⁹ Tom Ruys, "The Meaning of 'Force' and the Boundaries of the Jus Ad Bellum- Are 'Minimal' Uses of Force Excluded from UN Charter Article 2(4)?", (2014) 108 (2) *The American Journal of International Law* 163.

³⁰ Yearbook of the International Law Commission, (2001) Vol II Part Two, 70, para 3. Nitekim Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, madde 52'ye göre andlaşmaların kuvvet kullanma ve tehdidi yoluyla yaptırılması halinde bu tür andlaşmaların geçersiz olduğu kabul edilmişse de, sözleşme görüşmeleri sırasında ekonomik zorlamalarla bir andlaşmanın yapılması halinde bunun geçerliliği etkileyip etkilemeyeceği hususunda ortak bir kanaat oluşturulamamıştır, Mark E Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, (Martinus Nijhoff 2009) 64-43.

kabul edilse de, bunların ekonomik etkileri dikkate alınarak insancıl hukuk ve insan haklarının bazı ilkelerinin ekonomik yaptırımlara da uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir.³¹ Nitekim Güvenlik Konseyi'nin kendisi de devletlerin bir ekonomik yaptırım uygularken insan hakları ve insancıl hukuk kuralları çerçevesinde hareket etmeleri gerektiğini vurgulamaktadır.³² Yine bu çerçevede söz konusu ekonomik yaptırımların akıllı yaptırımlar şeklini alması halinde bunların hedef aldığı özel kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması için gereken tedbirlerin alınması gerektiği de açıktır.³³

Uluslararası hukukta devletlerin tek taraflı ekonomik yaptırımların hukukiliğine ilişkin diğer bir değerlendirme bunların içişlerine müdahale yasağına uygun olup olmadığı bakımından yapılmaktadır. BM Adalet Divanı Nikaragua kararında; bir örf ve adet kuralı olan iç işlerine müdahale yasağının, devletlere diğer bir devletin iç ve dışişlerine doğrudan veya dolaylı müdahalesini yasakladığını ve her devletin egemenlik alanı içinde olan politik, ekonomik, sosyal ve kültürel sistemini ve dış politikasını serbestçe belirleme hakkı üzerindeki zorlamaların bu yasağa aykırı olduğunu ifade etmiştir.³⁴ Ancak Divan aynı kararında; doğrudan veya dolaylı askeri güç kullanma içeren eylemlerin iç işlerine müdahale yasağına aykırı zorlayıcı müdahale olduğuna hükmetmişken, başka devletlere yapılan ekonomik yardımların kesilmesi ve ticaret ambargosu gibi eylemleri iç işlerine müdahale saymamıştır.³⁵ Bu görüş doğrultusunda bazı yazarlar ekonomik yaptırımların iç işlerine müdahale yasağı kapsamında hukuka aykırı olamayacağını ileri sürmektedir.³⁶

Bununla beraber; bu hususta BM Genel Kurulu, diğer bazı uluslararası örgütler ve bazı devletler tarafından kabul edilmiş olan, devletlerin tek taraflı ekonomik yaptırımlarını iç işlerine müdahale yasağına ve diğer bazı uluslararası hukuk prensiplerine aykırı

³¹ *Lowe ve Tzanakopoulos'a göre hedef devleti davranış değiştirmeye zorlamak için kullanılan bu tür yaptırımlar o devletin kendisi ve halkı bakımından askeri güç kullanmaya yakın yıkıma neden olabildiğinden, orantılılık, gereklilik ve ayırım gözetme gibi ilkelere uyulması gerekmektedir, Vaughan Lowe and Antonios Tzanakopoulos, "Economic Warfare", in Wolfrum (ed), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, (OUP 2012) 8-13. Joyner ise yaptırımların hedef ülkedeki sivil halk ve altyapı üzerindeki son derece yıkıcı etkileri dikkate alındığında, bunların yaptırımcı devletin temel insan hakları yükümlülüklerine de (hayat hakkı, sağlık hakkı, beslenme ve barınma hakkı vb) aykırı olacağını iddia etmektedir, Daniel H Joyner, "International Legal Limits on the Ability of States to Lawfully Impose International Economic/Financial Sanctions", in Marossi and Basset (eds), *Economic Sanctions under International Law*, (Asser Press 2015) 89-91. BM İnsan Hakları Raportörü'nün tek taraflı ekonomik yaptırımların temel haklara ve ayırıcılık yasağına aykırı olduğuna dair görüşü için bkz, A/73/175, para 33-44.*

³² Bkz, S/RES/1456, para 6 ve S/RES/1822, preamble.

³³ Bu tür yaptırımların ihlal edebileceği temel haklara ilişkin davalar için bkz, yukarıda dipnot 22 ve 23.

³⁴ *Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v United States of America)*, (Merits), (1986) ICJ Rep 14, para 205.

³⁵ Ibid, para 245.

³⁶ Alexandra Hofer, "The Developed/Developing Divide on Unilateral Coercive Measures: Legitimate Enforcement or Illegitimate Intervention?", (2017) 16 (2) *Chinese Journal of International Law*, 180-81. *Tzanakopoulos* da devletleri ekonomik baskıdan koruyacak bir münhasır iç yetki alanının olup olmadığı ve varsa sınırlarının ne olduğu konusunu iç işlerine müdahale yasağı açısından incelemiştir. Yazar söz konusu iç yetki alanını münhasır olmaktan çıkaran pek çok uluslararası kuralın bulunduğu dikkate alındığında, bir devletin kendi politik, ekonomik, sosyal ve kültürel sistemini ve dış politikasını serbestçe belirleme hakkının, diğer devletlere kuvvet kullanma yasağında olduğu gibi bir *jus cogens* yasak yükümü yüklediği sonucuna varmıştır, "the right to", (n 9) 14-5.

sayan pek çok karar ve deklarasyon yukarıda yer alan değerlendirmeyi tartışmalı hale getirmektedir. Nitekim Genel Kurulun 1965 Devletlerin İç İşlerine Müdahalenin Kabul Edilemezliği ve Bağımsızlık ve Egemenliğini Koruma Deklarasyonu'nda³⁷ devletlerin bir diğerini ondan bir takım avantajlar elde etmek üzere ekonomik, politik veya diğer tedbirler yoluyla zorlaması yasaklanmış olup, Kurul benzer ifadelerle 1970 Dostça İlişkilere Dair Uluslararası Hukuk Prensipleri Deklarasyonu,³⁸ 1974 Devletlerin Ekonomik Hak ve Görevleri Deklarasyonu³⁹ ve 1980 Devletlerin İç İşlerine Müdahale ve Karışmanın Kabul Edilemezliği Deklarasyonu'da⁴⁰ da yer vermiştir.⁴¹ Ayrıca Genel Kurul 1995 Gelişmekte Olan Devletlere Karşı bir Ekonomik ve Politik Baskı Aracı Olarak Ekonomik Tedbirler Deklarasyonu'nda da bazı gelişmiş devletlerin aldığı tek taraflı ekonomik tedbirlerin BM Şartı'ndaki prensiplere aykırı düşecek şekilde gelişmekte olan devletlerin ekonomi ve kalkınması ve uluslararası ekonomik işbirliği üzerinde yarattığı olumsuz etkileri dikkate alarak, uluslararası topluma bu tür tek taraflı yaptırımların ortadan kaldırılması için acil ve etkin önlemler alması çağrısı yapmıştır.⁴²

BM dışında Asya-Afrika Hukuki Danışma Örgütü de bu tür yaptırımlara 1956 yılından beri sürekli karşı çıkarak, bunların kalkınma hakkı dahil BM Şartı'nı ve uluslararası hukukun diğer bazı prensiplerini ihlal ettiğini kabul etmiştir.⁴³ Yine 2016 yılında Çin, Rusya ve Hindistan'ın ortak deklarasyonunda bu tür tek taraflı yaptırımların devletlerin egemen eşitliği, iç işlerine müdahale yasağı ve uluslararası işbirliği gibi prensiplere aykırı olduğu söylenmiştir.⁴⁴

³⁷ UN Doc A/RES/20/2131, para 2.

³⁸ UN Doc A/RES/25/2625.

³⁹ UN Doc A/RES/3281.

⁴⁰ UN Doc A/RES/36/103.

⁴¹ Benzer bir hüküm için bkz, Amerikan Devletleri Örgütü Şartı, madde 19, 119 UNTS 48.

⁴² UN Doc A/RES/50/96. Genel Kurul 1996 ve 1997 yıllarında aldığı benzer başlıklı diğer kararlarda da aynı çağrışı yinelemiştir. bkz, A/RES/51/22, A/RES/51/103 ve A/RES/52/181. Bunların dışında Genel Kurul'un "insan hakları ve tek taraflı yaptırımlar" adını taşıyan tarafsız devletler grubu tarafından gündeme getirilmiş olan toplam yirmi bir kararı (A/RES/51/103 ile A/RES/71/193 arasındaki kararlar) ve "gelişmekte olan devletlere karşı bir politik ve ekonomik zorlama aracı olarak tek taraflı ekonomik tedbirler" adını taşıyan on dokuz kararı (A/RES/48/168 ile A/RES/70/185 arasındaki kararlar) bulunmaktadır. Bu kararlarda tek taraflı ekonomik tedbirlerin bir zorlama aracı olarak BM Şartı'ndaki prensipler dahil uluslararası hukuku ihlal ettiği ve bu uygulamadan vazgeçilmesi gerektiği ifade edilmekte, devletlerin terörün sponsoru oldukları gibi mesnetsiz iddialarla tek taraflı hazırlanan listelere dahil edilmesi kınanmakta, bu tür yaptırımların uluslararası işbirliğine, uluslararası hukukun üstünlüğüne, hedef devletin ekonomik gelişmesine olumsuz etkilerine dikkat çekilmekte ve ayrıca bunların yaptırım uygulayan devletin kendi tek taraflı menfaatlerine hizmet ettiği ve bu durumun adil, ayrımcı olmayan kurallara bağlı bir çok taraflı ticaret ve bankacılık sistemleri için tehdit teşkil ettiği vurgulanmaktadır.

⁴³ Asian-African Legal Consultative Organization (AALCO), *Unilateral and Secondary Sanctions: An International Law Perspective*, (AALCO Secretariat Press 2013).

⁴⁴ Joint Communiqué of the 14th Meeting of the Foreign Ministers of the Russian Federation, the Republic of India and the People's Republic of China (19 April 2016), para 6. Aynı yıl kabul edilen Rusya-Çin Ortak Deklarasyonu'nda da uluslararası hukuka dayanmayan tek taraflı yaptırımların bir çifte standart ve uluslararası hukukun genel kabul görmüş prensip ve kurallarına aykırı şekilde bazı devletlerin iradelerini diğerlerine dayatmalarının bir örneğini oluşturduğu ve bu tür tedbirlerin Güvenlik Konseyi'nin uyguladığı yaptırımların konu ve amacı ile etkinliğini ortadan kaldırdığı ileri sürülmektedir. The Declaration of the Russian Federation and the People's Republic of China on the Promotion of International Law (25 June 2016), para 6.

Acaba uluslararası düzeyde alınmış olan söz konusu kararların uluslararası hukukta tek taraflı ekonomik yaptırımların yasaklanması yönünde bir kuralı ortaya çıkardığı iddia edilebilir mi?⁴⁵ Bu husus BM Sekreteryası tarafından 1997 yılında bu konuyu araştırmak üzere toplanan uzmanlar grubu tarafından hazırlanan raporda ele alınmıştır. Söz konusu raporda ilgili pek çok sayıdaki uluslararası hukuki belgede detaylandırılmış ve desteklenmiş olan uluslararası hukuk prensipleri çerçevesinde, bir Güvenlik Konseyi veya Genel Kurul kararının veya bir uluslararası örgütün kendi üyelerine ilişkin bir kararının ya da uluslararası norm ve standartları korumaya yönelik çok sayıda devletçe alınmış bir kararının bulunmadığı hallerde, bir devletin esas olarak ulusal yetkisi içine giren meselelere tek taraflı ekonomik yaptırımlar yoluyla müdahale edilmesinin yasaklandığı sonucuna varılmıştır.⁴⁶ Yine bu tür yaptırımların insan hakları üzerindeki olumsuz etkilerini ele alan BM İnsan Hakları Konseyi Özel Raportörü de söz konusu kararların tek taraflı yaptırımlara başvurmaya yasaklayan bir örf ve adet kuralı veya bir emredici normun ortaya çıkışına bir işaret sayılabileceği yorumunu yapmıştır.⁴⁷

Bu değerlendirmelere rağmen uluslararası hukukçular arasında bu tür kararların bir sonucu olarak; uluslararası hukukta tek taraflı ekonomik yaptırımları yasaklayan bir kuralın oluştuğu yönünde genel bir kanaat bulunmamaktadır. Bu hususta bazı yazarlarca bu kararların ve bunlara olumlu oy veren devletlerin sayısı dikkate alınarak, devletlerin kendi politikalarını bağımsızca belirleme hakkına giren alanlarda tek taraflı ekonomik ve finansal yaptırımları yasaklamaya yönelik prensibin bir uluslararası örf ve adet kuralı halini aldığı ifade edilmektedir.⁴⁸ Buna karşı diğer bazı yazarlar ise özellikle BM Genel Kurulu kararlarının tavsiye niteliğinde olması ve söz konusu kararlara bazı önemli devletlerin karşı çıkmış olması gibi hususların, bu yönde bir örf ve adetin oluşumuna yol açma açısından bunların normatif değerini düşürdüğünü ileri sürmektedir.⁴⁹

⁴⁵ Bu bakımdan öncelikle uluslararası hukukta bir uluslararası örgüt veya konferans bünyesinde alınan kararların bir örf ve adet kuralının varlığını ve içeriğini ispat etmede bir delil teşkil etmesinin veya bunların en azından bir örf ve adet kuralının oluşmasına ve biçimlenmesine katkıda bulunabilmesinin mümkün olduğu ifade edilmelidir, ILC Fourth Report on identification of customary international law (2016), Draft Conclusion 4(2) ve 12(2).

⁴⁶ UN Doc N52/459 (1997), paras 53-94.

⁴⁷ Bkz, A/HRC/30/45, para 47. Raportörün iç işlerine müdahale yasağını *jus cogens* niteliğinde sayan görüşü için, bkz, A/71/287, para. 19 Raportörün bu konuda son görüşleri için bkz, A/73/175 (2018), Annex.

⁴⁸ *Mohamad* bu kararların bu konuya ilişkin mevcut örf ve adeti yansıttığı veya bu yönde bir örf ve adet kuralının oluşmasına katkıda bulunduğunu söylemektedir, “unilateral sanctions”, (n 3) 76. Aynı şekilde bkz, Pierre E Dupont, “Iran’s Non-Compliance with Its Non-Proliferation Obligations Revisited”, *EJIL: Talk!*, (22 June 2013) 316. *Szasz* da günümüzde hiç bir devletin en azından *de lege ferenda* olarak diğer devletlere karşı kendi özel politika amaçları doğrultusunda tek taraflı ekonomik yaptırım uygulama hakkına haiz olmadığını ifade etmektedir, *Szasz*, “the law of economic sanctions”, (n 17) 458. *Joyner*’e göre ise belli bir sınırı aşan tek taraflı ekonomik baskı biçimleri şayet devleti kendi politik, ekonomik, sosyal ve kültürel sistemini özgürce belirleme hakkı bakımından icbar ediyorsa, bunların işlemlerine müdahale yasağına aykırı olacağı söylenebilecektir, *Joyner*, “international legal limits”, (n 31) 89-91.

⁴⁹ *Hofer*, “the developed/developing divide”, (n 36) 182-84. *Hofer* söz konusu kararların tek taraflı yaptırımları yasaklayan bir uluslararası hukuk kuralının oluşumuna delil teşkil etmediği görüşüne destek olarak, ayrıca bu kararların genel prensipler ve iç işlerine müdahale yasağı gibi muğlak temellere dayandırılmış olmasını, oylanma aşamasında olumlu oy kullananların temsiliyet açısından yalnızca bir gruba ait olmalarını (G77 grubu ve Çin gibi çok sayıda gelişmekte olan devlet olumlu oy buna karşın ABD olumsuz oy kullanmıştır), bazı devletlerin karşı çıkmasını veya çekimser kalmış olmasını (AB üyesi devletler bazen olumsuz oy bazen de çekimser oy kullanmıştır) ve çekimser kalan bazı devletlerin sonraki uygulamalarında karara aykırı davranmaları gibi hususlara yer vermektedir, *ibid* 195-6.

Tek taraflı yaptırımların hukukiliğini açıklarken kullanılan bir diğer gerekçe uluslararası sorumluluk hukukunun devletlere doğrudan veya dolaylı zararlara karşı bireysel veya dolaylı ortak karşı tedbirlere başvurma hakkını tanımış olmasıdır.⁵⁰ Ayrıca; daha önce de ifade edildiği üzere, hangi devletlerin karşı tedbirlere başvurabileceğini düzenleyen devletlerin sorumluluğuna dair Taslağın 42, 48 ve 54. maddelerinde doğrudan zarar gören devletin yanı sıra genel menfaati korumak veya doğrudan zarar gören devlete yardım etmek üzere, diğer devletlere de karşı tedbir alma hakkının tanınmış olması yaptırımlar ile karşı tedbirler arasındaki tanımsal farkı azaltmaktadır.⁵¹

Ancak bu konuda tek taraflı yaptırımların hukukiliği meselesi karşı tedbirlere başvurma hakkı çerçevesinde ele alındığında, Taslağın 49-52. maddelerinde düzenlenmiş olan bu tür tedbirlerde aranacak usuli ve esasi şartlar önemlidir. Taslakta usuli şartlar arasında ilgili devletten ihlali sonlandırmasının istenmesi ve karşı tedbir alınacağı ve görüşmeye hazır olunduğunun bildirilmesi gibi hususlara yer verilmiştir. Esasa ilişkin olan şartlar arasında ise bu tür tedbirlerin belli nitelikteki yükümlere (kuvvet kullanma yasağı gibi *jus cogens* kurallar, temel insan hakları, insancıl hukuka aykırı misillemeler, diplomatik muafiyetler, uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına dair hükümler vb.) aykırı olmaması, üçüncü devletleri hedeflememesi,⁵² tedbir alan devletin zararı ile orantılı olması, sadece hedef devleti üzerine düşen uluslararası yükümlere uymaya sevk etme amacıyla alınabilmesi ve ihlalin sona ermesi halinde ortadan kaldırılmak zorunda olunması gibi sınırlamalara yer verilmiştir. Bu şartlar uyarınca bir devleti uluslararası alanda bir andlaşma veya örf ve adet kuralı ile üstlenmiş olmadığı bir yükümü yerine getirmeye veya yapmak zorunda olmadığı bir şeye zorlamak amacıyla karşı tedbir alınması mümkün değildir. Dolayısıyla bir devleti hukuka aykırı eyleminden vazgeçirmekten ziyade, politikalarını değiştirmeye zorlama amacı taşıyan ekonomik baskıların karşı tedbir niteliğinde olamayacağı açıktır.⁵³ Bu açıdan BM İnsan Hakları Raportörü karşı tedbirlerle ilgili usul ve esasa ilişkin şartlara uymayan ve meşru bir gerekçeye dayanmayan tek taraflı kararların ilgili devletin uluslararası sorumluluğuna yol açacağını ifade etmiştir.⁵⁴ Bununla beraber, her ne amaçla alınırsa alınsın bir devlete finansal yardımı veya ticari ilişkileri kesme gibi bazı ekonomik baskı yöntemlerinin, hedef devlet açısından bir takım olumsuz ekonomik sonuçları olsa bile hukuka aykırı olduğunu söylemek

⁵⁰ Nitekim Sorumluluk Taslağı madde 18’de yer alan bir devletin zorlanmasına dair hükmün şerhinde de karşı tedbir niteliğindeki zorlamaların iç işlerine müdahale sayılamayacağı ifade edilmektedir, Yearbook of the International Law Commission, (2001) Vol. II Part Two, 70, para 3.

⁵¹ Ibid

⁵² Bu şart açısından karşı tedbirlere başvuran devletin bu tedbirlerden dolaylı şekilde etkilenen üçüncü devletle arasındaki uluslararası yükümleri ihlal edip etmediği ve söz konusu tedbirlerin orantılılık ölçüsüne uyup uymadığı dikkate alınmalıdır, Tzankopoulos, “the right to”, (n 9) 10.

⁵³ *White* uluslararası hukuka uygun sayılabilecek tek taraflı veya ortak karşı tedbirlerin yaptırma dönüşmesi halinde bunların iç işlerine müdahale yasağına aykırı hale geleceğini ifade etmektedir, “autonomous and collective”, (n 7) 23-4.

⁵⁴ Bkz, A/71/287, para 13-16.

de mümkün değildir. Zira uluslararası hukukta aksine bir andlaşma olmadıkça bir devlete karşı bu tür dostça olmayan tedbirlere başvurulmasını yasaklayan bir kural da bulunmamaktadır.⁵⁵

Son olarak; devletlerin tek taraflı yapıtlarının hukukiliğine ilişkin tartışmalı olan bir başka husus ise bazı devletlerin ülke dışı yetki unsurları taşıyan kanuni düzenlemelere giderek hedef devlete mensup kişi ve kurumları ve hatta ikincil yapıtlar aracılığıyla, hedef devlete uyguladığı yapıtları deldiğini düşündüğü üçüncü devletlere mensup kişi ve kurumları kendi hukukuna göre cezalandırmak üzere, hükümetlerini ve yargı organlarını yetkilendirmeleridir. Uluslararası hukukun temel ilkelerinden biri olan ülkesellik ilkesi uyarınca devletler yetkilerini yalnızca kendi ülkelerinde bulunan kişi ve şeyler üzerinde, kendi ülkeleri dışında bulunan kişi ve şeyler bakımından ise yalnızca buna izin veren uluslararası kurallar çerçevesinde kullanabilirler.⁵⁶ Yine bu prensip gereği devletlerin kendi başlarına üçüncü devletler için bağlayıcı yapıtların kararı alma hakkı ve yetkisi bulunmamaktadır. Zira tek taraflı yapıtların kaynağının bunları uygulayan devletin kendi iç hukuku olduğu düşünüldüğünde, ulusal hukukların üçüncü devletler için uluslararası hukukta öngörülme-yen yükümler getirmesi söz konusu olamaz. Uluslararası hukukta bir takım istisnai hallerde devletlere ülke dışında bulunan kişi ve şeyler üzerinde yetki kullanmalarını mümkün kılan kurallar bulunmaktadır.⁵⁷ Ancak bir devletin kendi iç hukukuna dayanarak uyguladığı yapıtlar bakımından, bu istisnaları kendisine göre yorumlayarak hedef devlet veya üçüncü devlete mensup kişiler üzerinde yetki kullanması tartışmalara yol açmaktadır.⁵⁸ Nitekim bu hususta gerek BM Genel Kurulu gerek diğer bazı uluslararası örgütler ve devletler tarafından, diğer devletler üzerinde hukuki yüküm yaratmak amacıyla ulusal yasalarda ülke dışı yetki

⁵⁵ BM Adalet Divanı'nın, aksine bir uluslararası hukuki yüküm olmadıkça bir devletin kendisinin ve kendi yetkisine tabi kişilerin hangi devletlerle ekonomik ve finansal ilişkilere girebileceğini seçme hususunda hukuken takdir hakkı olduğuna dair görüşü için bkz, *Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v United States of America)*, (Merits), (1986) ICJ Rep 14, para 276. Ayrıca bkz, Tzankopoulos, "the right to", (n 9) 11.

⁵⁶ Daimi Adalet Divanı bu ilkeyi formüle ettiği Lotus davasındaki kararında devletlerin yetkilerini kendi ülkelerinde bulunan kişi ve şeyler üzerinde bir uluslararası kuralla yasaklanmadıkça istedikleri gibi kullanabileceklerini, ancak aynı yetkileri ülke dışında buna izin veren bir uluslararası kural bulunmadıkça kullanamayacaklarını ifade etmiştir, *The Case of the S.S. "Lotus" (France v. Turkey)*, (1927) PCIJ, para 45-7. Ayrıca bkz, İbrahim Kaya ve Yücel Acer, *Uluslararası Hukuk*, (5th bs Seçkin 2014) 170-72.

⁵⁷ Uluslararası hukuka göre ülke dışında başlamış, ancak ülkede tamamlanmış eylemler bakımından uygulanan 'objektif ülkesellik' ilkesi, bir devletin başka ülkedeki kendi vatandaşları üzerinde yetki kullanması veya ülke dışında zarar gören vatandaşının korunması bakımından başvuru olan 'vatandaşlık' ilkesi, devletin kendi önemli menfaatlerini ilgilendiren ülke dışındaki bir takım faaliyetleri düzenlemek için başvurabileceği 'etki' ve 'koruma' ilkeleri ve bazı uluslararası suçların yargılanması için uygulanan 'evrensel yetki' ilkesi gibi bir takım istisnai hallerde ülke dışı yetki kullanmak mümkündür. Bu gibi ülke dışı yetki kullanma hallerinde aranan bir başka koşul ise söz konusu meselenin ilgili devletin meşru menfaatleri ile doğrudan, yakın ve esaslı bir bağlantısının bulunmasıdır, Mohamad, "unilateral sanctions", (n 3) 77. AB hukuk sisteminde ülke dışı etki için aranan 'ayrılmaz bir şekilde bağlantı' kriterine ilişkin bir çalışma için bkz, Ufuk Dal, "Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün Ülke Dışı Uygulama Yetkisi ve Bu Yetkinin Uluslararası Hukukta Meşruiyeti", (2019) 1 (1) *Kişisel Verileri Koruma Dergisi* 27.

⁵⁸ İstisnai yetkilerin yorumlanmasına ilişkin bu meseleyi ABD'deki duruma ilgili son bölümde daha ayrıntılı ele alacağız.

tanyan düzenlemeler yapılmasını hukuka aykırı sayan ve bunlara karşı gereken tedbirlerin uygulanmasını öngören kararlar alınmış⁵⁹ ve kanuni düzenlemelere gidilmiştir.⁶⁰

IV. Yaptırımların Etkinliği Meselesi

Uluslararası hukukta yaptırımların hukuka uygunluğunun yanı sıra bunlarla varılmak istenen amaçları yerine getirmede ne kadar başarılı olduğu, başka bir ifade ile etkin bir araç olup olmadıkları da ayrı bir tartışma konusudur. Bu bölümde literatürde ekonomik yaptırımların ekonomi-politiği başlığı altında ele alınan yaptırım politikalarının etkinliği değerlendirilirken karşılaşılan belirsizlik problemine ve bu problemin analizi için başvurulan bazı teorik yaklaşımlara yer verilecektir.

Uluslararası hukukta ekonomik yaptırımların amacı hedef devletin veya onu yöneten kişilerin uğradıkları ve uğrayacakları zararlar karşısında fayda-maliyet analizi yaparak daha fazla zarara uğramamak için yaptırım uygulayan devletin istediği politika değişikliğine gitmelerinin sağlanmasıdır.⁶¹ Bu çerçevede ekonomik yaptırımların başarısını ölçmek hususunda söz konusu fayda-maliyet analizi açısından dikkate alınması gereken bazı temel parametreler bulunmaktadır. Bunlar yaptırım uygulayan ve hedef devletin göreceli ekonomik büyüklükleri, bunların birbirine ve küresel ekonomiye bağımlılığı, yaptırımlara katılan diğer devletlerin sayısı, yaptırımlara rağmen hedef devletle ticaret yapmaya hevesli devletlerin ya da devlet dışı aktörlerin sayısı ve yaptırım uygulayan devlet ile hedef devletin siyasi rejimleridir.⁶² Bu parametreler ışığında yaptırım örneklerini analiz eden çalışmalarda

⁵⁹ BM Genel Kurulu'nun diğer devletlerin şirket ve vatandaşlarına yaptırım öngören ülke dışı etkili yasaların iptalini isteyen ve bütün devletlere bu tür tek taraflı yaptırımların ülke dışı uygulanmasına veya etkilerine karşı koyacak uygun idari ve yasal tedbirleri almaları çağırısı yapan kararları için bkz, A/RES/51/22, A/RES/53/10, A/RES/57/5, A/RES/61/170. AB'nin ülke dışı yetki tanyan tek taraflı yaptırımların uluslararası hukuka aykırı olduğuna ilişkin açıklaması ile bu yaptırımlara uyulmasını yasaklayan ve bu yaptırımlar yüzünden zarar gören kişi ve kurumlara dava açma hakkı getiren yönergesi için bkz, Doc NU, A/50/401 ve Council Regulation (EC) 2271/96. Asya-Afrika Hukuki Danışma Örgütü'nün ülke dışı yetki prensibinin, buna ilişkin istisnaların muğlak olması, pek çok devletin ülke dışı yetki kullanılmasına karşı çıkması ve ülke dışı etkili tedbirlerin gelişmiş ve gelişmekte olan devletler arasındaki ticaret ve işbirliğini sekteye uğratması gibi nedenlerle hukuka aykırı olduğu görüşü için bkz, Extraterritorial Application of National Legislation: Sanctions Imposed against Third Parties (2014), AALCO/53/TEHRAN/2014/SD/S 6.

⁶⁰ Ülke dışı yaptırım düzenlemelerine İngiltere, Kanada, Japonya ve Meksika gibi devletler kendi yaptırım karşıtı düzenlemeleri ile (ör, İngiltere'nin 1980 Ticari Menfaatleri Koruma Yasası) karşı koymuştur. Ayrıca AB ve Japonya tarafından ABD'nin ülke dışı yaptırım uygulamaları aleyhine Dünya Ticaret Örgütü nezdinde davalar açılmıştır, WTO dispute DS38, WTO dispute DS88, WTO dispute DS 176. Bu son hususta ayrıca bkz, A/HRC/33/48, para 30.

⁶¹ Jonathan Kirshner, "The Microfoundations of Economic Sanctions", (1997) 6 *Security Studies* 42.

⁶² Bunlar ve diğer bazı parametreler çerçevesinde yaptırım örnekleri için bkz, Hufbauer et al, "economic sanctions reconsidered", (n 27) 156-178. Ayrıca; Rusya'nın Afganistan'ı işgali üzerine uygulanan yaptırımların etkinliği için bkz, Daniel W Drezner, *The Sanctions Paradox*, (Cambridge University Press 1999) 74-9; Kırım'ın ilhaki üzerine Rusya aleyhine uygulanan ticari ve finansal yaptırımların Rusya'nın ekonomisine ve kamuoyuna etkisinin analizi için bkz, Ilieva et al, "economic sanctions", (n 5) 207-9; ABD'nin Burma'ya yönelik yaptırımlarının analizi için bkz, Thihan Myo Nyun, "Feeling Good or Doing Good: Inefficacy of the US Unilateral Sanctions against the Military Government of Burma/Myanmar", (2008) 7 (3) *Washington University Global Studies Law Review*, 455; ABD'nin Kuzey Kore'ye uyguladığı yaptırımların analizi için bkz, Chung Young Chul, "Political Economy of the US Economic Sanctions against North Korea: Past, Present and Future", (2005) 34 (2) *Development and Society* 217; İran'a yönelik yaptırımların analizi için bkz, Mustafa Ş Küpeli, *Dış Politika Aracı Olarak Yaptırımlar: İran'a Uygulanan Yaptırımların Etkileri*, (2016) 3 (1) *Türkiye Ortadoğu Çalışmaları Dergisi* 121. ABD'nin İran'a yönelik yaptırımlarına AB'nin uyguladığı yaptırım karşıtı düzenlemelerin etkisinin düşüklüğü için bkz, Sascha Lohmann, "Extraterritorial US Sanctions", (2019) *German Institute for International and Security Affairs*, SWP Comment, No 5, 3.

varılan sonuç ise yaptırımların ekonomik olarak hedef ülkenin refahında ciddi azalışlara neden olsa da bu azalışın hedef devletin politikalarına nasıl yansıtılacağı önceden kestirilmesinin güç olduğu yönündedir.⁶³ Söz konusu öngörülemezlik problemi literatürde ekonomik yaptırımların işe yarayıp yaramadığına ilişkin bir tartışmayı başlatmıştır. Bu hususta bazı yazarlar yaptırımların çoğunlukla hedef devlette bir politika değişikliğine yol açmadığını ve başarılı olan bazı örneklerde ise sonucun yaptırım dışındaki faktörlere bağlı olduğunu iddia etmektedir.⁶⁴ Buna karşı diğer bazı yazarlar ise yaptırımların her durumda bir politika değişikliğine yol açmasa da gerek hedef devlette yarattığı maliyetler (ör, pazarlık gücünün azalması, rejimin izole edilmesi ve elindeki kaynakların azaltılması) ve gerekse yaptırımcı devletin itibarı açısından bakıldığında bunların etkili olduğunu savunmaktadır.⁶⁵

Yaptırım politikalarının etkinliğini analiz eden literatüre baktığımızda bu açıdan bir kaç farklı teorinin kullanıldığı gözlenmektedir. Bunlardan biri olan oyun teorisine göre; yaptırım politikalarında asıl dikkate alınması gereken husus ilgili devletlerin karar alıcılarının doğrudan devletin temel menfaatlerine ilişkin tehdit algılamalarıdır.⁶⁶ Bu çerçevede; yaptırım uygulamayı düşünen bir devletin kararında asıl belirleyici olan şey hedef ülke ile gelecekte daha fazla çıkar çatışması yaşanacağı öngörüsüdür. Aynı şekilde hedef devletin karar alıcıları da yaptırım uygulayan devletle gelecekte daha fazla çıkar çatışması yaşanacağını öngörüyorlar ise taviz vermek istemeyeceklerinden yaptırımlara karşı durmaları daha muhtemeldir.⁶⁷ Yine bu teoriye göre; yaptırımların başarı şansında rol oynayan temel etkenlerden birisi söz konusu yaptırımların bunu uygulayan devlete maliyetinin hedef devletten elde edecekleri kazançta göre daha düşük olması ve aynı şekilde bu yaptırımların hedef devlete maliyetinin de vereceği tavizden daha büyük olmasıdır.⁶⁸ Nitekim uygulamaya bakıldığında en başarılı olan

⁶³ Nitekim yaptırım uygulayan devletin hedef devletin piyasasından çekilmesi sayesinde, onun yerini alacak olan yabancı yatırımcıların rekabet avantajından yararlanması veya yaptırımlar nedeniyle ülkeyi terk etmek zorunda kalan yabancı yatırımcıların mallarını ucuz alarak yerli yatırımcıların devreye girmesi nedeniyle, hedef devletin ekonomisini yaptırımlara rağmen canlı tutması ve hatta uzun vadede yerli sanayinin gelişimini desteklemesi de mümkündür, William H Kaempfer ve Anton D Lowenberg, "The Political Economy of Economic Sanctions", (2007) 2, in Sandler ve Hartley (eds), *Handbook of Defense Economics*, 870-78. Ayrıca yaptırımlar hedef devletin halkında milliyetçi duygularla mevcut politikaları sürdürme yolunda bir istek ve kararlılık da yaratabilmekte ve ülkedeki rejime desteğin artmasına yol açabilmektedir, Andrew Mack ve Asif Khan, "The efficacy of UN sanctions", (2000) 31 *Security Dialogue* 282.

⁶⁴ Robert A Pape, "Why economic sanctions do not work", (1997) 22 *International Security* 93; Cooper C Drury, "Revisiting Economic Sanctions Reconsidered", (1998) 35 (4) *Journal of Peace Research* 497.

⁶⁵ George A Lopez ve David Cortright, "Containing Iraq: Sanctions worked", (2004) 83 *Foreign Affairs* 90-103; Nikolay Marinov, "Do Economic Sanctions Destabilize Country Leaders?", (2005) 49 (3) *American Journal of Political Science* 564. Nitekim yaptırımların bazen hedef devlete zarar vermekten ziyade yaptırımcı devletin halkına söz konusu mesele hakkında bir şeyler yapıldığını gösterme veya diğer başka devletler nezdinde güç ve itibarı koruma gibi amaçlar taşıması da mümkündür, Kaempfer ve Lowenberg, "the political economy", (n 63) 870.

⁶⁶ Ibid 889-90.

⁶⁷ Daniel W Drezner, "Conflict Expectations and the Paradox of Economic Coercion", (1998) 42 *International Studies Quarterly* 711.

⁶⁸ Bu açıdan yaptırımların başarısını etkileyen bir başka husus ise seçilen yaptırım stratejisi olup, yaptırımlarla birlikte teşvik mekanizmasının kullanılması halinde başarı şansının artacağına dair görüşler için bkz, David Cortright, "Success Through Sanctions", (2015) *Peace Policy* 17-8; Küpeli, "dış politika aracı olarak", (n 62) 127-29. Ayrıca gelişmekte olan devletlere yönelik uzun vadeli finansal yaptırımlarda yabancı sermaye girişinin azalması hedef devletin büyümesine negatif etki ettiği için uygulamada finansal yaptırımların ticarilere kıyasla daha başarılı olduğu gözlenmektedir, Kaempfer ve Lowenberg, "the political economy", (n 63) 878 ve 898.

yaptırım politikaları tavizlerin kapsamı çok büyük tutulmamış (ör, rejim değişikliği) olup, maliyet hesabı her iki tarafça kolayca kestirilebilir olan ve dolayısıyla henüz yaptırım tehdidi aşamasında gereken tavizi almış olanlardır.⁶⁹

Yaptırım politikalarının etki analizinde kullanılan bir başka teori olan kamu tercihi yaklaşımı ise bu süreçte rol oynayan bir dinamik olarak ilgili ülkelerin içindeki menfaat gruplarının bu politikalara etkisine odaklanmaktadır. Bu teoriye göre yaptırım uygulamayı düşünen bir devletin söz konusu politikasında belirleyici olan etkenler, bu politikayı ekonomik ve insani gerekçelerle destekleyenler ile bu politikalara benzer gerekçelerle karşı çıkanların kamuoyundaki oranları ve göreceli etki güçleridir. Bu açıdan bakıldığında özellikle hedef ülkeden yaptırımlar nedeniyle ithal edilmeyecek olan malları üreterek kar elde etmeyi isteyen yerli üreticilere karşı bu ülkeye artık mal ihraç edemeyecekleri için gelir kaybı yaşayacak olan yerli üreticilerin hükümet üzerindeki etkileri önemlidir. Ayrıca söz konusu malların fiyatlarında yaşanacak değişikliklerin tüketicilere yansımalarının yanı sıra, yaptırım politikalarının kamuoyunda haklı ve insani görülüp görülmediği gibi hususların da dikkate alınması gerekmektedir.⁷⁰ Aynı şekilde, hedef devletin yaptırımlara tepkisini ise mevcut hükümetin yaptırımlara hedef olan politikalarını destekleyen grupların gelirlerine söz konusu yaptırımların etkisi⁷¹ ile hükümete muhalif grupların kamuoyundaki temsil gücünün etkinliği ve bu gruplara dış ülkelerden verilen farklı destekler belirleyici olacaktır.⁷²

Yaptırım politikalarının etki analizinde kullanılan son yöntem olan rejim analizi ise ilgili ülkelerin politik rejimlerini dikkate almaktadır. Bu çerçevede demokrasi ile yönetilen devletlerin yaptırım politikalarına başvurma olasılığının diğer rejimlere kıyasla daha düşük olacağı iddia edilmektedir. Bu iddia demokratik rejimlerde güçlü olan muhalefetin hükümetin sert dış politikalarına karşı çıkacağı, demokrat hükümetlerin kamuoyunda oy kaybettirecek yüksek maliyetler üreten politikalarından kaçınacağı ve bu tür rejimlerde daha baskın olan liberal normların çatışmacı dış

⁶⁹ Ibid 890-91.

⁷⁰ Ibid 879-84. Ülke dışı yetki kullanılarak icra edilen yaptırımları inceleyen *Stephan* bu açıdan hükümetin uluslararası ilişkilerde ortak hareket ve işbirliği noktalarının bulunması için diğer devletlerle pazarlıklar yapmaya daha meyilli ve dolayısıyla ülke dışı yetkileri kullanmada daha isteksiz olduğunu, buna karşı yasamanın yerel üreticileri korumaya ve bu amaçla ülke dışı düzenlemeler yapmaya daha istekli olduğu ifade etmektedir. Nitekim yargı bakımından da yerel kamuoyunun etkilerine daha açık olan alt mahkemelerin kararlarında ülke dışı yetki kullanmaya daha yatkın oldukları, yürütmenin politikaları yönünden daha hassas olan üst mahkemelerin ise ülke dışı yetkileri sınırlandırma yoluna gittikleri gözlenmektedir, Paul B Stephan, "The Political Economy of Extraterritoriality", (2013) I (I) *Politics and Governance* 94-6.

⁷¹ Uygulamaya bakıldığında hedef devletin yönetici elitlerine ve bunlara destek veren gruplara yönelik akıllı yaptırımlar daha etkili olurken, hedef devletin toplumsal refahında azalış yaratan ve dolayısıyla kamuoyunda yaptırımcı devlete karşı infial yaratacak kapsamda olan yaptırımların mevcut yönetime desteği artırıcı rol oynadığı görülmektedir, David Cortright ve George A Lopez, *The Sanctions Decade: Assessing UN Strategies in the 1990s*, (Lynne Rienner Publishers 2000) 245.

⁷² Kaempfer ve Lowenberg, "the political economy", (n 63) 884-88. Ancak muhaliflere desteğin hedef ülkenin kamuoyunda yabancı lobilerin etkisi şeklinde algılanması halinde ortak bir karşı duruşa yol açması da mümkündür, Timur Kuran, "Sparks and prairie fires: A theory of unanticipated political revolution", (1989) 61 *Public Choice* 46.

politikaları engelleyeceği gibi gerekçelere dayandırılmaktadır.⁷³ Ancak uygulamaya bakıldığında demokratik rejimlerin de yaptırım politikalarına sıkça başvurdukları gözlenmiştir. Bu yaptırımlar çoğunlukla ekonomik nitelikte olup, genellikle hükümetin kendilerine destek veren ekonomik grupları korumaya çalışmasından, bazen de hedef devletin yaptıklarına infial duyan kamuoyunu tatmin etme çabasından kaynaklanmaktadır.⁷⁴ Bunun yanı sıra kendisine yaptırım uygulanan demokratik rejimlerin buna direnme gücünün de oldukça yüksek olduğu gözlenmiştir. Bu durum demokratik rejimlerde hükümetin dış politikada geri adım atmanın politik maliyetine katlanmak istememesinden ve kamuoyunun haklı bulduğu hükümet politikalarına güçlü destek vermesinden kaynaklanmaktadır.⁷⁵ Buna karşı demokratik gelenekleri zayıf rejimlerde ise yönetici elitler ekonomik yaptırımların maliyetini hesap vermek zorunda olmadıkları halka yükleyerek, kendi gelirlerini kara borsaya dayalı ekonomik yöntemlerle garantiye alarak, milliyetçi propagandaları körükleyerek ve muhalif söylemleri bastırarak yaptırımlara uzun süre karşı koyabilmektedir.⁷⁶ Nitekim uygulamada bu tür rejimlere uygulanan ekonomik yaptırımların çok az başarılı olduğu gözlenmiştir.⁷⁷

V. Uluslararası Hukuka Göre ABD'nin Tek Taraflı yaptırımlarında Ülke Dışı Yetki Sorunu

Daha önce bazı devletlerin yaptırım yasalarında ülke dışı yetki unsurları taşıyan düzenlemelere giderek, hedef devlete mensup kurum ve kişileri ve hatta ikincil yaptırımlar denen yolla hedef devlete uyguladığı yaptırımları deldiğini düşündüğü üçüncü devletlere mensup kurum ve kişileri, kendi hukukuna göre cezalandırma hususunda hükümetlerini ve yargı organlarını yetkilendirdikleri ifade edilmişti.

⁷³ Kaempfer ve Lowenberg, "the political economy", (n 63) 898-900. Bazı yazarlar demokratik devletler arasında çatışma yaşanmamasının asıl nedenini bunların ortak ekonomik yapılardan sağladığı faydaya veya müttefiklik ilişkilerine bağlamaktadır, Errol A Henderson, "Neoidealism and the Democratic Peace", (1999) 36 *Journal of Peace Research* 203–231. Mousseau ise demokratik rejimleri gelir seviyesi açısından ikiye ayırmakta ve barışçıl ilişkilerin daha çok yüksek gelir grubundaki demokrasiler arasında yaşandığına dikkat çekmektedir, Michael Mousseau, "The nexus of market society, liberal preferences, and democratic peace: Interdisciplinary theory and evidence", (2003) 47 *International Studies Quarterly* 483–510.

⁷⁴ William H Kaempfer ve Anton D Lowenberg, "The theory of international economic sanctions: A public choice approach", (1988) 78 *American Economic Review* 786–793; David Lektzian ve Mark Souva, "The economic peace between democracies: Economic sanctions and domestic institutions", (2003) 40 *Journal of Peace Research* 644–48. Ayrıca; içeride ekonomik sorunlar yaşayan demokratik bir yönetimin dış politikada başarı kazanmak üzere bir diğer devlete demokrat olmadı veya insan haklarını ihlal ettiği gibi gerekçelerle yaptırım uygulaması kamuoyunda daha kolay destek bulmaktadır, Gregory D Hess ve Athanasios Orphanides, "War and democracy", (2001) 109 *Journal of Political Economy* 776–810.

⁷⁵ James D Fearon, "Domestic political audiences and the escalation of international disputes", (1994) 88 (3) *American Political Science Review* 577–592. Ancak bazı yazarlar seçmenlerin tercihlerine daha hassas olan demokratik yönetimlerin yaptırımların maliyetinin kamuoyunda yarattığı tepkilere katlanma gücünün daha düşük olduğunu ve bu yüzden demokratik yönetimlerin yaptırımları çoğunlukla birbirine karşı kullandığını ifade etmektedir, İrfan Nooruddin, "Modeling selection bias in studies of sanctions efficacy", (2002) 28 *International Interactions* 69-70.

⁷⁶ Lori F Damrosch, "The civilian impact of economic sanctions", in Damrosch (ed), *Enforcing Restraint: Collective Intervention in Internal Conflicts*, (Council on Foreign Relations Press 1993) 299; Kim R Nossal, "Liberal democratic regimes, international sanctions, and global governance", in Väyrynen (ed), *Globalization and Global Governance*, (Rowman and Littlefield 1999) 134; Cortright ve Lopez, "the sanctions decade", (n 71) 214; Pape, "why economic sanctions", (n 64) 93.

⁷⁷ Nooruddin, "modeling selection bias", (n 75) 73.

Bu bölümde uluslararası hukukta oldukça tartışmalı olan bu yönteme bir örnek oluşturması bakımından ABD'nin tek taraflı ekonomik yaptırım uygulamak amacıyla çıkardığı ülke dışı etkili düzenlemelerine dayanarak cezalandırdığı yabancı bankalar konusu, uluslararası hukukun devletlere ülke dışı yetki kullanmasına izin veren ilkeleri çerçevesinde incelenecektir.

ABD'de yaptırımlara ilişkin kanunlar Kongre tarafından çıkartılmakta, yaptırımların kime ve ne zaman uygulanacağına ise Başkan karar vermektedir.⁷⁸ Bu amaçla çıkarılan kanunlar uyarınca ABD tarafından pek çok sayıda ülke, terör veya uyuşturucu örgütü ile bu devlet ve örgütlere mensup kişi ve kurumlara yönelik ekonomik yaptırım yöntemleri (ör, ithalat ve ihracat yasakları, teknik ve finansal yardım kesintileri, sözleşmelerden çekilme, bankalardan kredi alma veya ödeme ve aracılık işlemleri yapılmasının durdurulması, hesap dondurma, taşınır ve taşınmaz mal alım satımını yasaklama, kamulaştırma, diplomatik sınırlamalar, seyahat ve çalışma yasakları vb) uygulanmaktadır.⁷⁹ Yine bu kanunlar çerçevesinde söz konusu yaptırımlara aykırı davranan ABD vatandaşlarına ve bu ülkede yerleşik kişi ve kurumlara (yabancı şirketlerin şube ve temsilcilikleri dahil) ceza verilebileceği gibi, bu kanunlardan bazılarında⁸⁰ ABD idari makamlarına ikincil yaptırımlar anlayışı uyarınca, söz konusu yaptırımları ihlal eden veya edilmesine yardımcı olan üçüncü devletleri⁸¹ ve ülke dışı yetkiye dayanarak yabancı kişi ve kurumları cezalandırma yetkisi tanınmıştır. Söz konusu yaptırımların idare ve uygulanmasından sorumlu birim hazine bakanlığına bağlı Yabancı Kıymet Kontrol Ofisi'dir (OFAC).⁸² OFAC

⁷⁸ ABD'nin yaptırım öngören kanunları arasında 1917 Düşmanla Ticaret Kanunu, 1945 İhracat-İthalat Bankası Kanunu, 1954 Atom Enerjisi Kanunu, 1961 Dış Yardım Kanunu, 1994 Nükleer Yayılmayı Önleme Kanunu, 1974 Ticaret Kanunu, 1977 Uluslararası Finansal Kurumlar Kanunu, 1985 Uluslararası Güvenlik ve Kalkınma İşbirliği Kanunu, 1991 Kimyasal ve Biyolojik Silahların Kontrolü Kanunu, 1996 Uyuşturucuların Ticaretini Kontrol Kanunu, 1996 Antiterörizm Kanunu, 1998 Dış İlişkiler Yetki Kanunu, 1999 Dış İşlemler, İhracatın Finansmanı ve İlgili Program Ödenekleri Kanunu, 2000 Ticari Yaptırımlar Reformu Kanunu, 2001 PATRIOT Kanunu, 2017 Amerika Düşmanlarına Yaptırımla Mücadele Kanunu (CAATSA), 2018 İhracatın Kontrolü Kanunu vd. bulunmaktadır. Ayrıca; 1976 Silah İhracatını Kontrol Kanunu ve 1977 Uluslararası Acil Durum Ekonomik Yetkiler Kanunu'nda (IEEPA) Başkan'a nükleer, biyolojik ve kimyasal silahların yayılması veya olağandışı ve olağanüstü bir dış tehdit hallerinde ulusal acil durum ilan eden bir yürütme emri yayınlamak kendi başına yaptırım süreci başlatabilme yetkisi tanınmıştır. Ayrıca eyaletler de kendi yetki alanlarında re'sen yaptırım uygulayabilmektedir.

⁷⁹ C G Buys, "United States Economic Sanctions: The Fairness of Targeting Persons from Third Countries", (1999) 17 (2) *Boston University International Law Journal* 242; Dianne E Rennack ve Robert D Shuey, "Economic Sanctions to Achieve US Foreign Policy Goals: Discussion and Guide to Current Law", (1998) *CRS Report for Congress* 10-21.

⁸⁰ Ör, 1977 IEEPA, 1996 İran ve Libya Yaptırımları Kanunu (2010 yılında Kapsamlı İran Yaptırımları Kanunu adını almıştır), 1996 Küba Özgürlük ve Demokratik Dayanışma Kanunu (Helms-Burton Act), 2012 İran Tehdidini Önleme ve Suriye İnsan Hakları Kanunu, 2016 Kuzey Kore Yaptırımları Kanunu, 2016 Küresel Magnitsky Kanunu ve 2017 CAATSA. Ayrıca 1970 Banka Sırları Kanunu, 1977 Yurt Dışı Bakanlığının Faaliyetleri Kanunu ve 1996 Antiterörizm Kanunu gibi diğer bazı düzenlemelerde hem yerli hem de yabancı bankalara kara para aklama ve terörizme karşı kayıt tutma ve rapor verme yükümlülükleri getirilmekte ve bunlara uymayanlara ceza uygulama yetkisi tanınmaktadır.

⁸¹ Ör, Çin devletinin CAATSA kapsamında yaptırımlara tabi tutulan Rusya'dan S-400 savunma sistemleri ve savaş uçakları alması gerekçe gösterilerek Çin Savunma Bakanlığının Tedarik Müdürlüğü ve bu kurumun başındaki kişi hakkında müeyyide uygulanmasına karar verilmiştir. Benzer gerekçeyle Türkiye hakkında verilen ceza için bkz., <https://www.state.gov/the-united-states-sanctions-turkey-under-caatsa-231/> Erişim tarihi 6 Ocak 2021.

⁸² 1950 yılında kurulan OFAC'ın yaptırımlara tabi işlemleri denetleme, yaptırımlara ilişkin istisnaları belirleme ve kapsam dışı kalanlara lisans verme, yaptırımlara tabi kişilerin mallarını bloke etme ve hesaplarını dondurma, yaptırımları ihlal edenler hakkında idari para cezalarını belirleme gibi yetkileri vardır. OFAC ayrıca Amerika vatandaşı veya burada yerleşik kişi ve kurumların iş yapamayacağı yabancı kişi, kurum veya gemileri gösteren bir yasaklılar listesi (SDNs) hazırlama yetkisine haizdir. Acar, "ekonomik yaptırımlar", (n 1) 113.

tarafından denetlenen yaptırımları ihlal eden yabancı kişi ve kurumlara hazine veya adalet bakanlığı tarafından para veya hapis cezası verilebilmektedir.⁸³

Geçtiğimiz yıllarda OFAC'ın başlattığı soruşturmalar çerçevesinde çok sayıda Avrupa bankası aleyhine İran, Küba, Burma ve Sudan gibi devletlerle aralarındaki finansal ilişkilerden ötürü ekonomik yaptırımları ihlal ettikleri gerekçesiyle yaklaşık yirmi milyar dolara yakın ceza kesilmiştir. Söz konusu bankalar lisans iptali gibi ekstra yaptırımlarla karşılaşmamak için OFAC ile anlaşma yoluna giderek bu cezaları ödemişlerdir. Yabancı bankaların ABD yasalarını ihlal gerekçesiyle cezalandırılmasına ilişkin soruşturmalarda kullanılan ülke dışı yetki esasına ilişkin atıflar OFAC'ın bankalar ile yaptığı uzlaşma anlaşmalarında yer almaktadır. Bu atıflara bakıldığında söz konusu soruşturmaların uluslararası hukukta düzenlenmiş olan vatandaşlık ilkesi, ülkesel yetki ilkesi, koruma ilkesi ve etki doktrini gibi ülke dışı yetki ilkelerine dayandırılmaya çalışıldığı görülmektedir.⁸⁴ Ancak ABD'nin dayandığı ülke dışı yetkiye dair uluslararası kuralları yorumlama biçimi tartışmalara yol açmaktadır.

Uluslararası hukuk bazı hallerde devletlere yetkilerini kendi ülkeleri dışında bulunan kişi ve şeyler bakımından kullanmalarına izin veren düzenlemeler yapma hakkı tanımıştır. Ülke dışı yetki adı verilen bu gibi hallerde bunun diğer devletlerin egemenliğini ihlal etmediği ve iç işlerine müdahale sayılmayacağı kabul edilmektedir. Bu çerçevede bir devletin söz konusu yetkiyi kullanabilmesi için uluslararası hukuka göre o devletle söz konusu kişi ve şey arasında özel bir bağın bulunması gerekmektedir. Uluslararası hukukta bu bağlardan birini ortaya koyan **objektif ülkesellik ilkesine** göre bir devlet başka bir ülkede başlasa da kendi ülkesinde devam eden bir eylem bakımından yetkisini kullanabilecektir. Bu açıdan aranan bir diğer bağ ise bir devlete başka bir ülkede bulunan vatandaşları veya ülke dışında zarar gören vatandaşa karşı işlenen suçlar bakımından yetki tanıyan **vatandaşlık ilkesidir**. Bunlardan bir diğeri olan ve **etki doktrini** olarak bilinen esasa göre de bir devlet ülkesi dışında gerçekleşen ancak etkilerinin kendi ülkesinde yaşandığı faaliyetler bakımından (ör, çok uluslu şirketlerin rekabete aykırı faaliyetleri) yetkisini ortaya

⁸³ ABD Hazine Bakanlığı'nın yayınlamış olduğu Ekonomik Yaptırımlar Uygulama Kılavuzu (Economic Sanctions Enforcement Guidelines) uyarınca ekonomik yaptırımların ihlal edilmesi halinde uygulanacak olan ceza miktarı belirlenirken ihlalin bilerek ve isteyerek yapıp yapılmadığı veya ceza uygulanacak kişinin ihlali gönüllü olarak OFAC'a bildirip bildirmedığı dikkate alınmaktadır. OFAC'ın soruşturmalarıyla ilgili son durum için bkz, <<https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/ofac-enforcement/pages/ofac-recent-actions.aspx>> Erişim tarihi 10 Ocak 2020. Bu çerçevede Halkbank genel müdürü Hakan Atilla aleyhine İran'a yönelik yaptırımların ihlal edilmesine yardımcı olduğu gerekçesiyle açılan ve 36 ay ceza verilmesiyle sonuçlanan dava için bkz, <<https://www.justice.gov/usao-sdny/pr/turkish-banker-mehmet-hakan-atilla-sentenced-32-months-conspiring-violate-us-sanctions>> Erişim tarihi 30 Ocak 2020. İran yaptırımlarını ihlal ettiği gerekçesiyle Halkbank aleyhine açılmış, ancak henüz sonuçlanmamış bir dava için bkz, <<https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1210396/download>> Erişim tarihi 30 Ocak 2020. Ayrıca bkz, Hasan Yücel, "ABD, Mehmet Hakan Atilla'ya Karşı Davasının Hukuki Meşruluğu", (2017) No 184 *Seta Perspektif* 1; Kemal İnat ve Burhanettin Duran, "İran Yaptırımları Hukuksal Boyut Bölgesel ve Küresel Yansımalar, Türkiye'ye Etkileri", (2019 SETA); Murat Aslan, "ABD'nin Yaptırım Politikaları Kapsamında CAATSA: Türkiye'nin Durumu", (2019 İRAM); Olijmon Sobir, "ABD'nin Türkiye'ye Yönelik Yaptırımlarının Uluslararası Hukuk Bağlamında Değerlendirilmesi", (2018 ANKASAM-Rapor No 04).

⁸⁴ Milic Repa, *Extraterritorial Measures of the United States of America and The Impact on Foreign Banks: The Example of Financial Sanctions*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (The Graduate Institute of Geneva 2015) 28.

koyan düzenlemeler yapabilecektir. **Koruma ilkesi** adıyla anılan başka bir bağlantı türü ise devletlere özellikle ulusal güvenliğini tehdit eden faaliyetler (ör, terörizm, casusluk, kalpazanlık, kara para aklama vb) hakkında ülke dışı yetki kullanma imkanı tanımaktadır. Bu yetkiyi kullanmaya izin veren diğer bağlantı hali ise **evrensel yetki ilkesi** olarak bilinen ve belli bir takım uluslararası suçları (soykırım, savaş suçları, deniz haydutluğu vb) işlemiş kişiler bakımından her devlete bunları yargılama imkanı tanıyan ilkedir. Son olarak uluslararası hukuk ülke dışı yetki kullanmada yukarıda sayılan yetki ilkelerinden en az birinin bulunmasının yanı sıra bir mahkemenin önüne gelen davada bu yetkiyi kullanmanın **makul** olup olmadığına (devletin meşru menfaatleri ile doğrudan, yakın ve esaslı bir bağlantısının bulunması) bakmasının da gerekli olduğunu öngörmektedir.⁸⁵

Söz konusu yetki ilkeleri çerçevesinde OFAC soruşturmalarında kullanılan ülke dışı yetki esaslarını incelediğimizde, ülkesellik ilkesi açısından yabancı bankaların yaptırımları ihlal eden finansal hizmet işlemlerini SWIFT mesajları,⁸⁶ e-mailer veya telefon aramaları yoluyla Amerika'daki bir bankayla gerçekleştirmiş olmaları, bu işlemlerin Amerikan finans sistemi üzerinden yapılmış sayılması ve dolayısıyla ülkeyle bağlantılı hale gelmesi için yeterli görülmüştür. Yine bu ilke gerekçe gösterilerek bir yabancı bankanın SWIFT vasıtasıyla gönderdiği dolar üzerinden yapılmış Amerikan vatandaşı olmayan kişilere ait ödeme emri işlemi, aracı herhangi bir Amerikan bankası takas için kullanılmış olmamasına rağmen ABD ülkesindeki finansal kurumlar yoluyla yapılmış bir işlem sayılmıştır.⁸⁷ ABD'nin ülke dışı yetki esasını kullanmak için gereken ülkesel bağı sadece bir takım internet yazışmaları veya bu ülkenin para biriminin kullanılmasına indirgeyen bu yaklaşımının uluslararası hukuktaki ülkesel yetki anlayışı ile bağdaştırılması oldukça güçtür.

Bankalara yönelik ihlal soruşturmalarında kullanılan diğer ülke dışı yetki esaslarına ilişkin uygulamaya baktığımızda da bunlardan biri olan vatandaşlık ilkesi açısından ABD'nin bu ilkeyi uluslararası hukukta geçerli olan bir şirketin kurulduğu yer veya şirket iş merkezinin bulunduğu yer gibi kriterlere uymayan yabancı şirketlere de tatbik ettiği görülmektedir. Bu bakımdan Amerikalı kişi kavramı geniş olarak yorumlanarak ülkede sadece şubesi bulunan yabancı bankalar hakkında

⁸⁵ Bu ilkelere ilişkin ayrıntılı açıklamalar ve bazı devletlerin uygulamaları için bkz, International Bar Association, *Report of the Task Force on Extraterritorial Jurisdiction*, (6 February 2009). Makuliyet kriteri açısından ayrıca bkz, *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Co. (Belgium v Spain)*, 1970 ICJ Rep 3, Fitzmaurice, Separate Opinion, para 105; Jennifer A Zerk, "Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas", (2010) Working Paper No 59, 20; Mohamad, "unilateral sanctions", (n 3) 77; Repa, "extraterritorial measures", (n 84) 23.

⁸⁶ Bir yabancı banka dolar üzerinden bir işlem yaparken SWIFT adı verilen bankalar arası ödeme mesajlarını yönlendiren merkezi Belçika olan bir özel kuruluşu kullanması gerekmektedir. Bu kurum üzerinden iletilen mesajların muhatabı ABD'de bulunan bir banka olabileceği gibi söz konusu mesajlar ABD dışındaki bankaların birbirlerine gönderdikleri mesajlar şeklinde de gerçekleştirilmekte.

⁸⁷ Yine ülke para birimine dayalı ülkesellik anlayışı çerçevesinde yabancı bir bankanın başka bir ülkede bulunan dolar hesapları hakkında da ülke dışı yetki esasları üzerinden dondurulma ve el koyma işlemi yapılabilmektedir, bkz, Repa, "extraterritorial measures", (n 84) 31-4.

yetki iddiasında bulunulmakta ve hatta söz konusu yaptırımları ihlal eden eylem ve işlemler ülkede bulunan şube üzerinden gerçekleştirilmiş olmasa dahi yabancı banka hakkında yetki ihdas edilebilmektedir.⁸⁸ Bir diğer yetki esası olan etki doktrini ise bir yabancı bankanın hesap sahiplerini gizlemek amacıyla göndermiş olduğu yanıltıcı veya eksik SWIFT mesajlarının muhatap Amerikan bankalarının yaptırımları bilmeden ihlal etmelerine neden olduğu gerekçe gösterilerek uygulanmaktadır. Ancak yeri geldiğinde bu yetki esasının çok daha geniş bir şekilde arada herhangi bir Amerikan bankasının kullanılmadığı işlemler açısından uygulandığı örnekler de mevcuttur.⁸⁹ Soruşturmalarda kullanılan son yetki esası olan koruma ilkesinin uygulanmasına gerekçe olarak da yabancı bankaların gerçekleştirdikleri şüpheli işlemlerin Amerikan finans sistemi üzerinden düşmanlara (yabancı ülkeler, teröristler, uyuşturucu kaçakçıları, kitle imha silahı kaçakçıları vb) ciddi ekonomik fayda sağlaması ve bunun Amerikan milli güvenliğini, dış politikasını, ekonomisini ve yaptırım programlarının amaçlarını zedelemesi gösterilmektedir. Ancak bu son ilkenin kullanılması bakımından da yaptırım uygulanan kişi ve kurumların OFAC tarafından tek taraflı olarak ve yeterli delil gösterilmeden belirlenmiş olduğuna dair itirazlar söz konusudur.⁹⁰

ABD'nin yukarıda örnekleri verilen ülke dışı yetki kullanma ilkelerini uygulama biçimlerini makuliyet kriteri açısından ele aldığımızda ise bu hususta, ilk olarak Adalet Bakanlığı'nın bu yetkiye dayanarak açtığı bir davada mahkemenin bakanlığın bu konudaki takdirine uyması gerektiğine dair resmi görüş makuliyet kriterinin uygulanmasına engel gibi gözükmektedir.⁹¹ Buna rağmen ABD yargısının kuvvetler ayrılığı ilkesi uyarınca buna uyması mecbur olmayıp, bu tür davalarda kendi içtihatlarında yer alan ülke menfaatini karşı tarafın menfaatleri ile kıyaslayan 'menfaatlerin tartılması' testini makuliyet kriteri çerçevesinde kullanmasının da mümkün olduğu ifade edilmektedir.⁹² Söz konusu teste ilişkin içtihatlara bakıldığında bu açıdan meselenin ülkeyle ve vatandaşlıkla bağlantısı, meşru beklentilerin varlığı, ilgili yabancı ülkenin yetki sahibi olmada daha yüksek bir menfaate haiz olup olmadığı, diğer devletlerin menfaatleri, uluslararası sistemin menfaatleri, yetki

⁸⁸ Ibid 29.

⁸⁹ Ibid 37.

⁹⁰ Ibid 38-9. 2001 PATRIOT Kanunu ile OFAC'a herhangi bir somut delille ispatlama şartı aranmadan hesap dondurma yetkisi verilmiş ve hesabı dondurulan kişilerin itiraz hakkı sınırlandırılmıştır. Ancak bu uygulamaya karşı açılan bazı davalarda ABD mahkemeleri bunu adil yargılanma ve mülkiyet haklarına aykırı bulmuştur, *Al Haramain v Department of Treasury*, US Court of Appeals for the Ninth Circuit (2011); *KindHearts v Geithner*, 647 F.Supp 2D 857, 866 (ND Ohio 2009).

⁹¹ Department of Justice's Antitrust Guidelines for International Operations, s S-22, n 167.

⁹² Restatement (Third) of U.S. Foreign Relations Law, (1987) para 402(1)(c), 403(1). Ayrıca bkz, Cedric Ryngaert, *Jurisdiction in international law: United States and European Perspectives*, Yayınlanmamış Doktora tezi, (Katholieke Universiteit Leuven 2007) 149. Bununla beraber "Restatement"ın son halinde makuliyet kriterinin ülke dışı yetkiyle ilgili düzenlemeyi yapmak isteyen devlet ile düzenlemenin konusu arasında hakiki bir bağlantı bulunmasının aranması anlamına geldiği ancak bu kriterin bir uluslararası hukuk kuralından ziyade bir uluslararası nezaket ilkesi olduğu, bu kriterin Amerikan hukukunda bir kanunların yorumu prensibi olarak uygulanacağı ve şayet kanun koyucunun amacının ülke dışı yetki yaratmak olduğu açıkça belli ise mahkemelerin yorum yoluyla bu amacı sınırlandıramayacağı ifade edilmiştir, Restatement (Fourth) of US Foreign Relations Law, (2018) para 402-407. Bu değişikliklere dair ayrıntılı bilgi için bkz, W S Dodge, "Reasonableness in the Restatement (Fourth) of Foreign Relations Law", (2019) 55 *Williamette L Rev* 521.

kullanmanın uluslararası nezakete aykırı okup olmadığı gibi hususlar mahkemeler tarafından dikkate alınabilecektir.⁹³

ABD'nin tek taraflı yaptırım düzenlemeleri ile uygulamaya başladığı ülke dışı yetki kullanımlarına dayanak olarak gösterdiği uluslararası yetki ilkelerinin Amerikan idari makamları tarafından yorumlanış ve uygulanış biçimlerinin bu ilkelere ilişkin uluslararası hukukta kabul gören anlayışın dışına çıktığı açıktır.⁹⁴ Nitekim bu ilkelerin ABD tarafından yorumlanış biçiminin yeni bir uluslararası teamül oluşturma ihtimaline karşı, bu yönde bir gelişmeyi AB ve bazı devletlerin protestoda bulunarak veya kendi şirketlerinin ABD'nin bu tür düzenlemelerine uymalarını engelleyecek yasalar çıkartarak önlemeye çalıştıkları görülmüştür.⁹⁵ Yine bu hususta daha önce de ifade edildiği üzere, hem BM Genel Kurulu ve hem de diğer bazı örgütlerin yalnızca üçüncü devletler üzerinde hukuki yüküm yaratmak amacıyla ulusal yasalarda ülke dışı yetki tanıyan düzenlemelere gidilmesini uluslararası hukuka aykırı sayan ve bunlara karşı gereken tedbirlerin alınmasını öngören çok sayıda kararları bulunmaktadır.⁹⁶

Sonuç olarak; ABD'nin kendi yasalarına dayanarak uluslararası hukuka aykırı bir şekilde uyguladığı yaptırımlardan ötürü zarara uğrayan devletlerin gerek kendi gerek vatandaşları adına uluslararası sorumluluk hukuku çerçevesinde bu devlete karşı hem

⁹³ Restatement (Third) of U.S. Foreign Relations Law, (1987) para 403(2). Bu çerçevede ayrıca şu faktörlerin de dikkate alınması önerilmektedir; söz konusu yaptırımın çok taraflı bir uluslararası karara veya bir uluslararası yüküme dayanıp dayanmadığı, diğer devletlerin de ilgili kişi ve kurumlara yönelik benzer yaptırımlar uygulayıp uygulamadığı, uluslararası toplumun yaptırım ihlallerine verilen cezaları orantılı bulup bulmadığı ve yaptırımların bunlardan etkilenen sektörlerle ilgili uluslararası düzenlemelerle bağdaşması bağdaşmadığı, Zerk, "extraterritorial jurisdiction", (n 85) 213. Mahkemelerin Amerikan içtihat hukukundaki ulusal hukukun uluslararası hukukla uyumlu yorumlanması ilkesi ile yasalarda açıkça öngörülmeyle ülke dışı yetkinin varsayılmayacağı ilkesine de başvurabilecekleri görüşü için bkz, Repa, "extraterritorial measures", (n 84) 43-9.

⁹⁴ Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin bu ilkeleri keyfi uygulayışına dair bkz, F A Gevurtz, "Extraterritoriality and the Fourth Restatement of Foreign Relations Law: Opportunities Lost" (2019) 55 Williamette L Rev 449, 460. Söz konusu suistimalleri engellemek için ülke dışı yetki konusunda Avrupa'da geçerli olan Brüksel Tüzük düzenlemeleri (Regulation 44/2001) ve Lugano Andlaşması gibi uluslararası alanda bağlayıcı hükümler taşıyan bir andlaşmanın yapılması veya en azından bir yumuşak hukuk belgesinin hazırlanması suretiyle ülkedışı yetki kullanmak isteyen devlet ile yabancı kişi ve kurum arasında 'sahici bağlantı'nın aranması ve makuliyet ilkesi için objektif kriterler geliştirilmesine yönelik bir düzenlemeye gidilmesi önerilmektedir, Repa, "extraterritorial measures", (n 84) 57-62.

⁹⁵ AB'nin ülke dışı yetki tanıyan tek taraflı yaptırımların uluslararası hukuka aykırı olduğuna ilişkin açıklaması ve bu yaptırımlara uyulmasını yasaklayan ve bu yaptırımlar yüzünden zarar gören kişi ve kurumlara dava açma hakkı getiren yönergesi için bkz, Doc. NU, A/50/401 ve Council Regulation (EC) 2271/96, (22 November 1996). Ülke dışı etkili yaptırım düzenlemelerine İngiltere, Kanada, Japonya ve Meksika gibi devletlerin çıkardığı kendi yaptırım karşılığı düzenlemelerine bir örnek için bkz, İngiltere'nin 1980 Ticari Menfaatleri Koruma Yasası. Bazı uluslararası şirketlerin yaptırımlara uyarak Küba devleti vatandaşları aleyhine aldıkları bir takım kararların mensubu oldukları ülke tarafından ayrımcılık yasağına aykırı olduğuna dair örnekler için, bkz, Repa, "extraterritorial measures", (n 84) 51. AB ve Japonya tarafından ABD'nin ülke dışı yaptırım uygulamaları aleyhine DTÖ nezdinde açtığı davalar için bkz, WTO dispute DS38, WTO dispute DS88, WTO dispute DS176.

⁹⁶ BM Genel Kurulu'nun diğer devletlerin şirket ve vatandaşlarına yaptırım öngören ülke dışı etkili yasaların iptali isteyen ve bütün devletlere bu tür tek taraflı yaptırımların ülke dışı uygulanması veya etkilerine karşı koyacak uygun idari ve yasal tedbirleri almaları çağrısını yapan kararları için bkz, A/RES/51/22, A/RES/53/10, A/RES/57/5, A/RES/61/170. BM Genel Kurulu'nun ABD'nin Küba'ya uyguladığı ülke dışı etkili yaptırımların BM Şartı'na ve ticaret serbestisine aykırı olduğuna ve sona erdirilmesi gerektiğine dair kararı için bkz, A/RES/61/11. Ayrıca bkz, A/HRC/33/48, para 30. Asya-Afrika Hukuki Danışma Örgütü'nün ülke dışı yetkinin birçok uluslararası hukuk prensibini ihlal etmesi, ülke dışı yetki prensibinin istisnalarının muğlak olması, pek çok devletin ülke dışı yetki kullanılmasına karşı çıkması ve ülke dışı tedbirlerin gelişmiş ve gelişmekte olan devletler arasındaki ticaret ve işbirliğini sekteye uğratması gibi nedenlerle hukuka aykırı olduğu görüşü için bkz, *Extraterritorial Application of National Legislation: Sanctions Imposed against Third Parties*, (AALCO/53/TEHRAN/2014/SD/S 6).

uluslararası mahkemeler önünde bir takım taleplerde bulunmaları, hem de söz konusu hukuka aykırılık giderilinceye kadar karşı tedbirler alabilmeleri mümkündür.⁹⁷

Sonuç

Günümüzde bazı devletlerin sıkça başvurduğu tek taraflı ekonomik yaptırımların uluslararası hukuka uygunluğunun analiz edildiği bu makalede kendi kanaatlerimiz doğrultusunda vardığımız bir kaç önemli sonucu şu şekilde özetlemek mümkündür. İlk olarak uluslararası hukukta devletlere üstlenmiş oldukları bir andlaşmada bunu engelleyen bir kurala aykırı olmadıkça bu tür yaptırımlara başvurmalarını yasaklayan özel bir kuralın bulunmadığı görülmektedir. Ayrıca analizde yer verdiğimiz tartışmalı konulardan biri olan bu tür yaptırımların iç işlerine karışma yasağına aykırı olup olmadığı meselesi bakımından vardığımız sonuç ise bu yönde bir yasağın henüz oluşum aşamasında bulunduğu yönündedir. Bu sonuca varmamızda etkili olan temel sebep bütün devletler için bağlayıcı olacak böyle bir kuralın oluşması için gereken devlet uygulamaları ve hukuki inanın (*opinio juris*) henüz yaygın ve tek düze bir şekil almamış olmasıdır.

Bununla beraber; bu tür yaptırımların kapsamı ve etkileri açısından yapılacak hukuki değerlendirmelerde gerek uluslararası hukuktaki orantılılık ve gereklilik ilkelerinin, gerek devletlerin sorumluluğu taslağının şerhinde ifade edilen hedef devletin ekonomik olarak tamamen aciz bırakılmamasına yönelik sınırlamanın ve gerekse insancıl hukuk ile insan hakları hukukunun bazı temel kurallarının dikkate alınması gerektiği söylenebilir. Nitekim aynı koşullara BM Güvenlik Konseyi'nin ve diğer yetkili uluslararası örgütlerin de kendi yaptırım kararlarında uymaları beklenmektedir. Bununla beraber söz konusu sınırlamalara uyulmaması halinde hedef devlette oluşacak olan zararlardan sorumluluk hukuku bakımından bu alanda uygulanan kontrol kriterine dayalı atfedilebilirlik unsurunun ispatı oldukça güç olup, bu açıdan ilgili devletin sorumluluğunu özen gösterme yükümü kapsamında değerlendirmek daha mümkün gözükmektedir. Ancak ekonomik yaptırımların akıllı yaptırımlar şeklinde uygulanması halinde ilgili devletin sorumluluğu doğrudan yaptırımlara hedef olan özel kişilerin temel insan haklarına dair yükümlülükler çerçevesinde ortaya çıkabilecektir.

Yine analizimizde ele aldığımız bu tür yaptırımların sorumluluk hukukundaki karşı tedbirler niteliğinde sayılabileceğine yönelik görüş bakımından, bu konuyu ele alan BM İnsan Hakları Konseyi Özel Raportörü'nün tek taraflı yaptırımların hukukiliğine dair raporunda belirttiği üzere söz konusu yaptırım kararlarının uluslararası sorumluluk hukuku açısından meşru sayılabilecek bir gerekçeye dayanması ve karşı tedbirlerle ilgili usule ve esasa ilişkin şartlara uygun olması gibi kriterler bu açıdan yapılacak değerlendirmede belirleyici olacaktır.

⁹⁷ Uluslararası Adalet Divanı'nın ABD'nin İran'a uyguladığı yaptırımlar bakımından verdiği ilaç, tıbbi malzeme, gıda ve tarımsal ürünler ile uçak parçalarının ithaline izin verilmesi gerektiğine dair geçici tedbir kararı için bkz. *Iran v USA*, (2018) ICJ 3, para 102.

Çalışmanın bir diğer problemli konusu olan yaptırımların etkinliği meselesinde ise bu alanda yapılmış örnek olay analizleri ve teorik açıklamalar dikkate alındığında bu hususta kesin bir hükme varmanın kolay olmadığı ortadadır. Ancak etkinlik seviyesi ne olursa olsun, uluslararası hukukun ekonomi-politik analizi açısından bu hukukun devletler arasındaki ilişkileri sıfır toplamlı bir oyun olmaktan çıkarmak ve işbirliğine yönelik bir koordinasyon düzeni kurmak ihtiyacından kaynaklandığı düşünüldüğünde devletlerin yalnızca kendi özel menfaatlerini maksimize etmek amacıyla uyguladıkları ekonomik yaptırımların arzu edilen global refah artışına hizmet etmeyeceği de açıktır.

Makalenin son bölümünde ABD'nin tek taraflı yaptırım düzenlemeleri örneği ekseninde ele aldığımız ülke dışı etkili yaptırımlar meselesi ise aslında uluslararası hukukta esnek bir şekilde düzenlenmiş olan ülke dışı yetki kullanma hakkının bazı çıkarlar için suistimal edilmesi yüzünden ortaya çıkmış bir sorundur. Bu açıdan bu tür yaptırım uygulamalarının yalnızca ABD tarafından benimsenmiş olması ve diğer devletlerin ve uluslararası örgütlerin buna verdikleri tepkiler gibi hususlar dikkate alındığında, ABD'nin söz konusu düzenlemelerinin uluslararası hukuk uygun olduğu söylenemeyecektir. Dolayısıyla bu yaptırımlara karşı bunlardan zarar gören devletlerin ABD'nin uluslararası hukukta sorumluluğuna gidebilmesi mümkündür.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Acar, S, *Ekonomik Yaptırımlar*, (Vedat Kitabevi 2015)
- Akkutay, B L, “Birleşmiş Milletler Andlaşması Çerçevesinde Ekonomik Yaptırımların Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi”, (2014) No 111, *TBB Dergisi*, 411-46
- Alexander, K, *Economic Sanctions- Law and Public Policy*, (Palgrave Macmillan 2009)
- Aslan, M, “ABD’nin Yaptırım Politikaları Kapsamında CAATSA: Türkiye’nin Durumu”, (2019) İRAM, 1-26
- Buys, C G, “United States Economic Sanctions: The Fairness of Targeting Persons from Third Countries”, (1999) Vol 17 No 2, *Boston University International Law Journal*, 241-43
- Chul, C Y, “Political Economy of the US Economic Sanctions against North Korea: Past, Present and Future”, (2005) Vol 34 No 2, *Development and Society*, 217-38
- Cortright, D, “Success Through Sanctions”, (2015) *Peace Policy*, 1-18
- Cortright, D ve Lopez, G A, *The Sanctions Decade: Assessing UN Strategies in the 1990s*, (Lynne Rienner Publishers 2000)
- Cortright, D ve Lopez, G A, “Containing Iraq: Sanctions worked”, (2004) 83 *Foreign Affairs*, 90-103
- Dal, U, “Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün Ülke Dışı Uygulama Yetkisi ve Bu Yetkinin Uluslararası Hukuka Meşruiyeti”, (2019) Cilt 1 Sayı 1, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 21-33
- Damrosch, L F, “The civilian impact of economic sanctions”, in Damrosch (ed), *Enforcing Restraint: Collective Intervention in Internal Conflicts*, (Council on Foreign Relations Press 1993)
- Dodge, W S, “Reasonableness in the Restatement (Fourth) of Foreign Relations Law”, (2019) 55 *Williamette L Rev*, 521-37.
- Dost, S ve Korkmaz, Z, “Savaşa Varmayan Zorlama Yolu Olarak Zararla Karşılık ve Bazı Uygulamalar”, (2015) Cilt 5 Sayı 2, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 111-58
- Drezner, D W, “Conflict Expectations and the Paradox of Economic Coercion”, (1998) 42 *International Studies Quarterly*, 709-31
- Drezner, D W, *The Sanctions Paradox*, (Cambridge University Press 1999)
- Drury, C C, “Revisiting Economic Sanctions Reconsidered”, (1998) Vol 35 No 4, *Journal of Peace Research*, 497-509
- Dupont, P E, “Iran’s Non-Compliance with Its Non-Proliferation Obligations Revisited”, *EJIL: Talk!*, (22 June 2013)
- Faeron, J D, “Domestic political audiences and the escalation of international disputes”, (1994) Vol 88 No 3, *American Political Science Review*, 577-92
- Gestri, M, “Sanctions Imposed by the European Union: Legal and Institutional Aspects”, in Ronzitti (ed), *Coercive Diplomacy, Sanctions and International Law*, (Brill 2016)
- Gevurtz, F A, “Extraterritoriality and the Fourth Restatement of Foreign Relations Law: Opportunities Lost” (2019) 55 *Williamette L Rev* 449-73
- Gowland-Debbas, V, “UN Sanctions and International Law: An Overview”, in Vera Gowland-Debbas (ed), *United Nations Sanctions and International Law*, (Kluwer Law International 2001)
- Guzman, A T, *How International Works*, (Oxford University Press 2008)
- Henderson, A, “Neoidealism and the Democratic Peace”, (1999) 36(2) *Journal of Peace Research*, 203-31

- Hess G D ve Orphanides, A, “War and democracy”, (2001) 109 *Journal of Political Economy*, 776-810
- Hofer, A, “The Developed/Developing Divide on Unilateral Coercive Measures: Legitimate Enforcement or Illegitimate Intervention?”, (2017) Vol 16 Issue 2, *Chinese Journal of International Law*, 175-214
- Hufbauer et al, *Economic Sanctions Reconsidered*, Peterson Institute for International Economics, (3rd ed Columbia University Press 2009)
- Ilieva, J et al, “Economic Sanctions in International Law”, (2018) Vol 9 Issue 2, *UTMS Journal of Economics*, 201-11
- İnat, K ve Duran, B, “İran Yaptırımları Hukuksal Boyut Bölgesel ve Küresel Yansımalar, Türkiye’ye Etkileri”, (2019 SETA)
- International Bar Association, *Report of the Task Force on Extraterritorial Jurisdiction*, (6 February 2009)
- International Law Association, *Final Report of Committee on Accountability of International Organizations*, (2004)
- Joyner, D H, “International Legal Limits on the Ability of States to Lawfully Impose International Economic/Financial Sanctions”, in Marossi and Basset (eds), *Economic Sanctions under International Law*, The (Asser Press 2015)
- Kaempfer, W H ve Lowenberg, A D, “The theory of international economic sanctions: A public choice approach”, (1988) 78 *American Economic Review*, 786-93
- Kaempfer, W H ve Lowenberg, A D, “The Political Economy of Economic Sanctions”, (2007) Vol 2, in Sandler ve Hartley (eds), *Handbook of Defense Economics*, 867-911
- Karagözoğlu, C, “Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Bireye Yönelik Ekonomik Yaptırım Kararları ve İnsan Hakları İlişkisi”, (2019) Vol 39 Issue 1, *Public and Private International Law Bulletin*, 217-74
- Kaya, İ ve Acer Y, *Uluslararası Hukuk*, (5. bs Seçkin 2014)
- Kirshner, J, “The Microfoundations of Economic Sanctions”, (1997) 6 *Security Studies*, 32-64
- Kuran, T, “Sparks and prairie fires: A theory of unanticipated political revolution”, (1989) 61 *Public Choice*, 41-74
- Küpeli, Mustafa Ş, Dış Politika Aracı Olarak Yaptırımlar: İran’a Uygulanan Yaptırımların Etkileri, (2016) Cilt 3 Sayı 1, *Türkiye Ortadoğu Çalışmaları Dergisi*, 97-135
- Lektzian D ve Souva, M, “The economic peace between democracies: Economic sanctions and domestic institutions”, (2003) Vol 40 No 6, *Journal of Peace Research*, 641-60
- Lohmann, S, “Extraterritorial US Sanctions”, (2019) *German Institute for International and Security Affairs*, SWP Comment No. 5, 1-8
- Lowe, V and Tzanakopoulos, A, “Economic Warfare”, in Wolfrum (ed), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, (Oxford University Press 2012)
- Mack, A ve Khan, A, “The efficacy of UN sanctions”, (2000) 31(3) *Security Dialogue*, 279-92
- Marinov, N, “Do Economic Sanctions Destabilize Country Leaders?”, (2005) Vol 49 No 3, *American Journal of Political Science*, 451-688
- Mohamad, R, “Unilateral Sanctions in International Law: A Quest for Legality”, in Marossi ve Basset (eds), *Economic Sanctions under International Law*, (Asser Press 2015)
- Mousseau, M, “The nexus of market society, liberal preferences, and democratic peace: Interdisciplinary theory and evidence”, (2003) 47 *International Studies Quarterly*, 483-510

- Myo Nyun, T, "Feeling Good or Doing Good: Inefficacy of the US Unilateral Sanctions against the Military Government of Burma/Myanmar", (2008) Vol 7 Issue 3, *Washington University Global Studies Law Review*, 455-518
- Nooruddin, I, "Modeling selection bias in studies of sanctions efficacy", (2002) Vol 28 No 1, *International Interactions*, 57-74
- Nossal, K R, "Liberal democratic regimes, international sanctions, and global governance", in Väyrynen (ed), *Globalization and Global Governance*, (Rowman and Littlefield 1999)
- Orakhelashvili, A, "The Impact of Unilateral EU Economic Sanctions on the UN Collective Security Framework: The Cases of Iran and Syria", in Marossi and Basset (eds), *Economic Sanctions under International Law*, (Asser Press 2015)
- Pape, R A, "Why economic sanctions do not work", (1997) 22 *International Security*, 90-136
- Pellet A ve Miron, A, "Sanctions", in Wolfrum (ed), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, (Oxford University Press 2012)
- Reisman, M V ve Stevick, D L, "The Applicability of International Law Standards to United Nations Economic Sanctions Programs", (1998) Vol 9 Issue 1, *European Journal of International Law*, 86-141
- Repa, M, *Extraterritorial Measures of the United States of America and The Impact on Foreign Banks: The Example of Financial Sanctions*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (The Graduate Institute of Geneva 2015)
- Rennack D E ve Shuey, R D, "Economic Sanctions to Achieve US Foreign Policy Goals: Discussion and Guide to Current Law", (1998) *CRS Report for Congress*, 1-31
- Ruys, T, "The Meaning of 'Force' and the Boundaries of the Jus Ad Bellum- Are 'Minimal' Uses of Force Excluded from UN Charter Article 2(4)?", (2014) April, *The American Journal of International Law*, 159-210
- Ryngaert, C, *Jurisdiction in international law: United States and European Perspectives*, Yayınlanmamış Doktora tezi, (Katholieke Universiteit Leuven 2007)
- Schrijver, N, "The Use of Economic Sanctions by the UN Security Council: An International Law Perspective", in Post (ed), *International Economic Law and Armed Conflict*, (Martinus Nijhoff 1994)
- Sobır, O, "ABD'nin Türkiye'ye Yönelik Yaptırımlarının Uluslararası Hukuk Bağlamında Değerlendirilmesi", (2018) ANKASAM, Rapor, No. 04, 1
- Stephan, P B, "The Political Economy of Extraterritoriality", (2013) Vol I Issue 1, *Politics and Governance*, 92-101
- Szasz, P "The Law of Economic Sanctions", in Schmitt ve Green (eds), Vol 71 Issue 1, *International Law Studies, The Law of Armed Conflict: Into the Next Millenium*, 455-81
- Tütüncü, A N, "Güvenlik Konseyi Kararlarının İç Hukukta İcrası", (2013) 13 *AÜSBD*, 17-26
- Tzanakopoulos, A, "The Right to Be Free from Economic Coercion", *Oxford Legal Studies Research Paper*, No. 41/2015
- Tzanakopoulos, A, "Sanctions Imposed Unilaterally by the European Union: Implications for the European Union's International Responsibility", in Marossi ve Basset (eds), *Economic Sanctions under International Law*, (Asser Press 2015)
- Villiger, M E, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, (Martinus Nijhoff 2009)
- White, N D, "Autonomous and Collective Sanctions in the International Legal Order", (2018) Vol 27 Issue 1, *The Italian Yearbook of International Law*, 1-32

Yücel, H, “ABD, Mehmet Hakan Atilla’ya Karşı Davasının Hukuki Meşruluğu”, (2017) No 184, *Seta Perspektif*, 1-6

Zerk, J A, “Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas”, (2010) Harvard Corporate Responsibility Initiative Working Paper, No 59, 1-222



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 10.05.2020
Revizyon Talebi: 02.06.2020
Son Revizyon: 31.08.2020
Kabul: 30.12.2020

Uzay Hukuku ve Uluslararası İnsancıl Hukuk İlişkisi

Zeynep Selin Balcı*

Öz

Uluslararası hukukun biri eski diğeri yeni iki hukuk dalı, uluslararası insancıl hukuk / insancıl hukuk (IHL) ve uzay hukuku, arasında ortaya çıkarılması önemli bir ilişki bulunmaktadır. Uzay çağının başlaması ve teknolojinin gelişmesi ile birlikte gerçekleşme ihtimali de artan uzay savaşları düşünülürken, uzay hukukunun tek başına yeterli olmayacağı ortadadır. Uzay hukukunda uzayın güvenliğinin sağlanması ve silahsızlanmanın tesis edilmesi halihazırda mümkün olmadığı için uzayın dahil veya direk parçası olacağı bir savaş durumunda uygulanması gereken hukuk kurallarının saptanması önemli bir gerekliliktir. Başlıca uzay güçlerinin, uzay hukukunun bir parçası olan Ay Antlaşması'nı tanımaması ve daha da önemlisi, antlaşma hükümlerine uymayan davranışlarda bulunmasının uzayı kapsayacak savaş ihtimalini arttırması da, uzay savaşına / askeri uzay operasyonlarına dair kuralların belirlenmesinin acil ve önemli olduğunu göstermektedir. Bu bağlamda savaş sırasında uygulanması gereken kuralları oluşturan uluslararası insancıl hukukun askeri uzay operasyonlarında uygulanması ihtimalinin, bu iki hukuk dalının ilişkisini nasıl şekillendireceği sorusu da çözümsüz bırakılmamalıdır. Bu çalışmanın amacı da; uluslararası insancıl hukuk normlarının askeri uzay operasyonlarında uygulanıp uygulanamayacağını tartışmak ve aralarındaki ilişkinin uluslararası hukuk kapsamındaki doğasını ortaya çıkararak, askeri uzay operasyonları durumunda hangi hukukun üstün ve uygulanması gereken normları olduğunu tespit etmektir. Bu bağlamda çalışmada, bu iki uluslararası hukuk dalının gelişim süreçleri ve önemli problemleri tartışılmış ve askeri uzay operasyonları durumunda, uluslararası insancıl hukukun uygulanması gerekliliği ve bundan hareketle, iki uluslararası hukuk dalı arasındaki ilişkide uluslararası insancıl hukukun kapsayıcılığı ortaya konmuştur.

Anahtar Kelimeler

Savaş hukuku, Silahsızlanma, Uluslararası insancıl hukuk, Uzay güvenliği, Uzay sürdürülebilirliği, Uzay hukuku

The Relationship between Space Law and International Humanitarian Law

Abstract

There is an important relationship between International Humanitarian Law (IHL) and Space Law, one old and one comparatively new branch of International Law. Considering that wars in space are more likely to take place with the beginning of the space age and technological development, it is obvious that space law alone will not be sufficient. It is now an important necessity to determine the rules of law to be applied in case of a war in which space is either directly or indirectly included as it is currently not possible to provide space security nor disarmament by the outer space law. The non-recognition of the Moon Treaty, a part of space law, and non-compliance with its provisions by major space powers increase the possibility of war in space and this shows the urgency and importance to determine rules for space wars/military space operations. In this context, how possible application of IHL, rules to be applied in war, in military space operations would shape the relationship between IHL and space law should not be left unresolved. The aim of this study is to determine which law is superior and to be applied, by discussing the applicability of IHL in military space operations and looking at the very nature of the relationship between IHL and space law under international law. This study examines the development processes and problems of these two law branches and presents the necessity of applying IHL in military space operations and that IHL is more comprehensive in comparison to space law.

Keywords

Disarmament, International humanitarian law (IHL), Space law, Space security, Space sustainability, The law of war

* Sorumlu Yazar: Zeynep Selin Balcı (Arş. Gör.), Ege Üniversitesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, İzmir, Türkiye.
E-posta: zeynep.selin.balcı@ege.edu.tr ORCID: 0000-0001-7841-7357

Atf: Balcı ZS, "Uzay Hukuku ve Uluslararası İnsancıl Hukuk İlişkisi" (2020) 78(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 2079.
<https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.4.0012>



Extended Summary

International humanitarian law became a fully codified branch international law in the 1970s. The attempts to codify a law of war, or a law for protection of civilians in war which would enhance distinguishing the civilians or non-belligerents, started in 1863 under an initiative led by Henry Dunant. Dunant, a Swiss entrepreneur who had fought in the Battle of Solferino, came back with the urge to protect non-combatants in conflict zones. Dunant, with a team founding the International Committee of the Red Cross, convinced European leaders to convene in Geneva. The 1864 Geneva Convention, signed at the end of the Geneva Conference, was the first multilateral international law document for wounded soldiers in conflict zones. The convention was followed by such treaties as the 1899 Hague Convention on the Laws and Customs of War on Land, the 1906 Geneva Convention on Wounded and Sick, the 1949 Geneva Conventions, and later the 1977 Geneva Conventions Additional Protocols I and II, which merged the two branches of the Geneva and Hague laws. After becoming fully codified, it was to be called International Humanitarian Law.

The other branch of international law, the outer space law/space law, on the other hand, could not follow a similar successful evolutionary process. After the first interaction of human beings with outer space, with the launch of Sputnik I by Soviets, the race in the Cold War gave the signals to move beyond the globe. In the meantime, in order to prevent the abuse of the outer space, the United Nations (UN) was rapid to respond with treaty preparations. The UN founded Space Committee (the Committee on the Peaceful Uses of Outer Space/COPUOS) which was *ad hoc* in the beginning. Through recommendations of COPUOS, UN General Assembly created principles on the use of outer space, though non-binding. The evolution of outer space law, in a multilateral manner, started with the Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies of 1967, mostly called Outer Space Treaty. Providing the fundamentals of outer space law, the Outer Space Treaty was followed by Rescue Agreement of 1968, Liability Convention of 1972 and Moon Treaty of 1979 while the latter is still not recognized as a genuine part of space law as most space powers are not signatories.

After an overview of different evolutionary processes of two branches of international law, this study aims to reveal the hierarchy amongst them by determining the superior one. In this respect, it evaluated the very nature of their relationship under international law by looking at their development and main problems, separately. Considering International Humanitarian Law to be the older and grounded branch, the study focused on the relatively young branch, Outer Space Law and its problems, namely the issue of disarmament and the unrecognized Moon Treaty.

Apart from the basic definition issues in the outer space law, the disarmament of space has been an ongoing issue of negotiations in the UN. There are two camps of the issue: the space securitists, Russia and China; and the space sustainabilist, USA. While the first camp was the main provider of first Proposed Prevention of an Arms Race in Space (PAROS) Treaty, their main rival happened to be the US. As the space securitists moved with new proposals, the US stood against them by putting forward that space security by disarmament had secondary importance as the sustainability of space had the first place. Despite the attempts to find a common ground, it still seems to need more time to reconcile.

Another unsolved problem of the outer space law, the non-recognition of the Moon Treaty, became more important after USA's initiatives discarding the treaty in the beginning of 2020. Although none of the space powers signed the treaty, its requirements could provide peaceful use of Moon and other celestial bodies. Nevertheless, the signatory states' relative space power is not sufficient to put those requirements into effect. USA's executive order in April 2020 for cooperation on source-mining on the Moon and later, the declaration of preparing a special treaty for it, called Artemis Accords, seem to endanger the future conclusions of the treaty once and for all.

After providing the vulnerabilities of the outer space law, three principles of IHL, namely distinction, proportionality and discreteness, were examined to apply in wars on space and it was shown that all these principles need to be applied despite its conflictual natures with the outer space law. Although all humankind is to be protected in the outer space, IHL principles such as distinguishing the possibility of giving harm, using limited force and refraining unnecessary harm to the surrounding objects as this could also endanger the life on earth, still need to be applied. In this sense, the conclusion of the study showed the superiority of the International Humanitarian Law when there is a war-like situation in outer space, which approves that IHL prevails over the outer space law.

Uzay Hukuku ve Uluslararası İnsancıl Hukuk İlişkisi

Giriş

Uluslararası sistemde, uluslararası hukuk kuralları dönüşüm geçirmiştir. Uluslararası hukukun temel parçası olan savaş hukuku da, 1850lerde yazılı hale gelmeye başlamış ve tamamen yazılı hale gelmesi 1977’de gerçekleşerek Uluslararası İnsancıl Hukuk adını almıştır. Sistemdeki bir diğer dönüşüm ise 1957’de insanlığın ilk uzay teması ile uzayın, dünyadaki teknolojik gelişmelerin hedefi ve kaynağı olması ve devletlerin rekabet alanı haline gelmesiyle başlamıştır. Uluslararası sistemdeki ve hukuk kurallarındaki gelişmeler sonucu, devlet egemenliğine dayalı sistemin ve insan hakları gibi temel kuralların yeniden şekillendirilmesi, ayrı bir uzay hukukunun oluşturulması gerekliliği oluşmuştur. Uzay hukukunun oluşturulması da, BM çatısında tartışılan kararlar ve imzalanan antlaşmalar ile sağlanmıştır. Bu bağlamda, uluslararası hukukun iki alt dalı olan uzay hukuku ile uluslararası insancıl hukukun ilişkisi de ortaya çıkmaya başlamıştır. Olası uzay savaşlarında uyulması gereken kurallar ve savaş sırasında uygulanacak kuralların hangi hukuka tabi olduğu önemli hale gelmiştir.

Bu çalışma, uzay hukuku ile uluslararası insancıl hukuk arasındaki ilişkinin doğasının nasıl olduğu sorusunu sormuştur. Bu soruya cevap bulabilmek amacıyla çalışmada, uluslararası insancıl hukukun uzayda da uygulanabileceği kabul edilerek, iki uluslararası hukuk dalının ilişkisi ortaya çıkarılmıştır. Bunun için de, öncelikle iki hukuk dalının tarihi ve önemli gelişmeleri açıklanmış; ardından birlikte uygulanma durumları tartışılarak ilişkilerinin doğası ifade edilmiştir.

I. Uluslararası İnsancıl Hukuk

Uluslararası insancıl hukuk, silahlı çatışmalarda uyulması gereken kuralların yazılı halde uluslararası hukuk kapsamına girmesi ile başlamıştır. İlk defa 1856 Paris Bildirisi¹ ile deniz savaşlarına dair kurallar konmuştur.² Devletler arasındaki yoğun silahlı çatışmalara ilişkin kuralların Savaş Hukuku olarak uluslararası hukuka dahil ise³ 1864 Savaş Alanında Yaralıların Durumunun İyileştirilmesi Sözleşmesi (Birinci Cenevre Sözleşmesi)⁴ ile gerçekleşmiş ve 1907 Lahey Sözleşmeleri ile bütün halini almıştır.

¹ 1856 Paris Declaration Respecting Maritime Law, < <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=473FCB0F41DCC63BC12563CD0051492D>>.

² Ayşe Nur Tütüncü, *İnsancıl Hukuka Giriş* (Beta 2019) 1-3.

³ Özden Sav, *Uluslararası İnsancıl Hukuk Açısından Savaş ve Barış Hukuku* (TBB 2015) 7-8.

⁴ 1864 Geneva Convention, <<https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/treaty/geneva-convention-1864.htm>>.

A. Uluslararası İnsancıl Hukukun Gelişimi

Devletlerin silahlı çatışmalarda uyulmak üzere kabul ettiği kurallar, 19. yüzyıldan itibaren devletlerin iç hukukuna, devletler arası antlaşmalara ve tartışmalara girmeye başlamıştır. 1856 Paris Bildirisi'nde korsanlığın yasaklanmasından sonra, ABD'in iç hukukunda düzenlenen ve kendi askerleri için “askeri zorunluluk” kuralını belirlediği 1863 Lieber Kodu düzenlenmiştir.⁵ Kıta Avrupası'nda ise İtalyan bağımsızlık savaşı sırasında Solferino'dayken şahit olduklarından etkilenerek, savaş sırasında yaralanan ve savaşamayacak durumdaki askerlerin tedavileri için bir inisiyatif başlatan İsviçreli Henry Dunant,⁶ beş kişilik bir ekip kurarak, Avrupa devletlerini 1863'te Cenevre'de düzenlenen konferansa katılmaya davet etmiştir.⁷ Başlangıçta konferansa gayri resmi temsilciler göndermiş Avrupa devletleri, 1863'te Uluslararası Kızıl Haç Komitesi (ICRC) kurulduktan sonra, ancak 1864'te resmi temsilcilerini de göndermiştir.⁸ Konferans sonunda imzalanan Birinci Cenevre Sözleşmesi ile savaşan tarafların yaralı ve savaşamaz durumdaki askeri personeli için ilk hukuki düzenleme yapılmış ve bugün Uluslararası İnsancıl Hukuk (IHL) olarak bilinen düzenlemelere giden süreç başlamıştır.⁹ Bu sayede bir uluslararası konferansta, Uluslararası Kızıl Haç Komitesi(ICRC)'nin kurulmasına vesile olan anlayışın tartışıldığı ve kabule bağlandığı savaşın kuralları belirlenmiştir. Bunu takiben 1868'de St. Petersburg Bildirisi, muharebe alanlarında belli ağırlıktaki mermilerin kullanımını yasaklamıştır.¹⁰ ICRC'nin savaş hukuku ilkelerine savaş alanında çalışan ve gönüllü sağlık personelinin tarafsızlığını dahil ettirdiği 1874 Brüksel Deklarasyonu ise imzaya açılmamıştır.¹¹

ICRC'ye ek, ulusal Kızılhaç ve Kızılay Dernekleri'nin kurulması ve antlaşmalar ile gelişen savaş hukuku, insanın korunmasına atfettiği önem gereği 1950lerde Uluslararası İnsancıl Hukuk¹² adını almıştır.¹³ Bu düzenin tam anlamıyla yazılı hale

⁵ Tütüncü (n 2) 5.

⁶ Henry Dunant, *Un Souvenir de Solferino* (CICR 1862) 83-90

⁷ Martha Finnemore, *National Interests in International Society* (Cornell Uni Press 1996) 73-80.

⁸ Seha L. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş* CI. (3. Bası, AÜSBFY 1968) 54.

⁹ ICRC 'Fundamentals of IHL' <<https://casebook.icrc.org/law/fundamentals-ihl>> Erişim Tarihi 15 Ekim 2019; Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk* (Turhan 2005) 522.

¹⁰ 1868 St Peterburg Declaration, <<https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/declaration1868>>; Kızılay ve ICRC, *Uluslararası İnsancıl Hukuk* (2014) 3; Sav (n 3) 53.

¹¹ 1874 Brussels Declaration, <<https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/135>>; Sağlık personelinin tarafsızlığı ve dokunulmazlığı, 1949'da sağlanabilmiştir. Finnemore (n 7) 78, dipnot 23.

¹² Çalışmada buradan itibaren “insancıl hukuk” olarak kullanılacaktır.

¹³ Pazarcı (n 9) 522.

gelmesi (kodlaşması), 1949 Cenevre Hukuku¹⁴ ile 1899/1907 Lahey Hukukunu¹⁵ birleştiren 1977 Cenevre Sözleşmeleri Ek Protokolleri¹⁶ ile gerçekleşmiştir. Bu sayede insancıl hukukun gövdesini; “*savaşa katılmayan veya savaş dışı kalmış askeri personeli ve siviller gibi muhasamata aktif olarak dahil olmayan kişileri korumak*” için oluşturulan Cenevre Hukuku ve “*askeri operasyonların yönetiminde muhariplerin hak ve yükümlülüklerini belirlemesinin yanında düşmana zarar verme yöntemlerini sınırlandıran*” Lahey Hukuku oluşturmuştur.¹⁷

İnsancıl hukukun düzenlenmesindeki önemli hukuki metinler şunlardır:

1899 Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçı Yollarla Çözümüne İlişkin I. Lahey Sözleşmesi;

1899 Kara Savaşlarındaki Kural ve Örflere İlişkin II. Lahey Sözleşmesi;

1906 Cenevre Savaş Alanında Yaralıların ve Hastaların Durumunun İyileştirilmesi Sözleşmeleri;

1907 Kara Savaşlarına İlişkin II. Lahey Sözleşmeleri;

1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi;

1949 Harp Zamanında Sivil Şahısların Korunması Hakkındaki Cenevre Sözleşmesi

1977 Cenevre Sözleşmeleri Ek Protokolleri

1980 Belirli Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi (CCW) (Silahsızlanma Konferansı)

1993 Paris Kimyasal Silahlar Sözleşmesi

1997 Ottawa Antipersonel Mayınlar Sözleşmesi

1998 Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü

2001 CCW 1. maddesinde Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmaları kapsayan değişiklik

¹⁴ 1864 Birinci Cenevre Sözleşmesi'ne 1949'da eklenen Cenevre Sözleşmeleri'nin oluşturduğu bütün, Cenevre Hukuku olarak kullanılmıştır. Bu sözleşmeler bütünü, 196 ülkenin taraf olması ile evrensel statüye sahiptir. 1949 Cenevre Sözleşmeleri, <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/1a13044f3bbb5b8ec12563fb0066f226/be12c9954ac2aec2c12563cd0042a25c>> Erişim Tarihi 15 Ara 2019; Treaties, State Parties and Commentaries: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/States.xsp?xp_viewStates=XPAGES_NORMStatesParties&xp_treatySelected=380>.

¹⁵ Lahey Hukuku, savaş yöntemleri ve işleyişine dair kurallara yönelik 1899 ve 1907'de imzalanan 13 sözleşmenin birleşiminden oluşur. Lahey Sözleşmelerinin tümünü kapsayacak şekilde Lahey Hukuku olarak adlandırılır. The Law of Hague, <<https://casebook.icrc.org/glossary/law-hague#:~:text=As%20opposed%20to%20the%20'law,Conventions%20of%201899%20and%201907.>>

¹⁶ 1977 Cenevre Sözleşmeleri Ek Protokolleri için bkz. <<https://ihl-databases.icrc.org/ihl/>>.

¹⁷ Kızılay ve ICRC (n 10) 8; ICRC (n 9).

İnsancıl hukukun gelişmesi devam etmekle birlikte, temel yazılı düzenlemeler bütünü bulunmaktadır. Yine de insancıl hukukun ihlal edildiği durumların da söz konusu olmasının birden fazla nedeni olduğu kabul edilir. İnsancıl hukuk kurallarına saygı göstermede isteksizlik, ihlallere yaptırımların bulunmaması, uygulanmasına dair belirsizlikler ve çoğu zaman karar vericilerin ve uygulayıcıların (komutan ve savaşılanların) bilgisizlikleri bu nedenleri oluşturur. Bunlara dayanarak, ihlal sebepleri arasında insancıl hukukun kurallar açısından yetersiz olduğunu söylemenin yanlış olacağı da belirtilmelidir.¹⁸

B. Uluslararası İnsancıl Hukukun Temel Özellikleri

Çok sayıda uluslararası hukuki düzenleme bütününden oluşan insancıl hukuk ile ilgili bir diğer önemli husus, uluslararası hukuk çatısında birlikte bulunduğu insan hakları hukuku ile ayrımıdır. İnsan hakları hukuku ile insancıl hukuk, “*insan*”ı öne çıkarma ortak paydasında buluşsa ve benzer ilkelere sahip olsalar da; kurdukları ilişki ve uygulandıkları bağlam açısından farklıdırlar. İnsan hakları hukuku, devlet ile bireyler arasındaki ilişkilerin, uluslararası antlaşmalar çerçevesinde ve tüm insanlara eşit kurallar getirmek üzerine oluşturulmuştur. Kural itibari ile savaş veya barış zamanında uygulanırsa da; bazı uluslararası antlaşmaların varlığı durumunda bazı hakların askıya alınması mümkündür. İnsancıl hukuk kuralları ise direk olarak devlet ile devlet arasındaki ilişkiyi düzenler. İnsan haklarının yaşam hakkı, işkencenin yasaklanması gibi istisnaların dışında askıya alınabileceği savaş durumlarında devreye giren insancıl hukuk kuralları askıya alınmadığı gibi, askıya alınan insan haklarının da sınırını belirler.¹⁹ Bu açıdan bakıldığında, insan hakları her zaman uygulanması gerekiyor olsa da; çatışma ve savaş sırasında uygulanacak başka hukuk kuralları devreye girdiğinde durdurulabilir olması nedeniyle barış zamanı hukuku da denebilir.²⁰ Savaş zamanında devreye giren bu diğer hukuk ise insancıl hukuktan başkası değildir.

Bu iki hukuku ayıran temel durumun savaşlar ve silahlı çatışmalar olduğundan hareketle, savaş ve silahlı çatışmaların da tanımlanması önemlidir. BM yasal düzeni öncesinde savaş, uluslararası hukuk kapsamındaki silahlı çatışmaların geneli olarak tanımlanmıştır. Savaşılan taraflar devletler, çarpışanlar ise devletlerin düzenli silahlı kuvvetleri olmuştur. Savaşılan ve çarpışanlar arasındaki ayrım, Jean Jacques Rousseau'nun “*savaş insanın insanla değil, devletin devletle olan ilişkisidir ve bu*

¹⁸ Jean-Marie Henckaerts ve Louise Doswald-Beck, *Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku*, Emre Öktem vd. (çev) (GSÜ Hukuk Yayınları 2005)XXXIV.

¹⁹ Tütüncü (n 2) 2.

²⁰ Uluslararası insan hakları sözleşmelerinin çoğunluğunda, savaş durumlarında belirli hakların askıya alınmasına izin verilse de; savaş zamanında dahi uyulması gereken insan hakları kurallarının bulunduğu belirtilmelidir. Örneğin savaş esirlerinin hapsedilmeleri, insan haklarına uygun şekilde olmalıdır. İki hukuk arasındaki ilişkiye dair dava örnekleri için bkz. Malcom N. Shaw, *Uluslararası Hukuk*, Yücel Acer vd. (çev) (TÜBA 2018) 865-6. ICRC ‘What is IHL’ (2004) <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/what_is_ihl.pdf> Erişim Tarihi 19 Ara 2019 2.

ilişkide tekler birbirine yalnız rastgele düşmandırlar, insan ve yurttaş olarak değil, asker olarak; yurdun üyeleri olarak değil, koruyucuları olarak."²¹ görüşünde yer bulmuştur.

Zamanla savaşların, bütün silahlı çatışmaları kapsamadığı ortaya konmuştur. Yapılan ayrıma göre savaş olarak tanımlanan silahlı çatışmalarda, devletlerin geniş çaplı güç kullanması gerekir.²² Öte yandan devletlerin birbirlerine karşı güç kullandığı halde savaş halini almayan zorlayıcı eylemler - misilleme, zararlar karşılık ve müdahale -, sınırlı güç kullanma olmasıyla uluslararası hukuk kapsamının dışındadır.²³ Aksine, devletlerin karşılıklı güç kullanmadığı ancak hukuki açıdan savaş halinde bulunduğu durumlar ise uluslararası hukuk kapsamına alınmıştır.²⁴ Devlet içerisindeki bir grubun/grupların kendi devleti ile arasındaki savaşa varan çatışmalar ise, üçüncü taraflar o gruplara "devlet", "hükümet" gibi hukuki statü vermedikçe, ana devletin iç meselesi kabul edilmiştir.²⁵

1949 Cenevre Sözleşmeleri, ortak 2. maddesi ile insancıl hukukun savaş kapsamını genişleterek her tür silahlı çatışmalara kurallar getirirken; 3. maddesi ile de uluslararası nitelikte olmayan savaşları tanımlayarak özelliklerini belirler.²⁶ Uluslararası örgütlerin, çok taraflı uluslararası antlaşmalarda mevzubahis edilmemesi nedeniyle, çatışma ve savaşlarda taraf olamaması ve bu buna bağlı olarak uluslararası hukukun kapsamına alınmaması,²⁷ BM yasal düzeni ile değişir. BM Şartı'nın VIII. bölümü 53. maddesi ile BM Güvenlik Konseyi'nin izni ve ilgili hükümetlerin isteği ile uluslararası barış ve güvenliği sağlamak amacıyla, bölgesel örgütlerin silahlı çatışmalarda yer alması öngörülür. (BM Şartı, 1945)

1949 itibarıyla ise savaş durumu oluşturmayan silahlı çatışmalar da, uluslararası nitelikte olmamasına rağmen insancıl hukukun kapsamındadır. İki devletin silahlı kuvvetlerinin savaşan tarafları oluşturduğu bir silahlı çatışmada bir kişinin vurulması ya da ele geçirilmesi durumunda, insancıl hukuk kuralları uygulanır. Savaşa varmayan silahlı çatışmalarda uygulanması için ise devamlılık gösteren daha yoğunluklu şiddet durumu gereklidir.²⁸

²¹ Jean-Jacques Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, Vedat Günyol (çev) (Türkiye İş Bankası Kültür Yay, (1982/2008)) 10.

²² Seha L. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş* C.II (3. Bası, AÜSBF Yay. 1965) 391; Pazarcı (n 9) 522, 530.

²³ Zararla karşılık altındaki ambargo, boykot ve abluka güç kullanmaya dayanmasa da, bombalama ve askeri işgal gibi zorlayıcı önlemlerin savaş halini almayan şekillerde kullanılması sınırlı güç kullanmadır. Meray (n 22) 378-398; Pazarcı (n 9) 528-32; Eric David, *Principes de droit des conflits armés* (Éditions Bruylant 1994) 93.

²⁴ II. Dünya Savaşı sırasında Türkiye, Almanya ve Japonya'ya savaş ilan etmiş ve hukuki açıdan savaşa girmiştir ancak silahlı çatışma yaşanmamıştır. Meray (n 22) 429; Pazarcı (n 9) 530.

²⁵ Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri* C. 4 (Turhan 2000) 137; Sav (n 3) 26.

²⁶ 1949 Cenevre Sözleşmeleri (n14) m. 3.

²⁷ Pazarcı (n 9) 528.

²⁸ ICRC (n 9).

C. Uluslararası İnsancıl Hukukun Kapsamı

Silahlı çatışma ve savaşların, hangi bağlamlarda insancıl hukuk kapsamına girdiği ise ayrıca açıklanmalıdır. Bağlamları açısından silahlı çatışmalar uluslararası ve uluslararası nitelikte olmayanlar olarak ayrılır. Uluslararası silahlı çatışmalar, en az iki devlet arasında gerçekleşen çatışmalardır.²⁹ Savaşan devletlerin savaş niyetini *animus belligerandi* belirtmesi, savaş ilan etmesi, ilan edilmeden de başlayan savaşların olması nedeniyle günümüzde aranmaz.³⁰

Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar, bir devletin sınırları içerisinde gerçekleşen ve savaşan taraflardan birinin o devletin düzenli askeri olmayabileceği çatışmalardır. Bu çatışmada taraflar, devletin düzenli silahlı kuvvetleri ve çeşitli gruplar; ya da birbiriyle çatışan silahlı gruplar olabilir ve yoğun güç kullanımı vardır. BM yasal düzeni öncesinde devletlerin iç meseleleri kabul edilerek uluslararası hukuk kurallarının dışında kalan bu çatışmalara artık “iç savaş” değil, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar denmektedir. Böylece bu çatışmalar, insancıl hukuk kurallarına tabi olan silahlı çatışmalar sınıfına girer.³¹ 1949 Cenevre Sözleşmeleri ortak 3. maddesine göre:

“Muhasamata doğrudan doğruya iştirak etmeyen kimseler; silahlarını terk edenler ve hastalık, yaralılık, mevkufluk veya herhangi bir sebeple muharebe dışı kalanlar, ırk, renk, din ve akide, cinsiyet, doğum ve servet veya buna benzer herhangi bir kıstasa dayanan ve aleyhte görülen hiçbir tefrik yapılmadan insani surette muamele göreceklendir.”³²

İnsancıl hukukta, uluslararası nitelikte olmayan ve silahlı çatışma kapsamında da yer almayan şiddet eylemleri de ayırt edilmiştir. İnsancıl hukuk kapsamında olmayan bu şiddet eylemleri, silahlı çatışmalar kapsamında olmaması dolayısıyla barış zamanında gerçekleştirilen eylemler olması itibarıyla insan hakları hukukuna tabidir. Bu eylemlerden bazıları şunlardır:

- iç huzursuzluklar ve gerilimler (isyanlar, düzensiz şiddet eylemleri); ve bunlara bağlı devletin silahlı kuvvet uygulaması,
- geniş kapsamlı tutuklamalar,
- “siyasi” tutukluların çokluğu,
- hükümlülerin insancıl olmayan koşullarda tutulması veya kötü muameleye maruz bırakılması,

²⁹ Ulusal bağımsızlık savaşlarının, uluslararası çatışmalardan kabul edilmesi iki şekilde mümkündür. Birincisinde, devlet içindeki grupların self-determinasyon ilkesine dayanarak o devlete karşı verdiği bağımsızlık savaşlarına üçüncü bir tarafın dahil olması ile silahlı çatışma uluslararasılaşır. İkincisi ise devletin, yabancı bir devletin üstünlüğüne karşı verdiği ve doğası gereği uluslararası silahlı çatışmalar olan ulusal kurtuluş savaşlarıdır. Ulusal kurtuluş savaşları, 1977 Cenevre Sözleşmeleri Ek Protokol’ün 1. maddesinin 4. fıkrası ile uluslararası nitelikte kabul edilerek insancıl hukuk kapsamındadır. Pazarıcı (n 9) 534-5; 1977 Cenevre Sözleşmesi EP I, <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=50FB5579FB098FAAC12563CD0051DD7C>> Erişim Tarihi 15 Kasım 2019 m. 1(4).

³⁰ Tütüncü (n 2) 61; Meray (n 22) 431; Pazarıcı (n 9) 530

³¹ ICRC (n 9); ICRC (n 20) 1

³² Sav (n 3) 27; RG, 30 Ocak 1953, Sayı 8322.

yargılanma garantilerinin durdurulması,
ortadan kaybolma iddiaları³³

D. Uluslararası İnsancıl Hukukun Temel İlkeleri

Uluslararası insancıl hukukun ilkeleri, ayrı bir uluslararası hukuk kaynağında bir bütün olarak sıralanmıyorsa da; antlaşmalar, teamüller ve hukukun genel ilkelerinde bulunabilir. İnsancıl hukukta düzenlenen hükümlerin yetmemesi durumunda da, uluslararası hukuk ilkeleri uygulanır. Martens Kaydı bu durumu şöyle ifade eder:

“Savaş yasalarının daha tamamlanmış duruma getirilmesine kadar, Yüksek Akit Taraflar kendilerince kabul edilen sözleşmeler hükümlerinin kapsamadığı durumlarda toplulukların ve savaşların uygar uluslar arasında yerleşmiş uygulamalardan, insanlık yasalarından ve kamu vicdanının gereklerinden kaynaklanan uluslararası hukukun ilkelerinin etkisi altındadır...”³⁴

Genellikle çok taraflı antlaşmalarda bulunan insancıl hukuk ilkelerinin en önemlileri şunlardır:

- İyi niyet ve orantılılık ilkesi: sivillerin zarar görmesine neden olmayacak saldırı planlarına karar verme ve gerekli durumlarda sivillere yönelik uyarıda bulunarak sivillerin zarar görmesini engelleme(1977 Cenevre Sözleşmeleri Ek Protokol I m.51(5)(b) ve m. 57(2)(a)(iii))³⁵
- İnsaniyet: insanlığa aykırı muamele yapmama, gereksiz acıya neden olan silah ve maddeleri kullanmama³⁶
- Ayrım gözetme: siviller ve savaşanlar arasında; sivil hedefler ve askeri hedefler arasında ayrım yapılarak, bu kişilerin saldırı hedefi yapılmaması³⁷
- Askeri gereklilik: sivillerin ve sivil yaşamın korunmasında daimi özen gösterme³⁸
- İhtiyatlılık: çatışma dışı kalan ya da çatışmalara doğrudan katılmayan kişileri ve malları hedef dışı tutuma³⁹

³³ 1977 Cenevre Sözleşmeleri EP II, <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/1a13044f3bbb5b8ec12563fb0066f226/15781c741ba1d4dcc12563cd00439e89>> Erişim Tarihi 15 Kasım 2019 B. I, M. I, para. 4575-4576.

³⁴ 1907 - IV Sayılı Lahey Sözleşmesi, <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=BD48EA8AD56596A3C12563CD0051653F>> Erişim Tarihi 15 Ara 2019; Pazarcı (n 9) 527; Henckaerts ve Doswald-Beck (n 18) XXXIII.

³⁵ Melike Batur Yamaner vd. *12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri*, (GSÜ Hukuk Yay.) 214, 219; Tütüncü (n 2) 49; ICRC ‘Report for IHL and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts’ (32nd International Conference on ICRC, Geneva, 2015).

³⁶ 1977 Cenevre Sözleşmeleri EPI (n 29) K. III, m 35 ve K. IV, M. 57/2(a); Batur Yamaner (n 35) 218; Pazarcı (n 9) 257; Sav (n 3) 23; Tütüncü (n 2) 55.

³⁷ 1977 Cenevre Sözleşmeleri EP I m. 48; m. 51(2); Batur Yamaner (n 35) 205; Henckaerts ve Doswald-Beck (n 18) 3; Sav (n 3) 57; Tütüncü (n 2) 55; Shaw (n20) 867.

³⁸ 1977 Cenevre Sözleşmeleri EP II (n 33) K. IV, M. 57(3), paras. 22206-2230; Tütüncü (n 3) 55; Shaw (n 20) 868.

³⁹ 1949 Cenevre Sözleşmesi (n 14) M. 3(1).

II. Uzay Hukuku

Uluslararası insancıl hukukun gelişimi ve ilkeleri belirlendikten sonra, görece yeni olan Uzay Hukukunun oluşumunun da anlatılması gerekir. 1957’de ilk uzay aracı *Sputnik I*’in uzaya fırlatılmasını takiben, ilgileri uzaya dönen insanlık için yeni bir dönem başlar. Uzay Çağı, insanlık için sınırlarını tahayyül edemediği ve kendi yeterliklerini öngöremediği bir süreçtir. Hatta kimilerine göre “*bireyin özgürlüğü, egemenliği ve özerkliği açısından yeni bir başkaldırı*”dır.⁴⁰ Ancak aynı zamanda, dünyadaki yarışların ve acımasızlıkların uzaya sıçraması ihtimali yaratması nedeniyle, hukukunun da düzenlenmesini gerektirir. Hukuki düzenlemelerin başlaması da bu nedenle, *Sputnik I*’in fırlatılmasını takip eder. *Sputnik I*’den sonra fırlatılan ikinci yapay uyduda, insanların gönderilmesinden önce şartların anlaşılması için bir canlı - kozmonot köpek *Laika*⁴¹ - gönderilmiş olması ise hukuki düzenlemelere olan ihtiyacı gözler önüne sermesi açısından önemlidir.

A. BM Çatısında Uzay Hukuku Gelişimi

Uzay hukuku düzenlemeleri, bağlayıcı olmayan BM Genel Kurul kararları ile başlamıştır. İlk fırlatma sonrası 1958’de, BM Genel Kurulu 13. toplantısında uzay ile ilgili ilk karar alınmış; uzayın insanlığın ortak çıkarı olduğu vurgulanarak, uzayın yalnızca barışçıl amaçlarla kullanılması gerektiği savunulmuştur.⁴² Genel Kurul 1961’deki toplantısında, uzaya gök cismi fırlatan devletlerin BM Genel Sekreteri’ne, Uzaya Gönderilen Cisimler Kaydı’na işlenmesi için bilgi vermesine karar vermiştir.⁴³

BM Genel Kurulu, 1963 Uzayın Keşfi ve Kullanımında Devletlerin Faaliyetlerini Düzenleyen Hukuk İlkeleri Bildirisi ile uzay ve gök cisimlerinin, hiçbir devletin kullanımına giremeyeceğini, uluslararası hukuk ve eşitlik ilkesine göre tanımlamıştır. ⁴⁴ Genel Kurul, devletlerin uzay faaliyetlerine dair “*uluslararası işbirliği ve anlayışın geliştirilmesi, uluslararası hukukun uygulanması... uzayın keşfi ve kullanımı için gerekli nükleer güç kaynaklarının güvenli kullanımı*” ilke ve standartlarını öngörmüştür.⁴⁵ 1996 Bütün Devletlerin Yararına ve Menfaati için Uzayın Keşfinden ve Kullanımında Milletlerarası İşbirliğine Dair Bildiri ile de uzay kapasitesine sahip devletler ile gelişmekte olan devletlerin, uzay faaliyetlerine yönelik işbirliklerinin

⁴⁰ Ayşe Nur Tütüncü, ‘Uzay Hukuku ve Uzaydaki Faaliyetlerin Gelişmesiyle İlgili Milletlerarası Sistemin Yapısı, Düzenlediği İlişkiler ve Dayandığı Esaslara Genel Bir Bakış’ (1999) 19(1-2) MHB 979, 987.

⁴¹ Ekim Devrimi kutlamalarının 40. yılı kapsamında *Sputnik II*, içinde bir canlı ile yörüngeye gönderildi: köpek *Laika*. Uzaya gönderilmek üzere toplanan sokak hayvanları arasından seçilen *Laika*, uzaya giden ilk dünyalı, ilk kozmonot olarak bilinse de, insanlığın uzay şartlarına uyum sağlamasının ölçülmesi için bir denektir. Kozmonot *Laika*’nın insanlık için bilinçsizce çıktığı yolculuğa dair bilinen, atmosferden çıktıktan birkaç saat sonra öldüğüdür. *Laika*’dan sonra maymun, domuz, kedi gibi daha pek çok hayvan uzaya gönderilmeye devam etmiştir. Moskova’da ve pek çok şehirde, ilk kozmonot *Laika* ve uzaya gönderilen tüm hayvanların anısına anıtlar bulunmaktadır.

⁴² UNGA A/RES/1348(XIII), 13 Aralık 1958.

⁴³ UNGA A/RES/1721(XVI), 20 Aralık 1961.

⁴⁴ UNGA A/RES/1962(XVIII), 27 Kasım 1963.

⁴⁵ Shaw (n 20) 387-8; Tütüncü (n 40) 998.

arttırılması çağrısında bulunulmuştur.⁴⁶ Bunlara ek olarak, 1961 Uzayın Barışçıl Amaçlarla Kullanılmasına Dair İşbirliği⁴⁷, 1986 Milletlerarası Doğrudan Televizyon Yayıncılığında Yapay Dünya Uydularının Devletlerce Kullanımını İdare Eden İlkeler⁴⁸ ve 1992 Nükleer Güç Kaynaklarının Uzayda Kullanımına Dair İlkeler⁴⁹ de, Genel Kurul'un uzay faaliyetlerine yönelik temel ilkeleri karar bağladığı belgelerdir.

Genel Kurul ayrıca BM çatısı altında çalışan *ad hoc* Uzayın Barışçıl Amaçlarla Kullanımı Komitesi – Uzay Komitesi'ni (COPUOS) kurmuştur. 1959'da sürekli hale getirilen Komite,⁵⁰ BM Genel Sekreteri'ne bağlı olması ve üyeleri devlet temsilcilerinden olması itibarıyla siyasadır. Tartışılması gereken konulardan, komitenin yetkileri ve oylama prosedürlerine kadar anlaşmazlıkların nedeni de budur.⁵¹ Kapsamı “*uzay keşfi faaliyetlerinde oluşan yasal problemlerin saptanması*”⁵² olan Komite'nin çalışma alanı, tartışmaların konularından biridir. Hukuk işleri alt komitesi raporunda bunu şöyle anlatmıştır.⁵³ Komitenin görevini yalnızca “*uzay keşfi faaliyetlerinden kaynaklanabilecek yasal problemleri saptamak*” olarak kabul edenler ile bunlar çözüm getirilmesini isteyenler ve buna itiraz edenler arasında tartışmalar olmuştur. Ancak farklı fikirlerin olması sorunun çözümünü zorlaştırmış ve konu çözümeden geçilmiştir.⁵⁴ Hukuk işleri alt komitesi uzay hukukunun oluşturulmasına yönelik önerilerini raporunda şu şekilde belirlemiştir:

“BM Şartı ve Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, halihazırda insanlığın ortak yararını ve işbirliğini öngörürken, hükümleri dünya ile sınırlandırılmamalı ve uzay faaliyetlerini de kapsamalı”

“Uzay hukukuna dair kapsamlı bir Kod'un henüz işin başında iken yaratılması elverişsiz olmakla beraber, uzay faaliyetlerinin gelişmesi ve ilerlemesini takip eden süreçte, uzayın geççeklerine cevap verir nitelikte hukuk kuralları düzenlenmeli”⁵⁵

Uzay Komitesi, üç küresel uzay konferansı düzenlemiştir. 1968'deki Birinci BM Uzayın Barışçıl Amaçlarla Kullanılması Konferansı (Uzay Konferansı) (UNISPACE I), uzayın tüm insanlığa yararlarına dair farkındalık yaratmaya; 1982'deki İkinci Uzay Konferansı (UNISPACE II), yerel işbirliğine odaklanmıştır. Bu sırada Uzay Komitesi de BM Uzay İlişkileri adını almış ve Viyana'daki BM Ofisi'ne taşınmıştır. Ofis'in düzenlediği Üçüncü Uzayın Barışçıl Amaçlarla Kullanılması Konferansı Milenyum

⁴⁶ Shaw (n 20) 388; UNGA A/RES/51/122, 13 Aralık 1996.

⁴⁷ UNGA A/RES/1721(XVI) (n 43).

⁴⁸ UNGA A/RES/41/65, 3 Aralık 1986.

⁴⁹ UNGA A/RES/47/68, 14 Aralık 1992.

⁵⁰ UNGA A/RES/1472(XIV), 12 Aralık 1959.

⁵¹ Tütüncü (n 40) 983.

⁵² UNGA A/RES/1348(XIII) (n 42) m. 1(d).

⁵³ UNGA A/RES/1472(XIV) (n 50).

⁵⁴ UN Doc. A/AC.98/2, 12 June 1959.

⁵⁵ İbid; Tütüncü (n 40) 983-4.

Zirvesi'nde (UNISPACE III) "... uzay çevresini koruma ile gelişmekte olan ülkelerin uzay bilimine katkısının artırılması" gerektiği ifade edilmiştir.⁵⁶

B. BM Uzay Yasaları ve Önemli Uluslararası Antlaşmalar

Uzaya dair ilk hukuki belge, 1963 ABD-SSCB-İngiltere arasındaki Nükleer Denemelerin Kısmi Yasaklanması Antlaşmasıdır. Antlaşmanın 1. maddesi: "atmosferde, dış uzay dahil olmak üzere atmosferin sınırlarının ötesinde, veya karasuları ve açık denizler dahil olmak üzere su altında nükleer silah denenmesini yasaklar."⁵⁷ Bu antlaşma, uzay etkinlikleri için özel olarak yazılmasa da, uzayın da uluslararası antlaşmalara dahil edilmesi açısından önemlidir.

Kapsam itibarı ile tamamen uzaya ait olan ve Uzay Yasaları'nı oluşturan 5 antlaşma vardır. Birinci ve en önemlisi "*Ay ve Diğer Gök Cisimleri Dahil Olmak Üzere Uzayın Keşfi ve Kullanılmasında Devletlerin Faaliyetlerini Düzenleyen İlgililere İlişkin Antlaşma*"dır. Kısa adıyla Uzay Antlaşması 1967'de yürürlüğe girmiştir⁵⁸ ve büyük devletlerin öncülüğündeki silahlanmama antlaşmalarının ikincisidir.⁵⁹ Antlaşmanın temeli Uzay Komitesi hukuk alt komitesinin 1959 raporu ve Genel Kurul'un 1963'te ilan ettiği "*Uzayın Keşfi ve Kullanımında Devletlerin Faaliyetlerini Düzenleyen Hukuk İlkeleri Bildirisi*"dir.⁶⁰ Uzay Komitesi'nde üyelik ve oylama tartışmalarının çözüme ulaşması ve çok sayıda devletin uzlaşısı sonucu imzalanan Uzay Antlaşması'nın, birden fazla karara dayanması ve daha önce onaylanan belgeleri temel alması itibarıyla, "anayasa-benzeri" niteliği olduğu da düşünülür.⁶¹ Üstelik antlaşmanın temel ilkeleri, kendisinden sonraki 4 dört antlaşmaya ışık tutarak, onları yönlendirir. Antlaşmaya Uzayın Magna Cartası diyenler olmakla birlikte, Uzay Şartı demek daha yerindedir.⁶² Antlaşmanın önemli bazı maddeleri şunlardır:

Madde 1: "uzay ve gök cisimlerinin kullanımı tüm insanlığın yetkisinde olmakla birlikte tüm devletler eşit haklara sahip olarak insanlığın yararına ve barışçı şekillerde kullanılabilir.

Madde 2: Uzay, egemenlik ilanı, kullanma, işgal veya başka yollarla, ülkesel yetkiye konu olamaz.

Madde 3: Uzayın keşif ve kullanımı faaliyetleri, BM Şartı ve uluslararası hukuk kapsamındadır.

⁵⁶ Unispace Conferences, <<https://www.unoosa.org/oosa/en/aboutus/history/unispace.html>>; Unoosa, 'The Space Millenium: Vienna Declaration on Space and Human Development' (Third UN Conference on the Exploration and Peaceful Uses of Outer Space, Vienna, 11-30 July 1999).

⁵⁷ Meray (n 22) 455; 1963 Kısmi Nükleer Deneme Yasağı Sözleşmesi, *UN Treaty Series* 480 (1), Sayı 6964.

⁵⁸ 1967 Uzay Antlaşması: UNGA A/RES/2222(XXI); Ay ve diğer gök cisimleri dahil, uzayın keşif ve kullanılmasında devletlerin faaliyetlerini yöneten ilkeler hakkında Andlaşma: RG, 23 Ekim 1967, Sayı 12732, <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/12732.pdf>> Erişim Tarihi 11 Mart 2020.

⁵⁹ Birinci antlaşma, 01.12.1959 tarihli Antarktika Antlaşmasıdır. Pazarıcı (n 9) 521.

⁶⁰ Seha L. Meray, 'Uzayda devletlerin çalışmasını yönetecek ilkelere ilişkin anlaşma' (1967) 22(1) AÜSBFD 33, 35.

⁶¹ Mustafa Serhat Kaşıkara, *Devletlerin Uzay Faaliyetlerinden Doğan Sorumluluğu*, (Adalet 2017) 38, 44; Tütüncü (n 40) 985.

⁶² Kaşıkara (n 61) 44; Tütüncü (n 40) 984-5.

Madde 4: *hiçbir devlet nükleer silâhlar veya diğer çeşit kitlesel tahrip silâhları taşıyan cisimleri dünya etrafındaki bir yörüngeye oturtamaz, gök cisimlerine yerleştiremez... münhasıran barışçı amaçlarla, kullanılacaktır... askerî üs ve tesisler kurulması ve tahkimat yapılması, her tip silâhın denenmesi ve askerî manevralar yapılması yasaktır. Askerî personelin bilimsel araştırma veya diğer bir barışçı amaçla kullanılması yasaklanmamıştır.*"⁶³

Uzay Yasalarını oluşturan diğer antlaşmalar şunlardır:

1968 -Astronotların Kurtarılması ve Dönüşüne ve Uzaya Fırlatılan Cisimlerin Geri Dönüşüne Dair Antlaşma – Kurtarma Antlaşması⁶⁴

1972 - Uzay Cisimlerince Sebep Olunan Zarar için Sorumluluğa Dair Milletlerarası Sözleşme – Sorumluluk Sözleşmesi⁶⁵

1975 - Uzaya Fırlatılan Cisimlerin Tesciline Dair Sözleşme – Tescil Sözleşmesi⁶⁶

1979 - Devletlerin Ay ve Diğer Gök Cisimlerindeki Faaliyetlerini İdare Eden Antlaşma - Ay Antlaşması⁶⁷

Ay Antlaşması 1984'te yürürlüğe girmiş olsa da, Fransa dışındaki BM Güvenlik Konseyi daimi üyeleri tarafından imzalanmamıştır.⁶⁸ Buna neden hükümler şunlardır:

*“ay üzerinde güç kullanılması ya da güç kullanma tehdidi, yasaklanmalıdır. Ay ve çevresine, nükleer ve tüm kitle imha silahları yerleştirmek ve kullanmak yasaklanmalıdır. Ay üzerinde askerî üs bulundurma, herhangi bir silahı deneme ve askerî operasyon yapma yasaklanmalıdır.”*⁶⁹

“Ay’ın ve üzerindeki doğal kaynaklar insanlığın ortak mirasıdır”;

“Ay’ın üzerinde ya da altında bulunan doğal kaynaklar, bir devletin, uluslararası hükümetlerarası, uluslararası veya değil devlet-dışı örgütlerin, ulusal örgütlerin ya da bir insanın mülkiyetine giremez”;

*“Ay’ın doğal kaynaklarının idaresini düzenleyen ve yöneten uluslararası bir rejim oluşturulmalıdır.”*⁷⁰

⁶³ RG (n 58).

⁶⁴ 1968 Kurtarma Antlaşması: UNGA A/RES/2345(XXII).

⁶⁵ 1972 Sorumluluk Antlaşması: UNGA A/RES/2777(XXVI).

⁶⁶ 1975 Tescil Sözleşmesi: UNGA A/RES/3235(XXIX).

⁶⁷ 1979 Ay Antlaşması, UNGA A/34/68.

⁶⁸ Ay Antlaşması'nı, BMGK'nın 5 daimi üyesinden yalnızca Fransa imzalamıştır. Ancak Fransa da, antlaşmayı henüz onaylamamıştır. Signatory Status: <<https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028003b946&clang=en>> Erişim Tarihi 06 Mayıs 2020.

⁶⁹ 1979 Ay Antlaşması (n 68) m. 3.

⁷⁰ İbid. M. 11; Tütüncü (n 40) 986-7.

Çok taraflı uzay antlaşmaları, devletlerin ve kurumların kendi aralarında imzaladığı uluslararası antlaşmalar ve BM kararlarının birlikte oluşturduğu uzay hukukunun temel esasları ise şunlardır:

Uzayın tamamı, insanlığın ortak mirasıdır ve uzayda egemenlik iddiasında bulunulamaz.

Uzay ve gök cisimlerinin keşfi ve kullanımında, uluslararası işbirliği olması ve uluslararası hukuk kurallarına uyulması gerekir.

Uzayda bilimsel çalışma serbestisi bulunmakla birlikte, uzay faaliyetleri insanlık yararına yapılacaktır.

Uzay faaliyetlerinde uzaya ve gök cisimlerine verilecek zararlardan, faaliyetlerde kullanılan uzay araçlarını gönderen devletler sorumludur.⁷¹

C. Uzay Hukukunda Temel Tartışmalar

Uzay hukukunun gelişimi devam ederken, üzerinde hala uzlaşılamayan konular vardır. Temel tartışmalar uzayın ve uzay nesnelerinin tanımlanması ile uzayın silahsızlanması üzerinedir. Uzayın silahsızlanması tartışmaları ise kendi içinde uzay güvenliği ve uzay sürdürülebilirliği kamplarına dönüşerek devam eder.

1. Uzay ve Uzay Nesnelerinin Tanımlanması

Uzayın tanımlanması konusu; (dış) uzayın neresi olduğu, yeryüzü ile olan sınırının nereden başladığı tartışmasıdır. Uluslararası hukukta hava sahası – uzay sahası ayrımı bulunmadığı gibi, uzay hukukunda da yoktur.⁷² Fiziksel açıdan uzay, havacılık faaliyetlerinin sınırı olan 18 km ile dış uzay faaliyetlerinin güncel en düşük sınırı olan 160 km arasında bir yerdir.⁷³ Hava sahası - uzay sahası ayrımında iki yaklaşım bulunur: sahacılar (spatialist) ve işlevselciler (functionalist). İşlevselciler, uzaydaki faaliyetlerin ve uzay nesnelerinin farklılaşan niteliklerini göz önüne alarak, sınır belirlemeye gerek görmez.⁷⁴ İşlevselcilere göre hava sahası ile uzay sınırının belirlenmesi, devletlerin uzay faaliyetleri konusundaki gücü ve gelişimine göre farklı sınır belirleme talepleri doğuracağı gibi bu sınırları değiştirmek için anlaşmazlıkların oluşmasına kadar neden olabilir.⁷⁵

⁷¹ Kaşıkara (n 61) 51-53.

⁷² Seha L. Meray, *Uzay ve Milletlerarası Hukuk: uzay hukukunda ilk adımlar*, (AÜSBFY 1964) 130-140; Kubo Mačák, 'Military Space Operations' (ECIL Working Paper 2020/2) in Sergey Sayapin (ed) *An Introduction to International Conflict and Security Law*. (The Hague: T.M.C. Asser Press 2020) 3.

⁷³ Daniel Porras, 'An Update on Outer Space Security and a Brief History of the Prevention of an Arms Race in Outer Space' (UNIDIR Space Security Fellow Presentation, Palais des Nations, 25 Mayıs 2018).

⁷⁴ Ali Bal, 'Hava-Uzay Araçlarının Hukuki Rejimi' (2013) Özel sayı (15) DÜFKD 1465, 1474-5.

⁷⁵ İşlevselcilerin, sınırın belirlenmesinin doğuracağı sorunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Bal (n 65) 1475-6; Mačák (n 72) 3; Ayhan Sorgucu, *Hava ve Uzay Hukuku* (Adalet 2019) 234.

Sahacılar ise hava sahasında devletlerin egemenlik yetkisi geçerliken, uzayda serbestlik ilkesinin geçerli olması nedeniyle ayrımı gerekli görür.⁷⁶ Hava – uzay sınırı belirlendiği takdirde devletlerin egemenlik sahalalarına dair çatışma ihtimali de azalacaktır. Sahacılara göre ayrım; yer çekiminin etkisinin sona erdiği nokta, atmosferin belirlenecek katmanları, devletin kontrolü sağlayabileceği en üst sınır, yörüngede bulunan yapay uyduların yeryüzüne en yakın olduğu seviye, deniz seviyesinden itibaren 100 km olan Karman hattı çizgisi ya da havacılık faaliyetlerinin gerçekleştirilebileceği üst limit üzerinden belirlenebilir.⁷⁷

Sovyetler Birliği, uzay ile yeryüzünün sınırının belirlenmesine destek vermiştir. Yerin yüzeyinden 100-110 km yüksekliğin, ya da BM tarafından karar verilen ama mutlaka belirlenen bir yüksekliğin oluşturulması için 1979’dan itibaren tasarılar göndermiştir.⁷⁸ Uzayın silahsızlanması kapsamında uzayın tanımını da içeren tasarılar, özellikle ABD tarafından reddedilmiştir. Uzayın alt sınırının belirsizliğini korumasını ABD, alçak, orta ve yüksek irtifalı füzelerin kısıtlanmaması adına istemiştir. Fakat Amerika Federal Havacılık İdaresi’nin 1960’tan beri 100 km’nin üzerinde uçan pilotlara astronot rozeti vermesi, ABD’nin 100 km’yi kabul ettiğini de düşündürür.⁷⁹ Avustralya, Danimarka, Kazakistan gibi devletler ise kendi hukuklarında sınırı 100 km olarak belirlemiştir.⁸⁰ Genel itibariyle, deniz seviyesinin 100 km yüksekliğinden itibaren uzay kabul edildiğine dair uluslararası örf ve adet hukuku oluştuğu söylenebilir.⁸¹

Diğer tanım tartışması uzay nesnelere dairdir. Uzay Antlaşması’nda uzay faaliyetleri, “*insanlığın uzaya girişi*” olarak ifade edilirken; uzay nesnelere tanımı bulunmaz.⁸² Ancak uzay sondası, insan yapımı uydular ve insanlı uzay istasyonları uzay nesnelere olarak kabul edilir.⁸³ Öte yandan fırlatılan uzay nesnelere, geri dönüşlerinin uzay nesnelere kaynaklanan sorumluluğa girdiği ilk kez Kurtarma Antlaşması’nda belirtilir.⁸⁴ Sorumluluk Antlaşması ise madde I(b)’de “*uzay nesnelere fırlatma teşebbüsünün de fırlatmanın kendisine dahil olduğunu*” ifade ederek sorumluluğu genişletir. Uzay nesnelere “*kendisini oluşturan parçalar, fırlatma aracı ve onun parçaları*”nı da kapsadığını tanımı ise madde I(d)’de yer alır.⁸⁵

⁷⁶ Bal (n 74) 1470.

⁷⁷ Ibid. 1476-1677; Kaşıkara (n 61) 20; Reşat Volkan Günel, *Uzay Hukuku Açısından Uzay Madenciliği* (Turhan 2016) 6.

⁷⁸ UN Doc A/AC.105/769, 18 Ocak 2002.

⁷⁹ Konstantin Kakaes, ‘Where Does Space Begin?’ (*MIT Technology Review*, 2019) <<https://www.technologyreview.com/2019/06/26/238928/where-does-space-begin/>> Erişim Tarihi 10 Şubat 2020; Bal (n 74) 1478.

⁸⁰ Maćák (n 72) 3.

⁸¹ Bal (n 74) 1519.

⁸² 1967 Uzay Antlaşması (n 58) Önsöz para.1; Frans G. von der Dunk, ‘Defining Subject Matter under Space Law: Near Earth Objects versus Space Objects’ (2008) 25 *Space, Cyber, and Telecommunications Law Program Faculty Publications* 293, 294-296.

⁸³ Ibid 295.

⁸⁴ 1968 Kurtarma Antlaşması (n 64).

⁸⁵ 1972 Sorumluluk Antlaşması (65) .

Buna göre insanlığın roketler ile, roketlerin de dahil olduğu, uzaya fırlattığı insan yapımı nesnelere, uzay nesnelere. Uzay sondaları, yapay uydular, uzay silahları, uzaya fırlatıldıktan sonra geri dönebilen ya da kalan uzay araçları, uzay istasyonları ve her türlü araç buna dahildir.

2. Uzayın Silahsızlanması

Uzayın silahlanması ise günümüzde de önemini koruyan bir mesele olarak devam etmektedir. Silahsızlanma anlaşmalarının uluslararası hukuktaki tarihi, neredeyse insancıl hukukun oluşmaya başladığı dönemlere kadar uzanır. Uzayı içeren ilk silahsızlanma antlaşması ise 1963 Moskova Kısmi Nükleer Deneme Yasağı Sözleşmesi'dir. Uzayın silahsızlanmasının tüm kurallarını oluşturacak bir antlaşma bulunmasa da; Uzay Antlaşması ve Ay Antlaşması buna dair hükümler içerir.⁸⁶ Ancak Ay üzerinde askeri nitelikteki hiçbir faaliyete veya bilimsel araştırmalar için askeri personel bulundurulmasına izin vermeyen Ay Antlaşması, önemli uzay gücüne sahip devletlerce imzalanmadığı için Uzay Antlaşması kadar evrensel değildir.⁸⁷

Uzay silahsızlanmasında iki yaklaşım vardır: güvenlikçi ve sürdürülebilirlikçi. Uzayın güvenliği (space security) kampı - Çin ve Rusya - uzayda silahsızlanmayı talep eder ve desteklerken⁸⁸; uzay sürdürülebilirliğinin (space sustainability) daha önemli olduğunu düşünenler - ABD - silahsızlanmanın birincil önemde olmadığını savunur.

Uzay sürdürülebilirliği, temelde uzay güvenliğinin bir parçasıdır. Ancak başlangıçta uzay güvenliği, yalnızca tanıma ve iletişim kabiliyetleri olarak anlaşılmış ve silahlanmadan ziyade, uzayda güç kazanma yoluyla diğer devletleri etkileme aracı olarak görülmüştür.⁸⁹ Örneğin Çin'in uzay programının temel amacı; gerçek anlamda uzayı kullanmak değil, gücünü arttırarak süper güç olmak ve saygınlık kazanmak

⁸⁶ UNODA Disarmament Treaties, <<http://disarmament.un.org/treaties/>>

⁸⁷ En önemli uzay güçleri olan ABD, Çin ve Rusya antlaşmayı imzalamamıştır. Signatory Status (n 67); 1979 Ay Antlaşması (n 67) M.3(4).

⁸⁸ Rusya ve Çin, BM'ye uzayın silahsızlanmasına yönelik tasarılar sunsa da; ABD tarafından bu tasarılar engellenmiştir. Sovyetler Birliği'nin (SSCB) 1981'de BM'ye sunduğu ilk tasarı, BM'nin amacı olan uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması için Şart'ın yasakladığı güç kullanımının uzayı da kapsamasını amaçlamıştır. Letter dated 10 August 1981, UNGA A/36/192, 20 Ağustos 1981; Paul Mayer, 'The CD and PAROS: A Short History' (UNIDIR The Conference on Disarmament and the Prevention of an Arms Race in Outer Space, Nisan 2011) <<https://www.unidir.org/files/publications/pdfs/the-conference-on-disarmament-and-the-prevention-of-an-arms-race-in-outer-space-370.pdf>> Erişim Tarihi 10 Mart 2020. Hollanda ve İsveç, tasarıyı desteklemesine rağmen silahların üretimi, testi ve kullanımının yasaklanmasını eleştirmiştir. ABD ise "uydu karşıtı sistemlerin geliştirilmesi yasağı"nın silahsızlanmadan önemli olduğunu ve SSCB'nin de uyduları yok edebilecek silahlara sahip tek ülke olduğunu savunmuştur. 1982'deki tasarısı da sonuçsuz kalan SSCB, 1983'te "atmosfere ve uzaya, herhangi bir silah gönderilmesi veya denenmesini" yasaklayan bir taslak göndermiştir. 1985'te bu kez Çin ile birlikte hazırladığı tasarı sonrasında Silahsızlanma Komitesi, Uzayda Silahlanma Yarışının Önlenmesi Antlaşması (PAROS)'nin görüşülmesi için *ad hoc* komite kurdu; ABD'nin engellemeleri 1995 itibariyle komiteyi işlevsiz hale getirmiştir. UN Yearbook 1981 80-84; UNGA A/RES/36/35, 18 Aralık 1981; UNGA A/RES/36/99, 9 Aralık 1981; Letter dated 19 August 1983, UNGA A/38/194, 23 Ağustos 1983; Serap Gürsel, 'Uzayda Silahsızlanma ve Silahların Kontrolü' (2019) 5(53) SSS Journal 7569, 7584.

⁸⁹ M. Sheehan, 'Viewpoint: Space security and developing nations' (2016) 37 Space Policy 20, 20.

olmuştur.⁹⁰ Hindistan ise uzay gücü olmak için gereken ekonomik ve teknolojik gelişmeleri kullanarak; komşusu ve rakibi Çin'e karşı siyasi ve teknolojik üstünlük kurmayı, Güney Asya'daki baskınlığını arttırmayı ve Bağlantısızlar Hareketi'nin lideri olduğunu göstermeyi amaçlamıştır.⁹¹ Görüldüğü üzere uzay güvenliği, uzayda askeri güç kazanmaktan farklı güvenlik endişeleri barındırmasıyla devletler için farklı anlamlar taşımıştır.

Uzay teknolojisi ve hukuku geliştikçe devletlerin endişeleri de değişmiştir. Avrupa Uzay Politikaları Enstitüsü'nün uzay güvenliğini ikiye ayırması bunun sonucudur. AUPE'ye göre uzay güvenliği savunma için uzay ve uzayın savunmasından oluşur. Savunma için uzay; yörüngedeki uzay araçları ve yapay uyduların güvenliği ile bunların, devletlerin askeri güvenliğine katkılarını; uluslararası güvenliğe destek kabiliyetini ve uzaya güvenli erişimi kapsar. Uzayın savunması ise yapay uydulara karşı askeri tehditler ve yapay uydular için askeri faaliyetleri ifade eder.⁹² Mayence ise uzay güvenliğini, üç boyutlu tanımlar. Bu tanımlar güvenlik için uzay – dünyanın güvenliği ve savunması için uzayın kullanımı –, uzaydaki güvenlik – uzay varlıklarını yapay veya doğal tehditlerden koruma ve uzay faaliyetlerinin devamlılığını sağlama –, ve uzaydan güveniktir – uzaydan, insan hayatını ve dünyanın çevresini doğal tehditlere karşı koruma.⁹³ Uzaydan güvenlik, uzay güvenliğine insani güvenliği de katması açısından önemlidir. Böylece insan hayatı ve insanın yaşadığı çevrenin korunmasının, uzay yolu ile yapılması gerektiği vurgulanır. Bunun için gerekenler askeri teçhizatlar, üsler ya da personeller değil; kurtarma ve afet yönetimi takibi için iletişim ve tanıma araçları, ağır hava şartları takibi için kullanılan uzay araçlarıdır.⁹⁴ İnsan güvenliğini çevre, refah, afetlere karşı koruma ve tedbirler bağlamında içine alan uzay güvenliğinin önemli bir kısmı, uzayın askeri kullanımı ile ilgilidir. Bu bağlamda uzayın silahsızlanmasını savunan Rusya, Çin –ve silahsızlanma tasarılarına destek veren AB üyeleri - için uzayın güvenliğini önceliyor demek yanlış olmaz.

Uzay sürdürülebilirliği ise uzayın silahsızlandırılmasına karşı çıkan ABD'nin oluşturduğu, uzay güvenliğinin bir parçasıdır.⁹⁵ ABD; güvenlikçi Rusya ve Çin'in tasarılarına karşı çıkmasına yapılan eleştiriler üzerine, uzayın sürdürülebilirliğinin silahsızlanmadan daha önemli olduğunu ortaya atar. Yeni bir uzay kavramı oluşturan ABD'ye göre, uzay çevresi, dünyanın –öncelikle ABD'nin - ekonomik

⁹⁰ James A. Lewis, 'China as a Military Space Competitor' (*Center for Strategic and International Studies*, 1 Dec 2005) <<https://www.csis.org/analysis/china-military-space-competitor>> Erişim Tarihi 27 Mart 2020.

⁹¹ Stephan F. von Welck, 'India's Space Policy: A Developing Country in the "Space Club"' (1987) 3(4) *Space Policy* 326, 327.

⁹² ESPI Report, 'Europe, Space and Defence' (2020) (72) *European Space Policy Institute*.

⁹³ JF Mayence, 'Space security: transatlantic approach to space governance' iç Jana Robinson vd. (eds), *Prospects for Transparency and Confidence-building Measures in Space* (ESPI 2010) 35; M. Sheehan, 'Defining Space Security' iç Schrogl Kai-Uwe vd. *Handbook of Space Security*. (Springer 2015) 10; Sheehan (n 91) 21.

⁹⁴ Sheehan (n 93) 10.

⁹⁵ Sheehan (n 91) 22.

ve ticari gelişimi için; dolayısıyla ulusal çıkarları için hayati öneme sahiptir.⁹⁶ Uzayın çevresinin güvenceye alınmasıyla uzay faaliyetlerini güvenceye almak isteyen ABD için uzay sürdürülebilirliği uzayın silahsızlanmasından önceliklidir. Sürdürülebilirliğin karşısındaki en güçlü tehdit ise öngörülemez olması dolayısıyla uzay çöpleridir. Bu amaçla uzay sürdürülebilirliğinin temel unsuru, uzay atıkları⁹⁷ ve uzay araçlarına dair istihbaratta işbirliğidir. Uyduların zarar görmesini engellemek için meteor gibi uzayda kendiliğinden bulunan/oluşan uzay varlıkları, yapay uydular ve güneş gibi uzay havasını etkileyen koşullar da takip edilmelidir.⁹⁸

D. Uzay Hukukunun Gelişimindeki Problemler

Uzayın silahsızlanması tasarılarına devam eden Rusya ve Çin, 2008'de Silahsızlanma Konferansı'na bir tasarı göndermiştir. Bu tasarı, uzay hukukunda daha önce bahsedilen tanım meseleleri ve uzayın silahsızlanmasındaki eksik konuları kapsamı açısından önemlidir. Uzayda Silahlanmanın Önlenmesi Antlaşması (PPWT) tasarısında⁹⁹ tanı sorunu şu şekilde çözülür:

Madde 1(a): “uzay; deniz yüzeyinin 100 km üzerinden başlar”

Madde 1(b): “uzay nesnelere; uzayda faaliyet gösteren, bir gök cismine, yörüngesine fırlatılan ya da yerleştirile, bir gök cisminden diğer bir gök cismine doğru hareket eden ya da yörüngesini terk eden, ya da herhangi bir yolla uzaya yerleştirilmiş olan her türlü araçtır”

Madde 1(e): “güç kullanımı ya da güç kullanma tehdidi; uzay nesnelere karşı, onları yok etmek, tahrip etmek, çalışma fonksiyonlarını geçici ya da kalıcı bozmak ya da yörünge ayarlarını özellikle değiştirmek gibi düşmanca hareketlerde bulunmak veya bulunmakla tehdit etmektir”¹⁰⁰

ABD, tasarısındaki güç kullanma tanımını, hem kalıcı ve geri döndürülemez, hem de geçici ve geri döndürülebilir zararları içermesi açısından, fazla kapsamlı ve

⁹⁶ Office of Space Commerce, National Space Policy of the USA (2010) <<https://www.space.commerce.gov/policy/national-space-policy/>> Erişim Tarihi 03 Mart 2020.

⁹⁷ Uzay atığı, uzay hurdası veya yörüngesel çöp/atık olarak da ifade edilebilen ve sürdürülebilirliğin olduğu kadar uzay güvenliğinin en önemli tehditlerinden olan uzay çöpleri; fırlatıldıktan sonra kullanılmaz hale gelerek yörüngede ve uzayda serbestçe dolanan/kör devinin insan yapımı nesnelere. Jennifer Wall, ‘What Is Orbital Debris?’ (NASA, 2010) <<http://www.nasa.gov/audience/forstudents/5-8/features/nasa-knows/what-is-orbital-debris-58.html>> Erişim Tarihi 10 Haziran 2020; Kaşıkara (n 61) 124. 2020'nin ilk aylarında 10 cm'den küçük yaklaşık 900.000; 10 cm'den büyük ise yaklaşık 34.000; neredeyse 8.000 metrik ton uzay çöpi tespit edilmiştir. Orbital Debris Program Office, ‘Orbital Debris Amounts’ <<https://orbitaldebris.jsc.nasa.gov/faq/#>> Erişim 14 Nisan 2020; Space Debris Office, ‘Space Debris by the Numbers’ (European Space Agency, 2020) <https://www.esa.int/Safety_Security/Space_Debris/Space_debris_by_the_numbers> Erişim Tarihi 16 Nisan 2020. İnsan yapımı ya da doğal kaynaklı (meteor) uzay çöplerinin sayısının çokluğuna rağmen, önemli etkiye sahip çarpışmaların sayısı görece azdır. Örnekleri şunlar: 1996'da, 10 yıl önce patlamış bir Fransız roketi ile Fransız uydusunun çarpışması; 2007'de, Çin'in uydusu karşıtı silahla eski bir uydusunu yok etmesi; 2009'da, aktif olmayan bir Rus uydusunun aktif bir ABD ticaret uydusunu yok etmesi ve 2013'te, uzay çöplerinin bir Rus uydusunu kullanılmaz duruma getirmesi. Mark Garcia, ‘Space Debris and Human Spacecraft’ (NASA, 13 Apr 2015) <http://www.nasa.gov/mission_pages/station/news/orbital_debris.html> Erişim Tarihi 01 Nisan 2020; Gürsel (n 88) 7574.

⁹⁸ Sheehan (n 93) 15-6; (n 91) 22; Gürsel (n 88) 7574.

⁹⁹ CD/1839, 29 February 2008.

¹⁰⁰ İbid.

belirsiz olmakla eleştirir.¹⁰¹ Ayrıca Çin'in 2007'de uydu karşıtı silah fırlatmasının zamanlamasından yararlanarak, tasarının yeryüzünde silah geliştirilmesi/denenmesini yasaklamaması ve uydu karşıtı silahları dışarda bırakmasını eleştirir. Uzayın tek süper gücü olmasını sağlayacak teknolojik ve askeri ilerlemesi için uydularının güvenliğine bağlı olan ABD'ye göre Çin'in uydu karşıtı silahları büyük risk oluşturur.¹⁰² ABD, kendisi de 2008'de eski bir uydusunu yok ederek, uzaydaki rekabetin daha da ateşleneceğini göstermiştir.¹⁰³ Diğer yandan Çin'in tehlikeli oranda uzay çöpü yaratmasına yönelik eleştirilere, Çin'in Asya'daki rakipleri Hindistan ve Japonya da katılır. Rusya ise Çin'i kınasa da; “*Pandora'nın kutusunu açanın Çin olmadığını*” belirterek uzayın silahsızlandırılması gerekliliğine vurgu yapmak için bir fırsat bulmuş olur.¹⁰⁴

2008'deki tasarıda, güç kullanma tehdidinin tam olarak neleri kapsadığının net olmadığını vurgulayan ABD, “*uydu karşıtı silah geliştirmenin tehdit olup olmadığı*”, ya da “*bir devletin kendi uydusunu yok etmesinin diğerleri için tehdit olmadığı*”¹⁰⁵ sorularını sormuş ve kendi uydusunu yok eden Çin'den böyle bir tasarı gelmesine gönderme yapmıştır.

Bir tasarıları daha sonuçsuz kalan Rusya ve Çin'in 2014'te Komite'ye gönderdiği yeni PPWT tasarısında, uzay tanımının çıkarılmış ve uzay nesnelere “*uzayda çalışması için geliştirilen ve uzaya yerleştirilen araçlar*” olarak tanımlanmıştır. Güç kullanma ve güç kullanma tehdidini ayrı tarif eden tasarıda güç kullanma “*bir başka devletin kontrolünde ya da yetkisi altındaki bir uzay nesnesinde hasar oluşturma niyeti ile gerçekleştirilen her türlü eylem*” olarak; güç kullanma tehdidi ise “*(bu) eylemlerin niyetinin yazılı, sözlü ya da başka bir şekilde açıkça ifade edilmesi*” olarak belirlenmiştir.¹⁰⁶ ABD'nin daha öncesinde belirsizlik yaratması nedeniyle fazla kapsamlı bulunduğu tanımdan geçici, kalıcı, geri döndürülebilir veya döndürülemez ibarelerinin çıkarılması ABD'nin eleştirilerinin önüne geçememiştir. ABD bu kez “*geçici ve geri döndürülebilir hasar oluşturan eylemlerin dışarıda mı bırakıldığı*” yoksa “*bu tür eylemlerin tahrip amacıyla gerçekleştirildiğinde mi dışarıda bırakıldığı*” sorularını sormuş¹⁰⁷ ve tasarının uluslararası hukuk ilkelerini tanımlayamayacağına dikkat çekmiştir.

¹⁰¹ Mačák (n 72) 9; CD/1847, 24 Ağustos 2008.

¹⁰² Carin Zississ, ‘China’s Anti-Satellite Test’ (Council on Foreign Relations, 2007) <<https://www.cfr.org/backgrounder/chinas-anti-satellite-test>> Erişim Tarihi 09 Mart 2020.

¹⁰³ Çin – ABD arasındaki bu rekabetin Rusya’yı dışarıda bırakacağı yorumları başlasa da, Çin’in uydu karşıtı silah fırlatmasını diplomatik açıdan, uzay silahsızlanmasının gerekliliğini gösterme yolu yorumları da yapıldı. Bruce W. MacDonald, ‘China, Space Weapons, and U.S. Security’, Council on Foreign Relations Special Report No. 38, September 2008, <www.cfr.org/publication/16707/china_space_weapons_and_us_security.html> Erişim Tarihi 8 Şubat 2021; *ibid.*

¹⁰⁴ Russia News, ‘Russia against Militarizing Outer Space’ (Sputnik News, 6 Feb 2007) <<https://sputniknews.com/russia/2007020660290281/>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2019.

¹⁰⁵ CD/1847 (n 101) 4.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ CD/1998, 3 Eylül 2014 para 13.

ABD, yürürlükte olan uluslararası hukuk kurallarının, güç kullanma veya güç kullanma tehdidini tanımlamayıp BM Şartı madde 2(4) ile açıkça yasakladığını ve bu yasağın uzayı da kapsadığını belirtmiştir.¹⁰⁸ Güç kullanma tanımında “niyet”in vurgulanmasını ise niyetlenmeksizin uzay nesnelere zarar vermenin güç kullanma sayılıp sayılmayacağı konusunda belirsizlik yaratacağını savunmuş¹⁰⁹ ve bir eylemin uluslararası hukuka göre güç kullanımı olması için verilen zararın amaçlanması veya amaçlanmamasının önemsiz ifade etmiştir.¹¹⁰ Bu bağlamda, zarar verebilecek araçların sadece uzaya fırlatılması ya da yerleştirilmesinin yasaklanması da yeterli değildir. ABD’ye göre bahsi geçen araçların araştırılması, geliştirilmesi, üretilmesi, saklanması ve denenmesinin yasaklanmaması, tasarının tutarsızlığıdır.¹¹¹

2015’te eleştirilere cevap veren Çin ve Rusya ise ABD’yi, tasarımı önce kapsamlı sonra da dar bulması nedeniyle tutarsızlıkla suçlar. Tasarının temelde uzayda silah bulundurmaya yasaklamayı amaçladığını açıklayan güvenlikçiler; araştırma, geliştirme, üretme ve depolamanın; uzaya fırlatılması, yerleştirilmesi ve kullanılması yasak silahlar için devletler açısından rasyonel bir tercih olmadığından ayrıca yasaklanmasına gerek duyulmadığını belirtir.¹¹²

Uzay hukukunda aşılabilen problemlerden bir diğeri ise Ay Antlaşmasıdır. Antlaşmanın uzayın süper güçleri tarafından – uzay güvenliği kampı ve sürdürülebilirliği kampı – imzalanmaması uluslararası sistem için azımsanmayacak bir risktir. ABD’nin imzalamaması ise önemli silahsızlanma karşıtı olması bağlamında önemlidir. Dönemin başkanı Jimmy Carter imzalamayı düşündüğü ifade edilse de; antlaşmanın kurulması öngördüğü Uzay Rejimi’nin tüm devletlerin eşitliğine dayalı olmasının ABD için kabul edilemez olması ile baskı gruplarının imza engellenmiştir.¹¹³

ABD’nin Ay Antlaşması’nı imzalamamasına rağmen, açık bir pozisyon belirtmemesi de antlaşma için olumsuz havayı dağıtmıştır. Uzay Yasası’nın diğer 4 antlaşmasını onaylayan ABD’nin Ay Antlaşması’ndan hiç bahsetmemesi; antlaşmayı imzalamayarak hukuki açıdan reddetse de, başlarda siyasi açıdan açıkça reddetmemesi

¹⁰⁸ İbid. Para 14.

¹⁰⁹ Mačák (n 72) 9.

¹¹⁰ CD/1998 (n 105) para 12.

¹¹¹ İbid. Para 9.

¹¹² CD/2042, 14 Eylül 2015 para 3-5. 2016’da Rusya’nın uzaya fırlattığı silahın yarattığı tartışma ise ABD’nin Rusya’yı gerçekten silahsızlanma taraftarı olmamakla suçlamasına ortam hazırladı. Bu silah ABD istihbaratına göre uydu karşıtı silah olsa da; kesinliği bulunmamaktadır. Jim Scuitto vd. ‘Sources: Russia tests anti-satellite weapon’ (CNN, 21 Dec 2016) <<https://www.cnn.com/2016/12/21/politics/russia-satellite-weapon-test/index.html>> Erişim Tarihi 12 Nisan 2020; George Leopold, ‘Russian Test Reported, but Was It ASAT?’ (Defense Systems, 22 Dec 2016) <<https://defensesystems.com/articles/2016/12/22/russian.aspx>> Erişim Tarihi 16 Ocak 2020.

¹¹³ Öngörülen Uzay Rejimi yapısı eşit katılımcılardan oluşmasının yanı sıra, uzayın kontrolü, kontrolün reddi, uzay araçlarının sınırlama, düzenleme ve hatta uzayda dolaşım serbestisine karar yetkili olacaktır. Tütüncü (n 40) 987.

olumlu görülmüştür.¹¹⁴ Ne var ki başkan Trump'ın 6 Nisan 2020 kararnamesinde açıkça, ABD'nin Ay Antlaşması'nı “ne imzaladığı ne onayladığını” tasdiki ve “uzayı evrensel ortak varlık” kabul etmediğini ilanı, ciddi bir risk yaratmaktadır.¹¹⁵ ABD'nin, kararnameden bir ay geçmeden, Ay'daki doğal kaynakların bulunması ve araştırılmasına yönelik hazırladığı Artemis Anlaşmasını, onaylayabileceğini düşündüğü devletlere sunacağını ilan etmesi¹¹⁶ ile birlikte Ay'ın ve belki uzayın sömürülmesi endişelerinin önüne geçilemediği de ortaya çıkmıştır.¹¹⁷ ABD'nin antlaşmayı tanımamasının ötesinde, Ay'ı ve uzayı insanlığın ortak mirasından görmediğini açıklamasına ek olarak, uzayda kaynak arama faaliyetlerine yönelik Artemis Anlaşması'nı hazırlamaya başladığı haberleri de, tüm uzay hukuku için endişe kaynağıdır.

III. Uzay Hukuku ve Uluslararası İnsancıl Hukuk

Uluslararası hukuk, uluslararası insancıl hukuk ve uzay hukuku arasında karşılıklı bağımlılık ilişkisi bulunur. İnsancıl hukuk ve uzay hukuku, uluslararası hukukun parçası olduğuna göre, bunlardaki gelişmelerin ilk etkisinin çoğunlukla devletlerin teamüllerinde değişiklik yarattığı, bunların da uluslararası hukuk kurallarını şekillendirdiğini belirtmek yanlış değildir. Ancak her iki hukukun da gelişimi sırasında zorlu aşamalardan geçtiği ve çekişmeler yarattığı da ortadadır.

Uluslararası hukukta yasaklanan güç kullanımının uzay hukukundaki yeri, tanımıyla beraber tartışma konusudur. Ancak güç kullanımı ve güç kullanım tehdidi uluslararası hukukta yasaktır. Uzayın silahsızlanması tartışmalarında uydu karşıtı silahlar düşünüldüğünde, bir devletin diğerini, o devletin uydusuna uydu karşıtı silah göndermekle tehdit etmesi de bu durumda yasaklanmalıdır. Meşru müdafaa açısından bakıldığında ise, başka bir devletin saldırısına uğraması durumunda kendini savunmak adına hareket geçmeye hazır olduğunu açıklayan bir devlet, güç kullanma tehdidi yasağını çiğnemiş olmaz.¹¹⁸ Ayrıca meşru müdafaa hakkını hukuka uygun olarak kullanan devlet, uzayın barışçıl kullanımı ilkesini de ihlal etmiş sayılmaz.¹¹⁹

¹¹⁴ Michael Listner, ‘The Moon Treaty: failed international law or waiting in the shadows?’ (*The Space Review*, 24 Oct 2011) <<https://www.thespaceview.com/article/1954/1>> Erişim Tarihi 10 Şubat 2020.

¹¹⁵ Executive Orders, ‘US Executive Order on Encouraging International Support for the Recovery and Use of Space Resources’ (*White House*, 6 April 2020) <<https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-encouraging-international-support-recovery-use-space-resources/>> Erişim Tarihi 19 Nisan 2020.

¹¹⁶ Joey Roulette, ‘Trump Administration Drafting ‘Artemis Accords’ Pact for Moon Mining’ (*Reuters*, 6 May 2020) <<https://www.reuters.com/article/us-space-exploration-moon-mining-exclusi-idUSKBN22H2SB>> Erişim Tarihi 7 Mayıs 2020.

¹¹⁷ Hüseyin Pazarıcı, *Pozitif Uzay Hukuku ve Bugünkü Sorunları*, iç Seha L. Meray’a Armağan, C. I. (AÜSBFY 1981) 250.

¹¹⁸ Mačák (n 72) 9.

¹¹⁹ Barışçıl kullanımın, “saldırgan olmayan” anlamına geldiği baskın görüş olduğu için; hukuka uygun olan belirli askeri operasyonlar da saldırganlık sayılmadığı için barışçıl kullanım ilkesini ihlal etmez. C. Q. Christol, ‘The Common Interest in the Exploration, Use and Exploitation of Outer Space for Peaceful Purposes: The Soviet-American Dilemma’ (1985) 18(2) *Akron Law Review* 193, 197; S. Hobe ve K-W Chen, ‘Legal Status of outer space and celestial bodies’ iç Ram. S.Jakhu ve Paul Stephen Dempsey (eds) *Routledge Handbook of Space Law* (Routledge 2016) 34.

Güç kullanma tehdidinin “açıkça” ifade edilmesi ise uluslararası hukuk kapsamında bir gereklilik değildir. Bir devlet açıkça savaş ilanında bulunmasa bile, diğer bir devletin sınırına birliklerini konuşlandırması güç kullanmakla tehdit ettiği anlamına gelir.¹²⁰ Uzayda ise başka bir devletin uydularının yakınlarından geçen uzay araçlarının o uydular için tehdit yaratmasına rağmen seyrine devam etmesi, devletler uzay yarışında ise bu tarz bir tehdidin kapsamına girerken; devletlerin böyle bir ilişkisi bulunmuyorsa, güç kullanma tehdidi olarak düşünülmemelidir.

Uzay hukukunda güç kullanmanın silahlı çatışmaya varması için bir eşik üzerinde anlaşılmalıdır. Yine de ticari amaçla uzaya fırlatılan uzay nesnesinin amaçlanmadığı halde başka bir devletin uydusunu tahrip etmesinin güç kullanma olmasına rağmen savaş ilanı sayılmadığı kabul edilir.¹²¹ Rusya ve ABD’nin silahsızlanma tasarılarında anlaşamadığı bu temel ayrımın tespiti ise kolay değildir.

Uzayın silahsızlanması konusunda anlaşmaya varılmamış olması da, uzayda güç kullanımı ihtimalini güçlendirir. Uzayın silahsızlanmasında Japonya ve ABD’nin aynı fikirde; Avrupa Birliği’nin de Rusya ve Çin ile aynı fikirde olması, uzlaşının sağlanması ihtimalini arttırmaz.¹²² ABD’nin uzay teknolojisi konusundaki ilerlemesi, Çin ve Rusya ile yarışını devam ettirmesi; bu yarışa Hindistan¹²³ ve Japonya gibi devletlerin de eklenmesi, uzayda güç yarışının kızışmasına neden olacağı için bağlayıcı bir uzay silahsızlanması antlaşması şart görünse de; ABD için uzay sürdürülebilirliği, tek uzay gücü olmak amacına daha uygundur. ABD, başka devletlerin uzayda silahlanmasını istememesine rağmen, kendisinin silah geliştirmesine engel olacak bir antlaşmanın karşısındadır. ABD hava kuvvetlerinin yanında, 2019’da uzay kuvvetlerinin kurulması, bu bakış açısını gösterir niteliktedir. Başkan Trump’ın “uzay, dünyanın yeni savaş alanıdır” ve “ABD’nin uzay üstünlüğü hayatidir” sözleri ise riskin büyüklüğünü göstermesi açısından önemlidir.¹²⁴

¹²⁰ ICJ Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Merits) (1986) Judgment 14 para 227.

¹²¹ Mačák (n 64) 10.

¹²² Gürsel (n 88) 7573.

¹²³ Hindistan 2019’da uyduları silah denemesi yaparak uzay yarışında kendisinin de olduğunu gösterdi. Bu denemesi nedeniyle oluşan tepkileri, hiçbir devleti hedef almadığı ve fırlatılan silahın kalıcı uzay çöplüğü oluşturmayacağı açıklamasıyla yumuşattı. Uzayda silahlanma yarışına girmeyeceğini ilan eden Hindistan; ABD, Rusya ve Çin’den sonra dördüncü uzay gücü olması ile uzay yarışında Çin’in takipçisi olacağını sinyallerini de verdi. Rakibi Çin ile silahsızlanma tasarılarında ortaklık yapan Rusya ise Hindistan’ı da tasarıya davet ederek, tasarıya güç kazandırma çabasına girdi. BBC India, ‘US Space Debris Warning after India Test’ (*BBC News India*, 28 Mar 2019) <<https://www.bbc.com/news/world-asia-india-47729568>> Erişim Tarihi 09 Nisan 2020; HT, ‘On Mission Shakti, Russia Asks India to Join Effort against Arms Race in Space’ (*Hindustan Times*, 29 Mar 2019) <<https://www.hindustantimes.com/india-news/on-mission-shakti-russia-asks-india-to-join-efforts-against-arms-race-in-space/story-gfY3ENSh2jWwOtycZ0QGaJ.html>> Erişim Tarihi 11 Nisan 2020; Dipanjan Roy Chaudhury, ‘Russia Puts Onus on US for Early Outer Space Rules after India’s Test’ (*The Economic Times*, 29 March 2019) <<https://economictimes.indiatimes.com/news/defence/russia-puts-onus-us-for-early-outer-space-rules-after-indias-test/articleshow/68626644.cms>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2020.

¹²⁴ David Smith, ‘“Space Force”: Trump Orders New Branch of US Military’ (*The Guardian*, 19 Jun 2018) <<https://www.theguardian.com/us-news/2018/jun/18/space-force-donald-trump-orders-new-branch-of-us-military>> Erişim Tarihi 16 Nisan 2020; AP in Washington, ‘Donald Trump Officially Launches US Space Force’ (*The Guardian*, 21 Dec 2019) <<https://www.theguardian.com/us-news/2019/dec/21/donald-trump-officially-launches-us-space-force>> Erişim Tarihi 14 Nisan 2020.

İnsanlığın uzay teknolojisine bağlılığı, uzayın barışçıl kullanılmasını gerektirir. Ancak barışçıl olmayan durumlarda ise dünyada uygulanan kurallar, insancıl hukuk kapsamında olduğu için insancıl hukukun uzayı da nasıl kapsayacağı açıklanmalıdır. İlk başlarda dünyadaki düşmanlıkların uzayı etkileyemeyeceği varsayımı, uzay hukukunun bu yönde gelişmesini engellemiştir.¹²⁵ 1977 Cenevre Sözleşmeleri Ek Protokolleri'nde uzayın kapsama alınmaması da bunu desteklemiştir.

Bu bağlamda ilk önemli husus, insancıl hukukun dünya yüzeyi ile sınırlanmaması gerektiğidir.¹²⁶ İkinci husus, Uzay Antlaşması'na göre uluslararası hukuk uzayda uygulanabildiğine ve insancıl hukuk da bu hukukun bir parçası olduğunda göre; insancıl hukuk uzayda geçerli olmalıdır. Cenevre Sözleşmeleri kapsama almamış olsa da, insancıl hukuka her durumda uyulması gerekliliği uzaya genişletilmelidir.¹²⁷ Bu bağlamda, uzayda bir askeri operasyon durumunda hangi hukukun ilkelerinin uygulanacağını tespiti için temel insancıl hukuk ilkeleri ile uzay hukuku ilkeleri bir arada düşünülerek incelenmelidir.

A. Uzayda Ayrım Gözetme

İnsancıl hukukta bulunan savaştan/savaşmayan ayrımı uzay hukukunda bulunmamaktadır. Ayrım gözetme ilkesi; çatışmalar ile ilgisi bulunmayan sivillerin hedef alınmasını yasaklar.¹²⁸ Savaş dışı olmayan düşman askerleri ise bu kural dışındadır. Bu ayrımın uzayda olmamasının ötesinde, uzay hukuku kapsayıcılık ve eşitlik ilkesine dayanır. Uzay hukukuna göre uzayda bulunan herkes, “insanlığın adına” oradadır ve özel düzenlenmiş, eşit korunma yasaları vardır. Uzay Antlaşması'nın yanı sıra Sorumluluk Antlaşması da, uzayda bulunan bir insana, ihtiyaç duyduğunda yardım etmek veya onun dünyaya dönmesini sağlamanın tüm dünya devletlerinin sorumluluğu olduğunu belirtir.¹²⁹ Ancak uzay hukuku uzayın barışçıl kullanımını şart koşarak oluşturulduğu için uzayda başka bir devlet yetkisindeki uzay nesnesine karşı güç kullananlar insancıl hukuk kapsamında savaştan taraf kabul edilebilir. Öte yandan bir askeri operasyonun uzayda gerçekleşmemesine rağmen uzay nesnelere ile desteklenmesi nedeniyle, uzay nesnelere de savaştan taraf kabul edilmesi olası görülebilir. Bu açıdan bakıldığında, yapay uyduların devletler ile ilgili istihbarat sağlaması, devletlere savaş teknolojilerini geliştirmek için ekonomik ve teknolojik katkılar sunuyor olması da, dünyada gerçekleşen askeri operasyonlara katkı sunuyor denebilir.¹³⁰ Bu bağlamda yapay uyduların askeri hedeflerden sayılması söz konusu

¹²⁵ Uzayı “savaştan bir dünya” olarak gören Hindistan başlangıçta IHL'nin uzayda uygulanamayacağını savunmuştur. UN Doc. A/AC.105/PV.3, 7 May 1962 63.

¹²⁶ Mačák (n 72) 11.

¹²⁷ İbid 12.

¹²⁸ 1977 Cenevre Sözleşmeleri EP I (n 29) M. 51(3).

¹²⁹ 1967 Uzay Antlaşması (n 58) M. V(I); 1972 Sorumluluk Antlaşması (n 65) M. I.

¹³⁰ M Bourbonnière, ‘Law of Armed Conflict (LOAC) and the Neutralisation of Satellites or Ius in Bello Satellitis’ (2004) 9 JCSL 43, 64.

olacağı için yapay uyduların askeri görüntüleme ve tanıma işlevi gösterenlerinin hedef haline gelebilmesi, ancak ticari uyduların bu kapsama alınmaması gerektiği söylenebilir. Uzay hukukunun kapsayıcılık ve eşitlik ilkeleri ile devletlere yüklediği sorumluluğun ayırım gözetmediği düşünüldüğünde; uzay hukukunun bu kuralların insancıl hukukun ayırım gözetme ilkesinden daha genel bir kural oluşturduğu görülmektedir. Bu bağlamda insancıl hukukun ayırım gözetme ilkesinin *lex specialis* olduğu ve uygulanması gerektiğini söylemek yanlış olmamakla beraber; uzay ayırım gözetme ilkesi olarak adlandırılabilir.

B. Uzayda Orantılılık

Askeri hedef olan ve askeri operasyonlara katkısının sınırları bilinmeyen uzay nesnelere, insancıl hukukun orantılılık ilkesi ile değerlendirilmelidir. Uzay nesnelere askeri operasyonlara katkı yapıyor olsa da, aynı anda barışçıl ticari faaliyetlerde de kullanılıyor olabilir. Bu durumda da insancıl hukuk gereği, askeri hedef olmalarına rağmen tamamen tahrip edilerek kullanılmaz hale getirilemezler.¹³¹ Uzay nesnelere askeri operasyonlara hangi açıdan katkı sunduğu, savaşan devlete teknolojik ilerleme için katkı veya istihbarat sağlayıp sağlamadığı, bu işlevlerini hangi yollarla kullandığı ve bu işlevlerin tahrip edilmesinin siviller için yaratacağı risklerin hesaplanması, uzay hukukunun özel durumları düzenlememesi nedeniyle, insancıl hukukun orantılılık ilkesine göre uygulanabilir. Kısaca bir yapay uydunun askeri hedef haline gelmesine bağlı olarak büyük tahribata uğraması sonucu dünyadaki sivil yaşama etki etmesinin önüne geçilmesi, uzayda insancıl hukukun orantılılık ilkesinin uygulanmasına bağlıdır.

C. Uzayda İhtiyatlılık

İhtiyatlılık ilkesi savaş sırasında, askeri operasyonlardan sorumlu olanların, sivil yaşamın devamlılığı için gerekli olan ve askeri özelliği de olmayan koşul ve nesnelere korumasını öngörür.¹³² Askeri uzay operasyonlarında özellikle uzay çöpleri göz önünde bulundurulmalıdır. Ticari veya askeri amaçlar dışında; kendi uydusunu tahrip için uzay nesnesi fırlatmak dahi uzay çöprü yaratacağı için risklidir. Bu nedenle uzaya fırlatılan nesnelere oluşturacağı riskler hesaplanmalıdır. Ayrıca askeri ve ticari kullanımı amaçlayan uzay nesnelere kaynaklanacak riskler de göz önüne alınmalı ve uzayın özgür kullanımı ihtiyatlı sağlanmalıdır. Uzayda ihtiyatlılık olarak adlandırılabilir bu ilke, “askeri” kapsamına girse dahi uzay çöprü oluşturmadan müdahaleyi öngören insancıl hukuka uygundur ve uzayın özgür kullanım ile karşılaştırıldığında *lex specialis* niteliği taşır.

¹³¹ Mačák (n 72) 14.

¹³² İbid 15.

Sonuç

Uluslararası insancıl hukuk, savaş dönemlerinde devletlerin uyması gereken kuralları belirlerken, vazgeçilmeyen ilke devlet egemenliğidir. Uzay hukukunda ise en önemli ilkeler uzayın insanlığın tümüne ait olduğu ve uzayın serbestliğidir. İnsancıl hukukun, uzay hukuku ortaya çıkmadan önceki uygulama alanı, yeryüzündeki ve çok önemli bir bölümü devletlerin egemenliği altında bulunan topraklardı. Uzay hukukunun uygulama alanı ise uzayın başlangıcından itibaren, yörüngeler, uzay nesnelere, devletlerin egemenlik yetkilerini kullanmaya devam ettiği kendi yapay uyduları ve uzay istasyonlarıdır. Özetle uzay hukukunda devlet egemenliği ve sabit bir toprak parçası bulunmama ile birlikte, devletler yalnızca kendi uzay ajanslarının bulunduğu kısım üzerinde egemenlik hakkına sahiptir.

Uzayın barışçıl kullanımı anlaşmaları bulursa da, uzayın silahsızlanması anlaşılması oluşturulamaması ve uydu karşıtı silahlardan tehdit algılanması, uzay savaşlarının uzak olmadığını düşündürür. Askeri uzay operasyonlarının kapsamı hala belirsizliği koruyor olduğu için de bunlarda uygulanacak özel hukuk kuralları tam olarak belirli değildir. Bu bağlamda insancıl hukuk kurallarının önemli olduğunun vurgulanması gerekir. Askeri uzay operasyonları, savaş durumu yaratması dolayısıyla şu nedenlerden dolayı insancıl hukuk kapsamına girebilir:

İnsancıl hukuk da, uzay hukuku da uluslararası hukukun parçalarıdır.

İnsancıl hukuk, uzay hukukunda olduğu gibi hiçbir ayırım gözetmeden tüm insanlara uygulanır.

Uzay hukukunun devletler için, ortak insanlık adına temel ilkeler tespit etmesi doğası gereği, bir askeri operasyon durumunda yine devletlerin değil insanların korunması söz konusu olacaktır ve bu da insancıl kapsamındadır.

Uluslararası insancıl hukuk ile uzay hukuku ilişkisinde, askeri uzay operasyonları durumunda insancıl hukuk ve uzay hukuku kurallarının çatışması halinde hangi kuralın uygulanacağını uluslararası hukukun *lex specialis derogat legi generali* ilkesi belirler. Buna göre iki hukuk normunun çatıştığı durumlarda daha özel olan hukuk normu, genel olan hukuk normunu ilga edecektir. Uzay hukuku uluslararası hukukta *lex specialis* niteliğinde olduğuna dair tartışmalar bulunması ile birlikte; insancıl hukuk kurallarının askeri uzay operasyonlarında uygulanabilirliğinin uzay hukuku kurallarının önüne geçmesi, insancıl hukuk kurallarının askeri uzay operasyonlarında *lex specialis* niteliğini ortaya koyar. Diğer bir deyişle, askeri uzay operasyonları bağlamında norm hiyerarşisinde, insancıl hukuk normlarının uzay hukuku normlarına üstün geldiğini gösterir. İnsancıl hukukun uzay hukukunda uygulanan ilkelerinin oluşturduğu ilişki, uluslararası hukukun iki dalı arasından insancıl hukukun daha kapsayıcı olduğunun göstergesidir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- 1856 Paris Declaration Respecting Maritime Law, <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=473FCB0F41DCC63BC12563CD0051492D>>
- 1864 Geneva Convention, <<https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/treaty/geneva-convention-1864.htm>>
- 1868 St Peterburg Declaration, <<https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/declaration1868>>
- 1874 Brussels Declaration, <<https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/135>>
- 1907 - IV Sayılı Lahey Sözleşmesi, <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=BD48EA8AD56596A3C12563CD0051653F>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2019.
- 1949 Cenevre Sözleşmeleri, <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/1a13044f3bbb5b8ec12563fb0066f226/be12c9954ac2aec2c12563cd0042a25c>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2019.
- 1963 Kısmi Nükleer Deneme Yaşığı Sözleşmesi, *UN Treaty Series* 480 (1), Sayı 6964.
- 1967 Uzay Antlaşması: UNGA A/RES/2222(XXI).
- 1968 Kurtarma Antlaşması: UNGA A/RES/2345(XXII).
- 1972 Sorumluluk Antlaşması: UNGA A/RES/2777(XXVI).
- 1975 Tescil Sözleşmesi: UNGA A/RES/3235(XXIX).
- 1977 Cenevre Sözleşmesi EP I, ><https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=50FB5579FB098FAAC12563CD0051DD7C>> Erişim Tarihi 15 Kasım 2019.
- 1977 Cenevre Sözleşmeleri EP II, <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/1a13044f3bbb5b8ec12563fb0066f226/15781c741ba1d4dcc12563cd00439e89>> Erişim Tarihi 15 Kasım 2019.
- 1979 Ay Antlaşması, UNGA A/34/68.
- AP in Washington, ‘Donald Trump Officially Launches US Space Force’ (*The Guardian*, 21 Dec 2019) <<https://www.theguardian.com/us-news/2019/dec/21/donald-trump-officially-launches-us-space-force>> Erişim Tarihi 14 Nisan 2020.
- Ay ve diğer gök cisimleri dahil, uzayın keşif ve kullanılmasında devletlerin faaliyetlerini yöneten ilkeler hakkında Andlaşma: RG, 23 Ekim 1967, Sayı 12732, <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/12732.pdf>> Erişim Tarihi 11 Mart 2020.
- Bal A, ‘Hava-Uzay Araçlarının Hukuki Rejimi’ (2013) Özel sayı (15) DEHKD 1465-1528.
- BBC India, ‘US Space Debris Warning after India Test’ *BBC News* (India, 28 Mar 2019) <<https://www.bbc.com/news/world-asia-india-47729568>> Erişim Tarihi 09 Nisan 2020.
- Bourbonnière M, ‘Law of Armed Conflict (LOAC) and the Neutralisation of Satellites or Ius in Bello Satellitis’ (2004) 9 JCSL 43-69.
- CD/1839, 29 Şubat 2008.
- CD/1847, 24 Ağustos 2008.
- CD/1985, 12 Haziran 2014.
- CD/1998, 3 Eylül 2014.
- CD/2042, 14 Eylül 2015.
- Chaudhury DR, ‘Russia Puts Onus on US for Early Outer Space Rules after India’s Test’ (*The Economic Times*, 29 March 2019) <<https://economictimes.indiatimes.com/news/defence/russia-puts-onus-us-for-early-outer-space-rules-after-indias-test/articleshow/68626644.cms>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2020.

- Christol CQ, 'The Common Interest in the Exploration, Use and Exploitation of Outer Space for Peaceful Purposes: The Soviet-American Dilemma' (1985) 18(2) Akron Law Review 193-222.
- David E, *Principes de droit des conflits armés* (Éditions Bruylant 1994).
- Dunant H, *Un Souvenir de Solferino* (CICR 1862).
- ESPI Report, 'Europe, Space and Defence' (2020) (72) European Space Policy Institute.
- Executive Orders, 'US Executive Order on Encouraging International Support for the Recovery and Use of Space Resources' (*White House*, 6 April 2020) <<https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-encouraging-international-support-recovery-use-space-resources/>> Erişim Tarihi 10 Nisan 2020.
- Finnemore M, *National Interests in International Society* (Cornell Uni Press 1996).
- Garcia M, 'Space Debris and Human Spacecraft' (*NASA*, 13 Apr 2015) <https://www.nasa.gov/mission_pages/station/news/orbital_debris.html> Erişim Tarihi 01 Nisan 2020.
- Günel RV, *Uzay Hukuku Açısından Uzay Madenciliği* (Turhan 2016).
- Gürsel S, 'Uzayda Silahsızlanma ve Silahların Kontrolü' (2019) 5(53) SSS Journal 7569-7577.
- Henckaerts J ve Doswald-Beck L, *Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku*, Emre Öktem vd. (çev) (GSÜ Hukuk Yayınları 2005).
- Harb Felâketzedelerinin Himayesine dair 12 Ağustos 19-19 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin onanması: RG, 30 Ocak 1953, Sayı 8322, <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8322.pdf>> Erişim Tarihi 11 Mart 2020.
- Hobe S. ve Chen K-W, 'Legal Status of outer space and celestial bodies' iç Ram. S.Jakhu ve Paul Stephen Dempsey (eds) Routledge Handbook of Space Law (Routledge 2016).
- HT, 'On Mission Shakti, Russia Asks India to Join Effort against Arms Race in Space' (*Hindustan Times*, 29 Mar 2019) <<https://www.hindustantimes.com/india-news/on-mission-shakti-russia-asks-india-to-join-efforts-against-arms-race-in-space/story-gfY3ENSh2jWwOtycZ0QGaJ.html>> Erişim Tarihi 11 Nisan 2020.
- ICJ Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Merits) (1986) Judgment 14.
- ICRC 'Fundamentals of IHL' <<https://casebook.icrc.org/law/fundamentals-ihl>> Erişim Tarihi 15 Ekim 2019.
- ICRC 'Report for IHL and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts' (32nd International Conference on ICRC, Genova, 2015).
- ICRC 'What is IHL' (2004) <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/what_is_ihl.pdf> Erişim Tarihi 19 Aralık 2019.
- Kakaes K, 'Where Does Space Begin?' (MIT Technology Review, 2019) <<https://www.technologyreview.com/2019/06/26/238928/where-does-space-begin/>> Erişim Tarihi 10 Şubat 2020.
- Kaşıkara MS, *Devletlerin Uzay Faaliyetlerinden Doğan Sorumluluğu* (Adalet 2017).
- Kızılay ve ICRC, *Uluslararası İnsancıl Hukuk* (2014).
- Leopold G, 'Russian Test Reported, but Was It ASAT?' (*Defense Systems*, 22 Dec 2016) <<https://defensesystems.com/articles/2016/12/22/russian.aspx>> Erişim Tarihi 16 Ocak 2020.
- Letter dated 10 August 1981, UNGA A/36/192, 20 Ağustos 1981.
- Letter dated 19 August 1983, UNGA A/38/194, 23 Ağustos 1983.
- Lewis JA, 'China as a Military Space Competitor' (*Center for Strategic and International Studies*, 1 Dec 2005) <<https://www.csis.org/analysis/china-military-space-competitor>> Erişim Tarihi 27 Mart 2020.

- Listner M, 'The Moon Treaty: failed international law or waiting in the shadows?' (*The Space Review*, 24 Oct 2011) <<https://www.thespacereview.com/article/1954/1>> Erişim Tarihi 10 Şubat 2020.
- Mačák K, 'Military Space Operations' (ECIL Working Paper 2020/2) iç Sergey Sayapin (ed) An Introduction to International Conflict and Security Law. (The Hague: T.M.C. Asser Press 2020).
- MacDonald BW, 'China, Space Weapons, and U.S. Security', Council on Foreign Relations Special Report No. 38, September 2008, <www.cfr.org/publication/16707/china_space_weapons_and_us_security.html> Erişim Tarihi 8 Şubat 2021.
- Mayence JF, 'Space security: transatlantic approach to space governance' iç Jana Robinson vd. (edr), Prospects for Transparency and Confidence-building Measures in Space (ESPI, 2010).
- Mayer P, 'The CD and PAROS: A Short History' (UNIDIR The Conference on Disarmament and the Prevention of an Arms Race in Outer Space, Nisan 2011) <<https://www.unidir.org/files/publications/pdfs/the-conference-on-disarmament-and-the-prevention-of-an-arms-race-in-outer-space-370.pdf>> Erişim Tarihi 10 Mart 2020.
- Meray SL, *Devletler Hukukuna Giriş* C. I (3. Bası, AÜSBFY 1968).
-----*Devletler Hukukuna Giriş* C. II (3. Bası, AÜSBFY 1965).
-----'Uzayda devletlerin çalışmasını yönetecek ilkelere ilişkin anlaşma' (1967) 22(1) AÜSBF Dergisi 33-53.
----- *Uzay ve Milletlerarası Hukuk: uzay hukukunda ilk adımlar* (AÜSBFY 1964).
- Office of Space Commerce, National Space Policy of the USA (2010) <<https://www.space.commerce.gov/policy/national-space-policy/>> Erişim Tarihi 03 Mart 2020.
- Orbital Debris Program Office, 'Orbital Debris Amounts' <<https://orbitaldebris.jsc.nasa.gov/faq/#>> Erişim 14 Nisan 2020.
- Pazarıcı H, *Pozitif Uzay Hukuku ve Bugünkü Sorunları*, iç Seha L. Meray'a Armağan, C. I. (AÜSBFY 1981)
-----*Uluslararası Hukuk Dersleri* C. 4 (Turhan 2000).
-----*Uluslararası Hukuk* (Turhan 2005).
- Porras D, 'An Update on Outer Space Security and a Brief History of the Prevention of an Arms Race in Outer Space' (UNIDIR Space Security Fellow Presentation, Palais des Nations, 25 Mayıs 2018).
- Roulette J, 'Trump Administration Drafting "Artemis Accords" Pact for Moon Mining' (*Reuters*, 6 May 2020) <<https://www.reuters.com/article/us-space-exploration-moon-mining-exclusiveidUSKBN22H2SB>> Erişim Tarihi 7 Mayıs 2020.
- Rousseau JJ, *Toplum Sözleşmesi*, Vedat Günyol (çev) (Türkiye İş Bankası Kültür Yay, (1982/2008)).
- Russia News, 'Russia against Militarizing Outer Space' (Sputnik News, 6 Feb 2007) <<https://sputniknews.com/russia/2007020660290281/>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2019.
- Sav Ö, *Uluslararası İnsancıl Hukuk Açısından Savaş ve Barış Hukuku* (TBB 2015).
- Scuitto J vd. 'Sources: Russia tests anti-satellite weapon' (*CNN*, 21 Dec 2016) <<https://www.cnn.com/2016/12/21/politics/russia-satellite-weapon-test/index.html>> Erişim Tarihi 12 Nisan 2020.
- Shaw MN, *Uluslararası Hukuk*, Yücel Acer vd. (çev) (TÜBA 2018).
- Sheehan M, 'Defining Space Security' iç Schrogl Kai-Uwe vd. Handbook of Space Security. (Springer 2015).
----- 'Viewpoint: Space security and developing nations' (2016) (37) Space Policy 20-23.
- Signatory Status: <https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028003b946&clang=_en> Erişim Tarihi 6 Mayıs 2020.

- Smith D, “‘Space Force’: Trump Orders New Branch of US Military” (*The Guardian*, 19 Jun 2018) <<https://www.theguardian.com/us-news/2018/jun/18/space-force-donald-trump-orders-new-branch-of-us-military>> Erişim Tarihi 16 Nisan 2020.
- Sorgucu A, Hava ve Uzay Hukuku (Adalet 2019).
- Space Debris Office, ‘Space Debris by the Numbers’ (*European Space Agency*, 2020) <https://www.esa.int/Safety_Security/Space_Debris/Space_debris_by_the_numbers> Erişim Tarihi 16 Nisan 2020.
- The Law of Hague, <<https://casebook.icrc.org/glossary/law-hague#:~:text=As%20opposed%20to%20the%20law,Conventions%20of%201899%20and%201907>>.
- Treaties, State Parties and Commentaries: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/States.xsp?xp_viewStates=XPages_NORMStatesParties&xp_treatySelected=380>.
- Türkiye Kızılay Derneği, *Kızılay ve Kızılhaç’ın Milletlerarası Kaynakları* (1964).
- Tütüncü Ayşe Nur, ‘Uzay Hukuku ve Uzaydaki Faaliyetlerin Gelişmesiyle İlgili Milletlerarası Sistemin Yapısı, Düzenlediği İlişkiler ve Dayandığı Esaslara Genel Bir Bakış’ (1999) 19(1-2) MHB 979-989.
- , *İnsancıl Hukuka Giriş* (Beta 2019).
- UN Doc A/AC.105/769, 18 Ocak 2002.
- UN Doc. A/AC.105/PV.3, 7 Mayıs 1962.
- UN Doc. A/AC.98/2, 12 Haziran 1959.
- UN Yearbook 1981.
- UNGA A/RES/1348(XIII), 13 Aralık 1958.
- UNGA A/RES/1472(XIV), 12 Aralık 1959.
- UNGA A/RES/1962(XVIII), 27 Kasım 1963.
- UNGA A/RES/1721(XVI), 20 Aralık 1961.
- UNGA A/RES/36/35, 18 Aralık 1981.
- UNGA A/RES/36/99, 9 Aralık 1981.
- UNGA A/RES/41/65, 3 Aralık 1986.
- UNGA A/RES/47/68, 14 Aralık 1992.
- UNGA A/RES/51/122, 13 Aralık 1996.
- Unispace Conferences, <<https://www.unoosa.org/oosa/en/aboutus/history/unispace.html>>
- UNODA Disarmament Treaties, <<http://disarmament.un.org/treaties/>>
- Unooa, ‘The Space Millenium: Vienna Declaration on Space and Human Development’ (Third UN Conference on the Exploration and Peaceful Uses of Outer Space, Vienna, 11-30 July 1999).
- Wall J, ‘What Is Orbital Debris?’ (*NASA*, 2010) <<http://www.nasa.gov/audience/forstudents/5-8/features/nasa-knows/what-is-orbital-debris-58.html>> Erişim Tarihi 10 Haziran 2020.
- von der Dunk FG, ‘Defining Subject Matter under Space Law: Near Earth Objects versus Space Objects’ (2008) (25) Space, Cyber, and Telecommunications Law Program Faculty Publications 293-303.
- von Welck SF, “India’s Space Policy: A Developing Country in the ‘Space Club’” (1987) 3(4) Space Policy 326-34.
- Yamaner MB vd. *12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri*, (GSÜ Hukuk Yay.).
- Zississ C, ‘China’s Anti-Satellite Test’ *Council on Foreign Relations* (2007) <<https://www.cfr.org/background/chinas-anti-satellite-test>> Erişim Tarihi 09 Mart 2020.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ÇEVİRİ / TRANSLATION

Başvuru: 22.10.2019
Revizyon Talebi: 06.10.2020
Son Revizyon Tarihi: 31.01.2021
Kabul: 31.01.2021

Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarının Hatalı Varsayılması Kastı Ortadan Kaldırır Mı?*

Thomas Hillenkamp**, Kai Cornelius***, Buket Abanoz Öztürk**** 

Öz

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata, hata dogmatığının merkezidir ve genç hukukçular için Ceza Hukuku Genel Hükümler bölümünün en problemlili konularındandır. Bu durum, konunun salt kavramsal ve dogmatik bir tartışma değil; aynı zamanda cezai sorumluluğa ve hukuki sonuçlarına doğrudan etki eden bir nitelik taşımasından kaynaklanmaktadır. Çalışmada, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen failin kastının ortadan kalkıp kalkmadığı sorusuna ilişkin Alman Ceza Hukuku doktrininde ileri sürülen teoriler ortaya koyulmaktadır. Alman Ceza Kanunu'nda bu konunun açıkça düzenlenmemiş olması doktrinde zengin tartışmaların doğmasını sağlamıştır. Bu kapsamda öncelikle örnek bir olay kurgulanmış; ardından sırasıyla (1) Katı Kusur Teorisi, (2) Hukuki Sonucu Yönlendirilmiş Sınırlı Kusur Teorisi, (3) Sınırlı Kusur Teorisi, (4) Suçun Olumsuz Unsurları Teorisi ve (5) Değiştirilmiş Kast Teorisi'nin argümanlarıyla birlikte örnek olaya ilişkin çözümleri sunulmuştur. Çalışmanın, Türk hukukunda mevcut bir düzenlemenin varlığına rağmen süregelen tartışmalara ışık tutması ve bu konuda bazı kavramların dilimize aktarılmasında yol gösterici olması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Hata, Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata, İzin koşullarında hata, Ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran veya azaltan nedenlerde hata, Kast, Kusur

* Bu çalışma, Thomas Hillenkamp ve Kai Cornelius'un 2017 yılında 15. Baskısında yayınlanan "32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil" kitabının, hata ve kusur başlıklı üçüncü bölümde yer alan "Schließt die irrige Annahme der tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes (der Erlaubnistatbestandsirrtum) den Vorsatz aus?" başlıklı onuncu problemin çevirisidir. Çeviri sırasında desteğini esirgemeyen, yol gösteren ve bana Almanca'yı en baştan öğreten değerli hocam Hiltrud Kayacan'a teşekkür ederim.

** Thomas Hillenkamp (Prof. Dr.), Heidelberg Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Heidelberg, Almanya. E-posta: hillenkamp@jurs.uni-heidelberg.de

*** Kai Cornelius (Prof. Dr.), Heidelberg Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Heidelberg, Almanya. E-posta: cornelius@jurs.uni-heidelberg.de

**** Buket Abanoz Öztürk (Doktora Öğrencisi/Öğr Gör.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Anabilim Dalı; Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, Adalet Programı, İstanbul, Türkiye. E-posta: babanoz@fsm.edu.tr ORCID: 0000-0002-1886-2595

Atf: Hillenkamp T, Cornelius K, "Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarının Hatalı Varsayılması Kastı Ortadan Kaldırır Mı?" (Buket Abanoz Öztürk çev, 2020) 78(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 2111. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.4.0013>



Örnek Olay:

(O), bir karnavalda banka soyguncuymuş gibi kılık değiştirir ve karnaval kortejinin önünden geçerek -insanlar için eğlence olduğu belli bir şekilde- bir bankaya hızlıca girer. Korkan veznedar (T), bunun ciddi bir soygun olduğuna inanır ve (O)'ya vurarak onu yere serer. Veznedar (T), kasten yaralama suçundan sorumlu olur mu?

Hareket Noktası:

Veznedar (T), meşru savunmanın maddi koşullarında hataya düşmektedir ve bu nedenle haksızlık bilinci olmaksızın davranmaktadır. Bu hatanın nasıl ele alınması gerektiği, 2. Ceza Hukuku Reform Kanunu'nun¹ yürürlüğe girişine kadar kast teorisi ve kusur teorisinin görünümleri arasındaki tartışmanın merkez noktası olmuştur. Kanun koyucunun, Alman Ceza Kanunu'nun 17. maddesiyle² *kusur teorisini* kabul ederek ve sadece *katı kusur teorisi* ile *sınırlı kusur teorisi* arasındaki tartışmanın ucunu açık bırakmak istemesine rağmen; kast teorisi, hatırı sayılır azınlık görüş tarafından hâlâ savunulmaktadır. Dolayısıyla *kast teorisi* de önceden olduğu gibi doktrin tartışmasına dahil edilmelidir.

A. Katı Kusur Teorisi

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşulları ne suçun kanuni unsurlarına dahildir ne de suçun kanuni unsurları gibi ele alınmalıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarını hatalı varsayan kişi, yasak hatasıyla hareket etmektedir.

Savunanlar: Bockelmann/Volk, *StrafR AT*, 122 f; Dornseifer, *JuS*, 1982, 765; Erb, *FS*, Paeffgen, 2015, 205 f, 218 ff; Gössel Fälle, *StrafR* 161 ff; Hartung, *NJW*, 1951, 212; Hirsch, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, 311 ff; Armin Kaufmann, *JZ*, 1955, 35; Schroeder, *LK-StGB*, 11. Aufl 1999, § 16 Rn 52; Maurach, *StrafR AT*, § 22 I B2, 37 I D; Maurach/Gössel/Zipf, *StrafR AT*, II § 44 Rn 61; Niese, *DriZ*, 1953, 20; Warda, *JT*, 1950, 546; Welzel, *StrafR*, § 22 III 1 f; Zieschang, *StrafR AT*, Rn 359; yakın görüş Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, 2005, 350 ff; Heuchemer, *JuS*, 2012, 795; *NK-StGB/Paeffgen* §§33 ff Rn 108 öncesi; Paeffgen, *GS*, Armin Kaufmann, 1989, 411; Paeffgen, *FS Frisch*, 2013, 403 ff; Hirsch, *FS Schroeder*, 2006, 239 ff. *Hirsch* tipiklik kastıyla yetinip failin hukuka uygunluğa

¹ 1975 tarihli 2. Ceza Hukuku Reform Kanunu ile Alman Ceza Kanunu'nun 17. maddesinde düzenlenen yasak hatası sağlama alındı. Bu tarihe kadar yasak hatasının kaçınılmazlığı son derece tartışmalıydı. Ağırlıklı olarak yasak hatası her bakımdan kaçınılabılır olmasına dayandırılıyordu (Çevirenin Notu, (ÇN)).

² Alman CK m 17: "Fail, fiilin icrası sırasında haksızlık gerçekleştirme bilincine sahip değilse ve bu hatasından kaçınması da mümkün değilse, kusurlu hareket etmiş sayılmaz. Failin hatası kaçınılabılır bir hata ise, ceza 49 uncu maddenin birinci fıkrasına göre indirilebilir." Çeviri için bkz Yenisey ve Plagemann, *Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch (StGB), Almanca Metin, Türkçe Çeviri, Açıklamalar ve Sözlük* (Genişletilmiş 2. Baskı, 2015) s 18. (ÇN).

ilişkin şartları kontrol etmedeki dikkatsizliği³ hakkında değerlendirme yapmayarak uzlaştırıcı bir kusur teorisi önermektedir. Jakobs, *FS Paeffgen*, 2015, 229, f. Jakobs, kendini *sınırlı kusur teorisi* ve *katı kusur teorisi* arasında konumlandırmaktadır. Hataya düşen kişinin varsayılan hukuka uygunluğa karşı kayıtsız mı kaldığı (ki bu durumda § 17 uyarınca yasak hatasına başvurulacaktır) yoksa mevcut olmayan bir hukuka uygunluk nedenini taksirli olarak mı hatalı değerlendirdiği (ki bu durumda § 16 uyarınca tipiklik hatası bulunacaktır) arasında bir ayırım gözetmektedir.

1. Argüman

Hukuka uygunluk nedenleri tipikliği ortadan kaldırmaz; aksine sadece hukuka aykırılığı ortadan kaldırır. Suçun yapısı hakkında yapılan bu farklı değerlendirme düzlemlerine saygı gösterilmelidir. Sonuç olarak, bir hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında düşülen hata tipiklik kastını değil; bilakis sadece *hukuka aykırılık bilincini* ortadan kaldırmaktadır. Bu durum, Alman Ceza Kanunu'nun 17. maddesinde bir hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarının hatalı varsayılması durumu için de istisna teşkil etmez. Bu nedenle hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata; tipiklik hatası değil yasak hatasıdır.

2. Argüman

Hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hataya düşen kişi, kasten hareket etmeyen failin aksine ceza hukukuyla korunan hukuki değeri bilerek ve isteyerek ihlal etmektedir. Bu hatalı varsayımının maddi koşullarını kontrol etme konusunda da suç tipinin varlığından doğan özel bir uyarı almaktadır (tipiklik kastının uyarıcı fonksiyonu). Nitekim sosyal düzene ciddi bir şekilde uygun düşmeyen davranışı, olayın koşullarını kontrol etmeyi gerektirir. Fakat failin bu hatası; tipiklik hatası değil, doğrudan doğruya yasak hatası teşkil eder.

3. Argüman

Yalnızca katı kusur teorisinin uygulanması suretiyledir ki hem şüphe çekici cezalandırma boşluklarından hem de aşırı sert yaptırımlardan kaçınılabilir ve böylece orantılı sonuçlara ulaşılabilir. Bir taraftan, failin kaçınılabilir hatası sonucu önerilen cezalandırma, taksirli halin suç olarak düzenlenmediğinden dolayı cezalandırılmayan durumlarda sağlanmış olur. Diğer taraftan kanunen öngörülen cezai indirim imkanlarının tutarlı uygulanmasında yüksek cezaların olmaması endişesi de giderilmiş olur. Sıra dışı bir olayda, failin cezasının kanundaki alt sınırdan

³ *Erlaubnisfahrlässig* terimi, tespitlerimize göre daha önce Türkçe'ye çevrilmemiştir. Tipiklik hatasında (Tatbestandsirrtum) failin kastı ortadan kalkarken hataya düşmesinde taksirinin olup olmadığı değerlendirilmesi yapılmaktadır ve bu değerlendirmede de *fahrlässig* (taksir, ihmal) terimi kullanılmaktadır. Hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hataya düşen fail için yapılacak değerlendirmede de "*Erlaubnisfahrlässig*" terimi kullanıldığından en uygun karşılığın; hukuka uygunluğa ilişkin şartları kontrol etmedeki dikkatsizlik olduğunu düşünüyoruz (ÇN).

aşağıya doğru tamamen aşılmasını sağlayan kusur ilkesinin anayasal yönü vasıtasıyla Alman Ceza Kanunu'nun 49. maddesinin 2. fıkrasına başvurmak, sınırlı kusur teorisinin ve türlerinin dogmatik olarak gerekçelendirilemeyen failin taksirli suçtan sorumlu tutulması sıçramasına göre hâlâ kanuna daha yakındır.

4. Argüman

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşulları hakkında hata ile sınır hatası arasındaki fark, hukuki hata ve tipiklik hatası arasındaki pratikte uygulanamaz ve haklı olarak mücadele edilen Alman İmparatorluk Mahkemesi ayırımı korumaktadır.

B. Hukuki Sonucu Yönlendirilmiş Sınırlı Kusur Teorisi

Bir hukuka uygunluk nedeninin koşulları hakkında hata, tipiklik kastını ortadan kaldırmaz. Fakat failin kast kusurunu (kusur şekli olarak kastı) ortadan kaldırır, öyle ki hareketin hukuki sonucu taksirli suç işlenmiş gibi olur.

(Hukuki sonucu yönlendirilmiş sınırlı kusur teorisi, sınırlı kusur teorisinin ve suçun olumsuz unsurları teorisinin burada yeniden yansıtılmayan temel argümanlarına katılmaktadır. Fakat bu öğreti, diğerlerinin dogmatik zayıflığından kaçınılabileceğini de iddia etmektedir.)

Savunanlar: Ambos/Rackow, *JURA*, 2006, 946; Beulke, *Klausurenkurs Strafr I*, Rn 256.; Beulke, *Klausurenkurs Strafr III*, Rn 45 f; Blei, *Strafr I*, § 59 II 3; Börker, *JR*, 1960, 168 ff; Bringewat, *Grundbegriffe Strafr*, Rn 681; Dreher, *FS*, Heinitz, 1972, 207 ff; Dreher, *MDR*, 1962, 592; Fahl, *JuS*, 2001, 53; 2005, 811; Fischer, *StGB*, § 16 Rn 22; Gallas, *ZStW*, 67, 1955, 46; Gallas, *FS*, Bockelmann, 1979, 155, 168; Geilen, *Strafr AT*, 134; Gropp, *Strafr AT*, § 13 Rn 211 f; Haft, *Strafr AT*, 258 f; Hauf, *Strafr AT*, 223 f; Heinrich, *Strafr AT*, Rn 1133 f; Helmrich, *JA*, 2006, 356; Herdegen, *FS BGH*, 1975, 208 ff; Hilgendorf, *Fälle Strafr III*, 124 f; Hoffmann-Holland, *Strafr AT*, Rn 743 ff; Krümpelmann, *GA*, 1968, 129 ff. (Alman Ceza Kanunu § 49 hakkında bağımsız bir çözüm Krümpelmann, *ZStW*, Beiheft 78, 49 ff`de bulunmaktadır.) Lange, *Zum Bewertungsirrtum über die Rechtswidrigkeit des Angriffs bei der Notwehr*, 1994, 75; *LK-StGB/Spendel*, 11. Auflage, 1992, § 32 Rn 343. Maurach/Zipf, *Strafr AT I*, § 37 Rn 43; Neubacher/Bachmann, *JA*, 2010, 719; Noltensmeier/Henn, *JA*, 2007, 777; Preisendanz, *StGB* § 16 Bem; Rengier, *Strafr AT*, § 30 Rn 20; § 45 Rn 16; Rengier/Brand, *JuS*, 2008, 518; Rotsch, *ZJS*, 2012, 110; Satzger, *JK*, 4/11, *StGB* § 32/34; Schmelz, *JURA*, 2002, 392 Fn 22; Schmidt, *Strafr AT*, Rn 543 f; Schüler, *Der Zweifel über das Vorliegen einer Rechtfertigungslage*, 2004, 36 ff; Wessels/Beulke/Satzger, *Strafr AT*, Rn 708 f; bu formülasasyona göre öğreti şu kararlara yakındır:

BGHSt⁴ 3, 105 =NJW⁵ 1952, 1023; BGHSt 3, 357 (364); BGHSt 31, 286 f; BGH⁶ JR 1996, 71; 2012, 206. Bu görüşe katılanlar (Federal Yüksek Mahkemeden farklı olarak “kast kusurunu ortadan kaldıran” bir mazeret olarak belirtmektedir, s 207, 210) ve Jäger, *JA*, 2012, 229 ve Hecker, *JuS*, 2012, 265 (Kararı, hukuki sonucu yönlendirilmiş sınırlı kusur teorisine bağlamaktadır); hatta Satzger, *JK*, 6/12, ACK § 32/37; BSG NJW, 1999, 2302; OLG Hamm NJW 1987, 1035; Jakobs, *StrafR AT*, 11/59 “bağimli kusur teorisinin” sonuçları da aynıdır.

1. Argüman

Hukuka uygunluğu sağlayan maddi vakıaların hatalı varsayılması, hiçbir şeyi değiştirmez. Fail, kanuni suç tipini bilerek ve isteyerek; dolayısıyla tipiklik kastıyla gerçekleştirmektedir. Kast, Federal Yüksek Mahkeme’nin yaptığı gibi tipiklik kastı olarak anlaşıldığı sürece, onun uyguladığı sınırlı kusur teorisi dogmatik olarak havada asılı kalacaktır.

2. Argüman

Suçun olumsuz unsurları öğretisi, suç tipinin (haksızlığın tipleştirilmesi) çeşitli fonksiyonları ile hukuka uygunluk nedeni (istisnai durumda hukuka aykırılığın ortadan kalkması) arasındaki işlevsel farklılığı görmezden gelmektedir. Alman Ceza Kanunu, açıkça bu farklılığa (Örneğin, ACK’nun 32. ve 34. maddelerinde) dayanmaktadır. Ayrıca teori, Kanun’un sistematığında madde 103 II GG’nin ihlali olmadan örf ve âdet hukukundan kaynaklanan hukuka uygunluk nedenleriyle bütünleştirilememektedir.

3. Argüman

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın ya sadece tipiklik hatası ya da sadece yasak hatası olabileceği yönündeki düşüncelerin çıkış noktası hatalıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata, tipiklik hatası ve izin hatası arasına yerleştirilmesi gereken kendine özgü (sui generis) bir hata türüdür.

4. Argüman

Hukuki sonucu yönlendirilmeli sınırlı kusur teorisi, sınırlı kusur teorisi gibi haklı eleştirilere maruz kalmaz. Bir başka ifadeyle teori, suçun yapısında kendisinden sonraki suçun unsurunun yani hukuka aykırılığın etkisiyle suç tipinin subjektif unsuruna olumsuz bir müdahaleye izin verilmediği yönünde bir eleştiriyeye uğramaz.

⁴ BGHSt (Bundesgerichtshofs [Federal Yüksek Mahkeme]).

⁵ NJW (Neue Juristische Wochenschrift [Yeni Hukuki Haftalık hukuk dergisi]).

⁶ BGH (Bundesgerichtshof [Federal Yüksek Mahkeme]).

5. Argüman

Hukuki sonucu yönlendirilmiş sınırlı kusur teorisi, tipiklik kastının kabul edilmesi ile hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hataya rağmen teşebbüsün kabul edilmesini ve bu şekilde hataya düşen kişinin davranışına iştirak edenin cezalandırılmasını mümkün kılmaktadır. Bu iki sonuç da suç politikasında arzu edilen sonuçlardır.

C. Sınırlı Kusur Teorisi

Alman Ceza Kanunu'nun 16. maddesi⁷, hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarının hatalı varsayılması durumunda doğrudan uygulanabilir değildir. Fakat kasten işlenen bir haksızlığın yokluğu sonucuyla kıyasen hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hata durumunda da kullanılabilir.

Savunanlar: Zielinski, *AK-StPO*, §§ 15, 16 Rn 55; Beckmann, *JuS*, 652; Baumann/Weber, *StrafR AT*, § 21 Rn 31; Brünnig, *ZJS*, 2014, 207; Dieckmann, *JURA*, 1994, 178 ff; Engisch, *ZStW*, 70 (1958), 565 (583 ff); Eser/Burkhardt, *StrafR I*, 15 A 20 ff; Frister, *StrafR AT*, Kap 14 Rn 30 f; Geppert, *JZ*, 1988, 1028; Geppert, *JURA*, 1997, 303; 2007, 36 f; Graul, *JuS*, 1995, L 44; Hardtung/Putzke, *StrafR AT*, Rn 730 ff; v. Heintschel-Heinegg/Kudlich, *StGB* § 16 Rn 24; Hruschka, *FS*, Roxin, 2001, 441 ff 456, Fakat sınırlı kusur teorisi adlandırmasını eleştirmektedir; Jäger, Examensrep, *StrafR AT*, Rn 218; Kelker, *JURA*, 2006, 595; Kindhäuser, *StrafR AT*, § 29 Rn 26; Kindhäuser/Schumann/Lubig, *Klausuren StrafR*, 223; Köhler, *StrafR AT*, 324 ff Kraatz, *JA*, 2014, 796 f; Krey, *Strafrecht*, BT I, 11. Aufl 1998, Rn 441 ff; Kudlich, *Fälle StrafR AT* 171; Kühl, *StrafR AT*, § 13 Rn 73; Kühl/Hinderer, *JURA*, 2012, 490; Kuhlen, *Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum*, 1978, 323 ff, 330; Kuhlen, *FS Beulke*, 2015, 161 ff; Lackner/Kühl/Kühl, *StGB*, § 17 Rn 14; LK-StGB / Vogel, 12. Aufl 2007, § 16 Rn 116; Matt/Renzikowski/Gaede, *StGB*, § 16 Rn 35; Mitsch, *JA*, 1995, 36; Mitsch, *JuS*, 2000, 850; NK- StGB/Puppe § 16 Rn 137 f; Puppe, *StrafR AT*, 1. Aufl 2002, § 27 Rn 9 ff; Putzke, *JURA*, 2015, 102; Roxin, *StrafR AT I*, § 14 Rn 64 ff; Roxin, Nr 39; Roxin, *JZ*, 2000, 99 f; Roxin/Schünemann/Haffke, *Klausurenlehre StrafR*, 104 f, 83 f; Rudolphi, *Fälle StrafR AT* 40 ff; Saliger, *JuS*, 1995, 1009 f; Scheffler, *JURA*, 1993, 621 ff; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster, *StGB*, § 15 Rn 35, § 16 Rn 18; Schönke/Schröder/Eisele, *StGB*, Vor § 13 Rn 19; Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, 1986, 33; Seier, *Anfängerklausur StrafR*, 95 f; Simon, *JuS*, 2001, 641; SSW-StGB/Rosenau, *StGB*, Vor § § 32 ff Rn 19; Stratenwerth/Kuhlen, *StrafR*

⁷ Alman Ceza Kanunu m 16: "(1) Fiilin icrası sırasında kanundaki suç tipinin unsurunu oluşturan bir durumu [maddi unsur] bilmeyen kişi, kasten hareket etmiş olmaz. Taksirli davranış sebebiyle cezalandırılabilme saklıdır. (2) Fiilin icrası sırasında hata nedeniyle, daha hafif ceza öngören bir kanundaki suç tipini oluşturan durumların var olduğunu zanneden bir kişi, kasten işlenen suçtan dolayı, sadece daha hafif ceza öngören kanuna göre cezalandırılabilir." *Çeviri için bkz Yenisey ve Plagemann, Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch (StGB), Almanca Metin, Türkçe Çeviri, Açıklamalar ve Sözlük* (Genişletilmiş 2. Baskı, 2015) s 18. (Çevirenin Notu)

AT, § 9 Rn 162 ff; Streng, *FS Paeffgen*, 2015, 242; formülasyona göre mahkeme kararları da bu yöndedir: *BGHSt* 2, 194 (211) = *NJW* 1952, 593; *BHSt*, 45, 378 (384) = *NJW*, 2000, 1348; *BGHSt* 49, 34 (44) = *NJW* 2004, 1054; *BGH JZ* 1988, 1021; *JR* 1989, 160; *NJW*, 1992, 516; *StV*, 1999, 143 (145); *NStZ*, 2002, 141; 2011, 630; *NStZ-RR*, 2011, 238; 2013, 139; *NStZ*, 2014, 30. Bu yönde örnekler Kudlich, *JA*, 2014, 153; *NStZ* 2016, 333, Rücker ve Eisele, *JuS*, 2016, 366 (son bahsedilen kararda Ceza Kanunu'nun 16. maddesi doğrudan veya kıyasen şeklinde eklenmeksizin uygulanmaktadır); *BGH BeckRS* 2015, 14541; *Bay ObLG NJW* 1955, 1848; *Hans OLG Hamburg MDR* 1975, 331; *LG München NJW* 1988, 1860; *OLG Düsseldorf NStZ* 1994, 343 f; *OLG Düsseldorf NJW*, 1994, 1232; *OLG Bamberg BeckRS* 2015, 20269; *OLG Köln BeckRS* 2015, 20963, *Rücker ve Eisele*'e göre hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hatada hareketin haksızlığı ortadan kalkmaktadır. *Herzberg* de sınırlı kusur teorisini takip etmektedir, *JA* 1989, 295 f, fakat *Herzberg* izin verilen risk nedeniyle kasıtlı suçun objektif unsurunu ortadan kalktığını kabul etmekte ve hukuka uygunluk durumunun varsayılmasının düzen ihlali anlamına gelmediği yerde hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşulları hakkında hatadan bahsetmek istememektedir, s *Herzberg, JuS*, 1991, L 69 ff ve *Herzberg, FS Stree/Wessels*, 1993, 204 ff; ona geniş ölçüde katılan *Momsen/Rackow, JA*, 2006, 658; *SSW-StGB/Momsen* § 15, 16 Kn. 117 f; Ceza Kanunu'nun 16. maddesi doğrudan mı yoksa sadece kıyasen mi uygulanıp uygulanmayacağı sorusunu; *Joecks, StGB*, § 16 Rn 49, *Kudlich, JA*, 2014, 588, *Seier/Hembach, JuS*, 2014, 39; *SK-StGB/Rudolphi/Stein* § 16 Rn 11 ve *T Walker, Der Kern des Strafrechts*, 2006, 336 f, 429 yanıtı bırakmaktadır.

1. Argüman

Meselenin çözümü, ne bir ön koşul olarak hareket kavramından ne de suçun iki ya da üç unsurlu yapısından geçmektedir. Bilakis mesele sadece hatanın ana yapısı ve ceza politikasına göre yapılan bir değerlendirme ile çözülebilir.

2. Argüman

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen fail, hukuka sadık davranmaktadır. Çünkü fail, kanun koyucunun hukuka uygunluk ve haksızlık hakkındaki değerlendirmesi ile subjektif olarak hemfikirdir. Bu nedenle fail, değer açısından suçun maddi unsurunda hataya düşen kişiye daha yakınken; yasak hatasının sonucu olarak hukuk toplumunun hak ve haksızlık tasavvurları hakkında farklı fikirde olan kişiye daha uzaktır. Bu durumda kasıtlı suç işlemeden dolayı failin daha ağır biçimde suçlanması haklı olarak sadece yasak hatasına düşen kişi için geçerlidir.

3. Argüman

Hukuka uygunluk nedenlerinde hataya düşen fail, aslında hukuki bir değeri ihlal etmek istemektedir. Fakat fail, hukuka uygunluk sağlayan maddi vakianın varlığı nedeniyle hukuki değer ihlaline izin verildiğini sanmaktadır. Bu nedenle, onun *olumsuz değere*⁸ sahip neticeye sebep olma isteği, suçun unsurlarında hataya düşen faille aynı derecede azdır. Böylece kasıtlı bir suç için hareketin olumsuz değeri eksik kalmaktadır.

4. Argüman

Hatanın iki ana şekli gerçeği bilmeme ve yanlış tasavvur, tipiklik hatası ve yasak hatası arasındaki kanuni ayrıma da yansımaktadır. Hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hata, gerçeği hatalı algılamaya dayandığı için maddi olay hatası olup bu da Ceza Kanunu'nun 16. maddesinde düzenlenen hata kategorileri arasında sayılmaktadır.

5. Argüman

Ceza Kanunu'nun 17. maddesinin temel fikri, hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hataya düşen fail için geçerli değildir. Suçun maddi unsurlarındaki bilgiye sahip olması nedeniyle davranışının yasak olduğunu düşünme vesilesi edinen kişiden davranışının hukuka uygunluğu hakkında emin olması beklenebilir. Eğer fail, kendi tarafından varsayılan durumu konusunda hukuki görüş almış olsaydı; o zaman davranışının hukuka uygunluğu onaylanmış olurdu.

6. Argüman

1975 yılından önce savunulan *katı kast teorisi*, kastı ortadan kaldıran tipiklik hatası (§ 16) ve sadece kusurla ilgili olan azalan haksızlık bilinci (§ 17) arasında bugün var olan kanuni farka artık uygun düşmemektedir. Fakat bu durum, *değiştirilmiş kast teorisi* için o kadar kati değildir. Değiştirilmiş kast teorisi, izin hatası ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata arasındaki sınırı belirtmektedir, fakat bu ikna edici değildir. Çünkü bu, değiştirilmiş kast teorisi tarafından hukuka uygunluk nedenlerinde hatada aranan ve kast için gerekli olan *failin sosyal zararı bilinci*, hukuka uygunluk nedeninin sınırını hatalı olarak sadece çok hafif aşan kişide eksik olabilir. Değiştirilmiş kast teorisi de bu hatayı sadece yasak hatası olarak ele almaktadır.

7. Argüman

Hukuki sonucu yönlendirilmiş sınırlı kusur teorisinin iştirak alanında bitirmek istediği cezalandırma boşlukları, her şeyden önce tipiklik hatasında ortaya çıkmaktadır. Eğer oradaki cezalandırma boşlukları kabul edilirse, hukuka uygunluk

nedeninin maddi koşullarında hata durumunda da bu boşlukları ortadan kaldırmak için herhangi bir neden kalmaz. Ayrıca cezalandırma boşlukları iddia edildiği gibi uzun zamandır açıkça kök salmış değildir; aksi takdirde bu boşluklar uygulamada daha sık ortaya çıkmak zorundaydı.

D. Suçun Olumsuz Unsurları Teorisi

Ceza Kanunu'nun 16. Maddesi, hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarının hatalı varsayılmasına doğrudan uygulanabilir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında düşülen hata, kastı ortadan kaldırır.

Savunanlar: Arthur Kaufmann, *JZ*, 1954, 653 ff; Arthur Kaufmann, *FS Lackner*, 1987, 187; LPK-StGB/Kindhäuser, § 32-35 öncesi, Kn 37 ff; Koriath, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, 1994, 326 ff; Koriath, *FS Müller*, 2008, 374; Roxin, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtenmerkmale*, 2. Aufl. 1970, 111 ff; Samson, *StrafR I*, 122 ff, 127; Schaffstein, *MDR*, 1951, 196 ff; Schaffstein, *FS OLG Celle*, 1961, 175 ff, 182 ff; Schroth, *FS Arthur Kaufmann*, 1993, 597 ff; Schroth, *Vorsatz und Irrtum*, 1998, 116 ff; Schünemann, *GA*, 1985, 349; Schünemann/Greco, *GA*, 2006, 792; v Weber, *JZ*, 1951, 260; v Weber, *FS Mezger*, 1954, 183 f; yakın görüş Freund, *FS Küper*, 2008, 80 ff; Freund, *StrafR AT*, § 7 Kn 107 f ile Fn 93 bununla bağlantılı olarak *Frisch* içinde Eser/Perron, *Rechtfertigung und Entschuldigung*, III, 1991, 217, 247 ff; ayrıca yakın görüş Rinck, *Der zweistufige Deliktsaufbau*, 2000, 74 ff (devam eden tartışmalar Hirsch, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, 220 ff)

1. Argüman

Kastın mihenk taşı, sadece kanuni tipikliğin ceza tehdidi unsuru olmasında değildir; bilakis aynı zamanda hukuka uygunluk kalıbının eksik olmasındadır. Çünkü ancak her ikisi bir arada olduğu zaman -suçun unsurlarının varlığı ve hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğu- tipik haksızlık ortaya çıkmaktadır.

2. Argüman

Hukuki değer ihlalinin bilinci şeklinde *tipiklik kastının uyarı fonksiyonu*, hukuka uygunluk koşullarının hatalı varsayılması yoluyla etkisiz hale gelmektedir.

3. Argüman

Bir maddi vakıanın somut durumda tipikliği mi yoksa hukuka aykırılığı mı ortadan kaldırdığı hususunda (örneğin birçok durumda ilgilinin rızası böyledir) kanun koyucunun temel olarak takdir yetkisinin olduğu, az veya çok tesadüfi olan,

fakat hiçbir durumda hata teorisinin burada referans alınmayacağı göz önünde bulundurulduğunda bu iki duruma ilişkin hatanın farklı değerlendirmesi meşru değildir.

4. Argüman

Şahsi haksızlık öğretisine göre hukuka uygunluğun objektif koşullarının varlığı, sübjektif unsurlar olmadan hukuka uygunluğu gerekçelendiremediği gibi, hukuka uygunluğun objektif koşullarının yokluğu da sübjektif unsular varken hukuka uygunluğu ortadan kalkması gerektiği düşüncesinin gerekçesi olamaz.

5. Argüman

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatayı yasak hatası olarak kabul eden kişi, tutarlılık gereği tersine hata⁹ durumunda mefruz suçu (hukuka uygunluğun sübjektif koşullarının bilmeme) ve böylece önerilen (ve suçun olumsuz unsurları teorisinin zemininden sonuç olarak çıkan) teşebbüsten cezalandırılabilirliğin yerine cezasızlığı kabul etmek zorundadır.

6. Argüman

Ceza Kanunu'nun 16. maddesinin (sadece) kıyasen uygulanması, hukuka uygunluk nedenlerinde kaçınılabilir hata durumunda taksirli suçtan ceza verilmesi düşüncesi, çelişkisiz bir şekilde gerekçelendirilememektedir ve bu durum sınırlı kusur teorisine karşı ileri sürülebilir. Kanun'un 16. maddesine gönderme kabul edilemez. Çünkü kıyasın failin aleyhine sonuç doğurması yasaktır ve kıyas olmaksızın da taksirli suçun yapısı, kasıtlı suçtan tamamen farklı bir tipiklik kavramına dayandırılmış olacaktır.

⁹ Tersine hata durumunda hukuka uygunluk nedenlerinin manevi unsuru olup olmadığına, manevi unsur aranacaksa bunun içeriğinin ne olması gerektiğine ve manevi unsurun yokluğuna bağlanan sonuç ilişkisi tartışmalar bulunmaktadır. Alman doktrininde baskın görüş, eylemin hukuka uygunluğu için sübjektif unsuru aramaktadır. Azınlıkta kalan görüş ise hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarındaki bilgisizliği hukuka uygunluğun bütününe imkânsız hale getirdiğini varsaymaktadır. Bkz Gropp, s 592, p 181, 182. Bu durumda hukuka uygun davranışını bilmeyen fail için suçun teşebbüs halinden cezalandırılması gerektiği kabul edilmektedir. Bu görüş, her ne kadar netice hukuka uygun olsa da hareketin haksızlığının devam ettiği fikrine dayanmaktadır. Hareketin ve neticenin haksızlığı ile uyum içerisinde bir çözüm sunduğu için de makul bir görüş olarak kabul görmektedir. Fakat teşebbüs çözümünü savunanların bu görüşü, haksızlık ve değersizliğin yapısına uymaması nedeniyle artık terk edilmektedir. Nitekim teşebbüsün ahlaki değersizliği; hareketin ahlaki değersizliğinden oluşmamaktadır. Bilakis kişisel değersizlik ve olayın bizatihi kendisinin değersizliğinden oluşmaktadır. Bir başka ifadeyle, teşebbüsün değersizliği failin üçüncü kişiler nezdinde tehlike oluşturmasını şart koşmaktadır. Gropp, s 593, p 184, 187, 188 (ÇN).

E. Değiştirilmiş Kast Teorisi

Bir hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarını hatalı varsayan kişi, fiili işlerken haksızlık bilinci olmaksızın ve bu nedenle kast olmaksızın hareket etmektedir.

Savunanlar: D. Geerds, *JURA*, 1990, 429 f; Langer, *GA*, 1976, 193 ff; Langer, *Das Sonderverbrechen*, 1972, 356 ff; Otto, *StrafR AT*, § 17 Kn 62 ff. Bununla bağlantılı olarak § 15 Kn 4 ff; Otto, *ZSt W* 87 (1975), 590 ff; Otto, *JURA*, 1990, 647; Otto, *GS K Meyer*, 1990, 597 ff; Schmidhäuser, *StrafR AT*, Kap 7 Kn 87-90; Schmidhäuser, *FS Meyer*, 1966, 317 ff; Schmidhäuser, *JZ*, 1979, 361 ff; 1980, 396 (Burada sadece Alman Ceza Kanunu'nun 17. maddesinde düzenlenen yasak hatasına rağmen kast teorisine bağlı kalmayı gerekçelendirmeyi deneyen argümanlar yansıtılmıştır. Elbette ayrıca epey bir zamandır kast teorisi için öne sürülen nedenler geçerlidir, Baumann, *StrafR AT*, § 27 III 2 ve Baumann/Weber, *StrafR AT*, § 21 Rn 40; Schönke/Schröder, *StGB*, § 59 Rn 81 ff); Ceza Kanunu'nun 17. maddesinin Anayasa'ya uygunluğu meselesi BVerfGE 41, 121= NJW 1976, 413, Bespr Kramer/Trittel, *JZ*, 1980, 393 ff ve Schmidhäuser, *JZ*, 1980, 396 f; yakın görüş Bosch, *JK*, 03/2014, § 16/6, Bosch, suçun olumsuz unsurları teorisi ve değiştirilmiş kast teorisi arasında bir karar vermemekte, tartışmayı ucu açık bırakmaktadır.

1. Argüman

Kasıtlı suç nedeniyle cezalandırma, haksızlık bilinci (birlikte yaşamının hukuki temel beklentisine karşı hareket etmek, sosyal zararlı hareket etme bilinci olarak anlaşılır) failin fiili işlediği sırada mevcut olursa Anayasa ile teminat altına alınan kusur ilkesine uygun düşer. Bu durum, sadece kast teorisine uygun düşmektedir.

2. Argüman

Anayasal hukuk kuralı olarak kusur ilkesi, Ceza Kanunu'nun 17. maddesinin önüne geçmektedir ve haksızlık bilinci olmaksızın hareket eden failin kasıtlı suçtan dolayı cezalandırılabilirliği, eğer 17. maddeden bu sonuca varabiliyorsa, sınırlandırılarak bu hükümden uzaklaşmaktadır.

3. Argüman

Ceza Kanunu'nun 17. maddesinin *kusur teorisi* ve *kast teorisi* arasındaki tartışmada *kusur teorisinden* yana olduğu görüşü, kanun koyucunun tarihsel amacına dayandırılabilir. Fakat düzenlemenin lafzi anlamı, içeriği ve kanun metninin amaçsal yönden analizi kanunun aslında *kast teorisine* bağlı olduğunu göstermektedir.

4. Argüman

Katı kusur teorisi; kastı, tipiklik kastı olarak kabul etmektedir. Bu kabulün sonucu olarak da kavram oluşturma mantığını kusur ilkesinin üzerine koymaktadır. Sınırlı kusur teorisi ise kastı, aynı şekilde tipiklik kastı olarak ele alması fakat sonra bu anlayışta herhangi bir düzeltme olmaksızın taksirli suçta ulaşmasıyla daha en başından tutarsızdır.

Örnek Olayın Çözümü:

1. Hukuka uygunluk koşullarının yokluğu için sadece *ex-post* bir değerlendirme yapılır ve hareket esnasındaki objektif durum belirleyici olursa; en baştaki örnekte her hâlikarda hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata vardır. Çünkü buna göre bankanın malvarlığına yönelik herhangi bir müdahale gerçekleşmemektedir. Eğer meşru savunma durumu için *ex-ante* bir değerlendirme yapılır ve kesin olarak (veya neredeyse kesin olarak) müdahalenin mevcut olması yeterli olursa; *ex-ante* değerlendirmenin hangi ölçüte göre (failin sübjektif değerlendirmesi, hukukçunun değerlendirmesi, mantıklı ve gerekli özeni göstererek hareket eden, failin çevresinden ortalama bir vatandaşın değerlendirmesi) yapılması gerektiği önemli olur.

Banka baskını için karnaval olayından faydalanılması imkânsız olmasa da makul üçüncü bir kişinin değerlendirmesine göre; müdahalenin imkânsız olduğunu ve bu nedenle hukuka uygunluğun maddi koşullarında hatanın var olduğunu düşünmek gerekir (Bunun için *Nippert ve Tinkl* JuS 2002, 864; ayrıca *Herzberg ve Scheinfeld* JuS 2002, 650; esas müdahalenin istisnai durumu için *Amelung* JURA 2003, 91; iki olayın farkı için *Rengier* StrafR AT § 18 Rn 12 f 47 f). Bunun varsayılmasından önce, eğer (T)'nin hatalı varsaydığı koşullar mevcut olsaydı; (T) gerçekten meşru savunmaya dayanabilecekti. Fakat her şeyden önce gerekli savunmanın ölçüsünü aşamayacağını ve en önemlisi savunmada sınırı aşmış olmayacağını açıklamayı unutmamak gerekir (*Rengier* StrafR AT § 30 Rn 5; *Wessels, Beulke, Satzger* StrafR AT Rn 716). Örnek olayımız için bu şekilde düşünülür.

Katı kusur teorisi ve hukuki sonucu yönlendirilmiş sınırlı kusur teorisi, kasten yaralama suçunu kabul etmektedir. Çünkü (T)'nin hatası, onun tipiklik kastını kaldırmamaktadır. Bu nedenle *katı kusur teorisi* de faili mahkûm ettiği ve Alman Ceza Kanunu m 17/ f2'ye göre; (T)'nin cezasında indirim kabul edildiği halde, *hukuki sonucu yönlendirilmiş sınırlı kusur teorisi* Alman Ceza Kanunu m 229'un¹⁰ ve m 16/f 1/b 2'nin kıyasen uygulanması sonucunu doğurur. Diğer taraftan, *sınırlı kusur teorisine* göre; (T)'nin hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düştüğü hata tipiklik hatası ile eşit değerdedir ve hatanın tespitinden sonra sübjektif hukuka uygunluk alanında ACK madde 16'nın kıyasen uygulanması ile kast ortadan kalkmaktadır. *Suçun Ohumsuz Unsurları Teorisi*'ne göre, hukuka uygunluk koşullarının eksikliği tipikliğe

dair olduğu için ACK madde 16 doğrudan uygulanır. Son olarak *kast teorisi* de failin fiili işlediği sırada haksızlık bilincinin olmaması nedeniyle kastı reddeder. Bu üç teoriye göre de (T), sadece taksirli yaralama suçundan dolayı cezalandırılabilir.

Eğer (T), örnek olayda hatası nedeniyle meşru savunma hakkının öldürmeye izin verdiğini düşünerek (O)'yu vurarak öldürmüş olsaydı; genellikle *çifte hatadan* bahsedilmektedir. Fakat bu yanlış anlaşılabilir adlandırma (Wessels/Beulke/Satzger *StrafR AT*, kn 715) hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata düzenlemesinin uygulanmasını hatalı yönlendirmemelidir. Çünkü hukuka uygunluk nedenlerinde hata, böyle bir olayda artık mevcut değildir (Bununla ilgili bkz Örneğin, Daschner LG Frankfurt aM NJW 2005, 692 olayı: zorunluluk hali, LG Frankfurt'a göre hatalı varsayılan zorunluluk halinde seçilen yöntem hata olmasaydı da izin verilen bir yöntem olmayacaktır. Bu yüzden hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata yoktur; hatta Kedi Kral¹¹ olayında BGHSt 35, 347 (356) = NJW 1989, 912: zorunluluk halinin maddi koşullarının hatalı varsayılmasında birçok insanın kurtarılması için bir insanın kurban edilmesine izin verildiği hatalı olarak varsayılmaktadır; bununla ilgili bakınız Hillenkamp, FS Schreiber, 2003, 146 f; Kretschmer JR 2004, 446). Böyle olaylarda ACK madde 17'ye göre değerlendirilmesi gereken yasak hatası mevcuttur. (*Schuster* “çifte hatanın kanuni bileşeninin” kaçınılmazlığı durumunda sanki fail tarafından tanınan hukuka uygunluk nedeni, hukuk düzeni tarafından tanınmış gibi, faili böyle bir konuma koymak istemektedir. Bkz Schuster JuS 2007, 619 ff)

2. Sigorta şirketi (V)'nin memuru (S), Doktor (A)'dan bir kaza sonucu tedavi gören ve sigortalı olan Hasta (P) hakkında bir bilirkişi raporu istemektedir. Doktor (A)'nın açıkça sorması üzerine memur (S), gerçeğe aykırı olarak hasta (P)'nin (A)'dan bilirkişi raporu alınmasına razı olduğunu söyler. Eğer baskın görüş (hasta-doktor arasındaki sır saklama yükümlülüğüne bağlı olarak) hastanın rızasını hukuka uygunluk nedeni olarak görürse;¹² o zaman (A)'nın düştüğü hata, hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hata olur. Çünkü (A), (hak üzerinde) tasarruf yetkisi bulunan hasta P'nin izninin varlığına dayanmaktadır ve (A) gerçek sanılan rızanın çerçevesinde kalmaktadır. Bu nedenle örnek olaydaki çözüm, bu noktaya kadar en baştaki örnek olay¹³ çözümüne uymaktadır. (S), ACK madde 203'de yer alan özgü

¹¹ Kedi Kral Olayı, BGHSt 35, 347- 4 StR 352/88 tarih 15.9.1988. Sanık (H), (P) ve (R), gerçeklikle örtüşmeyen, mistizm ile nevrozlu bir ilişki örgüsünde yaşamaktadır. (H) ve (P), kolayca etkilenen (R)'yi uzun zamandır kötülüğü temsil eden ve dünyayı tehdit eden Kedi Kral'ın varlığına ikna eder. (R), (H) ve (P)'nin kedi krala karşı verdiği mücadelede kabul edilmiş ve seçilmiş kişi olduğuna inanır. Sanık (H), eski eşi (N)'den aldığı haber sonrası kin ve kıskançlıkla (N)'nin eşi Annemarie'yı (R)'yi kullanarak öldürmeye karar verir. (P) ile bu konuda anlaşılır ve (R)'ye kedi kralın bir insanın kurban edilmesini (N)'nin eşi istediğini söylerler. Eğer kısa süre içinde (N)'nin eşi kurban edilmezse insanlık veya milyonlarca insan kedi kral tarafından öldürülecektir. (R) gerçekten bir insanın kurban edilmesinin istediğine inanır ve vicdan azabı duyar. Ancak milyonlarca insanın tehlikeye atılmasını ve bir kadının kurban edilerek diğerlerinin kurtarılmasını evla görür. Sonunda (N)'nin eşini öldürmek amacıyla boynundan, yüzünden ve kafasından bıçaklar. Fakat Annemarie ölümünden kurtulur (ÇN).

¹² Tartışma için bkz Schönke, Schröder, Lenckner und Eisele, *StGB* § 203 Rn 21 ff.

¹³ Bir karnavalda kılık değiştirerek hırsız gibi bir bankaya giren kişinin veznedar tarafından yaralanması olayı (ÇN).

suçun doğası gereği dolaylı fail olamaz. (S)'nin azmettiren olarak cezalandırılıp cezalandırılmayacağı, kasten işlenen ana suçun varlığına bağlıdır. Eğer Katı Kusur Teorisi veya Hukuki Sonucu Yönlendirilmiş Sınırlı Kusur Teorisi veya Bağımlı Kusur Teorileri savunulursa, ACK madde 26 hükmünden dolayı *fail olamayacak kişi*¹⁴ cezalandırılabilir. Değiştirilmiş Kast Teorisi'ne göre, kasıtlı ana suçun yokluğu nedeniyle (S)'nin azmettirmeden dolayı cezalandırılabilmesi imkânsız hale gelir. Bu durum, sınırlı kusur teorisi ve suçun olumsuz unsurları teorisinin temsilcileri için de geçerli olmalıdır. Bu şekilde istenmeyen *cezasızlık* sonucundan ACK madde 26 ve 27'e göre kastı sadece (her iki teori tarafından da reddedilmeyen) ceza tehdidi olan tipiklik kalıbını *gerçekleştirme isteği* olarak anlayarak kısmen kaçınmaya çalışılmaktadır (genel olarak bu örneğin problematiği üzerine aşağıda yirmi ikinci problem ve Geppert JURA 1997, 302 f; Roxin, Einführung in das neue Strafrecht, 2. Aufl 1975, 32, f yanı sıra OLG Köln NJW 1962, 686 aynı yönde görüş Bindokat, tipikliği ortadan kaldıran rızanın değerlendirildiği bölüm).

3. İpucu: Bilirkişi raporunun yapısında hangi yerde tartışma olduğu sorusuyla ilgili farklı öneriler bulunmaktadır (Arzt, Strafrechtsklausur, 5. Auflage, 1996, 155, ff; Beulke Klausurenkurs StrafR I Rn 256, 258; Gasa JuS 2005, 891 ff; Heuchemer JuS 2012, 797; Hilgendorf / Valerius StrafR AT § 8 Rn 50 ff; Joecks StGB § 16 Rn 50; Kühl StrafR AT § 13 Rn 77; Schmidt StrafR AT Rn 545; Steibig JURA 2009, 274; Wessels/Beulke/Satzger StrafR AT Rn 1217 ff). Problemin yerini ve çözümünü en az etkileyen yol, sübjektif tipiklikte daha önce kabul edilen objektif tipikliğin (pozitif) unsurlarıyla ilgili olan kastı onaylayıp, daha sonra hukuka uygunluk nedeninin objektif koşullarında şüpheli hukuka uygunluk nedenini reddedip ve bundan sonra haksızlık bilinci başlığı altında (Rengier'e göre "Hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hata", Rengier, StrafR AT § 30 Rn 9; ayrıca bkz Ernst/Doerbeck JSE 2013, 177; Christoph JA 2016, 34; Kaspar StrafR AT Rn 651; Steinberg ZJS 2016, 371 f) az önce gerçekleştirdiği reddedilen hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarının hatalı varsayılması nedeniyle haksızlık bilincinin yokluğunu tespit etmektir. Haksızlık bilincinin yokluğunun kaynağı, yasak hatası ve tipiklik hatasının arasında bulunmaktadır ve bu hatanın *sui generis* oluşu hakkındaki tartışmanın nedenini oluşturmaktadır. Bu bilginin arka planındaki tartışmanın çözülebilmesi, hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hatanın ACK'nun 16. ve 17. maddelerinde düzenlenen hata türlerinden hangisine daha yakın olduğu ile ilgilidir. Tartışmanın sonucunun¹⁵ ucu açık bırakılabileceği örnekler (ilgili yazarların görüşüne göre) şurada bulunabilir: Ernst/ Doerbeck JSE 2013, 179 f; Esser/Langbauer JA 2013, 32 f; Geisler/Meyer JURA 2010, 390; Heuchemer JuS 2012, 799 f Ingelfinder JuS 1995,

¹⁴ Der nichtqualifizierte Extraneeus.

¹⁵ Veya bir kısmı: Berster und Yenimazman JuS (2014) 332 f; Bülte und Becker JURA (2012) 325; Ebert und Schütze, Falle StrafR 3, 140 f; Gaul, Haseloff und Zapf JA (2011) 675; Hecker, JuS (2011) 370; (2012) 265; Kudlich und Litau, JA (2012.)761; Kühl und Kneba, JA (2011) 432; Lotz, JuS (2010) 986; Marxen, StrafR AT 103; Putzke, JURA (2014) 101 f; Schmidt und Priebe, Falle StrafR I 121, 260 f; Steinhart und Dannecker, StudZR (2014) 97 f.

324; Kipp/Kummer JURA 2008, 796 f; Krell/Bernzen JuS 2015, 324; Steinberg ZJS 2016, 372 ve Stoffers JuS 1994, 954. Tartışmaya genel bir bakış için Lesch JA 1996, 508 f; Kelker JURA 2006, 591 ff bakılabilir. Haksız fiil hukukunda varsayılan meşru savunma incelemesi için OLG Düsseldorf NStZ-RR 1998, 273 f'e bakılabilir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın incelenmesinde yaygın hatalar için Kraatz JURA 2014, 787 ff; Christoph JA 2016, 33 ff bakılabilir. Taksirli suçta hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata için Börner GA 2002, 276 f; Ludes-Pannenberg JURA 2013, 24 ff'e ve tıbbi müdahalede rıza için Gropp GA 2015, 5 f'e bakılabilir. Meşru savunmada gereklilik hakkında hata ve sınır aşımı arasındaki ilişki için Albrecht GA 2013, 369 ff'e aynı zamanda Engländer JuS 2012, 408 ff'e bakılabilir ve on ikinci problemde örnek olay üç, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatada zorunluluk halinin özel durumu için Brand/Lenk JuS 2013, 885 f'e bakılabilir.

Bibliografya/Bibliography

- Baumann, J., *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (8. Aufl 1977) (Kısaltma: Baumann StrafR AT).
- Baumann, J., Arzt, G. und Weber, U., *Strafrechtsfülle und Losungen* (6. Aufl 1986). (Kısaltma: Baumann/Arzt/Weber Fallc StrafR).
- Baumann, J. und Weber, U., *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (9. Aufl 1985). (Kısaltma: Baumann/Weber StrafR AT).
- Baumann, J., Weber, U. und Mitsch, W., *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (11. Aufl 2003). (Kısaltma: Bearbeiter in Baumann/Weber/Mitsch StrafR AT).
- Beulke, W., *Klausurcnkurs im Strafrecht I* (7. Aufl 2016). (Kısaltma: Beulke Klausurenkurs StrafR I).
- Beulke, W., *Klausurenkurs im Strafrecht II* (3. Aufl 2014). (Kısaltma: Beulke Klausurenkurs StrafR II).
- Beulke, W., *Klausurcnkurs im Strafrecht III* (4. Aufl 2013) (Kısaltma: Beulke Klausurenkurs StrafR III)
- Blei, H., *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (Prüfe dein Wissen, Heft 9, 12. Aufl 1996). (Kısaltma: Blei NW StrafR)
- Bock, D., *Wiederholungs- und Vertiefungskurs Strafrecht, Allgemeiner Teil* (2013) (Kısaltma: Bock StrafR AT)
- Bockelmann, P und Volk, K., *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (4. Aufl 1987). (Kısaltma: Bockelmann/Volk StrafR AT)
- Bringewat, P., *Grundbegriffe des Strafrechts* (2. Aufl 2008). (Kısaltma: Bringewat Grundbegriffe StrafR)
- Dolling, D, Duttge, G. und Rossner, D., *Gesamtes Strafrecht, Handkommentar* (3. Aufl. 2013). (Kısaltma: HK-StrafR/ Bearbeiter)
- Ebert, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (3. Aufl. 2001). (Kısaltma: Ebert StrafR AT)
- Ebert, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (16 Eille mit Losungen, 2003). (Kısaltma: Ebert Bearbeiter Eille StrafR)
- Escr, A., *Strafrecht, Juristischer Studienkurs* (Bd. II, 3. Aufl. 1980). (Kısaltma: Escr StrafR II)
- Escr, A. und Burkhardt, B., *Juristischer Studienkurs, Strafrecht I* (4. Aufl 1992). (Kısaltma: Escr, Burkhardt StrafR I)
- Fischer, T, *Strafgesetzbuch*, (63. Aufl 2016). (Kısaltma: Fischer)
- Freund, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (2. Aufl 2009). (Kısaltma: Freund StrafR AT).
- Frister, H., *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (7. Aufl 2015). (Kısaltma: Frister StrafR AT).
- Geilen, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (5. Aufl 1980). (Kısaltma: Geilen StrafR AT).
- Gossel, K. H., *Eille und Losungen nach hochstrichterlichen Entscheidungen, Strafrecht* (8. Aufl 2001). (Kısaltma: Gossel Falk StrafR).
- Gropp, W, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (4. Aufl 2015). (Kısaltma: Gropp StrafR AT).
- Gropp, W, Küpper, G. und Mitsch, W., *Fallsammlung zum Strafrecht* (2. Aufl 2012). (Kısaltma: Gropp/ Küpper/Mitsch Falk StrafR).
- Haft, F, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (9. Aufl 2004). (Kısaltma: Haft StrafR AT).
- Hardtung, B. und Putzke, H., *Examinatorium Strafrecht AT* (2016). (Kısaltma: Hardtung und Putzke StrafR AT).

- Hauf, C. J., *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (2. Aufl 2001) (Kısaltma: Hauf Straf AT).
- Heinrich, B., *Strafrecht, Allgemeiner Teil I* (4. Aufl 2014). (Kısaltma: Heinrich StrafR AT).
- v. Heintschel-Heinegg, B., *Prüfungstraining Strafrecht* (Bd. 1, 1992). (Kısaltma: v Heintschel-Heinegg StrafR I).
- v. fleintschel-Heinegg, B., *Strafgesetzbuch, Kommentar* (2. Aufl 2015). (Kısaltma: v. Heintschel-Heinegg/Bearbcitcr).
- Herzberg, R. D., *Taterschaft und Teilnahme* (2. Aufl 1994). (Kısaltma: Herzberg THterschaft)
- Hilgendorf, E., *Falk zum Strafrecht far Anfanger* (3. Aufl 2015). (Kısaltma: Hilgendorf FHlic StrafR I).
- Hilgendorf, E., *Falle zum Strafrecht fair Fortgeschrittene* (2. Aufl 2014). (Kısaltma: Hilgendorf Palle StrafR II).
- Hilgendorf, E., *Falk zum Strafrecht air Examenskandidaten* (2010). (Kısaltma: Hilgendorf Falle StrafR III)
- Hilgendorf, E./Valerius, B., *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2. Aufl 2015). (Kısaltma: Hilgendorf/Vakrius StrafR AT)
- Hillenkamp, T, *40 Probleme aus dem Strafrecht, Besonderer Teil* (12. Aufl 2013). (Kısaltma: Hillenkamp StrafR BT)
- Hoffmann-Holland, K, *Strafrccht Allgemeiner Teil* (3. Aufl. 2015). (Kısaltma: Hoffmann-Holland StrafR AT)
- Jager, C., *Examens-Repetitorium Strafrecht, Allgemeiner Teil* (7. Aufl 2015). (Kısaltma: Jager Examensrep StrafR AT)
- Jakobs, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (2. Aufl 1991). (Kısaltma: Jakobs StrafR AT)
- Jescheck, H.-H. und Weigend, T, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil* (5. Aufl 1996). (Kısaltma: Jeschek/Weigend StrafR AT)
- Joecks, W, *Strafgesetzbuch, Studienkommentar* (11. Aufl 2014). (Kısaltma: Joecks StGB).
- Karlsruher, *Kommentar zur Strafprozessordnung* (7. Aufl 2015). (Kısaltma: KK-StPOIBearbeiter).
- Kaspar, J., *Strafrccht -Allgemeiner Teil* (2015). (Kısaltma: Kaspar StrafR AT).
- Kindhauser, U., *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar* (6. Aufl 2015). (Kısaltma: LPK-StGB/ Kindhauser).
- Kindhauser, U., *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (7. Aufl 2015). (Kısaltma: Kindhauser StrafR AT).
- Kindhauser, U., Schumann, K und Lubig, S., *Klausurentaining Strafrecht* (3. Aufl 2016) (Kısaltma: Kindhauser/Schumann/Lubig Klausuren StrafR).
- Kohler, M., *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (1997) (Kısaltma: Kohler StrafR AT).
- Kohlrausch, E.und Lange, R., *Strafgesetzbuch* (43. Aufl 1961). (Kısaltma: Kohlrausch/ Lange).
- Krey, V und Esser, K, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil* (6. Aufl 2016). (Kısaltma: Krey/Esser StrafR AT).
- Kudlich, H. *Falk mit Lösungen zum Strafrccht, Allgemeiner Teil* (2. Aufl 2014). (Kısaltma: Kudlich Falk StrafR AT).
- Kudlich, H., *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (Prüfe dein Wissen, 4. Aufl 2013). (Kısaltma: Kudlich PdW StrafR AT).
- Kuhl, K, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (7. Aufl 2012). (Kısaltma: Kuhl StrafR AT).
- Lackner, K. und Kuhl, K, *Strafgesetzbuch* (28. Aufl 2014). (Kısaltma: Lackner/Kiihl/Bearbeiter).

- Leipold, K., Tsambikakis, M. und Zoller, M. A., *Anwalt Kommentar, Strafgesetzbuch* (2. Aufl 2015) (K1saltma: AnwK-StGBIBearbeiter).
- Leipziger, *Kommentar, Strafgesetzbuch* (9. Aufl. 1970 ff, 10. Aufl. 1978 ff, 11. Aufl 1992 ff, 12. Aufl 2006 ff). (K1saltma: LK-StGBIBearbeiter).
- Marxen, K, *Kompaktkurs, Strafrecht, Allgemeiner Teil* (2003) (K1saltma: Marxen StrafR AT)
- Maurach, R., *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil* (4. Aufl 1971). (K1saltma: Maurach StrafR AT).
- Maurach, R., Gossel, H. und Zipf, H., *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (Teil 2, 7. Aufl 1989). (K1saltma: Maurach/Gossel/Zipf StrafR AT II).
- Maurach, R. und Zipf, H., *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (Teil 1, 8. Aufl 1992). (K1saltma: Maurach/Zipf StrafR AT I).
- Mayer, H., *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (1967). (K1saltma: Mayer StrafR AT)
- Matt, H., *Strafrecht, Allgemeiner Teil I* (1996). (K1saltma: Matt StrafR AT I).
- Matt, H. und Renzikowski, J., *Strafgesetzbuch* (2013). (K1saltma: Matt/Renzikowski/Bearbeiter).
- Meyer-Gofiner, L. und Schmitt, B., *Strafprozessordnung: StPO, Kommentar* (59. Aufl 2016). (K1saltma: Meyer-GoSner/Schmitt/Bearbeiter).
- Manchener Kommentar, *Strafgesetzbuch* (Bd. 1, 2. Aufl 2011). (K1saltma: MiiKoStGBIBearbeiter).
- Murmann, U., *Grundkurs Strafrecht* (3. Aufl. 2015). (K1saltma: Murmann GK StrafR)
- Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd 1, 4. Aufl. 2013 (K1saltma: NK-StGB/Bearbeiter).
- Otto, H., *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre* (7. Aufl 2004). (K1saltma: Otto StrafR AT).
- Otto, IL und Bosch, N., *Obungen im Strafrecht* (7. Aufl 2010). (K1saltma: Otto/Bosch Ubungen StrafR).
- Preisendanz, H., *Strafgesetzbuch* (30. Aufl 1978). (K1saltma: Preisendanz).
- Puppe, I., *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2. Aufl 2011). (K1saltma: Puppe StrafR AT)
- Puppe, I., *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Bd II, 2003). (K1saltma.: Puppe StrafR AT II)
- Rengier, R., *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (8. Aufl 2016). (K1saltma: Rengier StrafR AT).
- Rotsch, T, *Strafrechtliche Klausurenlehre* (2013). (K1saltma: Rotsch Klausurenlehre StrafR).
- Roxin, C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (Bd. I, 4. Aufl 2006). (K1saltma: Roxin StrafR AT I).
- Roxin, C, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (Bd. II, 2003). (K1saltma: Roxin StrafR AT II).
- Roxin, C., *Therschaft und Tatherrschaft* (9. Aufl 2015). (K1saltma: Roxin Taterschaft und Tatherrschaft).
- Roxin, C., *Hochstrichterliche Rechtsprechung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts* (1998). (K1saltma: Roxin Nr.).
- Roxin, C., Schlinemann, B. Und Haffke, B., *Strafrechtliche Klausurenlehre* (4. Aufl 1982). (K1saltma: Roxin/Schiinemann/ Haffke Klausurerdehre StrafR).
- Rudolphi, H. und J., *Nile zum Strafrecht, Allgemeiner Teil* (5. Aufl 2000). (K1saltma: Rudolphi Talle StrafR AT).
- Samson, E., *Wiederholungs- und Vertiefungskurs* (Bd. 7, Strafrecht I, 7. Aufl 1988). (K1saltma: Samson StrafR I).
- Schmidhauser, E., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch* (2. Aufl 1984). (K1saltma: Schmidhiluser StrafR AT).

- Schmidt, R., *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (15. Aufl. 2016). (Kısaltma: Schmidt StrafR AT).
- Schmidt, R. und Priebe, K., *Panorama zum Strafrecht I, Allgemeiner Teil* (5. Aufl 2015). (Kısaltma: Schmidt/Priebe Pallo StrafR I).
- Schonke, A. und Schroder, H., *Strafgesetzbuch, Kommentar* (17. Aufl 1975). (Kısaltma: Schonke/Schröder).
- Schonke, A. und Schroder, H., *Strafgesetzbuch* (29. Aufl 2014). (Kısaltma: Schonke/Schroder/Bearbeiter)
- Seier, J., *Die Anfängerklausur im Strafrecht* (2010) (Kısaltma: Seier Anfängerklausur StrafR).
- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch Bd. I, *Allgemeiner Teil* (von Rudolphi, Horn, Samson, Gunther, aktueller Stand). (Kısaltma: SK-StGBIBearbeiter).
- Satzger, H., Schmidt, B. und Widmaier, G. (Hrsg.), *Strafgesetzbuch* (2. Aufl 2014). (Kısaltma: SSW-StGBI Bearbeiter).
- Stratenwerth, G. und Kuhlen, L., *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (6. Aufl 2011). (Kısaltma: Stratenwerth/ Kuhlen StrafR AT).
- Wassermann, R. (Hrsg.), *Kommentar zum Strafgesetzbuch* (Bd 1, Reihe Alternativkommentare, 1990). (Kısaltma: AK-StP0/Bearbeiter).
- Wetzell, H., *Das Deutsche Strafrecht* (11. Aufl 1969).
- Wessels, J., Bethke, W und Satzger, H., *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (45. Aufl 2015). (Kısaltma: Wessels/Berulke/Satzger StrafR AT).
- Wessels, T, *Strafrecht, Besonderer Teil* (38. Aufl 2015). (Kısaltma: Wessels/Hillenkamp StrafR BT II).
- Zieschang, F, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (4. Aufl 2014).



İstinafta Delil İkamesinin Sınırlandırılması*

Hans-Jürgen Ahrens** , Nevhis Deren-Yıldırım*** 

I. KanunYolu Mahkemeleri Aracılığıyla Mahkemenin Sağladığı Hukuki Korunma

1. Bir Derece Mahkemesi ile Sınırlama?

Neden medeni yargıda kanunyollarına gereksinim duyuyoruz? Konusuna hâkim bir mahkemenin taraf dilekçelerinde ileri sürülmüş vakıaları aydınlatacağı, ihtilaflı vakıalar için delil ikame edeceği ve bunlara maddi hukuku uygulayacağı düşünülebilir.

Aslında Federal Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da yer alan adaleti temin talebinin ikinci derece mahkemeye başvurma hakkını kapsamadığına hükmetmiştir¹. Ancak bu tartışmalı bir konudur. Özellikle mahkemenin şu anki Başkanı Voßkuhle Freiburg Üniversitesi'nde profesör iken farklı bir görüşü savunuyordu². Tabii ki Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararından sonra da şu esas geçerliliğini korumaktadır: Kanunkoyucu bir kanunyolu derecesini düzenlemişse, bu derece mahkemesine başvuru keyfi olarak engellenemez³.

Anayasa Mahkemesince belirlenen asgari standartlar, alt yapıya uygun düşecek ideal bir adli örgütün oluşumunu sağlamayabilir. İşleyen bir hukuk yapısı, okullar, hastaneler ve yollar gibi bir devletin alt yapısına dahildir. Bununla kanunyolu mahkemesinin işlevine dönelim.

¹ BVerfGE 107,395,401 vd (Plenum)= NJW 2001,1924; BVerfG WM 2010,794,795 bunun için Rosenberg, SchwabundGottwald, *Zivilprozessrecht*, (17Auflage) §133, kn11.

² Voßkuhle, 'Rechtsschutzgegen den Richter' (1993) 298 vd; Aynı yazar, NJW 1995, 1377, 1381 vd; Aynı Yazar, NJW 2003, 2193, 2197 vd. M.w.N.; Aynı şekilde M Stürmer, *DieAnfechtungvonZivilurteilen*, (2002) 66 vd; 78 vd.

³ Kanunyollarına başvuruda ve kanunyolunun gerekçelendirilmesinde sürelerin kaçırılmasına ilişkin yerleşik kararlar için bkz: BVerfGE 74,228,234; BVerfG NJW 2005,814,815; BGHZ 151,221,227.

* Bu metin 8.3.2011 tarihinde Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde ve 10.3.2011 tarihinde Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde verilmiş olan konferansların genişletilmiş halidir.

** Hans-Jürgen Ahrens (Prof. Dr.), Osnabrück Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Osnabrück, Almanya. ORCID: 0000-0001-5167-0109

*** Nevhis Deren-Yıldırım (Prof. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi/Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye. E-posta: nyildirim@ku.edu.tr ORCID: 0000-0002-1374-838X

Atf: Ahrens HJ, Deren-Yıldırım N, "İstinafta Delil İkamesinin Sınırlandırılması" (Nevhis Deren Yıldırım çev, 2020) 78(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 2131. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.4.0014>



2. Hukukun Uygulanmasının Kontrolü

Maddi hukukun uygulanmasının bir üst mahkeme tarafından kontrolüne duyulan gereksinim kolayca anlaşılabilir. Devletin tüm egemenlik alanı için merkezi bir mahkemeye hukukun yeknesak yorumlanması görevi verilir. Yeknesak hukuk metinleri hukukun yeknesak uygulanmasını garanti etmezler. Bu yüzden, Avrupa Birliği Hukuku için Avrupa Birliği Adalet Divanı'na, milli hukuk için ise Almanya'da Federal Mahkeme'ye ve Türkiye'de temyiz mahkemesine ihtiyaç duyulmuştur. Orta derece mahkeme (*Mittelinstanz*) olarak istinaf mahkemesinin kurulması da amaca uygun olacaktır. Böylece üçüncü derece mahkeme olan eyalet mahkemesinin ağır iş yükü altında kalması önlenmiş olacaktır. İstinaf mahkemelerinin faaliyeti hukuk düzenlemelerinin daha iyi gelişmesine de hizmet eder. Literatürde bu sorunun çözümü için çeşitli görüşler ortaya konulmaktadır. Bilim insanlarında olduğu gibi, hâkimler arasında da hukuki açıdan görüş farklılıkları mevcuttur. Taraflar arasındaki karşılıklı diyalog ve doktrindeki görüşler ileri sürülen çözümlerin işlevselliğini ortaya koymaktadır. Söz konusu diyalog hiyerarşik bir biçimde yapılandırılmış derece mahkemelerinde iyice belirginleşebilir.

3. Vakıa Tespitinin Yeniden Yapılması

İki dereceli yargılamada hukuki kontrolün tekrarlanmasında kullanılan gerekçeler, yeniden vakıa tespiti için geçerli değildir. Ancak yine de iki derece mahkemesinin birden işlev görmesinde bazı haklı nedenler bulunabilir. İlk derece mahkemesi önündeki vakıa tespitinde çeşitli engellerle karşılaşılabilir: Şöyle ki hâkimlerde de bazı insani zaafklar olabilir; titiz çalışan hâkimlerin yanında tembel hâkimler, iş yükü altında ezilmiş hâkimler, eşleri veya çocukları ile olan sorunlarından ötürü işe yoğunlaşamayan hâkimler, uzun zamana gereksinim duyduklarından ötürü çok yavaş çalışan hâkimler de hükme esas alınacak vakıaların aydınlatılmasını engelleyebilir.

Taraflar açısından da sorunlar mevcuttur. Hâkim ancak davanın tarafları veya onların avukatlarının getirdiği hayat olayını maddi hukukun öngördüğü biçimde tespit edebilir. Avukatlar hukuki durumu yanlış değerlendirebilirler ki, bu iyi hukukçuların da başına gelen bir şeydir, bunlar kısa bir süre içinde özensiz biçimde çalışmış olabileceği gibi, müvekkillerine de gerekli vakıa ve delilleri soramamış olabilirler. Müvekkiller vakıaları ortaya koymak zorundadır, ama sıklıkla bu hemen değil, yargılama süreci içinde gerçekleşmektedir. Vakıalar en iyi karşılıklı diyalogla aydınlanır, yine tarafların karşılıklı sundukları dilekçeler ve avukat ile müvekkil arasındaki çeşitli görüşmeler yoluyla da vakıaların aydınlanması söz konusu olabilir. Anılan diyaloglar için zamana ihtiyaç vardır. Öte yandan etkin hukuki korunma bakımından yargılama fazla uzatılmamalıdır. Yargılama hukuku bu nedenle denge gözetmek zorundadır.

II. Almanya’da Kanun Yolu İncelemesinin Gelişimi:

Medeni yargıya ilişkin kararların üst mahkemeler aracılığı ile kontrolü, geleneksel olarak istinaf derecesi ve temyiz derecesi arasında kesin biçimde ayrılmıştır: 2001 yılında yapılan Medeni Usul Hukuku Reformuna kadar istinaf mahkemesi tam anlamı ile ikinci derece olay mahkemesi konumunda iken; temyiz mahkemesi, yani Federal Mahkeme’nin işlevi hukuki kontrolden ibarettir. Hukukun uygulanmasının denetimi, Almanya’da hukuk birliğini sağlamakla görevlendirilen Federal Mahkeme’nin göreviydi.

Hukukun hatalı uygulanması, maddi hukuka ilişkin olabileceği gibi yargılama hukuku için de söz konusu olabilir. Yargılama hukukunun uygulanmasında hata varsa, bundan genellikle vakıa tespiti etkilenebilir. Bu durumda temyiz mahkemesi kararı bozacak ve vakıaların tekrar aydınlatılması için geri gönderecektir. Yalnızca istisnai durumlarda, Federal Mahkeme usul hatalarının varlığına rağmen nihai hükmünü verebilir ki, bu hayat olayı daha fazla aydınlatılmıyorsa veya hukuki uyumsuzluk hakkında hüküm verilecek durumdaysa söz konusu olur.

2001 reformuna kadar 5000 Avro’yu aşan dava konusu değerlerinde istinaf mahkemesi, yani eyalet mahkemesi önünde istinaf dilekçesiyle birlikte yeni vakıalar ileri sürülebiliyordu. Şayet bu vakıalar ihtilaflı ise, istinaf mahkemesi bunlar hakkında delil ikame etmek zorundaydı. İlk derece mahkemesi delil ikame etmişse, herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmaksızın yeniden delil ikame edilmesi mümkündü. Yine taraflar da istinaf derecesinde yeni deliller getirebilmekte, özellikle yeni tanıklar dinletebilmekteydiler. Yeni tanıkların istinaf mahkemesinde dinlenmesi, çoğunlukla, bunların ilk derece mahkemesinde dinlenen tanıklarla yüzleştirilmesi zorunluluğu doğuruyordu, bunun da anlamı, bütün delil ikamesinin tekrarlanmasıydı.

Ancak henüz 2001 reformu gerçekleştirilmeden dahi Alman Medeni Usul Kanunu’nun 282’nci paragrafındaki tarafların yargılamaya katkıda bulunma yükümlülüğü çerçevesinde, yeni vakıa sunma ve delil getirme hakları sınırlandırılmıştı. Söz konusu yükümlülük halen geçerliliğini korumaktadır. Bunun anlamı, tarafların iddialarını ve delillerini süresinde yargılamanın özenli yürütülmesi esasının öngördüğü biçimde sunmalarıdır. Geç getirilen iddia ve savunma araçları; eğer geç getirmenin mahkemenin serbest değerlendirmesine göre tarafın hatasına dayandığı tespit edilirse, ilk derece ve ikinci derece mahkemelerce ZPO § 296/II çerçevesinde reddolunabilir.

Kanaatimce eskiden geç getirilen malzemenin reddinden çekiniliyordu. Buna karşın, istinaf derecesinde yeni delil taleplerinin yöneltmediği durumlarda bu konuda istatistikler bulunmasa da, pek yeni delil ikamesi yapılmıyordu. Ben yalnızca

istinaf mahkemesi dairesindeki deneyimlerimden şu hususu aktarabilirim: Biz o dönemde de istinaf mahkemesinin görevinin hukuki kontrol olduğu görüşündeydik ve bu nedenle ilk derece mahkemesinin yaptığı vakıa tespiti ve delil değerlendirilmesine somut itirazların varlığını arıyorduk. Sadece ilk derece mahkemesinin delil değerlendirmesinde çelişki varsa ya da taraf dilekçelerindeki vakıalar tamamen göz önünde tutulmamışsa, istisnai olarak delil ikamesini tekrarlama yoluna gidiyorduk.

Bu noktada, Almanya’da tanık ifadeleri ve bilirkişi sorguları hakkında tutanak tutulmadığı göz önünde tutulmalıdır. Hâkim, daha ziyade tanık beyanlarını kendisi özetleyerek tutanağa geçirip bu metni tanıklara ve bilirkişilere doğrultma yoluna gider. Tanık beyanlarının kalitesine yönelik dolaylı bir etkileşim söz konusu olmamalıdır. Dolayısıyla delillerin değerlendirilmesine ilişkin en önemli ilke; bir tanığı bizzat dinlememiş olan hâkimin onun beyanlarını, bu tanığı bizzat dinleyen hâkimden farklı olarak değerlendiremeyeceğidir. Gerekirse tanık beyanının farklı değerlendirilmesini sağlamak üzere, (inandırıcılığı açısından) tanığı bir kez daha dinleme yoluna gitmelidir.

III. Alman Medeni Usul Kanunu’nda Yapılan 2001 Reformu

1. Yeni Vakıa ve Delillerin Değerlendirilmesinin Sınırlandırılması

2001’deki Medeni Usul Reformu, istinaf mahkemesinin görevlerini köklü biçimde yeniden tanımladı. Kanunkoyucunun iradesine göre, ilk derece mahkemesi medeni yargıya ilişkin uyuşmazlığı etraflı biçimde aydınlatmalı ve hakkında karar vermelidir, istinaf mahkemesi ise, geçmişe oranla daha ağırlıklı olarak ilk derece mahkemesinin kararının hukuki kontrolü ve bununla “*hata denetimi ve hatalardan arındırma*” üzerinde yoğunlaşmalıdır, ki bu husus kanun gerekçesinde ifade edilmişti⁴. Federal Mahkemenin yeni bir kararında şu ifadeye yer verilmiştir: “İstinaf artık tam bir ikinci derece olay mahkemesi değil, öncelikle ilk derece mahkemesinin maddi hukuku doğru uygulayıp, uygulamadığının, vakıa tespitini tam ve doğru yapıp, yapmadığının denetlendiği ve varolan hataların ortadan kaldırıldığı bir mercidir⁵. Yeni vakıaların sunulmasına ise, sınırlı durumlarda izin verilir. Aynı sınırlamaya yeni delil sunma talepleri de dahildir.

Hâkimin bilinçli olarak hatalı hüküm vermeyeceği düşünüldüğünden, mahkemelere vakıa tespitinin sınırlandırılması kolay gelmedi. Buna karşı, sınırlı vakıa temeline dayanan kararın hatalı olmayabileceği; bunun daha çok yargılama usulüne uyulduğunun bir göstergesi olup, sonuç itibarıyla doğru olduğu görüşü ileri sürülmektedir⁶. Bu husus, etkin hukuki korumayı sağlamak üzere, dava zamana

⁴ BT-Drucks 14/4722 101.

⁵ Federal Mahkeme 7. Hukuk Dairesi NJW 2010,376 Tz.8.

⁶ Münih Eyalet Mahkemesi OLGRep 2007,356=ZIP 2006,2122

bağlı olarak bizi bu sonuca götürdüğü takdirde isabetlidir; vakıaların aydınlatılması yalnızca usul kanunu çerçevesinde gerçekleşmeli ve burada her zaman tüm amaçlara aynı anda ulaşılması aranmamalıdır.

İstinaf mahkemesi sadece anılan sınırlar içinde olay mahkemesidir. Bunun sonucu, tarafların iddia ve savunmalarını ağırlıklı olarak ilk derece mahkemesi önünde ve tüm özeni göstererek sunmak zorunda olmalıdır⁷. Orada hükme esas olacak hayat olayı aydınlatılmalıdır. 19. yüzyılın işe yaramaz ilkesi, teksif ilkesi yeniden canlandırılmıştır. Taraflar, hâkim açısından hüküm için önem taşıyan tüm vakıaları her ihtimale karşı ileri sürmek zorundadırlar. Hâkimin ne yönde hüküm vereceğini, en iyi avukat dahi tahmin edemeyebileceğinden, gerektiğinden çok fazla vakıa ileri sürülerek dosya şişebilir.

⁷ Bu şekilde Federal Mahkeme 7. Hukuk Dairesi NJW 2010,376 Tz.8.

2. Hukuki Temeller

a) Çıkış noktası: İlk derece mahkemesinin tespitleri

Yeni istinaf mahkemesine ait temel hükümler, Alman Medeni Usul Kanunu'nun § 529 ve § 531 hükümleridir. Anılan düzenlemelerle istinaf mahkemesi incelemesinin kapsamı önemli ölçüde daraltılmaktadır. Kanunun gerekçesinde şu ifadeye yer verilmektedir: "... *Ekonomik olmayan ve hukuk devleti bakımından gerek duyulmayan ikinci derece olay mahkemesinden...*" vazgeçilmektedir⁸.

ZPO § 529 uyarınca, ilk derece mahkemesinin hükme etkili tespitlerinin doğruluğundan ve tamlığından şüphe edip yeni bir tespite ihtiyaç duymadığı takdirde istinaf mahkemesi, duruşmasında ve kararında ilk derece mahkemesinin tespitlerini esas almak zorundadır. Bunun dışında, ZPO § 529 fıkra I, yalnızca göz önünde tutulmasına izin verilen yeni vakıaların ele alınabileceğini düzenlemektedir.

b) İstisna: Yeni vakıa tespitleri

ZPO § 531/I öncelikle ilk derece mahkemesi tarafından reddolunan iddia ve savunma sebeplerinin ikinci derecede ileri sürülmesini yasaklamaktadır⁹. İstinaf hâkimi burada yalnızca ilk derece mahkemesinin geç getirmeye ilişkin tespitinin haklılığını inceler. Böylece aslında 2001 reformu öncesinde geçerli olan esaslar tekrarlanmış olmaktadır.

§ 531/II hükmünde yeni iddia ve savunma sebeplerinin istisnai olarak ileri sürülebildiği üç seçimlik koşul öngörülmüştür. İkinci fıkrada, ilk derece mahkemesinin açıkça atladığı veya önemsiz saydığı durumlarda buna imkân tanınmaktadır.

İkinci fıkranın ikinci bendinde ilk derece mahkemesi önünde mahkemenin usul hatasından ötürü dermeyan edilmeyen vakıalarından söz edilmektedir. Burada özellikle ilk derece mahkemesinin ZPO § 139 çerçevesinde aydınlatma ödevi gereğince tarafların dikkatini çekmediği itirazı düşünülmelidir.

İkinci fıkranın 3'ncü bendi ise, tarafların kusuru olmaksızın ilk derece mahkemesi önünde sunulamayan iddia ve savunma sebeplerine ilişkindir. Burada yine ilk derece mahkemesinin ZPO § 139 çerçevesinde tarafları uyarmadığı itirazı konu edilmektedir. Mahkemeye ilişkin uyarı yükümlülükleri sürpriz kararları önlemek içindir¹⁰.

¹⁰ Federal Mahkeme 6. Hukuk Dairesi kararı için VersR 2010,1616.

3. Federal Anayasa Mahkemesinin Bakış Açısı

Federal Anayasa Mahkemesi 2005 yılında § 531/II/b3 hükmündeki sınırlamaya eğildi ve anılan düzenlemeyi yasal düzenleme olarak kabul edip, onun olay mahkemeleri tarafından somut biçimde uygulanmasına onay verdi¹¹.

Karara konu olan medeni yargıya ilişkin uyuşmazlığın konusu, davacının dört yıl önce aldığı evdeki rutubetin bodrumda yol açtığı zararlardır. Davacının satıcıya karşı açtığı davada başarılı olması, onun davacıya evi satarken bodrumun izolasyonun yetersiz olduğunu bildiğini ve bundan alıcıya kötüniyetli olarak haberdar etmediğini kanıtlanmasına bağlıdır. Burada davalının bodrumdaki suyu boşaltırken tanıklar tarafından görülüp görülmediğinin tespiti de önemlidir. İlk derece mahkemesi önünde dinlenen tanıklar, beyanları ile bu hususu kanıtlamamışlardır. Davacı, istinaf mahkemesi önünde, ilk derece mahkemesi önündeki aşamada da dinletebileceği başka tanıkları dinletmek istedi. Ancak onların dinlenmesi talebi istinaf mahkemesince reddedildi.

Federal Anayasa Mahkemesi, burada adaleti temin talebine ve iddia ve müdafaa hakkına bir aykırılık tespit etmedi. Anılan karara göre, (1) birden fazla derece mahkemesini hazır tutup tutmayacağı, (2) kanunyolu mahkemelerine hangi koşullar altında başvurulacağını ve (3) temyiz mahkemesinin inceleme yetkisinin düzenlenmesinde kanunkoyucu yetkilidir. Kanunkoyucunun düzenleme alanı, olay incelemesini sınırlama ve vurguyu hukuki kontrole indirgeme imkanını da kapsar.

ZPO 531/II/3 hükmü, bu açıdan bakıldığında, iddia ve savunma sebeplerinin ilk derece mahkemesi önünde ileri sürülmesini ve dinlenmesini ve bunların ikinci derece mahkemesinde dermeyanını sınırlamamaktadır; yasak, ilk derece mahkemesinde vakıanın ileri sürülmemesinin tarafın ihmalden kaynaklanması halinde söz konusu olmaktadır. Federal Mahkeme taraflardan sunumlarını toplu olarak ve zamanında, kanunyolu süresini uzatmaksızın yapmalarını beklemek suretiyle tarafların yargılamaya katkıda bulunma yükümlülüklerine vurgu yapmıştır.

Federal Anayasa Mahkemesi, ZPO § 531/II/3 hükmünün de ilk derece mahkemesince Anayasa'ya uygun biçimde uygulandığı fikrindeydi. Davacı sonradan dinletmek istediği tanıkları ilk derece mahkemesindeki tahkikattan sonra getirmişti. Ona yapılan suçlama, neden bu tanıklara ilk derece mahkemesi önündeki yargılamada başvurulmadığının gerekçesini ortaya koymamasıydı. Bununla davanın tarafına, şayet iddiasını onun bildiği ve ilk derece mahkemesi önünde ismini verdiği tanıkla doğrulamak istiyorsa, geniş bir araştırma yükümlülüğü getirilmiş olmaktadır. Anayasa Hukuku açısından bu asgari standart kabul edilebilir niteliktedir. Burada medeni usul hukukuna ilişkin bir hakkın varlığı söz konusu değildir.

¹¹ Federal Anayasa Mahkemesi kararı için NJW 2005,1768.

Sonuç itibarıyla, delillerin ilk derece mahkemesi önünde belirtilmesi ve delil ikamesinin talep edilmesi zorunludur. Bu, hem tanık delili hem de bilirkişi delili bakımından geçerlidir¹². İlk derece mahkemesi önünde dermeyan edilen tanıktan feragat ise tehlikelidir. Böyle bir durum, delil ikamesi için davet edilen tanık gelmemişse ve bu delili ikame eden duruşmanın ertelenmesini davanın uzamaması için önlemek isterse, ortaya çıkabilir. Tanığa sonradan yeniden başvurulması ise, ZPO § 531/II/3'deki yeni vakıa getirme yasağına girer¹³.

IV. ZPO § 531 II 3 uyarınca Yeni Vakıa ve Delillere İzin Verilmesi

1. Kusurun Olmaması

Mevcut dava malzemesine ek yeni vakıa ve delillerin ikamesine, ancak istinaf mahkemesi önündeki geç getirme veya talepte bulunma ihmale (taraf kusuruna) dayanmıyorsa, izin verilmektedir. Kusurun olmaması halinde bu delilin dermeyanına izin verilmesi zorunludur, aksi takdirde, iddia ve savunma hakkı zarar görür¹⁴. Usuli ihmalden (kusurdan) kasıt, hafif kusurdur¹⁵. Taraf, özrünün gerekçelerini belirtmekle yükümlüdür.

İlk derece mahkemesi önünde bir delilin dermeyanından davada taktik kullanmak için bilinçli olarak kaçınmak, mahkemenin dava malzemesi üzerinde ne düşündüğünü anlamaya çalışmak ise kusurlu davranışlardır¹⁶.

Şayet taraflardan biri dinlettiği tanığın vakıayı ispat ettiğini düşünüyorsa, istisnai olarak ilk derece mahkemesi önünde listedeki diğer tanıklara başvurmasına gerek kalmadığı sonucuna varabilir; lakin bu durumda mahkemenin anılan delili yetersiz bulduğunu açıkça belli etmesi gerekir¹⁷.

Tarafın kendi açısından bilmediği vakıalarda ve dava arkadaşları ile birlikte ileri sürülen hayat olayını yeniden ele almaya gereksinim olmayan durumlarda ise, delillerin ibrazından bilinçli kaçınma veya başka delilleri araştırmada yetersiz kalmadan söz edilemez¹⁸.

¹² Bilirkişi delili için karşı: KG MDR 2010,345.

¹³ Köln Eyalet Mahkemesi OLGRep 2005,99.

¹⁴ Karşı: Federal Anayasa Mahkemesi 105, 279, 311=NJW 2002, 2626, 2631; Federal Anayasa Mahkemesi NJW 2011, 49, Tz.11.

¹⁵ KG MDR 2004, 1438; KG VersR 2010, 1471; Rostock Eyalet Mahkemesi OLGRep 2009, 215.

¹⁶ ¹⁶ Federal Mahkeme 4. Hukuk Dairesi VersR 2007, 373 Tz.9; Federal Mahkeme 6. Hukuk Dairesi VersR 2009,1683 Tz.3; Federal Mahkeme (Xa. Hukuk Dairesi) WM 2010, 2004 Tz.28.

¹⁷ Münih Eyalet Mahkemesi InstGE 8, 254.

¹⁸ Federal Mahkeme VersR 2009, 1683.

2. Delilin Daha Sonraki Evrede Ele Geçirilmesi

Birçok istinaf mahkemesi, sözlü yargılamanın bitiminden sonra delilin ele geçirilmesi durumunun tarafa, herhangi bir gerekçe göstermeksizin bu delili istinaf mahkemesi önünde sunma hakkı verdiğini kabul etmektedir¹⁹. Ancak bu sorun tamamen çözüme kavuşmamıştır. Tarafı bilmediği vakıaları dermeyana zorlayan genel bir yükümlülük mevcut değildir²⁰. Yalnız mahkemeler bir delilin uygunluğundan şüphe ettiği durumlarda tarafı başka delilleri araştırmakla yükümlü tutmaktadırlar. Bu noktada, somut olaya göre mahkemeye ihtilafa yol açabilecek geniş bir takdir hakkı vardır.

3. Sonradan Oluşan Deliller

Farklı bir delil türü ise ilk derece mahkemesindeki sözlü duruşmanın bitmesinden sonra oluşan delillerdir. Bu konuda “*Simply the Best*” şeklindeki reklama ilişkin Federal Mahkeme kararına değinmek istiyorum.

Davanın tarafları, rekabet halindeki işletmelerdi; ürettikleri mallar ise ıslak tıraş bıçaklarıydı. Davanın konusu bu nitelikteki tıraş bıçaklarına yönelik aldatıcı reklamın yasaklanması idi. Reklamda tıraş bıçağı altın madalyayla birlikte gösterilmekte ve bu açıkça en iyi anlamındaki “*Simply the Best*” (*Einfach der Beste*) sloganıyla bütünleştirilmekteydi. Bir ürünün özelliklerine yönelik “*en iyi*” ifadesinin reklamda kullanılmasına ancak reklam yapmanın böyle bir üstün hizmetinin olması durumunda izin verilir.

Hamburg Asliye Hukuk Mahkemesi, anılan sloganı sloganın doğruluğunun davalı tarafça kanıtlanmadığı gerekçesiyle yasakladı. Davalı, istinaf dilekçesine Ürün Testleri Vakfı'nın yeni bir test sonucunu ekledi. Anılan vakıf, kamu kaynaklarına desteklenmekte ve karşılaştırmalı ürün testlere tüketicinin aydınlatılmasına hizmet etmektedir. Tıraş bıçağına ilişkin test ise, ancak ilk derece mahkemesinin kararından sonra yayımlanmıştı. Karşılaştırmanın galibi davalının tıraş bıçağı idi. Hamburg İstinaf Mahkemesi, istinaf talebini net olmayan bir gerekçeyle reddetti. Kararda, bu delilin göz önünde tutulması ZPO § 531/II/3 çerçevesinde reddolunmuştu; buna göre davalı reklamını, reklamın yapıldığı anda mevcut olan vakıalara dayandırmalıydı²¹. Federal Mahkeme, temyiz talebini kabul etti²². Karara göre, test sonucu, ilk derece mahkemesindeki sözlü duruşma sırasında elinde olmayan yeni bir delildi. ZPO § 531/II hükmü ise, ilk derece mahkemesindeki sözlü yargılama sonrasında oluşan delilleri kapsamamaktaydı.

¹⁹ Bu şekilde Zweibrücken Eyalet mahkemesi OLGRep 2003,34; Rostock Eyalet Mahkemesi OLGRep 2009,215. Aksi yönde: KG MDR 2003, 971 (bir tanığın adresine ulaşılması hakkında); Saarbrücken Eyalet Mahkemesi OLGRep 2003, 239.

²⁰ Federal Mahkeme (Xa. ZS) WM 2010, 2004 Tz.28.

²¹ Hamburg Eyalet Mahkemesi: OLGRep2009,781.

²² Federal Mahkeme NJW-RR 2010,1478=WRP 2010,880.

4. Talep Koşulunun Sonradan İleri Sürülmesi

Yüksek Mahkeme nezdinde, ZPO § 531/II/3 hükmünün maddi hukuka ilişkin bir talep şartının ilk derece mahkemesindeki yargılamadan sonra meydana geldiği ve bundan ötürü, ancak istinaf derecesinde ileri sürülebildiği durumlara uygulanıp, uygulanamayacağı sorusu cevaplandırılmamıştır. İnşaat davası örneğinden yola çıkabiliriz:

Bir binanın inşası eser sözleşmesi olarak nitelendirilir. Yüklenici (inşaat firması), incelenebilir nitelikte bir son hesap belgesi ibraz etmek zorundadır. Sözleşme açısından anılan belge sözleşme bedelini muaccel kılar. Son hesap belgesi yetersiz ise, yüklenici firma (=inşaat firması) istinaf dilekçesiyle birlikte dava ettiği talebi temellendiren titizce hazırlanmış yeni bir belge ibraz edebilir, bu yeni bir vakıa sayılır. Hesap belgesi ve buna dayalı dava malzemesi aslında daha titiz davranılmak suretiyle ilk derece mahkemesine verilebilirdi. Brandenburg Eyalet Mahkemesi, burada ZPO § 531 II 3 anlamında bir ihmalin olduğu sonucuna vardı²³. Ben bu görüşe katılmıyorum. Burada aslında davanın usuli bakımdan kötü yürütülmesi söz konusudur. Nitekim Federal Mahkeme de bu görüştedir²⁴.

Doktrinde ve içtihatlarda çok tartışmalı olan bir husus da, ihtilaflı olmayan vakıalara dayalı bir zamanaşımı definin ilk defa ikinci derece önünde ileri sürülüp sürülmeyeceğidir. Federal Mahkeme'nin dairelerince farklı kararlar verildiğinden sorun, buna izin veren Hukuk Genel Kurulu'nca çözüldü²⁵. Buna göre davaya bakan derece daha sonra başka bir sorunun çözümü için yeni bir delil ikamesi gerekiyorsa zamanaşımı def'inin göz önünde tutulabileceğine hükmetti²⁶. Somut olayda çözülmesi gereken diğer bir sorun alacağın varlığının henüz aydınlatılmaya muhtaç vakıalara bağlı olduğu hallerde bir ödeme emrinin gönderilmesiyle zamanaşımının kesilip kesilmediği hususudur ki, gerçek koşulların varlığının aydınlatılması buna bağlıdır.

Zamanaşımına ilişkin kararın gerekçesinde yeni usulün ve istinafin amacına ilişkin yorumlar yer almaktadır: İstinaf hâkimince olayın incelenmesi esas ve hukuki bakımdan kabul edilebilir ve adil bir karara yol açmalıdır²⁷. İstinaf mahkemesi, temeli taraflardan hiçbirinin sunmadığı vakıaya dayalı maddi bakımdan hatalı bir karar vermek zorunda bırakılmamalıdır.

V. İhtihatlarda Yeni Düzenlemelere Yönelik Sınırlamalar

Federal Mahkeme, kanunkoyucunun öngördüğü yeni istinaf mahkemesinin sadece hata kontrolü ve hatanın bertarafı ile yetineceğine ilişkin sınırlamasını²⁸ çeşitli kararları ile sınırlandırdı. Bunlardan yalnızca ihtilafsız vakıaların dermeyanı ile ilgili olanını ele alacağım.

1. Sözleşmelerin Yorumu

İstinaf mahkemesi bireyler arasındaki sözleşmeyi ikna olana kadar bütün yönleriyle ele alabilir. Hatta onu ikna etmeyen kabul edilebilir nitelikteki yorumların yerine uygun bulduğu yorumları koyabilir²⁹. Tanık tarafından doğrulanan bir irade beyanı yeniden dinlenmesine gerek olmaksızın farklı yorumlanabilir, bu, istinaf mahkemesinin olayları ilk derece mahkemesinden farklı yorumlamasına yol açma ve objektif bir açıklama değeri³⁰ muhatabın bakış açısı bakımından (Alman MK § 133,157) yapılırsa söz konusudur.

2. İhtilafsız Vakıaların Dermeyanı

Yalnız ihtilafli vakıalar için delil ikame edilmesi gerekir. Taraflar sundukları dilekçelerde bir vakıanın ihtilafsız olduğunu ortaya koymuşlarsa, ispata gerek kalmaz. Bir vakıa, ilk derece mahkemesinden istinaf mahkemesine aktarılırken de ihtilafsız hale gelebilir.

ZPO § 531/II hükmüne rağmen ihtilafsız yeni vakıalar istinaf mahkemesi nezdinde, bunların ileri sürülmesiyle hüküm için önemli hususlar değişse ve istinaf mahkemesi önünde yeniden delil ikamesi gerekse dahi, ileri sürülebilirler³¹.

Federal Mahkeme yeni sınırlayıcı hükümlerin sadece ihtilafli ve ispata muhtaç vakıalar bakımından geçerli olduğundan yola çıkmıştır. Buna karşı taraflar arasında ihtilafli olmayan yeni bir vakıanın dermeyanında ZPO § 531/II hükmü uygulanmaz. Bu karar biraz tartışmalı, ancak sempatik bir karardır. Federal Mahkeme, yerinde bir vakıa tespitine yönelik menfaatin ve maddi bakımdan doğru bir kararın önceliğini açıkça vurgulamıştır. Anılan amaç, maddi hukukun ilk derece mahkemesince uygulanmasının kontrolü ve hataların bertarafı biçimindeki kanunyolu incelemesinin işleviyle de örtüşmektedir.

Hatta Federal Mahkeme, ihtilafsız yeni vakıaların zorunlu kıldığı delil ikamesini de yapacak biçimde ileri gitmiştir³². İlk derece mahkemesi, bir müvekkilin mali danışmanına karşı hatalı bilgilendirmeden kaynaklanan maddi tazminat talebi

²⁸ Resmi gerekçe bu yöndedir. BT-Drucks 14/4722, (n 4) 64.

²⁹ Federal Mahkeme (8.HD) 160,83 Tz.13 vd.=NJW 2004,2751

³⁰ Federal Mahkeme NJW 1998,384,385: Taraflardan birinin yönetim kurulu tarafından anonim şirkette istifasının istenmesi.

hakkında karar vermek zorundaydı. Zamanaşımından ötürü maddi tazminat talebi reddolunmuştu. İkinci derecede, mali müşavirin zamanaşımı definden feragat ettiği ihtilafsız hale gelmişti. Zamanaşımı definin etkisiz hale gelmesi sonucunda tazminat talebinin gerçek temellerinin aydınlatılması gerekmiştir.

Bunun tersi, yani hayat olayının ilk derece mahkemesi nezdinde ihtilafsız hale getirilmesi ve daha sonra istinaf mahkemesi nezdinde dermeyanı mümkün değildir; ZPO § 529/I/1 hükmünün bağlayıcı etkisi ilk derecenin ihtilafsız vakıalarına da yansıtılmaktadır³³.

VI. İlk Derecenin Tespitleriyle Bağlı Olmama

ZPO § 531/II hükmünün koşullarına uyulmak istenmiyorsa, ZPO § 529 hükmünün bağlayıcılığından kurtulunmalıdır. Bunun için ilk derece mahkemesinin vakia tespitinin doğruluğundan ve tamlığından şüphe edilmelidir. Bunun ne anlama geldiği konusuna gelince, Federal Mahkeme yeni tespitlere izin vermek suretiyle cömert kararlar vermektedir.

1. Usuli Hata Taşımaya Dahil Hatalı Olan Tespitlere Ait Somut Veriler

Temyiz mahkemesinde vakia tespitine müdahale, usuli bir hatanın ispatıyla mümkündür. İstinaf mahkemesine daha hafif koşullar getirilmiştir. Usuli hatanın varlığı, gerekli somut şüphe için aranmamaktadır. İlk derece mahkemesi usul hatası yapmaksızın vakia tespitinde bulursa dahi, onun bu tespitleri, tespitlerin eksik ve yanlış olduğu konusunda somut veriler bulunduğu taktirde, bağlayıcı değildir³⁴. Bununla ZPO § 529/I hükmü hayat bulmaktadır.

İstinafa başvuran, delillerin değerlendirilmesi konusundaki somut endişelerini dile getirmeli ve istinaf mahkemesini ikna etmelidir. Yalnızca bu durumda delil ikamesi tekrarlanır. Buna karşı, istinafa başvuranın delil değerlendirilmesindeki sonucu iptali istenen karardan farklı biçimde değerlendirmesi, örneğin ilk derece mahkemesinin hâkiminin aksine tanığa inanmaması, yeterli değildir³⁵. İlk derece mahkemesi hâkiminin onun getirdiği delilleri nasıl değerlendireceği, delillerin serbestçe değerlendirmesi (ZPO § 286) ilkesi uyarınca kendi takdirindedir. Dinlediği tanıklar, bilirkişiler ve taraflar konusunda doğrudan şahsi kanaat elde eden ilk derecenin değerlendirmesinde istinaf hâkimi, delillerin değerlendirilmemesinden şüphe etmeyecektir. Değerlendirme konusunda şüphe, doğrudan hükümden doğabileceği gibi tutanaklar aracılığıyla da doğabilir³⁶.

³³ BGHZ (V. HD) 158,295,299 ve = NJW 2004,2152; BGH NJW 2010,376 Tz.9.

³⁴ BGHN (VIII.HD) 162,313 Tz.5-7 = NJW 2005,1583.

³⁵ Köln Eyalet Mahkemesi OLGRep 2005,99; KG OLGRep 2009,836; KG MDR 2010,345.

³⁶ Köln Eyalet Mahkemesi OLGRep 2005,89.

2. İstinaf Mahkemesi Aracılığıyla Yapılan Delil İkamemesinin Sonuçları

Eğer istinaf mahkemesi hâkimi iptali istenen hükümdeki vakıa tespitlerinden şüphelenirse, delilleri yeniden değerlendirmelidir. Bu her zaman olmasa da sıklıkla delil ikamesinin tekrarlanması anlamına gelir. Tekrarın nedeni delil ikamesinin doğrudanlığı ilkesidir. Hatta Federal Anayasa Mahkemesi delil ikamesinin tekrarlanması zorunluluğuna ilişkin kurallara uyulmamasını iddia ve savunma hakkının ihlali olarak görmektedir³⁷. Ancak ben burada Anayasa Hukuku bakımından yanlış bir hukuki nitelendirme olduğu kanaatindeyim.

a) İstinaf Mahkemesi Önünde İlk Derecenin Tanık Deliline Başvurması

Delil ikamesindeki doğrudanlık ilkesine uymak adına tanığın ikinci defa dinlenmesinin gerekip, gerekmediği içtihatlarla sık sık konu olan eski bir hukuk problemidir. Bu soruna çoğunlukla ilk derece mahkemesinde, şayet delil ikamesi ile son sözlü duruşma arasındaki dönemde hâkim değişikliği gerçekleşmiş ve yeni hâkim delil ikamesinin sonuçlarını yalnızca tutanaktan takip edebiliyor ise rastlanmaktadır. İstinaf hukuku reformundan sonra benzer düşüncelerle başka bir hâkimin delil değerlendirmesinden vakıa tespitinin ZPO § 529/I/1 uyarınca incelenmesinde sapabileceği gündeme gelmiştir³⁸. Burada geçerli olan esaslar istinaf reformu öncesinde uygulananlardır³⁹.

Tutanakla tespit edilmiş tanık beyanının tamlığından veya doğruluğundan şüphe edilmesi her zaman tanığın yeniden dinlenmesini gerektirmez. İstinaf mahkemesi, farklı biçimdeki değerlendirmesini tanık beyanının objektif ifade içeriği ile gerekçelendirebiliyorsa, bundan feragat edebilir. Ancak bu durumda, tanığın, ne temyiz kudreti, hafızası veya doğruluğu ne de ifadesinin yeterliliği ve çelişkiden yoksun olması gibi sebeplere dayanılabilir⁴⁰. İstinaf mahkemesinin vakıa tespitini onayladığı, fakat farklı hukuki sonuçlar çıkardığı bir durumda ise, beyanın farklı değerlendirmesi söz konusu değildir⁴¹.

Sürekli kullanılan formüle göre tanığın yeniden dinlenmesi yoluna şu durumlarda gidilmelidir; eğer istinaf mahkemesi tanık beyanına ilk derece mahkemesinden daha farklı bir ağırlık vermişse veya beyanına onun kelime anlamından daha farklı yorum vermek istiyorsa veya tutanaktaki şekliyle tanık beyanlarını çok kuru ve açıklanmaya muhtaç görüyorsa⁴². Aynı husus taraf isticvabı için de geçerlidir⁴³.

³⁷ Federal Anayasa Mahkemesi NJW 2011, 49.

³⁸ Federal Anayasa Mahkemesi NJW 2011,49.

³⁹ Federal Mahkeme VersR 2006,949 Tz.2.

⁴⁰ Federal Mahkeme NJW 2011,49 Tz.14; BGH NJW 1991,3285,3286; NJW 1998,2222,2223; NJW-RR 2009, 1291 Tz.s.

⁴¹ KG Rep2001,389.

⁴² BGH NJW 1984,2629; BGH NJW-RR 1989,380; NYW 1991,1183; NJW-RR 1991,829; NJW 1992,741 VD; NJW 1993,64,66 (bu haliyle BGHZ 119,283 değil); NJW 1993,668; NJW-RR 1993, 510; NJW 1996,663; NJW-RR 1998,1601,1602, NJW 1998,385 vd; NJW 1998,2222,2223; NJW 1999,363,364; NJW 1999,2972,2973; NJW-RR 2000,432,433; NJW 2000,1199-1200; NJW 2000,3718,3720; NJW-RR 2001,1430; NJW-RR 2002,1500; NJW-RR 2002,1649,1650; BGH Rep 2003,453; NJW-RR 2006,109-110; VersR 2006,949 Tz.2; NJW-RR 2009,1291; BAG NZA 1990,74.

⁴³ Federal Mahkeme NJW 1999,563,564.

Yine tanığın istinaf mahkemesince yeniden dinlenmesi tanığın beyanını ilk derece mahkemesinden farklı olarak inandırıcı bulmadığı durumlarda da zorunludur⁴⁴. Bu çerçevede birbiriyle çelişen ve ilk derece mahkemesince inanılmayan beyanlardan birine de yeniden dinlenmeksizin dayanılmamalıdır. Tanığın hafızası farklı değerlendirmeye tabi tutulacak ise, şahsi kanaat de önem taşır⁴⁵.

Yine ilk derece mahkemesinin yetersiz, yani şekli bir delil değerlendirmesi yaptığı ve inandırıcılığı değerlendirmesinde tanığın yarattığı etkinin önem taşıdığı durumlarda da aynı husus geçerlidir⁴⁶. Tanığın yeniden dinlenmesi zorunluluğu, tanık beyanının değerlendirme dışı bırakıldığı, fakat bu beyanın diğer emarelerin delil değerinden ayrı biçimde değerlendirilemediği durumlarda da ortadan kalkmamaktadır⁴⁷.

b) Bilirkişi Delili

aa) Bilirkişi Raporunun Doğruluğundan Şüphe Edilmesi

ZPO § 529/I/1 çerçevesinde istinaf mahkemesinin ilk derecenin vakia tespitleriyle bağlılığı, bilirkişi raporundaki tespitler için de söz konusudur⁴⁸. Bu bağlılık hükmüne esas alınan tespitlerin doğru ve yeterli olduğundan şüpheyi haklı kılacak somut noktaların olması halinde ortadan kalkmaktadır; böyle bir şüphe raporun yetersizliği halinde de doğar⁴⁹.

bb) Sınırlama: Bilirkişiyeye Başvurmanın İhmal Edilmiş Olması, Yeni Özel Uzman Raporu

İlk derece mahkemesinin bilirkişiyeye başvurmayı ihmal ettiği durumda bilirkişiyeye istinaf mahkemesi tarafından ancak ZPO § 531 çerçevesinde başvurulabilir. İlk derece mahkemesine sunulan rapora ilişkin olarak istinaf mahkemesi önünde yöneltilen talep, ZPO § 531/II/1/1 ve 2 hükmüne uygun olmalıdır, mesela ilk derece mahkemesinin resen bilirkişiyeye başvurusunun zorunlu olduğu (ZPO § 411/III)⁵⁰ durum veya bilirkişiyeye başvuru talebinin ilk derece mahkemesince haksız biçimde reddi halinde olduğu gibi⁵¹.

⁴⁴ Federal Mahkeme NJW 1991,3285 vd; NJW 1997,466 (Beyanın doğruluğunun objektif karinelere dayalı olarak reddi); Federal Mahkeme Rep 2002,391; BGH Rep 2005,671.

⁴⁵ Federal Mahkeme NJW 1984,2629

⁴⁶ Federal Mahkeme NJW-RR 2000,432,433= VersR 2000,227,228.

⁴⁷ Federal Mahkeme BGH Rep 2005,671.

⁴⁸ Federal Mahkeme VersR 2004,1575,1576.

⁴⁹ Federal Mahkeme VersR 2005,1555,1556, Bkz: ayrıca BGH NJW 2006,242,243.

⁵⁰ Federal Mahkeme NJW 2004,2828

⁵¹ Federal Mahkeme VersR 2005,1555.

1990 yılında getirilen ZPO § 411/IV/1 hükmü uyarınca rapora yönelik bütün itirazlar, talepler ve tamamlayıcı sorular belirli bir süre içinde yöneltilmelidir. Mahkeme, belirli bir süre tayin edebilir (§ 411/IV/2,1), sürenin dolmasından sonra § 296/I uyarınca talep reddolunur.

İstinaf mahkemesine sunulan ilk derece mahkemesince alınan bilirkişi raporundan farklı olan ve kendiliğinden aydınlatılması gereken özel uzman raporunun sunulmasına ZPO § 531/II/3 uyarınca izin verilebilir, ancak bunun için tarafın ispat yükü kurallarına göre ilk derecede bilirkişi deliline başvuru zorunluluğunun olmaması aranır⁵². İlk derecede sunulmuş makul sonuç çıkarılmaya müsait dava malzemesi içeren dilekçe, istinaf gerekçelendirme dilekçesinde yeni malzeme olarak nitelendirilmeksizin somutlaştırılabilir⁵³.

VII. Sonuç

1. Medeni yargılamada istinaf kanun yolu reformu, yeni vakıaların ve delillerin istinaf mahkemesine sunulmasını önemli ölçüde sınırlandırmış, ancak bu imkânı tamamen ortadan kaldırmamıştır. Vakıa tespiti, ilk derece mahkemesi önünde etraflı biçimde yapılmalıdır.

2. İlk derecede taraflar vakıaları etraflı biçimde sunmalıdır. Bunun yanı sıra bütün delillerini ikame etmelidirler. Ancak taraflar, hâkimin onların sundukları vakılardan hangi hukuki sonuçları çıkaracağını her zaman öngöremezler. Bu nedenle, objektif bakımdan gerekmediği halde fazla dava malzemesi getirebilir, yine taraflarca delillerin kalitesi de önceden bilinmeyeceğinden, taraflar için delil ikamesinin sonucu belirsizdir. Tanık listesinin sonradan verilmesi bazen geç sunulan malzeme olarak addedilebilir. Dolayısıyla yalnızca tanıkların bir kısmına dayanma bir yargılama riski oluşturur.

3. Vakıa tespitinin ilk derecede yoğunlaşmasından ötürü bir davadaki başarı veya savunma ağırlıklı olarak avukatların başarısına ve profesyonelliğine bağlıdır.

4. İlk derece mahkemesi hâkimi taraflarla yoğun bir diyalog kurmaya zorlanmaktadır. İlk derece yargılaması sırasında hâkimin aydınlatma yükümlülüğünü ihmal etmesi, ZPO § 139 hükmü uyarınca istinaf derecesinde itiraz nedenidir ve itirazın kabulü durumunda dava malzemesi tamamlanır.

5. Hangi çerçevede yeni vakıaların ve delillerin sunulmasına ilk derece mahkemesinin hatalı olmadığı durumlarda izin verileceği, istinaf hâkiminin tarafların usuli özen gösterme yükümlülüğüne (*prozessuale Sorgfalt der Parteien*) bakışına bağlıdır.

⁵² Karş: Federal Mahkeme VersR 2004,83,84 (Eski istinaf hukuku için); Federal Mahkeme VersR 2004,1177,1179 (Yeni istinaf hukuku için)

⁵³ Federal Mahkeme VersR 2004,1177,1179.

İSTANBUL HUKUK MECMUASI YAYIN İLKELERİ

PUBLICATION PRINCIPLES OF ISTANBUL LAW REVIEW

1. İstanbul Hukuk Mecmuası, ESCI ve ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı (Mart, Haziran, Eylül, Aralık) olarak yayımlanır.

Istanbul Law Review is a peer reviewed Journal that is published four times a year (in March, June, September and December) and indexed by ESCI and ULAKBİM.

2. Mecmua’ya gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bu hususta yazarlardan ayrıca taahhütname talep edilecektir.

The articles sent to be published in our journal should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously even with the purpose of evaluation. In this purpose, the authors shall also be required to sign a letter of undertaking.

3. Editörler Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Editörler Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir. İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar, yazar adları metinden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir.

Articles that are considered as unsuitable with the publication principles by the Editorial Board are sent back to the author without review. Extraordinary spelling errors and not being eligible with the scientific standards are sufficient for a paper to be rejected by the Editorial Board. Papers that are approved by the Editorial Board are submitted to reviewers in line with blind peer review principle. Authors are not informed about the identity of the referees. According to the assessments of the referees, the paper may be approved for publication, required to resubmission with amendments or rejected on the basis of inadequate quality.

4. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adresleri ile telefonlarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.

Authors, must provide their titles, institutions, correspondence address, phone number and e-mail address.

5. Mecmua’nın yazı dili Türkçe ve İngilizcedir. Makalelerde 250 kelimedenden oluşan Türkçe öz ve İngilizce abstract bölümlerine yer verilmeli ve en az beş en çok on beş anahtar kelimenin de Türkçe ve İngilizce olarak yazıya eklenmesi gerekmektedir. Özetleri takiben Türkçe ve İngilizce dilindeki tüm makaleler için ayrıca 600-800 kelimelik İngilizce genişletilmiş özet yer almalıdır.

The Review accepts and publishes articles written in Turkish and English. The articles should include Turkish and English abstracts consisting of 250 words and at least five and at most fifteen keywords should be added to the paper in Turkish and English languages.

Following the abstracts, there should also be an extended summary of 600-800 words for all the articles both in English and Turkish.

6. Makale metni, Times New Roman yazı tipinde, 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise, tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotları sayfa altında gösterilir.

The main text and footnotes must be written in Times New Roman. Font size for the main text should be 12 with 1,5 line spacing while footnotes are written in font size 10 with 1 line spacing. Footnotes are to be shown at the bottom of the page.

7. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir.

Author's name should be written bottom right of the Turkish and English title of the paper and should end with a star symbol. Star footnote should consist of title and institution of the author and correspondence address, phone number and e-mail address.

8. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

The article should consist of a bibliography at the end and references need to be arranged in alphabetical order.

9. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayıma kabul edilen makalenin çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki mali hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülte'ye devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir.

To be limited with the copies published by the Faculty; financial rights regarding reproduction, distribution, public performance, derivative works and translation of the papers which are approved for publication are to be transferred to the faculty to be used on the print, auditory, digital etc. media, nationwide and worldwide. Authors accept not to receive any royalty payment.

10. Mecmua'da, makalelerin yanı sıra çeviri de yayımlanabilir. Bu nitelikteki yazılar Editörler Kurulu tarafından kabul edilebilir veya geri çevrilebilir. Çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin muvafakatı da iletilmelidir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tabi tutulur.

Besides articles, also translations may be published in the accepted languages. These papers might be approved or rejected by the Editorial Board. Original text of the translation and consent of the rightful owner are also should be enclosed with the translation. Translations are also subject to the assessment of reviewers.

11. İstanbul Hukuk Mecmuası'nda yayımlanması istenen yazıların hukuk_dekan@istanbul.edu.tr veya iuhfdergiler@istanbul.edu.tr e-posta adreslerine Microsoft Word yazılımı formatında (*.doc, *.docx) gönderilmesi gerekmektedir.

Papers should be sent to hukuk_dekan@istanbul.edu.tr or iuhfdergiler@istanbul.edu.tr in Microsoft Word (.doc, *.docx) file type.*